

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DECIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

SENTENCIA No. 80

MEDIO DE CONTROL:	REPARACION DIRECTA
RADICACIÓN:	76001-33-33-010-2017-00023-00
DEMANDANTES:	MARÍA ISABEL SAENZ GALEANO Y OTROS Apoderado: HENRY BRYON IBAÑEZ henrybryonibanez@gmail.com
DEMANDADOS:	FERNANDO YEPES GOMEZ DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI notificacionesjudiciales@cali.gov.co EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI –EMCALI E.I.C.E E.S.P. Apoderada: MARÍA JOHANA GONZÁLEZ BOTERO johagonzalezbotero@hotmail.com
LLAMADOS EN GARANTIA:	PROYECTOS DE INGENIERIA S.A. proingsa@proing.com.co Apoderado: JUAN MANUEL ALVAREZ CASTELLÓN jmalvarez@alvarezcastellon.com alvarezj22@gmail.com MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Apoderado: GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA ALLIANZ SEGUROS notificacionesjudiciales@allianz.co Apoderado principal: LUIS FELIPE GONZALEZ GUZMAN Apoderada sustituta: ANA LUCIA JARAMILLO VILLAFañE lfg@gonzalezguzmanabogados.com luiz.gonzalez@cable.net.co alj@gonzalezguzmanabogados.com SEGUROS LA PREVISORA S.A. notificacionesjudiciales@previsora.gov.co Apoderada: CLAUDIA PATRICIA ASTUDILLO TIGREROS claudia@astudilloabogados.com

Santiago de Cali, treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Surtidas las etapas previstas en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 39 de la Ley 2080 de 2021, procede el Despacho a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA¹:

Los señores MARTHA CECILIA SÀENZ GALEANO, LEONARDO GUZMÁN SÁENZ, RAUL HERNANDO SÁENZ GALEANO, NANCY SÁENZ GALEANO, MARIA ISABEL SÁENZ GALEANO, JULIÁN ANDRES IDARRAGA SÁENZ y MARTHA LUCÍA IDARRAGA SÁENZ formulan demanda en ejercicio del medio de control de Reparación Directa, en contra de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E E.S.P. y el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, con las siguientes:

1.1. PRETENSIONES:

La parte demandante solicita se declare administrativamente responsables al DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI y EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E E.S.P, por los perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de las lesiones sufridas por la señora MARTHA CECILIA SÀENZ GALEANO, en hechos ocurridos el 12 de octubre de 2015, mientras ella se desplazaba por las vías del barrio Brisas de los

¹ Folio 1 a 156 del Cuaderno 1 del expediente digital

Andes de esta ciudad, cuando cae en una excavación ubicada en la carrera 1D 1ª frente al inmueble de nomenclatura 56-158.

Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las entidades a pagar a favor de los actores, por los perjuicios materiales, morales, daño a la salud, daño al derecho de recreación y otras medidas reparatorias, así como el pago de intereses, costas y cumplimiento de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 192 del CPACA.

Las anteriores pretensiones se fundan en los siguientes:

1.2. HECHOS:

- El 12 de octubre de 2015, en horas de la noche, la señora MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO, se desplazaba por las vías del barrio Brisas de los Andes, cuando cayó en una excavación ubicada en la Carrera 1D 1ª frente al inmueble de nomenclatura 56-158, con una profundidad de aproximadamente 1 metro, dado la falta de iluminación en la zona, así como, la ausencia de señalización le fue imposible percatarse.
- Uno de los observadores del suceso pidió el auxilio a miembros de la Policía Nacional, adscritos a la Estación del barrio La Rivera, quienes minutos después hicieron presencia, dejando constancia del asunto, tal como reposa en la foliatura.
- Que la afectada, fue atendida en las instalaciones del Hospital Joaquín Paz Borrero de Cali, donde se le diagnosticó con trauma en la rodilla, múltiples lesiones en tejidos blandos además de lesiones en el cuello y hemicuerpo.
- Señala la parte demandante que con el pasar de los días, su condición física empeoró, motivo por el cual la señora MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO, fue ingresada de urgencias al Hospital Joaquín Paz Borrero, donde le diagnosticaron fractura de la costilla derecha y perforación de pulmón.
- Debido a la complejidad de sus lesiones, tuvo que ser trasladada al Hospital San Juan de Dios, para ser atendida por galenos especializados, los cuales determinaron que debía ser intervenida quirúrgicamente.
- Después de varios meses, luego de leve mejoría la afectada inició los trámites pertinentes para esclarecer el suceso, iniciando con una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, que fuese radicada con el número 760016000193201607773 y que conociera el despacho Fiscal 95 delegado ante los Jueces Penales Municipales de Santiago de Cali.
- Con posterioridad se conoció que la entidad demandada EMCALI E.I.C.E. E.S.P., había realizado unos trabajos tendientes a la reparación de una tubería domiciliar, que inició con la detección de fugas el 2 de septiembre de 2015 y culminó el 24 de octubre del mismo año, con el relleno de la excavación y reposición del andén en concreto, tal como fue informado por el señor Felipe Riascos Villegas Coordinador Departamento de Interventoría de la entidad prestadora de servicios públicos en escrito que se agrega a la demanda.
- Manifiesta que llama la atención, según el reporte policial del accidente y el material fotográfico del suceso, registra que el mismo se desarrolló en la carrera 1 D1A frente al inmueble distinguido con nomenclatura 56-158, pero en el informe rendido por el funcionario de la institución pública señala que se hiciera en el predio identificado con nomenclatura 56- 159.
- Durante su periodo de recuperación, la lesionada no pudo seguir ejerciendo sus actividades productivas, que para aquella época consistían en el cuidado de menores de edad y oficios varios en varios hogares, que le permitían un ingreso promedio de un salario mínimo legal mensual y que luego de haberse caracterizado como una persona activa, entusiasta, alegre; la reclamante ha sucumbido en un crítico estado de depresión, producto de su lenta recuperación la incertidumbre del desarrollo de sus labores con la misma actitud física de la que gozaba a priori del evento, lo que ha hecho necesario la atención médico psicológica, en aras de lograr una rehabilitación total e

integral.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cita los siguientes referentes normativos y Jurisprudenciales:

- Artículos 1, 2, 5, 6 11 y 90 de la Constitución Política
- Artículos 78, 86, 121 y siguientes, 127, 134D, 136-8, 138, 139, 142, 143, 145, 149, 151, 176, 178, 206 A 214 del CCA, norma actualizada por la Ley 1437 de 2011. Art. 309.
- Ley 23 de 1991, Capítulo V, Decreto 2651 de 1991, Decreto 171 de 1993, Decreto 173 de 1993, Ley 192 de 1995, Ley 446 de 1998.
- Artículos 23, 24, 33 A 37, 45, 46 a 48, 50, 51, 56 y 58 del Decreto 2651 de 1991
- Decreto 1818 de 1998 (modificado por las Leyes 640 de 2001 y 794 de 2003.), Decreto 2511 de 1998 (Algunos artículos derogados por Decreto 1716 de 2009. Art. 30.),
- Ley 640 de 2001 (reglamentada por el Decreto 2771 de 2001 y corregida por el Decreto 131 de 2001.) y Ley 1285 de 2009 (Modificados algunos artículos de la Ley 270 de 1996).

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI ²

Mediante escrito del 08 de septiembre de 2017, la entidad demandada DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, por intermedio de apoderada judicial contesta la demanda de manera oportuna³, manifestando que en este caso la demanda se formula como consecuencia de los daños producidos por la señora MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO, tras la ocurrencia de un presunto accidente ocasionado por un hueco en la vía, producto de una excavación con ocasión al arreglo y mantenimiento que las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP, realizaban sobre una de las tuberías que se encontraban en mal estado.

Señalando además que el material fotográfico aportado con la demanda, no debe ser valorado, puesto que se desconoce su origen, lugar y época en la que fueron tomadas, citando la Sentencia del Consejo de Estado de 28 de julio de 2005, expediente 14.998. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo.

No siendo posible imputar responsabilidad patrimonial al Distrito, ya que si se analizan los hechos de la demanda encontramos que no está probada la falta o falla en el servicio, ni la relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, luego entonces hasta tanto no se pruebe los elementos anteriormente mencionados no se le puede atribuir al ente territorial, responsabilidad alguna.

Formula como Excepciones:

- Falta de Legitimación en la causa por pasiva
- Inexistencia de material probatorio
- Hecho de un tercero
- Culpa exclusiva de la victima
- Inexistencia de responsabilidad a cargo del Municipio de Santiago de Cali

En escrito independiente de la misma fecha⁴, la entidad territorial llama en garantía a la aseguradora MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., en virtud de la

² Folios 509 a 527 Cuaderno 1 Expediente digital

³ Constancia secretarial del 29 de septiembre de 2017. Folios 553 a 554 Cuaderno 1.

⁴ Folios 528 a 540 Cuaderno 1 Expediente digital

Póliza No 1501215001154 vigente desde el 28 de marzo al 16 de noviembre del 2015. aceptado por Auto Interlocutorio No. 561 del 01 de noviembre de 2017⁵

2.2. LLAMADA EN GARANTIA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.:

La entidad Llamada en Garantía MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A respecto del llamamiento efectuado por la entidad demandada DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, contesto de manera extemporánea, según constancia secretarial visible a folio 45 del Cuaderno No 2.A de llamamiento en garantía.

2.3. EMCALI EICE ESP⁶:

En la contestación del 17 de septiembre de 2016, la apoderada judicial de la entidad considera que, no existen pruebas que permitan vincular a la entidad en la ocurrencia de los hechos objeto de la Litis ya que estos se desarrollaron en un espacio público, responsabilidad del Distrito Especial de Santiago de Cali, encargado de su mantenimiento y conservación, desconociendo el sitio exacto de su ocurrencia.

Por otra parte afirma que fue el contratista PROING S.A. el que ejecutó los trabajos involucrados en los hechos de la demanda, por cuanto las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP, celebró con PROING S.A, el Contrato No. 300-GAA-CO-0955-2014 del 24 de diciembre de 2014, cuyo objeto consistió en: "la reparación de los daños no visibles que se detecten y localicen, mediante el rastreo de las redes de distribución y acometidas de acueducto, en las áreas de abastecimiento definidas por EMCALI EICE ESP de acuerdo con el formulario de cantidades y precios descrito en este contrato", cuyo plazo inicial fue por 10 meses y valor por \$ 2.371.724.081, posteriormente ampliados en plazo y valor, vigente para la época del insuceso, por lo tanto, quien ejecutó unos trabajos frente al predio de la Carrera 1 D1 A No. 56-159 de Cali, para la fecha del insuceso fue la firma PROING S.A.

Anexa el Informe técnico contenido en el oficio No. 312.1-DI-01729 del 14 de octubre de 2016, suscrito por el Ingeniero Felipe Riascos en su calidad de Coordinador del Departamento de Interventoría de la UENAA, quien corrobora que EMCALI mediante el Contrato de detección de fugas no visibles No. 300-GAA-CO-0955-2014 del 24 de diciembre de 2014, celebrado con la empresa PROING S.A contrató unos trabajos con intervención del espacio público y que parte de las obras se ejecutaron entre el período del 01 al 30 del mes de octubre de 2015 en el sector del presunto accidente, siendo la obligación del contratista PROING, la recuperación de las calzadas en concreto, asfalto, andenes sardineles y en general todas las zonas duras, **así como también la señalización adecuada según manual dispuesto por Emcali de todos los sitios donde se desarrollaron los trabajos.** Donde se determina por parte del interventor un cumplimiento parcial del contratista respecto a la señalización exigida desde que empezó la intervención del espacio público, de acuerdo al registro fotográfico del 22 de septiembre de 2015, donde se aprecia tanto el predio de interés como la colocación de una sola cinta delimitadora (debiendo ser tres) rodeando la excavación inicial.

Formula como Excepciones:

- Falta de Legitimación en la Causa Por Pasiva
- Ausencia de responsabilidad administrativa de EMCALI
- La Innominada

En escrito de la misma fecha, EMCALI EICE E.S.P. llama en garantía a las aseguradoras, ALLIANZ SEGUROS S.A., la PREVISORA S.A⁷, en virtud de la Póliza de responsabilidad civil N° 21735913, a la firma contratista PROING S.A⁸. con quien EMCALI celebró el Contrato No. 300-GAA-CO-0955-2014 de fecha 24 de diciembre de 2014, responsable

⁵ Folios 15 a 18 Cuaderno 4 del Expediente digital

⁶ Folio 174 a 508 del Cuaderno 1 del expediente digital

⁷ Folios 2 a 48 Cuaderno 5 del Expediente digital

⁸ Folios 49 a 90 Cuaderno 5 del Expediente digital

directo de la obra ejecutada, involucradas en los presuntos hechos de la demanda y la aseguradora Compañía de Seguros Confianza S.A.⁹. y como Litis consorcio necesario a empresa MEGAPROYECTOS DE ILUMINACIONES DE COLOMBIA MEGA S.A.

Por Autos Interlocutorio Nos. 559 y 560 del 01 de noviembre de 2017, se aceptó el llamamiento en garantía de las compañías aseguradoras COLSEGUROS ahora ALLIANZ SEGUROS S.A. y la PREVISORA S.A. y de PROYECTOS DE INGENIERIA S.A. PROING S.A. y por Auto No. 558 de la misma fecha se negó el llamamiento de la aseguradora SEGUROS CONFIANZA S.A.¹⁰.

