

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, once (11) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

EXPEDIENTE:	76001-33-33-013-2016-00063-01
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE:	AMPARO DÍAZ HERNÁNDEZ
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE PALMIRA Y OTRO
TEMA:	MORA EN TERMINACIÓN DE OBRA PÚBLICA
DECISIÓN:	REVOCA SENTENCIA - ACCEDE PARCIALMENTE A LAS PRETENSIONES
SENTENCIA No.	38

MAGISTRADO PONENTE: **EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS**

1. OBJETO

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la segunda instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia **No. 114 del 09 de noviembre de 2020**, proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Cali, mediante la cual declaró probada la excepción de caducidad propuesta por la demandada CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA – CVC.

2. ANTECEDENTES

2.1. La demanda. (Fls. 44-66 y 80-82, Expediente digitalizado)

2.1.1. Pretensiones.

La señora **AMPARO DÍAZ HERNÁNDEZ**, en nombre propio, a través del medio de control de REPARACIÓN DIRECTA demandó al **MUNICIPIO DE PALMIRA** y a la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA - CVC**, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

- Que se declare administrativamente responsable al MUNICIPIO DE PALMIRA y a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE

DEL CAUCA - CVC por los daños y perjuicios morales y materiales ocasionados a la demandante AMPARO DÍAZ HERNÁNDEZ, como consecuencia de la no terminación del alcantarillado y planta de tratamiento de aguas residuales del Callejón La Reforma - Charco Verde del corregimiento de Rozo en la jurisdicción del Municipio de Palmira, así como también como consecuencia de la omisión en la inspección, vigilancia y control ambiental de la zona, lo cual degeneró en afectación de múltiples derechos fundamentales de la demandante.

- Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene a las entidades demandadas indemnizar los perjuicios ocasionados a la actora, estos son:
 - Daño emergente: TRESCIENTOS VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$326.650 m/cte) por concepto de los gastos en productos de aseo en que ha tenido que incurrir la demandante para limpiar y desinfectar su predio.
 - Lucro Cesante: SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$72.000.000 m/cte), correspondientes a las rentas dejadas de percibir por la demandante desde tres años atrás a la presentación de la demanda, debido a que no ha podido alquilar la finca para recreo, lo cual hacía los fines de semana a razón de \$500.000 m/cte por fin de semana, calculando 48 fines de semana sin poder alquilar su finca, y por ende obteniendo de ese cálculo la suma pedida por lucro cesante.
 - Perjuicios morales: 100 SMLMV, correspondientes a los ocasionados a la demandante con la situación de dolor, desasosiego y tristeza que le ha generado atravesar la situación de tener que ver el producto de su esfuerzo (finca de descanso y los frutos que obtenía de ella) deteriorándose año tras año sin recibir ayuda, solución ni respuesta de las entidades demandadas.

2.1.2. Los hechos.

El actor expone como **hechos** relevantes los siguientes:

1. La demandante es propietaria de un predio (finca campestre) que se encuentra ubicado en el Callejón La Reforma – Charco Verde

del corregimiento de Rozo en la jurisdicción del Municipio de Palmira, con número de matrícula inmobiliaria 378-625.

2. Desde aproximadamente tres años antes de la presentación de la demanda, la Alcaldía Municipal de Palmira inició una obra de alcantarillado en el sector donde se encuentra ubicado el predio de la demandante, obra que quedó inconclusa hasta la fecha y producto de la cual quedó una recámara abierta justo detrás de las habitaciones de la casa finca que se alza en el predio de la demandante, pues la dueña del predio contiguo (Luz Dary Moya) al de la demandante había autorizado pasar las tuberías por ese terreno, ya que se encuentra desocupado y se pretende construir en él una PTAR (Planta de Tratamiento de Aguas Residuales).
3. Como consecuencia de eso, todos los predios de la zona empezaron a conectarse de manera artesanal al alcantarillado inconcluso, yendo a parar los desechos de todas esas fincas a los alrededores de la finca de la demandante, ya que es el último predio del callejón. Esto generó un ambiente permanente de olores nauseabundos en el predio de la demandante, al punto que tuvo que sellar las ventanas y mantener encendidos ventiladores para poder respirar un poco de aire limpio.
4. La demandante manifiesta haber interpuesto innumerables quejas a autoridades competentes, pero ante la falta de respuesta positiva, su cónyuge tomó la determinación de taponar una recámara con costales de arena, lo que solo ocasionó que el agua se rebasara, se saliera, e inundara el predio de la demandante regando por todo el terreno y la piscina los desechos.
5. Posteriormente la CVC realizó una visita al predio, pero se enfocó sobre todo en la situación originada por la demandante con el taponamiento de la recámara, pero sin dar solución al problema de contaminación ambiental; por ello fue necesario destapar la recámara y con ello volvió el problema de la contaminación con malos olores. Sin embargo, la demandante alega que la CVC fue negligente, dado que en este punto ya conocía la problemática y no tomó ningún correctivo para hacer cesar la situación de contaminación ambiental que se le puso de presente.
6. Durante el año 2015 la demandante presentó varias peticiones a la Alcaldía de Palmira relacionadas con la problemática, pero

cuando finalmente, con ayuda de la Defensoría del Pueblo, el ente territorial por fin dio respuesta a una solicitud de la actora, no le dio ninguna solución al problema.

7. En vista de ello la demandante presentó acción de tutela reclamando la protección de sus derechos el día 24 de agosto de 2015, la cual fue fallada a su favor tanto en primera como en segunda instancia, primero por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Palmira y después por el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Palmira, solo que en primera instancia se había ordenado a la Alcaldía de Palmira remover todas las conexiones artesanales realizadas por otros predios a la obra de alcantarillado sin terminar y hacer una limpieza con VACTOR, además de continuar las obras hasta finalizarlas en un período máximo de 12 meses, pero el juez constitucional de segunda instancia reformó dicha orden para disponer que la Alcaldía de Palmira debía terminar las obras que culminen el problema ambiental padecido por la demandante.
8. La finca de propiedad de la demandante era utilizada por ella para su propio disfrute y también la alquilaba para recreo, pero desde que inició la situación de los malos olores y la contaminación ambiental no ha podido volver a utilizarla para ninguno de los dos propósitos con tranquilidad, ya que inclusive algunos visitantes enfermaron, y de hecho la finca ha permanecido mucho tiempo sola, pues ningún trabajador soporta realizar labores en ella con la situación de pestilencias que la aqueja. Por esta situación, la demandante considera que las entidades demandadas le han ocasionado perjuicios en diferentes modalidades.
9. A la fecha de presentación de la demanda aun no se habían culminado las obras de alcantarillado dejadas a medias.