2.4. LLAMADA EN GARANTIA ALLIANZ SEGUROS S.A.¹¹.

La entidad llamada en Garantía **ALLIANZA SEGUROS S.A.**, respecto del llamamiento efectuado por la entidad demandada EMCALI EICE ESP, según memorial del 06 de febrero de 2018, formuló las siguientes excepciones:

a) Respecto del Llamamiento en Garantía:

- FALTA DE DEMOSTRACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR QUE RODEARON EL PRESUNTO ACCIDENTE.
- HECHO DE UN TERCERO Y AUSENCIA DE SOLIDARIDAD
- CARGA DE LA PRUEBA EN CABEZA DEL ACTOR POR PRESENTAR FALLA DEL SERVICIO

b) Respecto del Llamamiento en Garantía:

- LIMITE DE RESPONSABILIDAD A LOS VALORES ASEGURADOS
- COASEGURO CON LIMITACION DE COBERTURA
- AUSENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE EL LLAMANTE Y EL ASEGURADOR FRENTE AL TERCERO RECLAMANTE
- PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO

Solicitando, además, la ratificación de los documentos emanados de terceros y que se aportan con la demanda, y respecto a los perjuicios materiales y morales, advierte que existe una errada y exagerada estimación, sin tener en cuenta la Jurisprudencia del Consejo de Estado, puesto que además no obra prueba que demuestre la pérdida de capacidad laboral o gravedad de las lesiones de la señora MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO.

2.5. LLAMADA EN GARANTIA LA PREVISORA S.A.¹².

La entidad Llamada en Garantía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, respecto del llamamiento efectuado por la entidad demandada EMCALI EICE ESP, en su contestación del 12 de febrero de 2018, formuló las siguientes excepciones:

a) Respecto de la demanda:

- AUSENCIA PROBATORIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DE EMCALI
- INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE EMCALI POR AUSENCIA PROBATORIA DE NEXO DE CAUSALIDAD.
- CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA
- HECHO DE UN TERCERO
- INNOMINADA

b) Respecto del Llamamiento en Garantía:

- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR POR AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
- LIMITE AL AMPARO ASEGURADO
- OBLIGACION DEL ASEGURADO ASUMIR EL DEDUCIBLE
- RIESGOS EXCLUIDOS
- EXCEPCION AL LIMITE DE AMPARO E INEXISTENCIA DE OBLIGACION POR AGOTAMIENTO DE COBERTURA
- COASEGURO

⁹ Folios 91 a 138 Cuaderno 5 del Expediente digital

¹⁰ Folios 139 a 149 Cuaderno 5 del Expediente digital

¹¹ Folios 158 a 194 Cuaderno 5 del Expediente digital

¹² Folios 201 a 235 Cuaderno 5 del Expediente digital

- INNOMINADA

2.6. LLAMADA EN GARANTIA PROYECTOS DE INGINERIA- PROING S.A¹³:

En contestación del 12 de febrero de 2018, la entidad Llamada en Garantía **PROYECTOS DE INGINERIA- PROING S.A.**, respecto del llamamiento efectuado por la entidad demandada EMCALI EICE ESP, manifiesta que el accidente se presenta por culpa exclusiva de la víctima, situación que le es extraña y jurídicamente ajena a la empresa, por cuanto PROING S.A., de manera preventiva realizó la señalización y demarcación del área de ejecución de la obra en procura de evidenciar los peligros y riesgos que se pudieran causar con las intervenciones realizadas; no obstante el incidente presentado se causa por la inadecuada conducta desplegada por MARTA CECILIA SAENZ quien omite las normas de seguridad realizadas y existentes en el área de intervención, proponiendo las siguientes excepciones:

a) Respecto de la demanda:

- CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA
- COBRO DE LO NO DEBIDO
- INNOMINADA

Empresa, que en escrito de la misma fecha¹⁴ llama en garantía a la ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA, con ocasión de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. RO027400 del 03 de febrero de 2015, con vigencia del 30 de enero de 2015 al 28 de mayo 2016, el cual es declarado ineficaz por Auto Interlocutorio No. 696 del 11 de diciembre de 2018, por no cubrir los gastos de notificación.

3. TRAMITE DE LA DEMANDA

Mediante Auto de sustanciación No. 352 de 17 de abril de 2017¹⁵, el Despacho admite la demanda radicada en la Oficina Judicial de dicho Circuito, el 01 de febrero 2017, una vez adelantadas las diligencias de notificación y dentro del término establecido, el 17 de septiembre de 2017, los demandados EMCALI E.S.P. E.I.C.E y DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, a través de apoderados judiciales, contestan la demanda, proponiendo las excepciones correspondientes y llamando en garantía a la PREVISORA S.A. ALIANZA SEGUROS S.A y PROYECTOS DE INGINERIA- PROING S.A y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A, respectivamente.

Seguidamente, se da traslado de las excepciones a la parte demandante por el término de 3 días, quien no se pronunció al respecto. Así, por Auto de sustanciación, se convoca a la Audiencia inicial de conformidad con el artículo 180 del CPACA, la cual se realiza el 26 de junio de 2019¹⁶.

Mediante Auto Interlocutorio No. 370 emitido en la Audiencia Inicial del 26 de junio de 2019¹⁷, se dispone declarar NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DEL EMCALI E.S.P. E.I.C.E Y MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, siendo parte del litigio, por cuanto revisado el expediente, se endilga responsabilidad o se hace manifestación alguna en los hechos, respecto a los entes municipales y no se acepta la vinculación como Litis consorcio necesario de la empresa MEGAPROYECTOS DE ILUMINACIONES DE COLOMBIA MEGA S.A, con quien EMCALI celebro contrato de concesión para que asumiera el servicio de alumbrado público del Municipio de Cali, por la falta de iluminación del sector, por cuanto se consideró que no comparte con la demandante una relación de derecho sustancial inescindible.

Igualmente, se fija el litigio, se agota la etapa de conciliación, se incorporan y decretan pruebas documentales, testimoniales, el informe técnico en el sentido de remitir a la señora MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO, al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses

¹³ Folios 197 a 200 Cuaderno 5 Expediente digital

¹⁴ Folios 10 a 45 Cuaderno 3 Expediente digital

¹⁵ Folios 159 a 160 Cuaderno 1 Expediente digital

¹⁶ Folios 319 a 327 Cuaderno 1 del Expediente digital

¹⁷ Folios 565 a 601 Cuaderno 1 del Expediente digital

de Santiago de Cali, para que se emita concepto sobre la afectación física y las secuelas, y a la Junta Regional de Invalidez del Valle del Cauca, para que emita dictamen de pérdida de capacidad laboral que padeció la demandante.

El 23 de octubre de 2019, se lleva a cabo la Audiencia de Pruebas¹⁸, donde el Despacho señala que mediante auto se le notificó a la parte demandante que no fue posible la localización de los testigos: MARITZA MEDRANO MOSQUERA, INGRID ANGELICA BARRETO Y LUZ MARY FUENTES, por lo que el Juzgado insiste en su práctica, se incorpora las pruebas documentales allegadas y se fija fecha para su continuación, se desistió de la prueba pericial solicitada por la parte demandante consistente en dictamen pericial solicitado a la Junta de Calificación de Invalidez donde conste el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, escuchando los testimonios de los señores ADOLFO LEON MUÑOZ TOBAR, LUZ DARY PEÑA y JHON JAIRO ARELLANO MARTINEZ, quienes deponen sobre la ocurrencia de los hechos. Sobre las relaciones de afecto rinden su testimonio las señoras SANDRA VANESSA CASTRO y LEIDY ESPERANZA CABEZA TORO. Recepcionando igualmente, el testimonio técnico del ingeniero JULIAN MAURICIO SEPULVEDA FRANCO.

En Audiencia de Pruebas del 25 de febrero de 2020¹⁹, se llevó a cabo la declaración de los testigos faltantes INGRID ANGELICA BARRETO y LUZ MARY FUENTES, la parte demandante desiste de la práctica del testimonio de la señora MARITZA MEDRANO MOSQUERA ante la no comparecencia, el Juzgado no insiste en la práctica probatoria y dispone el cierre del periodo probatorio y corre traslado a las partes para alegatos de conclusión y al Ministerio Público para la rendición del concepto.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. PARTE DEMANDANTE:

El apoderado de la parte demandante no presentó alegatos de conclusión, según constancia secretarial del 22 de octubre de 2019²⁰.

4.2. DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI²¹.

Manifiesta que quedo probado la inexistencia de nexo causal entre el hecho y el daño, argumentando que no existió responsabilidad por parte del Distrito de Cali, en tanto se trataba de una excavación que estaba realizando la empresa EMCALI, para arreglar una tubería dañada. Reiterando la carencia de nexo causal entre el hecho y el daño, elemento indispensable para efectuar la imputación de responsabilidad.

Alega su oposición a las pretensiones de la demanda, en las incongruencias presentadas en el relato de la señora Luz Mary Fuentes, la cual expuso encontrarse en el lugar de los hechos con la hoy demandante y manifiesta una y otra vez la falta de señalización del hueco, la ausencia de iluminación de la vía, pero cuando el apoderado de "Proyectos de Ingeniería Proing S.A., le pregunta si entraron al inmueble objeto de controversia a entregar publicidad política, manifiesta que si entraron a la propiedad y salieron nuevamente porque los habitantes de la misma no se encontraban en el momento, lo que permite evidenciar que si conocían la presencia del foramen.

Ahora bien, como lo probó la compañía antes en mención, dicho foramen se encontraba señalizado para la comunidad con cintas de cerramiento que demarcaban la zona y los trabajos que en ella se estaban realizando, aunado a ello, en ninguna etapa del proceso se probó el nexo causal entre el daño y la conducta negligente del Distrito.

Así lo expuesto, no puede ser responsable la Administración Municipal de los accidentes sufridos por los ciudadanos con ocasión a la evasión del cumplimiento de las normas de básicas de tránsito peatonal, no siendo de recibo de este extremo procesal que se pretenda la indemnización de los perjuicios sufridos por el demandante, cuando se evidencia su

¹⁸ Folios 653 a 661 y 689 a 692 Cuaderno 1 del Expediente digital

¹⁹ Folios 718 a 754 Cuaderno 1 del Expediente digital

²⁰ Folio 383 Cuaderno 1 del Expediente digital.

²¹ Folios 844 a 846 Cuaderno 1 del Expediente digital.

actuar irresponsable.

4.3. PARTE DEMANDADA EMCALI E.I.C.E. E.S.P²²:

La parte demandada en sus alegatos de conclusión, señala que no se probó los presupuestos necesarios para indilgar a EMCALI E.I.C.E E.S.P. responsabilidad por la falla del servicio, no se logró esclarecer las circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrieron los hechos. La parte demandante como titular de la carga de prueba no demostró el nexo causal entre hecho y el daño causado, además se configura un hecho de tercero dado que los supuestos hechos dañosos, fueron llevados a cabo por PROYECTOS DE INGENIERIA- PROING S.A. quien ejecutaba la obra y por lo tanto era la encargada de la señalización de acuerdo al contrato

Tachando las fotografías aportadas con la demanda, con fundamento en el artículo 244 del C.P.G. y en la Providencia proferida por el Honorable Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero, de fecha 20 de octubre de 2014.

Insistiendo en que la demandante no demostró el sitio específico donde ocurrió el presunto accidente, por cuanto, mientras que en la petición de junio de 2016 de la señora MARTHA SAENZ, refiere como dirección de los trabajos la carrera 1 D 1 A con Calle 58, la petición de fecha septiembre de 2016 (que no figura recibida por Emcali) de su apoderado refiere a la dirección Carrera 1 D1 A con calle 56, y ninguna de las dos peticiones refieren a la presunta caída de la señora Sáenz, que ahora en la demanda traen a colación, luego, no se puede inducir de dichas respuestas que EMCALI tuvo conocimiento sobre el supuesto accidente, que por demás puede ocurrir en cualquier sitio. Por tanto, se tratan de dos direcciones diferentes, y dos trabajos distintos en relación a dos acometidas diferentes.

Solicita que en el evento de que la sentencia no sea favorable a EMCALI, se tenga en cuenta como causa o concausa del accidente, la presunta falta de iluminación en el sitio de los trabajos a que refiere la demandante, se hagan extensivos sus efectos a la empresa MEGAPROYECTOS DE ILUMINACIONES DE COLOMBIA, por ser la entidad responsable de la prestación del servicio de alumbrado público, de su mantenimiento y operación, cuya vinculación no fue aceptada por el Juzgado.

4.4. LLAMADA EN GARANTIA ALLIANZ SEGUROS S.A²³:

La llamada en garantía en sus alegatos de conclusión, afirma que en los presuntos hechos origen de la presente acción no tiene ningún tipo de responsabilidad "EMCALI E.I.C.E. E.S.P", en la medida que no era ella quien estaba ejecutando para el día de los hechos algún tipo de obra o labor en el sector referenciado en la demanda, y mucho menos la obligación legal respecto del mantenimiento de las vías públicas y la iluminación respecto al tramo vial indicado en la demanda o lugares aledaños; es el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI y la firma PROIGN S.A. quienes están llamados a responder por los perjuicios que se le causen a otros.

A su vez, explica que la ejecución de las obras que se estuvieran realizando para el 12 de octubre del 2015, se encontraban por fuera del control y la guarda de "EMCALI E.I.C.E. E.S.P", en virtud de que las decisiones correspondientes a la misma, el cumplimiento de los deberes para la ejecución de la obra, señalización y responsabilidad respecto a terceros se encontraba a cargo de PROING S.A, y que por lo tanto, se demostró debidamente la existencia de una causal exoneratoria total de responsabilidad de "EMCALI E.I.C.E. E.S.P", correspondiente al HECHO DE UN TERCERO.

Y posterior a efectuar el análisis de las pruebas allegadas al expediente, refiere que, no se probó los presupuestos necesarios para endilgar a EMCALI E.I.C.E E.S.P. responsabilidad por la falla del servicio, ni tampoco se logró esclarecer las circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrieron los hechos, o se demostró el nexo causal entre hecho y el daño causado.