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca - CVC (Fls. 103-109, Expediente digitalizado)

La entidad demandada contestó la acción oponiéndose a las pretensiones de la parte actora.

En principio aduce que los daños que alega la parte actora no son imputables ni atribuibles a una falla en el servicio de inspección, vigilancia y control medioambiental a cargo de la CVC, sino a una falla en el

servicio de acueducto y alcantarillado que la propia demandante atribuye al Municipio de Palmira.

También alega que los daños materiales que pretende la demandante que se le resarzan no están plenamente probados, pues ella misma manifestó en los hechos que la finca tiene fines de descanso y recreación, por lo que cualquier explotación económica es eventual, esporádica, e hipotética. A esto añade que en casos como el presente no procede el reconocimiento de perjuicios morales.

Agrega que, de haber procedido la entidad a sancionar a particulares en virtud de las conductas descritas en la demanda, eso no hubiera solucionado el problema de alcantarillado del sector, así como la falta de imposición de esas sanciones no es la causa de la afectación patrimonial reclamada por la actora.

Así mismo, manifiesta que los daños medioambientales y sanitarios mencionados en la demanda fueron causados por los mismos moradores del sector, que se conectaron a una red de alcantarillado sin estar autorizados, y también por la propia intervención imprudente del cónyuge de la misma demandante, según ella misma lo relató en la demanda.

Por último, argumenta que respecto de la demanda operó el fenómeno de la caducidad, toda vez que la demandante tenía conocimiento de los hechos y omisiones causantes del daño que le atribuye a la administración pública desde hacía más de tres años, lo que significa que la demanda fue presentada extemporáneamente de conformidad con el literal i) del artículo 164 del CPACA.

Propuso las excepciones de: i) Falta de legitimación en la causa por pasiva, ii) Falta de prueba del perjuicio material e improcedencia del perjuicio moral, iii) Inimputabilidad del daño a la CVC, y i) Caducidad.

1.2.2. Municipio de Palmira (Fls. 120-147, Expediente digitalizado)

La entidad demandada contestó la acción oponiéndose a las pretensiones de la parte actora.

Alega que por el presente medio de control la demandante reclama la indemnización de unos perjuicios que nunca manifestó en el trámite de tutela en el que se conoció sobre la afectación de sus derechos

fundamentales, lo que llama la atención, aunado al hecho de que los documentos aportados por la actora muestran clara evidencia de haber sido contruados para soportar las pretensiones de la demandante en este caso, para el cual sus argumentos son inexistentes.

Aduce que las facturas aportadas por la demandante para soportar los gastos en que incurrió son genéricas, y no tienen el suficiente valor probatorio para demostrar los perjuicios en este caso.

Agrega que el acopio de los desechos al final del sistema de alcantarillado sin terminar obedece al actuar de los habitantes del sector, quienes se conectaron a la red sin estar autorizados y sin haberse finalizado la obra; por lo que no se puede hablar de una omisión de la administración municipal, ya que esta ha hecho todo lo posible para lograr la culminación de la obra y para mitigar los efectos de las conexiones irregulares al sistema.

Como excepciones propuso: i) ausencia de falla en el servicio, ii) inexistencia del daño, iii) ausencia de nexo de causalidad entre la presunta falla y el daño, y iv) la innominada.

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls.444-448, Expediente digitalizado)

Mediante **Sentencia No. 114 del 09 de noviembre de 2020**, proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Cali, se declaró probada la excepción de caducidad propuesta por la demandada CVC, en tanto que al *a quo* consideró que no se trataba de un caso de daño continuado; como sustento de la decisión el *a-quo* expuso los siguientes argumentos:

Argumenta el *a quo* que, en el caso concreto, el desarrollo de las obras que abrieron la posibilidad a que habitantes de la zona hicieran conexiones irregulares a un sistema de alcantarillado inconcluso y se formara un foco generador de malos olores, fue conocida por la demandante entre cinco y tres años antes del 2015, según lo probado en el proceso. En ese sentido, afirma que es diferente que los efectos del daño producido con la omisión de vigilar y controlar que no se usaran las **redes de alcantarillado sin estar terminadas, se hayan mantenido en el tiempo, razón por la que es importante distinguir entre daño y perjuicio, conceptos que no son equivalentes.**

Aduce también, que existe claridad demostrativa respecto a que por lo menos desde el mes de abril de 2012 el daño por el que reclama la demandante fue percibido por ella. Por ese motivo, pese a que se pretendió usar un plazo indefinido para presentar la demanda, el artículo 164 del CPACA demarca el inicio del conteo del término de caducidad a partir del día siguiente de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo, información que se puede extraer de los escritos enviados al Municipio de Palmira, que la situación perturbaba su tranquilidad por lo nauseabundo de los olores, que sabía de donde provenían.

Afirma el juzgador que este no se trata de un caso de daño continuado, pues a partir de la primera conexión irregular al alcantarillado inconcluso la accionante tuvo conocimiento de la situación lesiva (malos olores) e inició a contarse el plazo extintivo de la reparación directa; ello además porque una de las pretensiones va dirigida a obtener la indemnización por el lucro cesante por concepto de rentas dejadas de percibir por el alquiler de la propiedad de la demandante desde hace tres años.

Por estos motivos, el a quo consideró probada la caducidad de la acción, dado que la ocurrencia del daño alegado tuvo lugar y fue conocido por la actora por lo menos desde abril de 2012, y la demanda fue presentada en el año 2016, excediendo por mucho el término de dos años establecido para presentar esta clase de medio de control.

3. RECURSO DE APELACIÓN (Archivo No. 06, Cuaderno No. 01 digital)

La parte demandante, inconforme con la sentencia de primera instancia, propuso oportunamente el recurso de apelación, fundamentando su oposición a la decisión de primera instancia en los siguientes términos:

“Sea lo primero a manifestar, con miras a contextualizar el presente recurso de apelación, que la tesis esbozada en la sentencia de primera instancia para negar las pretensiones de la demanda se circunscribe a un solo aspecto, a saber, la consideración de que en el caso que no ocupa ha operado la caducidad de la acción al no encontrarnos frente a un daño continuado o de tracto sucesivo sino frente a perjuicios continuados por un daño instantáneo o inmediato, hecho que no se corresponde con los aspectos facticos y jurídicos expresados y demostrados en el ritual procesal que nos ocupa, tal cual pasaré a explicar a continuación. En este orden de ideas, para llegar a la tesis que sustenta el fallo recurrido el A quo cita jurisprudencia de un caso en el que se genera la contaminación de aguas que atravesaban el predio de los actores con ocasión a la construcción de unas obras entregada con un yerro, aspectos facticos aparentemente homogéneos al caso que nos ocupa pero que, analizados con atención, se

diferencian en lo sustancial para el tema de concretar o no la existencia de un daño continuado, en el caso de la jurisprudencia citada por el A quo las obras fueron evidentemente construidas hasta su finalización, por lo que la falla en el servicio se concretó en el yerro dejado en sus obras al finalizar (falla del servicio - acción), **contrario sensu, en el caso que nos ocupa el Municipio de Palmira no había terminado las obras hasta la presentación de la demanda (falla del servicio - omisión), es decir, lo acaecido** aquí no es una acción con un final determinado, como en el caso sustento del A quo, sino una omisión prolongada en el tiempo hasta muchos años después de presentar la demanda, exactamente el día en el que el Municipio de Palmira terminó la construcción de la PTAR, gracias a la insistencia de años y los fallos de tutela logrados por mi representada, debiendo soportar hasta ese día los desechos coprológicos arrojados cada día por sus vecinos a portas de su inmueble.

(...)

Así las cosas, yerra profundamente el juzgador de primera instancia al aseverar que no nos encontramos frente a un daño continuado o de tracto sucesivo, meramente por que la demandante tuvo conocimiento del daño, cuando precisamente el daño continuado genera la excepción a la regla general del conocimiento del daño, es decir, en estos casos, aun conociendo el daño, el termino de caducidad empezará a contar solo desde el momento en que este daño se detenga (...)

(...)

En este orden de ideas, es claro que existe un error de interpretación jurisprudencial en el fallo de primera instancia que vulnera los derechos de mi representada, pues no logra evidenciar la característica diáfana que revisten los hechos del asunto que nos ocupa, a saber, la presencia de un daño continuado, por lo que al momento de presentación de la demanda no había si quiera iniciado a contar el termino de caducidad, habida cuenta que el daño para la época no había cesado (...)

(...)

Conforme a los aspectos facticos debidamente acreditados en el caso que nos ocupa, en el presente caso se está en presencia de un daño continuado o de **tracto sucesivo, puesto que el daño ocasionado a la señora AMPARO DÍAZ HERNÁNDEZ se prolongó en el tiempo desde la época en la que omitió finalizar la obra de alcantarillado y la construcción de la planta de tratamiento de agua residuales (PTAR), omisión** que se produjo hasta muchos años después de presentada la demanda, permitiendo la conexión de particulares al alcantarillado y generando con ello contaminación durante todo ese lapso de tiempo.

(...)

Ahora bien, respecto a la condena en costas, yerra el A quo al realizar una condena en costas objetiva, presumiendo que la actividad de la parte demandada generó gastos sin estar los mismos debidamente acreditados en el expediente, tal cual dispone la jurisprudencia y norma aplicable a la materia."

1. TRÁMITE EN ESTA INSTANCIA.

Mediante Auto Interlocutorio No. 115 del 16 de mayo de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la

sentencia No. 114 del 9 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali y se informó a las partes para que se pronunciaran por escrito en relación con el recurso de apelación.

La parte demandante guardó silencio, las dos demandadas allegaron sendos memoriales de alegatos de conclusión, y el Ministerio Público no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia.

Esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación conforme lo dispone el artículo 153¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-. De igual forma, según el artículo 328² del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en los recursos de apelación. Ello sin perjuicio de la facultad oficiosa consagrada en el artículo 187³ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para resolver sobre cualquiera excepción que el fallador encuentre probada, inclusive, si no hubiese sido propuesta por el impugnante.

2.2. Problema Jurídico.

La Sala deberá determinar si en el presente caso en efecto había operado la caducidad del medio de control, para lo cual habrá de examinarse si el daño cuya reparación se pretende se produjo de manera continuada o no. En caso de que la caducidad no hubiera operado,

¹ Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia
Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

² ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.

³ ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. (...)

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

(...)"

deberá revocarse la sentencia de primera instancia para en su lugar decidir de mérito el asunto.

2.3. Tesis

La Sala de decisión revocará la sentencia de primera instancia, al determinar que en efecto el daño que se produjo en el presente caso **sí fue de carácter continuado**, y por ende todavía se encontraba presentándose a la fecha de presentación de la demanda, no pudiendo **entonces entenderse que operó la caducidad del medio de control**.

Además, en lugar de la sentencia revocada se proferirá sentencia concediendo parcialmente las pretensiones de la demanda, al determinar que las omisiones de las entidades estatales sí constituyeron una falla en el servicio que derivó en perjuicios para la parte actora, pero dichas omisiones aportaron a ese resultado en concurrencia con las conductas de terceros particulares.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1. De la responsabilidad general del Estado.

La responsabilidad patrimonial del Estado al que obedece el medio de control de reparación directa y de la cual surge el presente asunto, tiene su fundamento Constitucional en el artículo 90, el cual le impone a aquel **el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables**, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Por ende, el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño, una lesión de un derecho, de un bien o de un interés legítimo jurídicamente protegido, que el afectado no está en la obligación legal de padecerlo y que el mismo le sea imputable al Estado.

Efectivamente, el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, establece el régimen general de responsabilidad del Estado, que reza:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (...)"

3.2. Elementos de la responsabilidad del Estado - El daño.

La responsabilidad del Estado está supeditada, en todos los casos, a la

necesaria comprobación de la existencia de un “daño”, el cual, además, debe ser antijurídico, dado que constituye un elemento necesario de la responsabilidad, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, “sin daño no hay responsabilidad”⁴ y solo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de imputación del mismo al Estado.