Frente a los perjuicios advierte que no se probó los lazos afectivos y de convivencia entre

²² Folios 782 a 806 Cuaderno 1 del Expediente digital

²³ Folios 756 a 781 Cuaderno 1 del Expediente digital

los señores RAÚL HERNANDO SÁENZ GALEANO, NANCY SÁENZ GALEANO, MARÍA ISABEL SÁENZ GALEANO, LEONARDO GUZMÁN SÁENZ, JULIÁN ANDRÉS IDARRA SÁENZ y MARTHA LUCIA IDARRA SÁENZ y la señora MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO, por lo que no se podrá reconocer una indemnización por concepto de daño moral y que tampoco se probaron los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante.

4.5. LLAMADO EN GARANTIA PREVISORA S.A²⁴.

La llamada en garantía la en sus alegatos de conclusión manifiesta que no se probó los presupuestos necesarios para indilgar a EMCALI E.I.C.E E.S.P. responsabilidad por la falla del servicio, no se logró esclarecer las circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrieron los hechos. De ser imputable una condena se deja constancia de la existencia de deducibles o coaseguros los cuales deberán en caso de cubrir monto asegurado cubrirse por EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

Manifestando que lo único que se evidencia es la falta de diligencia y cuidado de la señora MARTHA CECILIA SAENZ, quien caminaba con otros compañeros y fue la única que se cayó por encontrarse distraída, configurándose la CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA.

Sumado a que se demostró que la obra, su señalización, manejo de escombros, se encontraba a cargo de PROING entidad independiente de EMCALI EICE ESP, configurándose en EL HECHO DE UN TERCERO.

4.6. LLAMADO EN GARANTIA PROYECTOS DE INGINERIA- PROING S.A²⁵.

La llamada en garantía la en sus alegatos de conclusión, informa que no se probó los presupuestos necesarios para indilgar responsabilidad, al contrario de los testimonios se denota culpa exclusiva de la víctima, quien no presto la suficiente atención. Además, se demostró, que en el lugar existía una cinta de demarcación de seguridad la cual se encontraba amarrada a una reja. No se probó en debida forma daño a la salud, lucro cesante y daño emergente para que sean reconocidos por el despacho.

Del testimonio rendido por el ingeniero Julián Mauricio Sepúlveda, de las fotografías aportadas a color por la parte demandante en su demanda, y del material fotográfico aportado en el informe de EMCALI EICE E.S.P., se puede constatar que PROING S.A. como contratista del contrato No. 300-AA-CO-0955- 2014 celebrado con EMCALI EIC E.S.P. (en el que se atendieron aproximadamente 1.200 fugas en todo Cali y aproximadamente 1.000 reparaciones de acueducto), cumplió con su actividad específica de demarcar la zona de intervención de la fuga de acueducto presentada en el sitio de acontecimiento de los hechos de la presente demanda, con cinta y bombas. (ver folios 31 a 38, folio 196).

También ha quedado demostrado, de acuerdo la declaración del ingeniero Julián Mauricio Sepúlveda y de la lectura del Contrato. No. 300-AA-CO-0955-2014 que consta en el expediente, lo siguiente: 1) No constituye un ítem de las actividades, del contrato el que PROING S.A. como contratista suministre el servicio de vigilancia a las cintas y bombas que rodean el perímetro de la excavación abierta en cada sitio de trabajo; 2) PROING S.A. dentro de su diligencia y cuidado y en aras de resguardar aún más la seguridad de los transeúntes como lo señalo el Ingeniero Sepúlveda –aparte de las cintas de seguridad y alerta, rodeo el perímetro de la excavación con el material extraído, estableciendo una barrera adicional para que nadie cayera ahí; 3) siempre que se detecta una fuga o daño y este se repara, la excavación abierta con ocasión de los trabajos y no se rellena inmediatamente.

Manifestando, que de los testimonios rendidos por los señores JHON JAIRO ARELLANO Y ADOLFO LEON MUÑOZ TOVAR, así como también el testimonio rendido por la señora LUZ MARY PUENTES, se encuentra que estas personas observaron la cinta que rodeaba el perímetro de la excavación caída dentro del mismo y a un lado, incluso pegada a la reja

²⁴ Folios 807 a 819 Cuaderno 1 del Expediente digital

²⁵ Folios 820 a 824 Cuaderno 1 del Expediente digital

de la casa contigua, situación que se evidencia también en las fotografías aportadas por la parte demandante. Por tanto, PROING S.A. así como su contratante EMCALI EICE E.S.P. cumplieron con su deber de demarcar el sitio, y escapa a la órbita de su control si el sitio de trabajo fue bandalizada (muchas personas trafican con bombas que encierran con cinta el perímetro de excavaciones o sitios de trabajo en las obras y las revenden en el mercado negro) y que una persona posteriormente transite distraída sin cuidado por ahí y se caiga, como lo que pudo haber ocurrido en el presente caso, toda vez que no se debe pasar por alto el hecho que la testigo LUZ MARY PUENTES, fue muy clara al señalar que ella y la señora MARTHA CECILIA SAENZ GALEANO "iban caminado distraídas conversando cuando la señora MARTHA CECILIA SAENZ GALEANO cayó el hueco", y por ese mismo sitio había pasado el señor JHON JAIRO ARELLANO sin inconvenientes hacia unos instantes.

Explicando que, de este caso se derivan otros tipos de responsabilidades ajenas a PROING S.A. y EMCALI EICE ESP, que si son ciertas y comprobables jurídicamente, las cuales se radican en cabeza de terceros, como el caso de la posible responsabilidad medica de la IPS que la entendió el día del accidente y no se percató que tenía una costilla rota, enviándola a la casa sin restricciones, pudiendo evitar las consecuencias graves de esa perforación en el pulmón y la posible responsabilidad laboral del candidato ADOLFO LEÓN MUÑOZ TOVAR en compañía de la Iglesia de Dios Ministerial de Jesucristo Internacional y su partido político MIRA, quienes no la afiliaron a una ARL con la cual se hubiesen solventado los gastos que generó el accidente y de comprobarse una pérdida de capacidad laboral, la hubiese pensionado.

Al no tenerse claridad que las afectaciones graves que sufrió la señora MARTHA CECILIA SAENZ GALEANO con ocasión de la perforación de pulmón, obedezcan a la caída en el hueco, los daños patrimoniales, el lucro cesante y el daño emergente e incluso los perjuicios morales solicitados, no están llamados a prosperar, toda vez que guardan estrecha relación con este hecho, pues con una herida leve en rodilla tal como salió del sitio de los hechos a la IPS y fue atendida, no debe gestarse una demanda como esta.

4.7. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.²⁶.

La llamada en garantía la en sus alegatos de conclusión señala que no se probó los presupuestos necesarios para indilgar responsabilidad señala que quedo probado la inexistencia de nexo causal entre el hecho y el daño, **puesto que** se trataba de una excavación que estaba realizando la empresa EMCALI, para arreglar una tubería dañada.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No emitió concepto

6. AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

Guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Este Juzgado es competente para conocer del presente proceso, dada su naturaleza, cuantía de la pretensión y el lugar donde ocurrieron los hechos materia del litigio.

2. PROBLEMA JURIDICO

De acuerdo con la fijación del litigio realizado en la audiencia inicial, el cual fue aceptado por las partes, el problema a resolver se concreta a:

- Determinar si se debe declarar administrativa y patrimonialmente responsables a las entidades demandadas Municipio de Santiago de Cali y EMCALI EICE ESP con ocasión de las lesiones presuntamente sufridas por la señora MARTHA CECILIA SAENZ GALEANO, por los hechos ocurridos el 12 de octubre de

²⁶ Folios 825 a 843 Cuaderno1 del Expediente digital

2015, al caer en una excavación en un andén, que se realizó en el barrio Brisas de los Andes. Se deberá analizar los argumentos de defensa, y en caso de que existiera condena, se determinara las excepciones propuestas por la entidad.

3. TESIS DEL DESPACHO

En el presente asunto hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto se demostró la configuración de los elementos de la responsabilidad del Estado, a título de falla del servicio en cabeza de EMCALI EICE ESP, de una parte, en cuanto funge como contratante propietaria y operadora de las redes de acueducto y de otra, por su responsabilidad por culpa in vigilando, habiéndose acreditado la negligencia en la correcta vigilancia y seguimiento de las labores de la Empresa contratista PROYECTOS DE INGENIERIA- PROING S.A., entre ellas la de velar por la seguridad y señalización de la obra de intervención del espacio público, en cuanto no dispuso los correctivos del caso, según el informe de visita técnica para asegurarse del cumplimiento del manual de señalización de la excavación realizada en el lugar de los hechos, con el objeto de reparar una acometida, cuya deficiencia contribuyó a la ocurrencia del accidente de la demandante el 12 de octubre de 2015 en el sector de la Carrera 1D 1ª, nomenclatura 56-158 del Barrio Brisas de los Andes de esta ciudad.

Así las cosas, la deficiente señalización de la obra por parte PROYECTOS DE INGENIERIA- PROING S.A que dio lugar a la ocurrencia del siniestro cuyo daño antijurídico se reclama en la presente Litis, no tiene la virtualidad de exonerar a EMCALI EICE ESP de la reparación, pues, como lo ha pregonado el Consejo de Estado²⁷, esta entidad está llamada a responder por su acto propio en cuanto a su omisión de vigilancia y control efectivos de las condiciones de seguridad de la obra frente a peatones o transeúntes, que en este sentido se considera concausa del daño.

A juicio de este Despacho, la entidad demandada EMCALI EICE ESP contribuyó con la reprochada omisión, en un 50% en la causación del daño, pues, resulta evidente que de haber tomado oportunamente medidas coercitivas frente al contratista para la debida señalización de la obra, el accidente de marras no habría ocurrido, por lo cual se considera que habrían de concurrir aquella y la firma PROYECTOS DE INGENIERIA- PROING S.A en una proporción del 50% cada uno en la reparación.

Sin embargo y dado que en el presente asunto, la firma PROYECTOS DE INGENIERIA- PROING S.A no fue vinculada como demandado o responsable solidario sino en calidad de llamado en garantía, no resulta factible condenarle en esta instancia de forma solidaria para la reparación del daño, no obstante, en esa condición, se le condenará a rembolsar el mencionado 50% a EMCALI EICE ESP, en observancia de la premisa establecida en los artículos 140 de la Ley 1437 de 2011, en orden a que en los eventos donde el daño antijurídico sea imputable de manera concurrente a particulares y entidades públicas, obligatoriamente, se deberá determinar en la sentencia la proporción por la cual debe responder cada una de ellas.

De otra parte, prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito Especial de Santiago de Cali, pues, está demostrado que la obra estuvo a cargo de EMCALI EICE ESP a través de la Empresa contratista antes mencionada.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

- De la Responsabilidad del Estado

El artículo 90 de la Constitución Política dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Así, para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado,

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Sentencia veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002), Radicación: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789).

deben concurrir dos (2) presupuestos esenciales: i) un daño antijurídico y ii) su imputación al Estado por la acción u omisión de autoridades públicas.

En consecuencia, es necesario dilucidar en cada caso concreto si se configuran los elementos previstos en esta norma para que nazca el deber del Estado de responder, esto es, una actuación o una omisión de una entidad estatal, el daño antijurídico y la relación de causalidad entre los dos.

En el presente caso, se debate la responsabilidad del Estado por un daño producido como consecuencia del incumplimiento de un deber legal de la Administración, en el cual se endilga al Distrito Especial de Santiago de Cali y las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.-, la omisión en el deber de señalización de obra en vía pública o andén.

Al respecto, se tiene que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que en aquellos supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado, como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada²⁸.

En términos generales, la falla del servicio surge a partir de la comprobación de que el daño se hubiere producido como consecuencia de una violación conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual constituye una labor de diagnóstico por parte del juez de las falencias en las cuales incurrió la administración y que implica un consecuente juicio de reproche. Por su parte, la entidad pública demandada podrá excluir su responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir, que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada -positivos o negativos o si demuestra que medió una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o hecho también exclusivo y determinante de un tercero²⁹.

De igual forma, en sentencia del 20 de septiembre de 2007, esta Corporación reiteró la postura expuesta desde 1985, así:

“Como de manera uniforme lo ha indicado esta Sala, no son infrecuentes los casos en que un daño antijurídico resulta del proceder -por acción u omisión- de un tercero contratista del Estado. En estos eventos, vale decir, cuando la administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra pública, la jurisprudencia tiene determinado -desde 1985- que los eventos relacionados con daños a terceros con ocasión de la ejecución de obras públicas con el concurso de contratistas, comprometen la responsabilidad de la Administración Pública, porque: i) es tanto como si la misma Administración la ejecutara directamente, ii) la Administración es siempre la dueña o titular de la obra pública, iii) la realización de las obras siempre obedece a razones de servicio y de interés general, iv) No son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista, esto es, exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a esos terceros, en tanto la Administración debe responder si el servicio no funcionó, funcionó mal.”

En esa medida se ha determinado que se configura la responsabilidad del Estado por la actuación de su contratista bajo el título de imputación de falta o falla del servicio y por lo mismo debe asumir la responsabilidad derivada de los perjuicios que puedan llegar a infligirse con ocasión de los referidos trabajos, puesto que se entiende como si la administración hubiese dado lugar al daño antijurídico.

RESPONSABILIDAD POR CULPA IN VIGILANDO

Sobre este tipo de Responsabilidad el Consejo de Estado ha trazado el siguiente criterio:

“...la responsabilidad de la administración no surge, en realidad, por el hecho ajeno, sino por el propio, de modo que no se desconoce el carácter directo de la responsabilidad estatal. Es ésta, precisamente, la diferencia que existe, en el derecho colombiano, entre la

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2015, Expediente No. 25000-23-26-000-2001-02697-01(33977), Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón.