En este sentido se pronunció la Alta corporación señalando lo siguiente:

“[Porque a términos del art. 90 de la Constitución Política vigente, es más adecuado que el juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona de derecho público.

“La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión”⁵.

En reciente pronunciamiento, sobre el mismo aspecto la Sección Tercera precisó:

“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño, puesto que, si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

“En efecto, en sentencias proferidas (...) se ha señalado tal circunstancia precisándose (...) que ‘es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...’ y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado”⁶.

⁴ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B - Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA - Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) - Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00831-01(45216)

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 17.412 MP. Enrique Gil Botero y del 6 de junio de 2012, exp. 24.633, M.P. Hernán Andrade Rincón, entre otras.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, exp. 28.389, M.P. Hernán Andrade Rincón. La Subsección, de forma pacífica, ha reiterado el criterio antes expuesto. Al respecto se pueden consultar las siguientes decisiones: i) radicado No 38.824 del 10 de noviembre de 2017; ii) radicado No 50.451 del 10 de noviembre de 2017; iii) radicado No 42.121 del 23 de octubre de 2017; iv) radicado No 44.260 del 14 de septiembre de 2017; v) radicado No 43.447 del 19 de julio de 2017; vi) radicado No 39.321 del 26 de abril de 2017, entre otras.

La posición reiterada⁷ del Consejo de Estado a efectos que el daño antijurídico sea indemnizable, señala como imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: “i) que el daño es antijurídico, esto es, que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo, “Con ello, entonces, se excluyen las decisiones que se mueven en la esfera de lo cuestionable o las sentencias que contienen interpretaciones válidas de los hechos o derechos”; ii) que se lesiona un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y; iii) **que el daño es cierto, es decir, que se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura**”.⁸

Así mismo, la máxima corporación se ha referido en cuanto a la noción y los elementos del daño de la siguiente manera:

“En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la, “... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”. Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado, “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”. De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”. Asimismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea **cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal** y **que se trate de una situación jurídicamente protegida.**”

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 16.516 MP. Enrique Gil Botero y sentencia del 6 de junio de 2012 dictada por esta Subsección dentro del expediente No. 24.633, M.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en sentencia del 24 de octubre de 2017, expediente No 32.985B, entre otras.

⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A - Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019) - Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00455-01 (49035)

3.3. Del carácter continuado de algunos daños

Desde tiempo atrás, para el Consejo de Estado no ha sido extraña la ocurrencia de cierto tipo de daños que no se consuman instantáneamente, como suele ser lo usual, sino que su ocurrencia y existencia se prolonga en el tiempo. Ello ha originado que la Alta Corporación contencioso administrativa profiera una larga línea de jurisprudencia en la que establece las reglas que operan en este tipo de casos, tanto para identificar si está ante uno de estos eventos, como para determinar la forma de contar el término para ejercer el respectivo medio de control.

Al respecto de las pautas para distinguir un daño continuado de, por ejemplo, un perjuicio que se extiende en el tiempo, o de eventos sucesivos que ocasionan daños independientes, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho:

“Las reflexiones que han llevado a esta Corporación a reconocer la posibilidad de acudir a la solución que se deja vista, nacen de la aplicación de los principios de equidad y de justicia, bajo una visión de la lógica de lo razonable y habida consideración de la circunstancia de desconocimiento por parte del afectado de la existencia del daño, desconocimiento, se reitera, no nacido del desinterés o descuido de éste, sino de las particularidades específicas en que surgió. En el marco de ese mismo universo, ha reconocido la jurisprudencia que ocurren eventos en los cuales los daños pueden provenir de un acontecimiento de agotamiento instantáneo, pero que también puedan –ocasionalmente– provenir de un hecho que se va produciendo de manera paulatina o progresiva y que esas distintas circunstancias se proyectan, también, en el ámbito de la contabilización del término de caducidad de la acción. En el primer caso no cabe duda en cuanto a que el término para interponer la demanda resarcitoria ha de empezar a contabilizarse a partir del día siguiente a aquel en que se produjo el acontecimiento dañoso (y esta constituye la regla general), pero también puede ocurrir que los efectos del daño se agraven con el tiempo, o que fenómenos sucesivos y homogéneos puedan producir daños continuos. En eventos como estos últimos, se ha señalado por la jurisprudencia, que ha de tenerse cuidado de no confundir la producción de daños sucesivos con el agravamiento de los efectos de un mismo daño, pues en este último evento el término para ejercitar la acción debe empezar a contarse desde el acaecimiento del hecho que le dio origen, y no así cuando los daños se producen de manera paulatina como efecto de sucesivos hechos u omisiones, o causas dañosas diversas, en cuyo caso el término para reclamar la indemnización de perjuicios corre de manera independiente para cada uno de los daños derivados de esos sucesivos eventos. (...)”⁹

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A
Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011).

Así mismo, la Alta Corporación ha brindado luz al respecto de como determinar la existencia de un daño continuado, por ejemplo, en casos de contaminación, y de conductas omisivas; así como del momento a partir del cual se debe contabilizar el término de la caducidad en estos casos:

“Con relación a la identificación del momento a partir del cual se configura el daño para contabilizar la oportunidad de demandar, esta Corporación sostuvo:

‘(...) La identificación de la época en que se configura el daño, ha sido un tema problemático, toda vez que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo; en efecto, hay algunos, cuya ocurrencia se verifica en un preciso momento, y otros, que se extienden y se prolongan en el tiempo. En relación con los últimos, vale la pena llamar la atención a la frecuente confusión entre daño y perjuicio que se suele presentar; de ninguna manera, se puede identificar un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río, con los perjuicios que, en las más de las veces, se desarrollan e inclusive se amplían en el tiempo, como por ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esto puede producir en los pobladores ribereños.

En desarrollo de esto, la doctrina ha diferenciado entre (1) daño instantáneo o inmediato; y (2) daño continuado o de tracto sucesivo; por el primero se entiende entonces, aquél que resulta susceptible de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, produce perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, él como tal, existe únicamente en el momento en que se produce. A título de ejemplo puede citarse la muerte que se le causa a un ser humano, con ocasión de un comportamiento administrativo.