²⁹ 11 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, Expediente No. 17001 23 31 000 1997 01059 01 (18523), Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

responsabilidad indirecta de los particulares por culpa in eligendo o culpa in vigilando, prevista en el Código Civil, y la responsabilidad directa del Estado por la falta de vigilancia o control de un tercero, quien también podrá ser llamado a responder ante la víctima. La obligación de indemnizar surge, en este último caso, porque la actuación del tercero no le es ajena a la entidad demandada y no constituye, por lo tanto, una causa extraña que permita su exoneración³⁰. (negritas y subrayas fuera de texto).

5. CASO EN CONCRETO

En el presente caso, la parte actora solicita se declare administrativa y patrimonialmente responsables a las entidades demandadas DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI y EMCALI EICE ESP con ocasión de las lesiones sufridas por la señora MARTHA CECILIA SAENZ GALEANO, por los hechos ocurridos el 12 de octubre de 2015 al caer en una excavación en un andén, que se realizó en el barrio Brisas de los Andes de esta ciudad.

Por su parte, el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, presenta contestación a la demanda argumentando que dicha entidad territorial no es responsable por el accidente acontecido, toda vez que por parte de esta no se estaba realizando trabajo alguno en el tiempo que sucedieron los hechos, puesto que de acuerdo a la demanda fueron las EMPRESAS MUNICIPALES DE EMCALI EICE E.S.P., las que efectuaron la intervención en el andén, por concepto de reparaciones en la tubería que atiende el servicio de alcantarillado.

EMCALI EICE E.S.P., refiere que la ejecución o intervención en la zona, de la cual se desconoce el sitio exacto, estuvo a cargo del contratista PROYECTOS DE INGENIERIA-PROING S.A., encargada de la señalización de la obra de acuerdo al contrato suscrito, y por lo tanto no es la entidad responsable de la excavación o hueco dejado en el andén que ocasionó el accidente, así como tampoco es la empresa que presta el servicio de alumbrado público en el sector.

Procede entonces al Despacho, a efectos de dilucidar la controversia a analizar si se configuran en este caso los presupuestos para la declaración de responsabilidad del Estado.

5.1. El daño antijurídico:

De acuerdo a las pruebas allegadas al plenario, se encuentra acreditado el daño como primer elemento para estudiar la responsabilidad, toda vez que de la historia clínica del HOSPITAL JOAQUIN PAZ BORRERO, se logra determinar que, como consecuencia de caída de propia altura en un hueco, ocurrida el 12 de octubre de 2015, la señora MARTHA CECILIA SAENZ GALEANO, sufre trauma en rodilla izquierda y múltiples de tejidos blandos, DIAGNOSTICO PRINCIPAL CONTUSION DE RODILLA, se le formula Naproxeno y control por consulta externa, y diclofenaco, dándole salida del servicio de urgencias siendo las 22:10, reingresando 7 días después del accidente por dolor intercostal, el 19 de octubre de 2015, siendo remitida el 21 de octubre de 2015, al Hospital Universitario del Valle ESE, que en la misma fecha la deriva al Hospital San Juan de Dios, donde es intervenida quirúrgicamente el 22 de octubre de 2015. Diagnostico principal: derrame pleural, fractura de costilla. Se realiza toracotomía.”, con salida el 23 de octubre de 2015, quien refiere sentirse en buenas condiciones. Con una incapacidad medica de 15 días del 21 de octubre al 4 de noviembre de 2015 (Folios 66 a 118 Cuaderno 1 del Expediente digital y CD 8).

Obra igualmente, el Informe Pericial No. UBCALI-DSVLLC-10845-2029 Radicación: UBCALI-DSVLLC-10682-C-2019 del 30 de julio de 2019, suscrito por la profesional CLAUDIA PATRICIA HURTADO GARZON, del Instituto de Medicina Legal y Ciencias

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Sentencia veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002), Radicación: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789).

Forenses de la Dirección Regional Suroccidente, de la señora MARTHA CECILIA SAENZ GALEANO, determinando:

“Mecanismo traumático de lesión: Contundente. Incapacidad médico legal DEFINITIVA TREINTA Y CINCO DIAS. SECUELAS MÉDICO LEGALES: Deformidad Física que afecta el cuerpo de carácter transitorio”. (Folios 11 a 13 del Cuaderno 2 de Pruebas del Expediente digital).

Así como también, la historia clínica del 24 de mayo de 2016, RED SALUD NORTE, especialidad psicología, diagnostico: EPISODIO DEPRESIVO LEVE, PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA DESAPARICIÓN O MUERTE DE UN MIEMBRO DE LA FAMILIA, PROBLEMAS RELACIONADOS CON OTROS HECHOS ESTRESANTES, sugiere continuar con tratamiento psiquiátrico. (Folios 81 a 82 del Cuaderno 1 del Expediente digital)

5.2. La imputación

Expuesto lo anterior y con el fin de resolver el problema jurídico planteado, debe indicarse en primer lugar que al revisar los hechos expuestos en el libelo introductorio, se logra determinar que la parte demandante pretende imputarle responsabilidad administrativa a las entidades demandadas, por los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a los demandantes, como consecuencia de las lesiones que sufrió la señora MARTHA CECILIA SAENZ GALEANO, en accidente ocurrido el día 12 de octubre de 2015, cuando sufrió una caída desde su propia altura en un hueco o excavación realizada por las Empresas Municipales EMCALI EICE E.S.P., en la Carrera 1D 1ª, nomenclatura 56-158 del Barrio Brisas de los Andes de esta ciudad, debido a falta de señalización sobre el andén por donde transitaba y la deficiente iluminación en el sector.

Con el fin de acreditar la forma en que sucedieron los hechos, la parte actora aportó como prueba documental copia del libro de anotación folio 446 de fecha 12 de octubre de 2015 de la Estación de Policía la Riviera de Cali, donde los patrulleros RAUL ARDILA y S.I. MEDINA atienden un caso en la Carrera 1D 1ª con Calle 58 Barrio los Andes, en donde al llegar encuentran a la señora Martha Sáenz, rodeada por personas quienes manifiestan que venía caminando por el andén y cayó en hueco, que al parecer lo había hecho personal de EMCALI, para arreglos del acueducto, se informa que fue trasladada en un vehículo particular a una entidad hospitalaria (Folios 50 a 51 Cuaderno 1 Expediente digital).

Obra igualmente la denuncia penal del 29 de febrero de 2016, por los hechos del 12 de octubre de 2015, formulada por la señora MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO, ante la Fiscalía, por el delito de lesiones personales que correspondió a la Fiscalía 95 Local de Cali, instancia que procedió con el archivo de la actuación por Auto del 21 de abril de 2016, al considerar la ausencia de elementos materiales probatorios que indiquen la posible configuración del tipo penal y posible autor de los hechos. (Folios 33 a 38 Cuaderno 1 Expediente digital.).

De la misma manera, se allega con la demanda material fotográfico visible a folios 39 a 49 con el fin de demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos, donde se evidencia como lugar de los hechos la Calle 58 con Carrera 1D1A con nomenclatura 56 -158 (Folios 49 del Cuaderno 1 del expediente digital)



En cuanto a las fotografías aportadas por la parte actora como prueba de sus aseveraciones, debe precisarse que el H. Consejo de Estado ha sostenido que ellas no pueden ser valoradas en el proceso puesto que carecen de mérito probatorio, porque allí se registran varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas, aunque en algunas ocasiones, cuando son debidamente ratificadas por quien las tomó y se precisan las circunstancias antes relacionadas, pueden ser valoradas conjuntamente con los otros medios de prueba allegados al proceso. En el caso sub examine, se establece que las mismas fueron ratificadas por otros medios de prueba, como la ratificación por parte de los testigos en el lugar de los hechos, el Informe Técnico del 14 de octubre de 2016, rendido por el ingeniero interventor del EMCALI EICE E.S.P., informe de visita técnica del 22 de septiembre de 2016, donde se confirma que para la fecha de ocurrencia de los sucesos, se adelantaban trabajos en la zona señalada por la parte demandante (Folios 325 a 351 del cuaderno 1) .

El Despacho tiene en cuenta la facultad del ente territorial (Distrito Especial de Santiago de Cali) de velar por el mantenimiento y conservación del espacio público y los andenes, sin embargo de las pruebas recaudadas en proceso se avizora que las excavaciones que generaron el daño antijurídico fueron realizados por un tercero, tal como se evidencia del contrato suscrito entre EMCALI EICE ESP y PROYECTOS DE INGENIERIA- PROING S.A, mediante el cual se intervino el corredor comprendido entre CRA 1D 1ª con Calle 58 (Folios 325 al 343 del expediente digital) encontrando probada la inexistencia de nexo causal entre los hechos de litigio y la actuaciones del ente territorial, de donde deviene la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de esta última.

Efectivamente, se encuentra probado que EMCALI EICE ESP celebró con la empresa PROING S.A, el Contrato No. 300-GAA-CO-0955-2014 de fecha 24 de diciembre de 2014, cuyo objeto era la reparación de los daños no visibles que se detecten y localicen mediante el rastreo de redes de distribución y acometidas del acueducto en áreas de abastecimiento de EMCALI (Folios 325 a 343 del cuaderno 1 del expediente digital) el cual comenzó a realizar trabajos de excavación en la CRA 1D 1ª con calle 58 el 02/09/2015 (Folio 248 del cuaderno 1 del expediente) y solo realizo el relleno del mismo el 23 de octubre del 2015 (Folio 350 del cuaderno 1).

Con la contestación de la demanda, EMCALI aporta Informe técnico contenido en el Oficio No. 312.1-DI-01729 del 14 de octubre de 2016, suscrito por el Coordinador del Departamento de Interventoría de Acueducto, Ingeniero Felipe Riscos, a través del cual informó que EMCALI mediante el Contrato de detección de fugas no visibles No. 300-GAA-CO-0955-2014 celebrado con la empresa PROING S.A contrató unos trabajos con intervención del espacio público y que la obra se ejecutó entre el período del 01 al 30 del mes de octubre de 2015, en el sector del presunto accidente, siendo la obligación del contratista PROING, la recuperación de las calzadas en concreto, asfalto, andenes sardineles y en general todas las zonas duras, así como también la señalización adecuada según manual dispuesto por EMCALI de todos los sitios donde se desarrollaron los trabajos (Folios 216 a 422 Cuaderno 1 del Expediente digital), donde se destaca:

1. “La intervención del espacio público frente a la nomenclatura 56-158 se realizó en desarrollo del Contrato No 300-GAA-CO-0955-2014 cuyo objeto fue la "reparación de los daños no visibles que se detecten y localicen mediante rastreo de las redes de distribución y acometidas de acueducto, en las áreas de abastecimiento definidas por EMCALI (..) Entre las obligaciones del Contratista PROING S.A estaba la reparación de daños efectivos localizados tanto en red matriz como en domiciliarias autorizados por la Supervisión en un tiempo máximo de 12 horas. La recuperación de calzadas en concreto, asfalto, andenes, sardineles y en general todas las zonas duras debían cumplirse antes de tres días hábiles contados a partir de que el servicio de acueducto quedara restablecido. Para todos los casos el Contratista bajo su exclusiva responsabilidad tenía que garantizar antes, durante y al final una señalización adecuada (según manual dispuesto por EMCALI), de todos los sitios en donde se desarrollaban los diferentes trabajos de rastreo, excavación, reparación, rellenos, refacción y retiro de escombros (páginas 9 y 10 de las especificaciones técnicas del contrato).
2. De acuerdo con los tiempos establecidos para cada una de las etapas de la intervención correspondiente a la domiciliar del predio 56-159, el Contratista incumplió prácticamente en todos pues: la reparación según sus propios registros y el acta firmada por el usuario (ambos adjuntos a este memorando), se realizó el 02 de septiembre y la excavación pudo haber permanecido abierta 51 días hasta el 23 de octubre de 2015, fecha en que se ejecutó el relleno y la refacción del concreto de andén. En nuestra base de datos se tiene registrado que el 08 de septiembre solo estaba pendiente la refacción del andén según visita del inspector Edgar Marino Rodríguez. El retiro de escombros por su parte fue hecho por el usuario según versión dada a la interventoría lo que obligó al Supervisor a realizar el respectivo descuento del ítem de pago contractual.