En este tipo de daño, vale la pena observar que, sus víctimas pueden constatar su existencia desde el momento mismo en que éste ocurre, como por ejemplo cuando estaban presentes en la muerte de su ser querido; pero también puede acontecer, que ellas se den cuenta de éste, luego de transcurrido algún tiempo, como cuando los familiares encuentran muerto a su ser querido, luego de una larga agonía en que se pensaba que éste estaba tan solo desaparecido; en esta segunda hipótesis, resultaría impropio contabilizar el término de la caducidad desde el momento en que se causó el daño (la muerte en el ejemplo traído), toda vez que las víctimas no sabían de ello, y más bien, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación, debe hacerse desde el momento en que se tuvo conocimiento del mismo.

En lo que respecta, al (2) daño continuado o de tracto sucesivo, se entiende por él, aquél que se prolonga en el tiempo, sea de manera continua o intermitente. Se insiste, la prolongación en el tiempo no se predica de los efectos de éste o si se quiere de los perjuicios causados, sino del daño como tal. La doctrina lo ejemplifica comúnmente en relación con conductas omisivas.

Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00451-01(20109). Actor: REINEL OROZCO CAMPO Y OTROS.
Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resulta importante también distinguir en este tipo de daño, su prolongación en el tiempo, de la prolongación en el tiempo de la conducta que lo produce; toda vez que, lo que resulta importante establecer, para efectos de su configuración, es lo primero. **Ejemplo de daño continuado, se insiste, es la contaminación a un río, con ocasión de una fuga de sustancias contaminantes,** mientras que como ejemplo de la prolongación de la conducta que produce el daño, puede señalarse el caso de la agresión física a una persona que se extiende durante varios días. **En el primer ejemplo es el daño como tal (la contaminación) el que se prolonga en el tiempo;** en el segundo, el daño estaría constituido por las lesiones personales producidas por una conducta que se extendió en el tiempo.

Adicional a lo anterior, debe señalarse que la importancia para la consideración de esta tipología de daño, se observa principalmente, con ocasión de la contabilidad del término de caducidad. En efecto, al igual que en la categoría de daño anterior, también aquí lo que importa, es la noticia que se tenga del mismo, y no su efectiva ocurrencia; de nada sirve verificar si un daño se extiende en el tiempo si las víctimas no conocen la existencia del mismo. Solo que en este caso, **aunque las víctimas hayan tenido conocimiento de la existencia del daño antes de que éste haya dejado de producirse, el término de caducidad, en atención a su esencia, se contabilizará desde el momento en que cesó su prolongación en el tiempo.**

Para hacer más gráfico lo anterior y retomando el ejemplo traído, **se diría entonces que, en el caso de la contaminación de un río, con ocasión de una fuga de sustancias contaminantes, el término de caducidad se contará desde el momento en que el daño continuado (la contaminación) deja de producirse,** a menos que se tenga noticia de éste, tiempo después de su cesación, caso en el cual, el término de caducidad se contará a partir del momento en que se tuvo noticia del mismo. Si en cambio, esta noticia se tuvo antes de la cesación del daño, **este aspecto no interesa para efectos del término de la caducidad, ya que éste solo comenzará a contar, como se dijo, a partir del momento en que el daño (continuado) se extinga(...)"**.

Así las cosas, se tiene que para el cómputo del término de caducidad en el medio de control de la pretensión de reparación de perjuicios causados a un grupo se contabiliza desde el momento en **que se tuvo conocimiento del daño y no del hecho, omisión u operación administrativa.**

No obstante, en el caso objeto de estudio **como lo que alegan los demandantes es un daño continuado o de carácter sucesivo,** lo que cobra relevancia es la noticia del mismo, por ello, no deben tenerse en cuenta el momento de cada una de las muertes de los animales, entendidas como un acontecimiento aislado, sino que, por el contrario **fue un daño que se prolongó en el tiempo y que ocasionó una pluralidad de perjuicios en el tiempo.** En efecto, **en la demanda se señala que hasta el 19 de agosto de agosto de 2012 seguía ocurriendo la contaminación de la Quebrada La Nutria y hasta el presente se desconoce si ésta ha cesado. Por tanto, se revocará la decisión del tribunal en atención a que**

el daño se prolongó por un lapso en el que se causaron los daños alegados por las partes.”¹⁰

Quedando claras entonces dos cosas: i) el daño es continuado cuando el mismo daño como tal es el que se prolonga en el tiempo, y no sus efectos (sin perjuicio de que estos puedan prolongarse también); y ii) Cuando se trata de un caso de daño continuado, el término de caducidad del medio de control solo iniciará a contarse a partir del momento en el que el daño continuado se extinga, esto es, cuando su prolongación en el tiempo haya cesado.

3.4. De las formas de probar los perjuicios morales

Así pues, siendo que el daño es el presupuesto necesario y la piedra fundamental sobre la cual se estructura la responsabilidad administrativa del Estado, no es ninguna sorpresa que la existencia del mismo deba probarse de conformidad con las reglas relativas a la carga de la prueba.

Respecto a dicha carga de la prueba y al deber de probar la existencia de los perjuicios morales que puede causar un daño inmaterial, el Consejo de Estado ha dicho desde antaño lo siguiente:

“Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como ‘onus prodandi, incumbit actori’ y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del C.P.C. Correlativo a la carga del demandante, está asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo ‘reus, in excipiendo, fit actor’. A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C.P.C. Cuando se pretende el reconocimiento de perjuicios morales, la parte demandante tiene así el deber mínimo de probar su existencia y esta Corporación ha avalado los indicios como un medio de prueba para su configuración.

(...)

Respecto de la prueba indiciaria Hernando Devis Echandía, haciendo referencia a Gianturco, señaló que: “entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos”. El C.P.C. dispone que, para que un hecho pueda considerarse como indicio debe estar debidamente probado en el proceso (artículo 248). De este modo, y siguiendo al tratadista mencionado, para la existencia jurídica del indicio es necesario plena

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 18001-23-33-000-2013-00298-01(AG). Actor: YOLANDA COMETA Y OTROS. Demandado: CORPOAMAZONIA Y OTROS

prueba del hecho indicador y que, el hecho probado tenga alguna significación probatoria respecto al hecho que se investiga por existir alguna conexión lógica entre ellos. El análisis para la configuración de un indicio, esto es, el paso entre el hecho indicador y el hecho indicado es una operación que debe realizar el juez en cada caso concreto, de acuerdo con las reglas de la experiencia y siempre que no obre prueba en contrario que lo desvirtúe.”¹¹

Siendo viable concluir que, si bien debe probarse la existencia de los perjuicios morales, al igual que con cualquier hecho, la configuración de esta clase de perjuicios admite ser probado a través de indicios.