PROING - SA **FORMATO DE REPARACION DE DAÑOS**
PROGRAMA BUSQUEDA DE FUGAS

DATOS GENERALES

Fecha: 02-09-2015 Hora: 11:20 N° de orden: 11-08-EPDCC 876
Direccion: Cra 1 Dia 56-159 Barrio:
Ubicación: ☒ Andén concreto ☐ Andén blanda ☐ Zona verde
☐ Calzada concreto ☐ Calzada Blanda ☐ Calzada asfalto

DAÑO RED MATRIZ

Diametro: ☐ 3" ☐ 4" ☐ 6" ☐ 8" ☐ 10" ☐ 12" Material: ☐ AC ☐ PVC ☐ HD ☐ HF ☐ PE
Tipo de daño: ☐ Partido ☐ Rajado ☐ Estallado ☐ Accesorio
Redes alternas: ☐ Gas ☐ Fibra optica ☐ Alcantarillado ☐ Energia
Dimensiones excavacion (mts): largo: _____ Ancho: _____ Profundidad: _____
Trabajo ejecutado: ☐ Cambio Collar ☒ Numero Collares: _____ ☐ Cambio tramo Tuberia

DAÑO ACOMETIDA

Diametro: ☒ 1/2" ☐ 3/4" ☐ 1" ☐ 1-1/2" Material: ☒ PPF + UAD ☐ PE ☐ CU ☐ ACERO GALV
Meditor anterior: _____ Medidor Nuevo: _____
Tipo de daño: ☒ Orificio tuberia ☐ Acc dañado ☐ Empaque dañado ☐ daño por tercero
☐ Fatiga material ☐ tornillo Collar ☐ Otro: _____
Dimensiones excavacion (mts): largo: _____ Ancho: _____ Profundidad: _____
Trabajo ejecutado: ☐ Cambio Collar ☐ cambio completo de tuberia desde red matriz
☒ Reparacion tramo tuberia de acometida

OBSERVACIONES

Se Reparó daño de manguera PPF partido
se arregla tramo no se cambia desde la red por
impedimento de tubería alcantarillado que pasa arriba
del tubo madre y debajo están los collares

Fecha final de reparacion: 02-09-2015 Hora: 2.
Causal de fallo: ☐ Daño interno ☐ Direccion Errada ☐ Relocalizar / No hay daño en excavacion

Usuario: Luz Janyth Rueda C. Tecnico: Juan E Angulo
45482687

REPARCHEO FUGAS 2015 - Base de datos (Access 2007) - Microsoft Access

Para_Rellenar - RellenoContratista - FechaAsig_Rellen - Acta_Rellen - Confirmar - FechaRellen - Lab_Atig_par - FechaAsig_Lab - Fecha_Pru_Rellot_Lab - Recibido_P

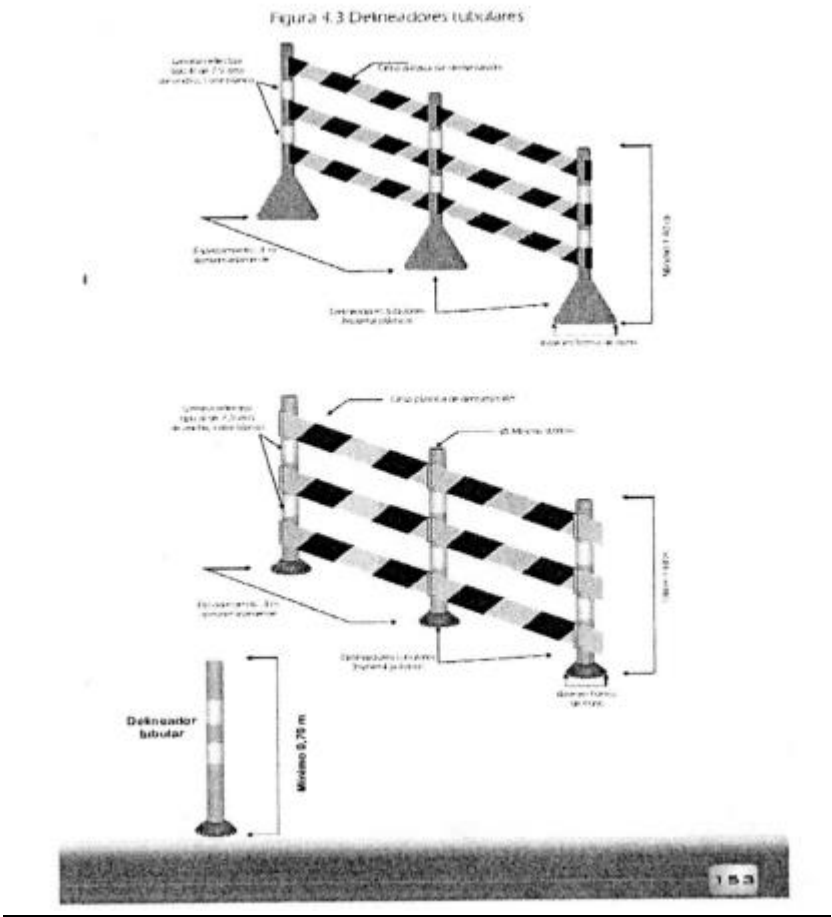
SI	ROCA MUERTA	JFV	05/09/2015	✓	ROCA MUERTA	10/09/2015	GEOZAM	28/09/2015		
SI	ROCA MUERTA	JFV	05/09/2015	✓	ROCA MUERTA	09/09/2015	GEOCONTROL	16/09/2015		
NO	ROCA MUERTA	SE ENCONTRO REPARC	04/09/2015	✓	ROCA MUERTA	04/09/2015				
SI	BASE GRANULADA	SE ENCONTRO REPARC	02/09/2015	✓	BASE GRANULU	28/09/2015	GEOZAM	04/09/2015	09/09/2015	
SI	BASE GRANULADA	ASF	04/09/2015	✓	BASE GRANULU	16/09/2015	GEOZAM			
NO	ROCA MUERTA	DJ	09/09/2015	✓	ROCA MUERTA	18/09/2015				
SI	BASE GRANULADA	JFV	04/09/2015	✓	BASE GRANULU	03/09/2015	GEOZAM			
NO	ROCA MUERTA	JFV	03/09/2015	✓	ROCA MUERTA	03/09/2015				
NO	ROCA MUERTA	AB	15/10/2015	✓	ROCA MUERTA	09/10/2015				
SI	ROCA MUERTA	JFV	07/09/2015	✓	ROCA MUERTA	10/09/2015	GEOZAM	28/09/2015	29/09/2015	
NO	ROCA MUERTA	DJ	15/10/2015	✓	ROCA MUERTA	21/09/2015				
NO	ROCA MUERTA	AB	15/10/2015	✓	ROCA MUERTA	16/10/2015				
NO	ROCA MUERTA	JFV	07/09/2015	✓	ROCA MUERTA	10/09/2015				
SI	ROCA MUERTA	JFV	07/09/2015	✓	ROCA MUERTA	10/09/2015	GEOZAM	28/09/2015	29/09/2015	
NO	ROCA MUERTA	AB	05/09/2015	✓	ROCA MUERTA	11/09/2015				
NO	ROCA MUERTA	DJ	05/09/2015	✓	ROCA MUERTA	11/09/2015				
SI	ROCA MUERTA	JFV	07/09/2015	✓	ROCA MUERTA	10/09/2015	GEOZAM	28/09/2015	29/09/2015	
NO	ROCA MUERTA	AB	16/10/2015	✓	ROCA MUERTA	22/10/2015				
SI	ROCA MUERTA	AB	05/09/2015	✓	ROCA MUERTA	11/09/2015	GEOZAM	28/09/2015	29/09/2015	
NO	ROCA MUERTA	AB	23/10/2015	✓	ROCA MUERTA	23/10/2015	GEOZAM	28/09/2015	29/09/2015	

Registro: 1 de 1796

Fecha de relleno: 23/10/2015

3. La excavación hecha en andén frente a la nomenclatura 56-158 donde supuestamente ocurrió el accidente de la Peticionaria, se le tomaron medidas por parte del inspector de Interventoría Edgar Marino Rodríguez y se registraron en base de datos del contrato según informe adjunto así: ancho de la excavación 80 cms, largo 80 cms y profundidad 70 cms. La refacción final del concreto de andén se incrementó a 1,5 metros por cada lado atendiendo una resolución de la Secretaría de Ordenamiento Urbanístico que obliga a reconstruir los andenes en áreas no inferiores a sus paños originales.

En el anexo No 8 de las especificaciones técnicas se obliga al Contratista a implementar el manual de señalización, que exige la colocación de las cintas de contención en polipropileno para delimitar las excavaciones y así prevenir y guiar al tránsito peatonal o vehicular. La correcta utilización de las cintas delimitadoras son los postes o puntos fijos con tres cintas como se muestra en la siguiente figura.



4. **Nuestra Interventoría pudo determinar que el Contratista cumplió parcialmente con la señalización exigida desde que empezó la intervención del espacio público pues el técnico inspector Edgar Marino Rodríguez realizó**

el siguiente registro fotográfico el 22 de septiembre de 2015, donde se aprecia tanto el predio de interés como la colocación de una sola cinta delimitadora (debiendo ser tres) rodeando la excavación inicial.



5. Las fotografías de los andenes del sector de la carrera 1D1 frente a la nomenclatura 56-158 y 56-159 fueron tomadas por el técnico de interventoría Edgar Marino Rodríguez registro 7892. En informe adjunto del funcionario se puede evidenciar la captura hecha de la intervención y las placas de los predios.
6. El caso de la peticionaria corresponde a uno de más de 1900 reparaciones de fugas no visibles que se hicieron en la ciudad mediante el contrato 300-GAA- CO-0955-2014. La supervisión en terreno estuvo a cargo de dos inspectores que se les distribuyó por zonas su responsabilidad de visitar e inspeccionar los trabajos del Contratista. El barrio los Andes y específicamente la dirección donde supuestamente sucedió el accidente, le fue asignado al técnico de Interventoría Edgar Marino Rodríguez registro 7892.
7. En relación con las medidas de seguridad que se tomaron cuando se cita en el oficio "que se accedió a que un usuario retirara los escombros", esta interventoría solo puede confirmar que esa actividad, aunque le correspondía al Contratista fue realizada deliberadamente y sin previo aviso por el Usuario. En nuestros archivos no se cuenta con un derecho de petición que solicitara el retiro urgente de los materiales por obstrucción e incomodidad al usuario, más aún cuando los tiempos máximos de restablecimiento del espacio público no se cumplieron. La Supervisión procedió a descontar la actividad de retiro de escombros al Contratista de acuerdo con versión dada por el Usuario en visita realizada por el Técnico Edgar Marino Rodríguez al predio, el día 19 de noviembre de 2015".

Aporta igualmente, copia de los Términos de referencia del Contrato-Manual de Señalización: /Folio 301 Cuaderno 1 del Expediente digital).

MANUAL DE SEÑALIZACIÓN DE EMCALI
CINTA DE CONTENCIÓN
DIMENSION: SINFIN DE 10 CMS DE ANCHO

Esta cinta es de uso obligatorio y se usa para delimitar, prevenir y guiar al peatón o vehículo. Se puede usar para construir callejones peatonales o demarcar el área de la obra. El material en que se elaborará será polipropileno con impresión al calor y su producción deberá ser continua.

CARACTERISTICAS: En polipropileno amarillo.

DECORACION: Impresión al calor.



Nue

- Informe Técnico que contiene el Informe de Visita Técnica del 22 de septiembre de 2016 (SIC), suscrito por el ingeniero EDGAR MARIÑO RODRIGUEZ IDARRAGA, Técnico de Interventoría del EMCALI, anexo registra fotográfico, donde se evidencia el predio ubicado en la Carrera 1 D1A N° 56-158 predio en el que se realizó intervención del espacio público para reparar acometida del predio de la Carrera 1 D1A No. 56-159, observando la refacción en andén. Anotando que la excavación de la reparación tenía dimensiones de 0.80 m de ancho, 0.80 de largo y 0.70 de profundidad. La reposición de la refacción del andén de 1.50 m x1.50 m. Reparación que tuvo lugar el 02 de septiembre de 2015, rellenándose el hueco el 23 de octubre de 2015 (Folios 351 a 353 Cuaderno 1 del Expediente digital).



Carrera 1 D1A N° 56-158 predio donde se realizó intervención del espacio público para reparar acometida del predio carrera 1 D1A N° 56 – 159 en la fotografía se observa la refacción en andén.

La excavación de la reparación tenía dimensiones de 0.80 m de ancho, 0.80 de largo y 0.70 de profundidad.

El reposición de la refacción del andén de 1.50 m x1.50m.

- Así como también, memorial de fecha 12 de octubre de 2016, suscrito por el Ingeniero de Zona de Megaproyectos S.A. donde se informa que se realizó visita técnica y que, de acuerdo a los datos recopilados, se encontró que en la dirección exacta del suceso existe a escasos metros una luminaria de 70 W en la Carrera 1-D1A No. 56-143, que las luminarias están en buen estado, funcionando correctamente y libres de ramas y que entre el 01 de octubre y el 30 de septiembre de 2015, no existieron órdenes de trabajo para el mantenimiento de alumbrado público ni reportes de circuitos apagados, por lo que puede decir que la red de alumbrado público se encontraba funcionando correctamente. (Folios 213 a 215 Cuaderno 1 del Expediente digita).

INFORME DEPARTAMENTO TECNICO

Dirección	Carrera 1-D1A No 56-158
Fecha y Hora vista	12 de Octubre de 2016
Nivel de Iluminación encontrado en el sector	La vía en la dirección del suceso esta categorizada como M5 según el reglamento técnico de iluminación y alumbrado publico (RETILAP), por lo cual se encuentran instaladas luminarias de 70W.
El objeto de la visita (poste, transformador, cable, etc.) hace parte de la infraestructura del Alumbrado Público?	La iluminación sobre la vía corresponde al sistema de Alumbrado Publico de la ciudad de Cali.
Luminarias existentes en el lugar (Cantidad, ubicación, identificación, etc.)	En la dirección exacta del suceso Carrera 1-D1A No 56-158, existe a escasos metros una luminaria de 70W en la Carrera 1-D1A No 56-143
Estado de la infraestructura de Alumbrado Público en el sector	Las luminarias están en buen estado, funcionando correctamente y libres de ramas.
Reportes de daños en el sector (cantidad, fecha)	Entre el 01 de Octubre y el 30 de Septiembre del 2015 no existen órdenes de trabajo para el mantenimiento de alumbrado público del tramo de vía en análisis, No existen reportes de circuito apagado para el tramo de vía en el periodo mencionado, por lo que se puede decir que la red de alumbrado se encontraba funcionando correctamente.
Fecha de elaboración del informe	12 de Octubre de 2016

En su testimonio Técnico, el Ingeniero JULIAN MAURICIO SEPULVEDA FRANCO, ingeniero sanitario, Director Operativo de Acueductos de PROING, para la época de los

hechos, manifiesta que la Empresa celebró un contrato con EMCALI para la búsqueda de detección y reparación de daños no visibles, y su función era velar porque se cumplieran las especificaciones técnicas del contrato, y seguimiento financiero al contrato, encontrando 1200 fugas en Cali y 1000 reparaciones, y que su labor era netamente directiva. Explica que se firma un contrato para detectar fugas no visibles y se reparan, entonces EMCALI les fijaba los sitios, reportando donde se presentaban y se procedía a su intervención, las cuadrillas de PROING hacían la señalización respectiva, escavaban, se reparaba el daño y posteriormente se rellenaba para que no haya hundimiento y la reposición de espacio público y después se retiran los escombros, se escaba y ese material se deja de manera perimetral para evitar accidentes, como barrera de protección adicional, lo último que se retira son los escombros y la señalización. Sobre las medidas de seguridad de las excavaciones frente a los transeúntes, se señaliza, se coloca 4 bombonas y se encinta, lo que pasa es que se bandalizan y se las roban. Cada mes entregaban unas direcciones, y **EMCALI tienen unos inspectores que verifican todo**, incluida la seguridad y señalización. Sobre la permanencia de las medidas de protección o señalización frente a una excavación, refiere que PROING tenían unos inspectores en terreno, y en el caso de que encontraban una señalización bandalizada o algo se repone, pero no era obligación contractual. La obra de mitigación es la señalización básica para protegerlo. Señala que el plazo máximo para rellenar el sitio, señala que hay fugas que podían demorar 15 o 20 días, porque se repara y de la misma excavación sigue saliendo agua o cuando hay un daño de alcantarillado, se reporta y se espera a que se arregle, depende de todas las circunstancias.