4.1. Del perjuicio de la pérdida de la oportunidad

En la época reciente, en Sentencia del 05 de abril de 2017¹², el Consejo de Estado realizó un estudio bastante detallado y acucioso en cuanto a la figura de la pérdida de la oportunidad:

*“12. La jurisprudencia administrativa en Colombia **ha oscilado entre diferentes posturas** que admiten tanto la aplicación de una teoría jurídica de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños -posición mayoritaria-, como aquellas que la rechazan de plano y, por ende, niegan la posibilidad de que ante supuestos donde se presentan oportunidades cercenadas surja el débito resarcitorio -posición minoritaria y en desuso-. Al margen de esta tensión, la Sección Tercera del Consejo de Estado **se ha inclinado a declarar**, después de haber abandonado la teoría del “todo o nada”, la responsabilidad del Estado cuando existe una probabilidad, seria, cierta y razonable de que **el daño no se hubiera concretado de haberse presentado la conducta correspondiente.***

12.1. Si bien la posición mayoritaria -que se puede denominar moderada- acepta que no se debe exonerar de responsabilidad al agente -probablemente dañoso- por las dificultades de orden probatorio, también está de acuerdo en que no se le puede imponer el débito resarcitorio de la totalidad del daño que pudo muy probablemente no haber causado; no obstante, subsisten serias diferencias respecto a la manera como se debe solventar el problema causal, lo que repercute directamente en la tasación de la indemnización. Así, en unas ocasiones la pérdida de oportunidad se indemniza como un rubro independiente y acompañado del reconocimiento de perjuicio moral; en otras, únicamente en el perjuicio moral, y finalmente, en otras, se reconoce proporcionalmente respecto del daño final, incluyendo daño emergente, lucro cesante y perjuicio moral.

12.2. Así las cosas, existen dos variantes jurisprudenciales que han sido adoptadas

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Bogotá D.C., junio treinta (30) de dos mil once (2011). Radicación número: 19001-23-31-000-1997-04001-01(19836).

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, D.C., cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706). Actor: ÁNGELA MARÍA GUTIÉRREZ CAMPIÑO Y OTROS. Demandado: CAJANAL Y OTRO. Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

por la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado y replicadas por la doctrina: la primera, con fundamento en la causalidad probabilística, afirma que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es, que se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño **-teoría relacionada con la imputación;** la segunda, considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, cuya reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño final, sino en función de la frustración de la expectativa legítima **-teoría relacionada con el daño-**.

12.3. Por no existir consenso unificado en cuanto al alcance de la pérdida de oportunidad, la Sala considera pertinente, desde un punto de vista meramente descriptivo, presentar las diferencias que subsisten al respecto en la Sección Tercera de esta Corporación. Por tanto, se revisará estas dos posturas jurisprudenciales (13-14), los elementos de configuración (15) y los supuestos de responsabilidad en la pérdida de oportunidad (16).

(...)

14.3. Después de haber revisado las dos posturas sobre el fundamento de la pérdida de oportunidad, la Sala considera que la postura que mejor solventa los dilemas suscitados es aquella que concibe a la pérdida de oportunidad como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.

14.4. Esto conduce a la Sala a sostener que no es posible aceptar que la pérdida de oportunidad sea un criterio auxiliar de imputación de responsabilidad, habida cuenta de que no será dable, desde un punto de vista jurídico, acceder a declarar la responsabilidad sin que exista certeza del vínculo entre el daño sufrido por la víctima -ej. muerte- y el hecho dañino, ni tampoco es viable construir una presunción artificial y parcial de responsabilidad, y condenar -haciendo uso de esta técnica de facilitación probatoria- a reparar una fracción de la totalidad del daño final sin tener ni siquiera certeza de que el demandado es en realidad el autor del daño final. Al derecho de daños no le interesa atribuir daños parciales sin prueba total de responsabilidad; es necesario que exista certeza y que se determine con claridad por qué en razón de la conducta del autor que desconoce obligaciones se atribuye jurídicamente el daño. Por tanto, la pérdida de oportunidad no es una técnica alternativa y flexible para resolver casos de incertidumbre causal entre la intervención del tercero y el beneficio perdido o el detrimento no evitado, pues se incurriría claramente en una contradicción de los cimientos mismos del sistema de responsabilidad o en una elusión de los presupuestos de responsabilidad, tal como lo advierte Giraldo Gómez:

(...)

14.5. Para la Sala, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, sino porque rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente.

14.6. Así las cosas, la Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio - material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: **se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.**

(...)

15. Elementos del daño de pérdida de oportunidad

15.1. En la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010 se trajo a colación los requisitos para estructurar el daño de pérdida de oportunidad, a saber: i) certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; ii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

15.2. En atención al precedente antes citado, la Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones a efectos de reordenar los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad:

15.3. **Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.** En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata

de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.

15.3.1. En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad

15.4. **Certeza de la existencia de una oportunidad.** En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes.

15.5. **Pérdida definitiva de la oportunidad.** En tercer lugar, se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio - material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.

15.6. Finalmente, si bien en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010, se dijo que uno de los requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable es que "la víctima [se] encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado", la Sala considera que este elemento debe ser replanteado por las siguientes razones:

(...)

15.8. De esta manera la postura de la Sala apunta a sostener que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de

oportunidad.

*15.9. Recapitulando lo anterior, la Sala precisa que los elementos del daño de pérdida de oportunidad son: **i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Certeza de la existencia de una oportunidad; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.***

1. CASO CONCRETO.

En el sub examine se advierte que, en la sentencia No. 114 del 9 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali se declaró probada la excepción de caducidad propuesta por la demandada CVC, en tanto que al a quo consideró que no se trataba de un caso de daño continuado, sino que lo que se había prolongado en el tiempo eran los perjuicios, dado que la ocurrencia del daño alegado tuvo lugar y fue conocido por la actora por lo menos desde abril de 2012.

Como se reseñó en los antecedentes de esta providencia, la sentencia de primera instancia sólo fue apelada por la parte demandante, quien sustentó su recurso básicamente aduciendo que el juzgador de primera instancia se equivocó profundamente al aseverar que no nos encontramos frente a un daño continuado o de tracto sucesivo, solo porque la demandante tuvo conocimiento del daño, cuando precisamente el daño continuado genera la excepción a la regla general, por lo que en estos casos, aun conociendo el daño, el termino de caducidad empezará a contar solo desde el momento en que este cese.

Pues bien, tras haber realizado el debido análisis del expediente, y en particular del material probatorio, resulta claro para esta instancia que NO le asistió razón al juzgador de primera instancia en su decisión de declarar probada la caducidad en este caso, por lo cual puede abrirse paso totalmente la alzada en examen.

Como bien lo explicó la jurisprudencia citada en el acápite de marco normativo, la forma de contar la caducidad depende de la clase de daño que se haya ocasionado en cada caso, si se trata de un daño que se ha ocasionado de manera instantánea, o de un daño que se sigue produciendo de manera continuada. Tratándose del primer escenario el término de caducidad empezará a correr desde el momento en que el

daño ocurre o desde el momento en que el afectado tiene o debió tener conocimiento de este (si ese momento fuere posterior), pero en casos de daños continuados que se siguen produciendo en el tiempo y su causación no se agota de manera instantánea, dicho término de caducidad no inicia a contarse sino hasta que la producción o causación del daño se detiene o incluso hasta que el afectado entra en conocimiento o debió haber entrado en conocimiento de que ese daño continuado ocurrió, de manera tal que si el daño no se ha detenido en su producción y se sigue causando, no es viable ni siquiera empezar a contar el término de la caducidad.

Teniendo en cuenta dichas reglas, era muy importante que en el caso presente se realizara la distinción o identificación de la clase de daño causado, toda vez que de ello dependía el conteo de la caducidad y su eventual verificación. No obstante, el juez de primera instancia consideró que el daño ocasionado en el caso presente era de índole instantánea, cuando la realidad es que, de conformidad con la jurisprudencia ya citada en el acápite de marco normativo, queda claro que se trataba inequívocamente de un caso de daño continuado. Para entendimiento de ello, tráigase de nuevo a colación una parte de la jurisprudencia en comento:

“Resulta importante también distinguir en este tipo de daño, su prolongación en el tiempo, de la prolongación en el tiempo de la conducta que lo produce; toda vez que, lo que resulta importante establecer, para efectos de su configuración, es lo primero. **Ejemplo de daño continuado, se insiste, es la contaminación a un río, con ocasión de una fuga de sustancias contaminantes, mientras que como ejemplo de la prolongación de la conducta que produce el daño, puede señalarse el caso de la agresión física a una persona que se extiende durante varios días. En el primer ejemplo es el daño como tal (la contaminación) el que se prolonga en el tiempo; en el segundo, el daño estaría constituido por las lesiones personales producidas por una conducta que se extendió en el tiempo.**

(...)

Para hacer más gráfico lo anterior y retomando el ejemplo traído, **se diría entonces que, en el caso de la contaminación de un río, con ocasión de una fuga de sustancias contaminantes, el término de caducidad se contaría desde el momento en que el daño continuado (la contaminación) deja de producirse, a menos que se tenga noticia de éste, tiempo después de su cesación, caso en el cual, el término de caducidad se contará a partir del momento en que se tuvo noticia del mismo. Si en cambio, esta noticia se tuvo antes de la cesación del daño, este aspecto no interesa para efectos del término de la caducidad, ya que éste solo comenzará a contar, como se dijo, a partir del momento en que el daño (continuado) se extinga(...)**¹³

¹³ Sentencia del 18 de octubre de 2007. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Enrique Gil Botero. Exp: AG2001-00029, citada en: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C.,

Siendo entonces cristalino que en casos de contaminación de una fuente hídrica con sustancias contaminantes (valga la redundancia), o como era similar en este caso, contaminación de una canal que no estaba operativa con desechos humanos, la cual redundaba en contaminación del predio de la demandante, el daño que se producía era un daño continuado, en tanto que se seguía produciendo por todo el tiempo que la contaminación durara, y solo cesaba el daño cuando la contaminación dejara de producirse.

Sin embargo, dado que en el presente caso la contaminación aparentemente solo vino a cesar hasta mucho después de haberse presentado la demanda (no hay nada en el material probatorio que demuestre lo contrario ni se alegó como tal por las demandadas, y, por ejemplo, la Alcaldía de Palmira admite en su contestación a la demanda que la PTAR que se iba a construir al final del canal no estaba hecha todavía¹⁴), es claro que el daño continuaba produciéndose a la fecha de presentación de la misma, y por ende no había iniciado a contar el término de la caducidad del medio de control, y mucho menos había fenecido.

Por tales razones, es claro que la caducidad declarada en primera instancia en realidad no se vio verificada, pues al ser el del presente caso un daño continuado no había iniciado a correr el término de la caducidad hasta que no cesara efectivamente la causación del daño.

Por lo tanto, será lo procedente revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar se pasa a decidir de mérito.

Para tal propósito, se procederá a estudiar la configuración de los elementos de la responsabilidad administrativa en el caso presente.

i) El daño

Como es bien sabido, el daño es el elemento fundamental de la responsabilidad, en tanto que es a partir de el que se genera la necesidad de indemnizar, sin daño no hay responsabilidad porque no hay afectación, la responsabilidad consiste en indemnizar no enriquecer,

doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 18001-23-33-000-2013-00298-01 (AG). Actor: YOLANDA COMETA Y OTROS. Demandado: CORPOAMAZONIA Y OTROS.

¹⁴ Archivo No. 02, Expediente de primera instancia, fl. 147:

Al estar la PTAR está sin construir, el sistema de red de alcantarillado concluido no debe funcionar puesto que no se cuenta con una disposición final para los desechos.

y solo se puede indemnizar lo que ha perdido su indemnidad, es decir, lo que ha sido dañado, pero sin daño, se mantiene el estado indemne, no existiendo en consecuencia nada que reparar.

En ese sentido, para empezar a analizar la estructuración de la responsabilidad administrativa, es medular empezar por analizar la existencia o verificación del daño, piedra angular sin la cual no puede endilgarse responsabilidad alguna.

Así las cosas, ha de pasar a revisarse la ocurrencia del daño en el presente caso.