Respecto a la prueba testimonial incorporada en la audiencia de pruebas celebrada el 23 de octubre de 2019, consistente en la declaración del señor ADOLFO LEON MUÑOZ TOBAR, Ingeniero Civil de profesión, manifiesta que conoce a la señora MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO, desde hace 15 años, y que fue testigo presencial de los hechos, afirmando que estaban en campaña política con el partido MIRA, y que salieron a entregar publicidad, arrancaron de la carrera 1D y que entonces dijeron que la señora Marta se había caído en un hueco, estaba un poco oscuro, eran las 7 o 7 y 30 p.m., y que el hueco estaba sobre el andén, **no había señalización**, que tuvieron que meterse al hueco para sacarla, y la llevaron al Hospital San Juan de Dios, y que llamaron a los Bomberos, Defensa Civil, Cruz Roja. Cree que era un arreglo en la parte externa del domicilio. Sobre las fotografías afirma que corresponden al lugar de los hechos, que parece que la costilla le afectó un pulmón. Esto ocurrió en el año 2015, en la Calle 56 con Carrera 1D. En el momento del accidente no había buena iluminación, no había cerramiento o señalización, al parecer la cinta estaba caída. No sabe que obras estaban realizando, pero que había una tubería. En el momento la señora MARTHA SAENZ, estaba con la señora LUZ MARY FUENTES. Al parecer la causa de la caída fue que se paró en el lodo y se resbalo por la falta de señalización. Señala que no había demarcación, ni cinta en el hueco, que estaba caída. Estaban repartiendo publicidad política desde las 6 de la tarde. Se tacha de sospechoso al testigo por su amistad. Que no vio exactamente cuando cayó, pero la reacción de todos fue que se cayó doña Martha. Había un montículo, se resbalo y se cayó en el hueco y se quejaba de un dolor en el costado y en el pie. Era una reparación domiciliaria porque en el sector no había más huecos, y que en el hueco observaron la cinta de demarcación.

Sobre la tacha de este testigo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 del Código General del Proceso un testigo es sospechoso por razón de los vínculos de amistad que sostenga con los demandantes, entre otras causas, no obstante, dicho hecho no conlleva a desechar por completo la declaración, para que ello ocurra debe acreditarse el sentimiento o interés directo entre el testigo y el o los demandantes para el momento en que fue rendido el testimonio, además si bien existe un vínculo de amistad o compañerismo por el movimiento político MIRA y de la congregación religiosa a la que pertenecen, no puede partir de una suposición sino que debe ser acreditado dentro del proceso, en este caso no existen otros medios de prueba que demuestran que la declaración del señor ADOLFO LEON MUÑOZ, sea parcializada, razón por la cual no hay lugar a acceder a la tacha de este testigo.

De otro lado, la señora LUZ DARY PEÑA, en su declaración del 23 de octubre de 2015, afirma que conoce a la MARTHA SAENZ, porque son líderes sociales trabajan con la comunidad por el partido MIRA, dice ser testigo de los hechos, vio cuando se fue al hueco, y que los compañeros la auxiliaron, que había falta de iluminación. La ambulancia si llegó, pero pedían SOAT, por lo que el señor ADOLFO LEON MUÑOZ fue quien la llevo hasta el

hospital de López, y de ahí la mandaron al San Juan de Dios. Reconoce las fotografías y que parece que fue por una fuga que habían abierto el hueco. Sobre la obra manifiesta que, a los días del accidente, pregunto a una persona sobre el hueco y le informaron que habían llamado a EMCALI para cerrarlo. Expone que quien tomo las fotografías fue LUZ MARY FUENTES. Que cuando voltea la esquina, la señora se va al hueco, y llama a sus compañeros para que la auxilien. El hueco no se veía muy bien, recuerda que estaba lloviznando. Que estuvo delicada, dejo de trabajar por un tiempo, ella trabajaba oficios varios como cuidar niños. Aduce que les extraño que **no había señalización**, porque EMCALI siempre deja una cinta. Que cuando se acercó vio la montonera de tierra a los lados. No observo cintas de seguridad en el perímetro del hueco. Sobre la dirección del hueco es la Calle 58 con Carrera D1 con 1 BIS. Que la señora duro casi 2 años enferma y que se encontraba a unos 15 metros al momento de la caída.

Por su parte el señor JHON JAIRO ARELLANO, en declaración del 23 de octubre de 2019, relata que escucho cuando la señora MARTHA CECILIA SAENZ, grito cuando se cayó al hueco, y se devolvió a ver, porque ella estaba dentro del hueco y que fue la persona que la saco de ahí, que no había señalización que advirtiera su existencia, después miro una cinta amarilla tirada en el piso y otra parte amarrada en una reja, pero suelta. Reconoce las fotografías tomadas en el lugar. Señala que la iluminación en el sector en esa época era deficiente. Paso, pero no miro el hueco porque **no había señalización**.

La señora LEIDY ESPERANZA CABEZA TORO, en su declaración del 23 de octubre de 2019, señala que el señor JULIAN ANDRES IDAGARRA SAENZ, es el papa de su hija, y que la señora MARTHA SAENZ le ayudo a cuidar la niña antes del accidente, la abuela de la niña es la hermana de la señora Martha. La labor de cuidar la niña fue de 6 meses a un año, y le pagaba por horas, un promedio de 200.000 a 250.000., trabaja ayudando a cuidar ancianos y niños. Que en octubre hacia unas campañas y estaba cumpliendo con labores de MIRA, la ayudo cuando estuvo en la Clínica, y que ya no le podía colaborar en ese sentido. Que cuido a su hija entre 2014 a 2015.

En su declaración del 23 de octubre de 2019 la señora SANDRA VANESSA CASTRO, manifiesta que conoce al grupo familiar de la señora MARTHA SAENZ, porque pertenecen a la misma iglesia desde hace aproximadamente 15 años, sobre el vínculo familiar son muy unidos, se ayudan mutuamente, y porque viven cerca a cuadra y media. Sobre las afectaciones de tipo moral, por las lesiones, dice que la señora Martha quedo muy afectada, siente mucho miedo, incluso cuidaba a sus hijas y ya no ha podido, siente mucho dolor cuando va en el bus. Que tiene contacto con doña Martha todos los días, porque viven cerca. Sobre la relación de la señora Martha y sus sobrinos, dice que había comunicación con ellos todos los días, porque empezó a compartir con ellos, son muy unidos se colaboran. Que la reacción del grupo familiar fue de mucha preocupación, y que la apoyaron en su convalecencia, le empezaron ayudar económicamente. Dice que le quedaron secuelas del accidente, que antes era muy alegre, muy jovial. Que cuido a sus hijas entre los años 2013 a 2014, de lunes a viernes por horas, y le pagaba 20.000 diarios. Después del accidente ya no le colaboro con el cuidado de las hijas. Para 2015 la señora MARTHA SAENZ convivía con su hijo Leonardo. Sabe que se miraban esporádicamente con sus sobrinos, de vez en cuando miraba a Martica y Julián. Que la señora dejo de cuidar a sus hijas porque la testigo dejo de laborar. Sobre la ayuda económica se debió a que ella dejo de devengar un salario o remuneración y la hermana y que anteriormente no le colaboraban económicamente.

En declaración del 25 de febrero de 2020, la señora INGRID ANGELICA BARRETO, declara sobre las relaciones afectivas del grupo familiar demandante, señalando que conoce que a la señora Martha desde el 2015 y al señor Leonardo, hijo, desde 2014 porque era su novio y los otros cree que son los hermanos y unos sobrinos de la señora Martha, quien vive sola con Leonardo, pero que son muy unidos, que ella estuvo deprimida con psicólogo, y que se turnaban entre todos para acompañarla porque estuvo incapacitada por bastante tiempo. Que cuidaba a la niña hija de su sobrino, a ella le pagaban por cuidarla, pero no sabe.

La testigo señora LUZ MARY FUENTES del 25 de febrero de 2020, manifiesta conocer al grupo familiar demandante, sobre el día del accidente dice que eso fue 12 de octubre de 2015, entre 7 y 7 y 30 de la noche, iban a dejar propaganda, que estaban cogidas de la

mano, se subieron al andén y no se percataron que había un hueco, y no la alcanzo a coger, iban entretenidas conversando y no se fijaron que había un hueco, **no se miraba mucha señalización y luego se percató de una cinta amarilla amarrada en la reja.** Dirección 1 D1 con 56. Salió a pedir ayuda a los compañeros. Fue la encargada de tomar las fotos. En la casa donde había el hueco no había nadie porque ahí no salió nadie. **Sobre la luminaria dice que estaba muy baja y que se miraba más oscuro que claro.**

5.3. Análisis del material probatorio y nexos de causalidad

La EICE ESP EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, cuyo objeto social y misional es la prestación de servicios públicos domiciliarios contemplados en las Leyes 142 y 143 de 1994, que en la actualidad presta los servicios de **acueducto**, alcantarillado, distribución y comercialización de energía, telefonía básica, internet y demás servicios de telecomunicaciones incluyendo los servicios agregados, generación de energía y tratamiento de aguas residuales, entre otros; que tiene su radio de acción principal en el municipio de Santiago de Cali.

Se encuentra acreditado, como se refirió en líneas precedentes que EMCALI contrató con PROING, para que se ocupe de parte de actividades de su objeto social, entre ellos el de operar y mantener el acueducto, suscribiendo el Contrato No 300-GAA-CO-0955-2014 del 24 de diciembre de 2014, para la detección de fugas no visibles, mediante rastreo de las redes de distribución y acometidas de acueducto, en las áreas de abastecimiento definidas por EMCALI, con la intervención del espacio público, señalando entre las obligaciones del Contratista PROING S.A el rastreo tanto en red matriz como en las domiciliarias, excavación, señalización, reparación, rellenos, refacción y retiro de escombros, en un tiempo máximo de 12 horas, estipulando que la recuperación de calzadas en concreto, asfalto, andenes, sardineles y en general todas las zonas duras debían cumplirse antes de 3 días hábiles contados a partir de que el servicio de acueducto quedara restablecido y que para todos los casos el Contratista bajo su exclusiva responsabilidad debía garantizar antes, durante y al final una señalización adecuada según manual dispuesto por EMCALI.

Según Informe Técnico del 14 de octubre de 2016, el Ingeniero FELIPE RIASCOS, Coordinador de la Dirección de Interventoría de EMCALI EICE E.S.P., dirigido al Coordinador de Área de Defensa Jurídica, manifiesta que la intervención del espacio público frente a la nomenclatura 56-158 (excavación), se ejecutó para la reparación de la acometida correspondiente a la nomenclatura 56-159 (lado impar) del predio al otro lado de la vía, por parte de PROING en desarrollo del Contrato No 300-GAA-CO-0955-2014 antes mencionado y que para todos los casos el contratista bajo su exclusiva responsabilidad tenía que garantizar antes, durante y al final una señalización adecuada (según manual dispuesto por EMCALI), de todos los sitios en donde se desarrollaban los diferentes trabajos, de acuerdo con los tiempos establecidos para cada una de las etapas de la intervención correspondiente a la domiciliar del predio 56-159, esto es, reparación de daños efectivos localizados tanto en red matriz como en domiciliarios autorizados, en un tiempo máximo de 12 horas, la recuperación de las calzadas en concreto, andenes, sardineles, debían cumplirse antes de 3 días hábiles contados a partir de que el servicio público de acueducto quedara restablecido y que para todos los casos, el contratista bajo su exclusiva responsabilidad tenía que garantizar antes, durante y después de la intervención del espacio público una señalización adecuada de acuerdo al Manual de señalización de EMCALI.

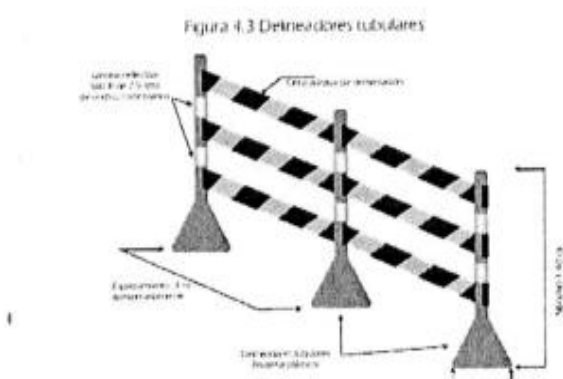
Indica que de acuerdo con los tiempos establecidos para cada una de las etapas de la intervención correspondiente a la domiciliar del predio 56-159, el Contratista **incumplió con los tiempos y la señalización**, la reparación según sus propios registros y el acta firmada por el usuario, se realizó el 02 de septiembre de 2015 y la excavación pudo haber permanecido abierta **51 días hasta el 23 de octubre de 2015**, fecha en que se ejecutó el relleno y la refacción del concreto de andén. Aduciendo que, en la base de datos, se registra que el 08 de septiembre de 2015, solo estaba pendiente la refacción del andén según visita del inspector Edgar Marino Rodríguez. y que el retiro de escombros se fue hecho por el usuario por versión dada a la interventoría lo que obligó al Supervisor a realizar el respectivo descuento del ítem de pago contractual.

Sobre la señalización, destaca que la interventoría, constato mediante visita técnica del 22 de septiembre de 2015, que el Contratista cumplió parcialmente con la señalización exigida desde que empezó la intervención del espacio público pues el técnico inspector Edgar Marino Rodríguez realizó en la fecha indicada un registro fotográfico, donde se observa tanto el predio de interés como la colocación de una sola cinta delimitadora (debiendo ser tres) rodeando la excavación inicial.

Incumpliendo en esta medida las especificaciones técnicas del Anexo 8, en el cual se obliga al Contratista a implementar el manual de señalización, que exige la colocación de las cintas de contención en polipropileno para delimitar las excavaciones y así prevenir y guiar al tránsito peatonal o vehicular. La correcta utilización de las cintas delimitadoras son los postes o puntos fijos con tres cintas.

Anexo 8: Manual señalización EMCALI:

Registro fotográfico 22-09-2015



Por su parte, los testigos que se encontraban en el lugar de los hechos, concuerdan en manifestar que al momento de los acontecimientos había un hueco cerrado parcialmente con cinta de peligro, por lo que se corrobora que la señalización, no cumplía con las disposiciones establecidas en el contrato con PROYECTOS DE INGENIERIA- PROING S.A bajo el N° 300-GAA-CO-0 955-2014 y que por otra parte había deficiencia en la iluminación.

Según lo expuesto, se evidencia que las lesiones sufridas por MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO ocurrieron al caer en una excavación ubicada en la Carrera 1D 1ª, frente a un bien inmueble con nomenclatura 56-158 del barrio Brisas de los Andes de Cali, debido a la intervención del andén (excavación), realizada por PROING para la reparación de la acometida correspondiente a la nomenclatura 56-159, efectuada el 02 de septiembre de 2015, la cual fue rellenada con asfalto el 23 de octubre de 2015, y fue durante ese lapso 12 de octubre de 2015, que se presentó la caída en el hueco de la señora SAENZ, entre las 7 y 7 y 30 de la noche, cuando se encontraba repartiendo unos volantes de propaganda política del partido MIRA, en compañía del grupo de militantes del partido y de la iglesia, debido a la indebida señalización de la excavación de acuerdo al Manual de EMCALI EICE ESP.

En este punto, tenemos entonces, que hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de EMCALI EICE ESP en calidad de contratante y beneficiaria de la obra, por configurarse los presupuestos de la falla del servicio por la falta de vigilancia y acciones a seguir frente a los incumplimientos de señalización, informados por el supervisor técnico en su visita del 22 de septiembre de 2015, efectuada con antelación al accidente de caída en el hueco, pues, en ese contexto, le correspondía tomar oportunamente las medidas coercitivas del caso para evitar daños a terceros, como lo es, requerir al contratista a cumplir con las medidas de seguridad y señalización dispuesta por EMCALI, o con el relleno de la excavación, lo cual hubiese prevenido el insuceso ocurrido a la señora MARTHA CECILIA SÁENZ, y sin embargo, solo se limitó a registrar la actividad como no realizada.

Nótese como entre la excavación del 02 de septiembre al 23 de octubre de 2015 fecha del relleno, en efecto **transcurrieron 51 días**, cuando el termino máximo es de 15 a 20 días, de acuerdo con el testimonio técnico del señor JULIAN MAURICIO SEPULVEDA FRANCO, ingeniero sanitario, Director Operativo de Acueductos de PROING, para la época de los hechos, quien así lo informo, al decir que el plazo máximo para rellenar el sitio, cuando hay fugas era de 15 o 20 días, porque se repara y de la misma excavación sigue

saliendo agua o cuando hay un daño de alcantarillado, se reporta y se espera a que se arregle, depende de todas las circunstancias, lo cual demuestra una falla en el servicio que causó daños a la integridad de la demandante debido a las omisiones cometidas.

Se encuentra demostrado entonces, que era la Empresa contratista PROING la responsable de señalizar la excavación donde ocurrió el siniestro y de realizar su relleno y cimentación en el término pactado inferior a aquel que permaneció irregularmente abierto, representando un notable riesgo para los peatones y transeúntes al carecer de la totalidad de las bandas delimitadoras de la zona de peligro, para guiar el tránsito peatonal, conforme a lo indicado en el Anexo No.8 de las especificaciones técnicas pactadas contractualmente y de acuerdo con el registro fotográfico en acta de visita del 22 de septiembre de 2015 por parte del técnico interventor, con anterioridad al accidente, circunstancia esta que fue determinante en la producción del daño, en cuanto la excavación no pudo ser advertida por la demandante para evitar caer en ella, sin embargo, concurre en este caso, como una concausa del daño, la evidente falla de servicio de EMCALI EICE ESP, por su responsabilidad por culpa *in vigilando*, pues, le correspondía a esta entidad de carácter público ejercer acciones correctivas oportunas en su deber de vigilancia, control y supervisión respecto a la falta de señalización de la mencionada obra, que se reitera, permaneció por más de 51 días expuesta, es decir, por un término superior al pactado con la deficiencia ya anotada, sin que la omisión del Contratista pueda exonerarle de responsabilidad, ya que en este caso está llamada a responder por su propio acto de negligencia.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente conforme quedó citado en líneas atrás:

“...la responsabilidad de la administración no surge, en realidad, por el hecho ajeno, sino por el propio, de modo que no se desconoce el carácter directo de la responsabilidad estatal. Es ésta, precisamente, la diferencia que existe, en el derecho colombiano, entre la responsabilidad indirecta de los particulares por culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando*, prevista en el Código Civil, y la responsabilidad directa del Estado por la falta de vigilancia o control de un tercero, quien también podrá ser llamado a responder ante la víctima. La obligación de indemnizar surge, en este último caso, porque la actuación del tercero no le es ajena a la entidad demandada y no constituye, por lo tanto, una causa extraña que permita su exoneración”³¹

En esa medida, la interventoría implica un seguimiento técnico a la correcta ejecución y cumplimiento del contrato, que al advertir eventuales falencias o incumplimientos, corresponde a la entidad de naturaleza pública, en este caso, EMCALI tomar los correctivos del caso, mismas que en el plenario, brillan por su ausencia, en cuanto no fueron acreditadas.

Al respecto, el Consejo de Estado, en Sentencia del 04 de diciembre de 2019, ha dicho³²:

*Como de manera uniforme lo ha indicado esta Sala, **no son infrecuentes los casos en que un daño antijurídico resulta del proceder -por acción u omisión- de un tercero contratista del Estado.** En estos eventos, vale decir, **cuando la administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra pública, la jurisprudencia tiene determinado -desde 1985- que los eventos relacionados con daños a terceros con ocasión de la ejecución de obras públicas con el concurso de contratistas, comprometen la responsabilidad de la Administración Pública,** porque: i) es tanto como si la misma Administración la ejecutara directamente, ii) la Administración es siempre la dueña o titular de la obra pública, iii) la realización de las obras siempre obedece a razones de servicio y de interés general, **iv) No son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista,** esto es, exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a esos terceros, **en tanto la Administración debe responder si el servicio no funcionó, funcionó mal.** En estos eventos se configura la responsabilidad del*

³¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Sentencia veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002), Radicación: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789).

³² SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D. C., 04 de diciembre de 2019 Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00015-01(45263) Actor: CATALINA TORRES LEÓN Demandado: MUNICIPIO DE SAN CAYETANO

Estado por la actuación de su **contratista bajo el título de imputación de falta o falla del servicio** y por lo mismo debe asumir la responsabilidad derivada de los perjuicios que puedan llegar a infligirse con ocasión de los referidos trabajos, puesto que se entiende como si la administración hubiese dado lugar al daño antijurídico.

Así las cosas, con independencia de que la obra pública, enmarcada dentro de la ejecución de un contrato de concesión, hubiera sido ejecutada a través de terceros, con ella se buscaba la satisfacción de necesidades públicas y el cumplimiento de los fines estatales, de modo tal que la contratante, dueña de la vía, también lo era del proyecto, en tal virtud, con independencia de los pactos suscritos con sus contratistas, esto es, de las estipulaciones propias del contrato y de que las obligaciones en materia de señalización vial estuvieran a cargo de un tercero, está llamada a responder frente a terceros afectados, sin perjuicio de las acciones en contra de aquellos.”

En consecuencia, concurren en la causación del daño, la entidad demandada EMCALI EICE E.S.P, ante la clara omisión de sus deberes de control y vigilancia dada su condición de operador del servicio de acueducto, sobre el objeto contractual que ejecutaba su contratista PROING en sus obligación contractual de mantenimiento y señalización de las obras para evitar daño a terceros, en el marco del Contrato No 300-GAA-CO-0955-2014 y a su vez, la responsabilidad de PROING SA, en calidad de contratista encargado de la detección de fugas de agua y reparaciones, responsable de la intervención en el sitio de los hechos Calle 58 con Carrera 1D1 A con la nomenclatura No. 56 -158 Barrio Brisa de los Andes de Cali, que dio lugar al accidente ocurrido el 12 de octubre de 2015, donde la señora MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO, cayó al hueco por la falta de señalización, en virtud del incumplimiento parcial del contratista del Contrato para la detección de fugas no visibles No. 300-GAA-CO-0955-2014 del 24 de diciembre de 2014, celebrado con dicha empresa, y que la obra se ejecutó entre el período del 01 al 30 del mes de octubre de 2015, en el sector del accidente, siendo obligación del contratista PROING, la recuperación de las calzadas en concreto, asfalto, andenes sardineles y en general todas las zonas duras, así como también la señalización adecuada según manual dispuesto por EMCALI de todos los sitios donde se desarrollaron los trabajos, en razón al incumplimiento de sus obligaciones contractuales, de acuerdo al informe técnico del 14 de octubre de 2016.

A juicio del Despacho, la actuación de la Empresa PROYECTOS DE INGENIERIA-PROING S.A., la cataloga propiamente como **responsable solidaria** en la obligación de indemnizar porque su omisión de no señalar correctamente el área de intervención es parte del concurso de conductas eficientes en la producción del daño; al respecto el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“El concurso de conductas eficientes en la producción de un daño, provenientes de personas distintas a la víctima directa, genera obligación solidaria y, por lo tanto, el dañado puede exigir la obligación de indemnización a cualquiera de las personas que participaron en la producción del daño (arts. 2344 y 1568 Código Civil). Por consiguiente, cuando la conducta del tercero no es única ni exclusiva sino coparticipada en forma eficiente y adecuada con la del demandado (s), el afectado puede pedir la declaratoria de responsabilidad de uno o de todos los deudores solidarios (art. 1571 ibídem). Esta es la situación por la cual la coparticipación del tercero no es constitutiva de exonerante de responsabilidad; para que la conducta del tercero fuera exonerante se requeriría su exclusividad y, además, que fuera determinante en la producción del daño”. (Sentencia de 22 de junio de 2001, Exp. 13.2339).

Sin embargo, y dado que PROING SA fue vinculado al proceso como tercero llamado en garantía por EMCALI, mismo que fue aceptado por el Despacho por Auto Interlocutorio No. 560 del 01 de noviembre de 2017, resulta improcedente declararlo solidariamente responsable en la reparación del daño, habida cuenta que los conceptos de llamado en garantía y deudor solidario son diferentes, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado³³:

“Ante todo, la Sala sostiene que la solidaridad nace con la condena, antes no se ha declarado la existencia de la responsabilidad y por ende no está debidamente determinada la estructura de la obligación indemnizatoria, ni en cuanto a su objeto y contenido, mucho menos en cuanto a los sujetos del vínculo obligatorio. De otra parte, en tanto no se demande la declaración de

³³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., 26 de marzo de 2007 Radicación número: 44001-23-31-000-2005-01051-01(AG) Actor: FLOR AVILA MARTINEZ Y OTROS Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA Y OTRO Referencia: ACCION DE GRUPO (APELACION AUTO)

responsabilidad frente a los varios coautores del daño, la solidaridad no podrá declararse, pues dicha calidad de las obligaciones supone pluralidad de sujetos bien por activa o por pasiva y **para ello es necesario que la víctima vincule a los varios autores del daño**. Así las cosas, para que la solidaridad tenga ocurrencia y se obtenga su declaración en la providencia judicial, se reclama que los varios coautores del daño sean demandados simultáneamente, y a ese resultado se llega, exclusivamente, por la iniciativa del demandante, único titular de la acción en contra de los varios responsables. **En este orden de ideas, se tiene que en punto de los sujetos de la obligación solidaria cuya fuente es el daño antijurídico causado por varios coautores, lo serán, de un lado la víctima reclamante, acreedora de la obligación indemnizatoria y del otro, los varios coautores demandados, obligados solidariamente frente a aquella. El art. 2.344 del C. C. no otorga entonces, derecho al “coautor” demandado de vincular a los terceros no demandados, por la vía del llamamiento, toda vez que la titularidad de la pretensión indemnizatoria, está radicada en la víctima.**

No obstante, ello no impide que PROING SA esté obligado a reembolsar la indemnización en proporción al daño que le resulta imputable, por vía del llamamiento en garantía formulado por EMCALI EICE ESP, toda vez que el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, que regula el medio de control de reparación directa es imperativo al señalar que “...el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma³⁴” y que además, “Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. **En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.**” (negrillas y subrayas fuera de texto).

Lo anterior, aunado a que el artículo 225 de la Ley 1437 de 2011, tiene la finalidad de exigir la indemnización del perjuicio causado ante una eventual condena a una persona con la cual se tiene un vínculo legal o **contractual**, situación que se encuentra probada respecto de PROING SA en virtud del Contrato No 300-GAA-CO-0955-2014.

Sobre la ponderación de la proporción en la causación del daño, a juicio de este Despacho, la entidad demandada EMCALI EICE ESP contribuyó con la reprochada omisión, en un 50%, pues, resulta evidente que de haber tomado oportunamente medidas coercitivas frente al contratista para la debida señalización de la obra, el accidente de marras no habría ocurrido, por lo cual se considera que habrían de concurrir aquella y la firma PROYECTOS DE INGENIERIA- PROING S.A en una proporción del 50% cada uno en la reparación.

Así las cosas, dado que en el presente asunto, como ya se dijo, la firma PROYECTOS DE INGENIERIA- PROING S.A fue vinculada como llamado en garantía, en esa condición, se le condenará a rembolsar a EMCALI EICE ESP el 50% de la condena.

Finalmente, hay lugar a declarar en este asunto, la falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito Especial de Santiago de Cali, habida cuenta que la obligación legal de mantenimiento de las redes de acueducto, se le impuso a las Empresas Municipales de Cali - EMCALI EICE ESP, directa operadora y propietaria de dicha red, a quien por ende le asiste la responsabilidad por culpa *in vigilando*, esto es, por la negligencia en la falta de control y vigilancia de la señalización de esta obra, que dio lugar al daño antijurídico reclamado en la presente Litis.

6. Determinación de los perjuicios y reparación

En consideración a que está probada la responsabilidad de EMCALI EICE ESP., el Despacho procederá a la cuantificación de los perjuicios causados a los demandantes.

³⁴ Expresión subrayada declarada Exequible por el cargo examinado, mediante Sentencia de la Corte Constitucional **C-644** de 2011

➤ **Perjuicios morales:**

La parte demandante solicita el reconocimiento de perjuicios morales causados a la lesionada MARTHA CECILIA SÁENZ, equivalente a:

- a) MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO (lesionada) la suma de 70 SMLMV
- b) LEONARDO GUZMÁN SÁENZ (hijo) la suma de 60 SMLMV
- c) RAUL HERNANDO SÁENZ GALEANO (hermano) la suma de 60 SMLMV
- d) NANCY SÁENZ GALEANO (hermana) la suma de 60 SMLMV
- e) MARIA ISABEL SÁENZ GALEANO (hermana) la suma de 60 SMLMV
- f) JULIÁN ANDRES IDARRAGA SÁENZ (sobrino) la suma de 60 SMLMV
- g) MARTHA LUCÍA IDARRAGA SÁENZ (sobrina) la suma de 60 SMLMV

Al respecto, el Despacho acudirá a los criterios de reparación del daño moral en caso de lesiones, establecidos por el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación³⁵, el cual tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas, fijando como referente, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

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

Señalando que deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

En el presente caso, no se acreditó la pérdida de la disminución de la capacidad laboral de la señora MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO, conforme a un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle, prueba de la cual desistió, empero, obra el Informe Pericial de Clínica Forense No. UBCALI-DSVLLC-10682-C-2019 del 30 de julio de 2019, que determina una incapacidad médico legal definitiva de 35 días, que no se le genero lesión permanente por lo que se tasara el valor en la mínima de 10 SMLMV.

Ahora, respecto a su hijo LEONARDO GUZMÁN SÁENZ, cuyo dolor o padecimiento se presume, de quien se acreditó el parentesco con el registro civil de nacimiento³⁶, se procederá a tasar el valor por concepto de indemnización de perjuicios morales en 10 SMLMV.

En cuanto a los hermanos, sobre el vínculo y los fuertes lazos de afecto que los unen, se entiende acreditado igualmente con los registros civiles de nacimiento aportados con la demanda, visibles a folios 16 a 26 del Cuaderno 1 del Expediente digital.

Respecto al sufrimiento de los sobrinos, este aspecto, no se encuentra probado plenamente en el presente asunto, dado que los testimonios de las señoras SANDRA VANESSA CASTRO e INGRID ANGELICA BARRETO, no detallan el grado de aflicción o afectación que ellos padecieron como consecuencia de las lesiones sufridas por la

³⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SALA PLENA. C.P: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. 28 de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172).

³⁶ Folio 22 Cuaderno 1 Expediente digital

demandante, pues, de una parte la señora SANDRA CASTRO indica que “...Sabe que se miraban esporádicamente con sus sobrinos, de vez en cuando miraba a Martica y Julián..”, a su vez, la señora INGRID BARRETO indicó sobre la señora MARTHA “Que cuidaba a la niña hija de su sobrino, a ella le pagaban por cuidarla, pero no sabe”.

En consecuencia se reconoce esta clase de perjuicio de la siguiente manera:

Demandantes	Calidad	Salarios reconocidos
MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO	Victima Directa	10 SMLMV
LEONARDO GUZMÁN SÁENZ	Hijo	10 SMLMV
RAUL HERNANDO SÁENZ GALEANO	Hermano	5 SMLMV
NANCY SÁENZ GALEANO	Hermana	5 SMLMV
MARIA ISABEL SÁENZ GALEANO	Hermana	5 SMLMV

➤ **Perjuicios a la salud:**

El Juzgado no procederá a reconocer a la señora MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO (lesionada) la suma de 70 SMLMV, toda vez que no obra dentro del proceso certeza necesaria que permita determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, por cuanto la parte demandante en audiencia de práctica de pruebas desistió del informe pericial solicitada a la Junta de Calificación de Invalidez, donde conste el nivel de daño a la salud, el despacho se encuentra imposibilitado para reconocer dicha pretensión.

Cabe resaltar que frente a las pretensiones denominadas como: **“daño del derecho a la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre”** así como, **“otras medidas de rehabilitación”**, el despacho no está llamado al conceder dicha petición puesto que ellos están contemplados dentro de la órbita de los daños inmateriales.

- **Perjuicios materiales**

El apoderado demandante, solicita como perjuicios materiales:

- **Lucro Cesante.**

- a) MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO (Lesionada) la suma de SETENTA MILLONES DE PESOS (\$ 70.000.000).

- **Daño emergente.**

- a) MARTHA CECILIA SÁENZ GALEANO (Lesionada) la suma de DOCE MILLONES DE PESOS (\$ 12.000.000).

- **Lucro cesante consolidado:**

La parte actora solicita por este concepto la suma de \$ 70.000.000, señalando que la señora perdió su capacidad para laborar, como consecuencia de las graves perturbaciones físicas, psicológicas y psiquiátricas.

Por lo que se reconocerá no como lucro cesante consolidado sino como daño emergente, de acuerdo al periodo de incapacidad médico legal definitiva de 35 días, por no tener lesiones o secuelas de carácter permanente.

La fórmula es la siguiente:

$$\frac{\text{VA: IPC final (IPC del mes anterior a la liquidación marzo 2024)}}{\text{IPC Inicial (IPC del mes de la incapacidad octubre de 2015)}}$$

Días de incapacidad: 35 días
Salario mínimo 2015: \$ 644.350
Salario diario 2015: \$ 21.478

Salario por 35 días: \$ 751.741
Al cual no se agregará el 25% por las prestaciones sociales por ser independiente.

751.741 (141,48)
----- = \$ **1.222.768**
86,98

- **Daño emergente**

Se negará el reconocimiento del valor de los tratamientos realizados para recuperar la salud de la víctima. En el expediente se acreditó que fueron pagados o cubiertos por el régimen subsidiado de salud a la cual se encontraba afiliada la demandante, según certificado Coosalud obrante a folio 717 del Cuaderno 1 del Expediente digital.

7. Llamamientos en garantía

7.1. PROYECTOS DE INGINERIA- PROING S.A

Como quedo reseñado anteriormente, el llamamiento en garantía de EMCALI E.I.C.E. E.S.P a la Empresa PROYECTOS DE INGENIERIA- PROING S.A., en virtud del Contrato para la detección de fugas no visibles No. 300-GAA-CO-0955-2014 del 24 de diciembre de 2014, fue aceptado por el Despacho, por Auto Interlocutorio Nos. 560 del 01 de noviembre de 2017.

De acuerdo a lo antes expuesto, se condenará a PROING SA a reembolsar a EMCALI E.I.C.E. E.S.P el 50% del valor de la condena impuesta en esta sentencia, en proporción a la influencia en la causación del daño.

7.2. ALLIANZ SEGUROS y LA PREVISORA S.A.

Por Auto Interlocutorio No. 559 de 01 de noviembre de 2017, se aceptó el llamamiento en garantía efectuado por EMCALI EICE ESP a las compañías aseguradoras COLSEGUROS ahora ALLIANZ SEGUROS S.A. y la PREVISORA S.A.

De la Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual No. 21735913³⁷, vigente desde el 02 de abril de 2015 hasta el 19 de abril de 2016, se observa que se incluyen entre otros: Los perjuicios morales y de la vida en relación que cause a terceros por operaciones y en este sentido se puede concluir que, para el momento de ocurrencia de los hechos, 12 de octubre de 2015, la póliza se encontraba vigente, cubriendo el siniestro que fue responsabilidad de la entidad demandada EMCALI E.I.C.E. E.S.P., en desarrollo del Contrato No. 300-GAA-CO-0955-2014 de fecha 24 de diciembre de 2014, celebrado con la empresa PROING S.A, el cuyo objeto era la reparación de los daños no visibles que se detecten y localicen mediante el rastreo de redes de distribución y acometidas del acueducto en áreas de abastecimiento de agua.

De acuerdo a lo anterior las aseguradoras ALLIANZ SEGUROS y LA PREVISORA S.A. de acuerdo al monto de participación COASEGURO, esto es de 80% y 20% respectivamente deberán reintegrar el monto equivalente al 50% de la condena, esto es, en proporción a la causación del daño imputable a EMCALI EICE ESP, como consecuencia de los perjuicios causados a los demandantes, en los términos, condiciones y hasta concurrencia del valor asegurado en la Póliza No. 21735913 previos los trámites administrativos que deban llevarse a cabo para tal fin, aplicando los respectivos descuentos del deducible pactado en el contrato de seguro o hasta el límite de lo asegurado en el contrato de seguro.

8. COSTAS PROCESALES

Acogiendo el pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 22 de febrero de 2018 M.P. Sandra Lisset Ibarra, expediente 372-2017, según el cual el artículo 188 del CPACA impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso;

³⁷ Folios 8 a 22 del Cuaderno 5 Expediente digital

presentándose así una apreciación objetiva valorativa, en el presente asunto, no se observa abuso del derecho, además no obra en el expediente evidencia de su causación, por lo tanto, no se condenará al pago de éstas.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRAR administrativamente responsable a la EICE ESP EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI con ocasión de las lesiones sufridas por la señora MARTHA CECILIA SAENZ GALEANO, por los hechos ocurridos el 12 de octubre de 2015, al caer en una excavación en un andén, que se realizó en el barrio Brisas de los Andes, en las circunstancias de modo y lugar que se dejaron precisadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a EMCALI EICE ESP. a pagar a los demandantes las siguientes cantidades así:

- **Por concepto de perjuicios morales:**

Demandantes	Calidad	Salarios reconocidos
MARTHA CECILIA SÀENZ GALEANO	Victima Directa	10 SMLMV
LEONARDO GUZMÁN SÁENZ	Hijo	10 SMLMV
RAUL HERNANDO SÁENZ GALEANO	Hermano	5 SMLMV
NANCY SÁENZ GALEANO	Hermana	5 SMLMV
MARIA ISABEL SÁENZ GALEANO	Hermana	5 SMLMV

- **Por concepto de perjuicios materiales:**

Se cancelará a la señora MARTHA CECILIA SÀENZ el equivalente a **UN MILLON DOSCIENTOS VEINTIDOS MIL SETESCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS \$ 1.222.768, como daño emergente y no como lucro cesante.**

Demandante	Calidad	Valor reconocido
MARTHA CECILIA SÀENZ GALEANO	Victima Directa	\$ 1.222.768

TERCERO: CONDÉNASE a EMCALI EICE ESP. a efectuar los ajustes de valor sobre las sumas que resulten a favor de los demandantes según el índice de precios al consumidor de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. y atendiendo lo señalada en la parte considerativa.

CUARTO: CONDENAR al llamado en garantía **PROYECTOS DE INGENIERIA PROYECTOS DE INGENIERIA- PROING S.A** al reembolso del 50% de la condena impuesta en esta sentencia a EMCALI EICE ESP, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

QUINTO: CONDÉNASE a las llamadas en garantía Compañía Aseguradora **ALLIANZ SEGUROS S.A** y a la **PREVISORA S.A.** a reintegrar a la demandada EMCALI EICE E.S.P. el 50% de los valores que en cumplimiento de esta sentencia deba cancelar a favor de la parte actora por concepto de perjuicios morales; lo anterior en los términos pactados en la Póliza Civil Extracontractual No. 21735913 y teniendo en cuenta los porcentajes de coaseguro, límites allí previstos y los correspondientes deducibles.

SEXTO: DECLARAR probada la excepción de **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA** formulada por el **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI.**

SEPTIMO: Esta providencia se notificará a las partes de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A. y ejecutoriada se archivará el proceso, previo cumplimiento de las órdenes a que haya lugar, dejando las constancias respectivas.

OCTAVO: Ejecutoriada esta sentencia, las entidades condenadas, darán cumplimiento a la misma en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

NOVENO: EJECUTORIADA esta providencia, archívese el expediente dejando las constancias a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente por SAMAI
MARIA ELENA CAICEDO YELA
JUEZ