Como bien se ha explicado en la jurisprudencia contencioso administrativa ya varias veces mencionada, la CONTAMINACIÓN se erige como un daño, a partir del cual pueden surgir perjuicios, y que puede producirse también como consecuencia de conductas omisivas:

"En lo que respecta, al (2) daño continuado o de tracto sucesivo, se entiende por él, aquél que se prolonga en el tiempo, sea de manera continua o intermitente. Se insiste, la prolongación en el tiempo no se predica de los efectos de éste o si se quiere de los perjuicios causados, sino del daño como tal. La doctrina lo ejemplifica comúnmente en relación con conductas omisivas.

Resulta importante también distinguir en este tipo de daño, su prolongación en el tiempo, de la prolongación en el tiempo de la conducta que lo produce; toda vez que, lo que resulta importante establecer, para efectos de su configuración, es lo primero. **Ejemplo de daño continuado, se insiste, es la contaminación a un río, con ocasión de una fuga de sustancias contaminantes,** mientras que como ejemplo de la prolongación de la conducta que produce el daño, puede señalarse el caso de la agresión física a una persona que se extiende durante varios días. **En el primer ejemplo es el daño como tal (la contaminación) el que se prolonga en el tiempo;** en el segundo, el daño estaría constituido por las lesiones personales producidas por una conducta que se extendió en el tiempo."¹⁵

En el caso presente, es claro que el daño alegado se describe por la parte actora como producto de una contaminación que fuera realizada en afectación del predio de su propiedad, la cual pudo ocurrir además por conductas omisivas de las autoridades estatales.

¹⁵ Sentencia del 18 de octubre de 2007. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Enrique Gil Botero. Exp: AG2001-00029, citada en: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 18001-23-33-000-2013-00298-01 (AG). Actor: YOLANDA COMETA Y OTROS. Demandado: CORPOAMAZONIA Y OTROS.

Más específicamente, dicha contaminación consistió en que el Municipio de Palmira inició la construcción de un canal de alcantarillado en la zona donde están ubicados el predio de la parte demandante y también otros predios; sin embargo, pese a que dicho canal fue construido, no se finalizó la obra, en el sentido de que el mismo canal tenía que desembocar en una Planta de Tratamiento de Aguas Residuales (PTAR) al final de su recorrido, planta que no fue construida sino hasta muchos años después (incluso después de la presentación de la demanda que originó la presente litis). Como no se construyó la planta, el canal no quedó operativo ni funcional, pero dado que ya estaba ahí, los predios aledaños empezaron a abandonar sus pozos sépticos para conectarse de manera artesanal a la canal pública ya construida, y de ese modo desaguar los desechos de sus predios sobre esa cañería. No obstante, dado que el canal solo hubiera quedado completamente operativo si se complementaba con la PTAR (que no fue construida en un inicio) al final de su recorrido, los desechos de todos los predios que se conectaron de forma artesanal al conducto simplemente empezaron a ir a parar a una recámara abierta que se ubicaba en el final de la tubería, recámara que era contigua al predio de la parte aquí demandante, el último de la zona, y que por ende se vio expuesto desde ese momento en adelante a los nauseabundos olores que emanaban de la recámara receptora de los desechos de todos los predios de la zona.

Para efectos de examinar si se probó suficientemente la contaminación recién descrita, ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) La demandante AMPARO DÍAZ HERNÁNDEZ demostró suficientemente la propiedad del predio con matrícula inmobiliaria No. 378-625, ubicado en el sector del sur del Zanjón Rozo del corregimiento de Rozo en la jurisdicción del Municipio de Palmira, aportando para ello certificado de tradición que obra a folios 2 al 3 del expediente de primera instancia digitalizado¹⁶.
- b) Quedó demostrado en el plenario que en el sector donde se encuentra ubicado el predio anterior, se construyó un canal de alcantarillado, pero que este no quedó operativo porque faltó la construcción de una planta de tratamiento de aguas residuales que lo complementara.

¹⁶ Archivo No. 02, expediente de primera instancia.

Así lo admitió el mismo Municipio de Palmira, en el Oficio del 26 de agosto de 2015¹⁷, por medio del cual dio respuesta a la demandante a derecho de petición elevado por ella, respuesta en la cual manifestó:

Dando respuesta al Derecho de Petición de fecha Julio 03 de 2015, donde se nos solicita dar respuestas a las inquietudes sobre el proceso de construcción del alcantarillado de La Reforma, sector Charco Verde en Rozo, podemos argumentar lo siguiente:

Para pasar a dar respuesta de fondo a su solicitud, quiero hacer un recuento de la trayectoria del proceso de construcción del sistema de alcantarillado en mención.

Este es un sistema de alcantarillado que se inició su diseño y construcción en el año 2008, el diseño contempla la construcción de las redes de alcantarillado (Construidas en la actualidad) y la construcción de una PTAR (Planta de tratamiento de aguas residuales) (Pendiente por construir), la cual estaría procesando toda la carga de aguas negras contaminadas y descargando al Zanjón Rozo con un bajo índice de contaminación a dicho zanjón.

El proyecto se desarrolló en el año 2008 hasta la construcción de las redes, pero no fue posible construir la PTAR, por inconvenientes con la adquisición del lote para la construcción de la misma, pues existe un lote que en los cálculos del diseño nos daría las pendientes necesarias, pero el lote posee hasta el momento limitaciones de tipo jurídico, que han imposibilitado a la administración municipal su adquisición.

También lo admitió de nuevo en el escrito de contestación a la demanda¹⁸, cuando dijo:

AL SEGUNDO: CIERTO PARCIALMENTE. La situación exacta a la que se refiere la demandante es la siguiente: El municipio de Palmira durante la administración del ex alcalde RAÚL ALFREDO ARBOLEDA MÁRQUEZ, inició la construcción del sistema de alcantarillado del callejón La Reforma, Sector Charco Verde del corregimiento de Rozo, jurisdicción del municipio de Palmira.

Este sistema de alcantarillado tiene su génesis en el año 2008, el diseño contempla la construcción de las redes de alcantarillado -tubería que en la actualidad se encuentra debidamente soterrada- y la de una PTAR -Planta de Tratamiento de Aguas Residuales-, esta última pendiente de construcción, sistema que procesaría toda la carga de aguas negras contaminadas cuya sitio de descarga final es el Zanjón Rozo, con un bajo índice de contaminación.

El lote donde técnicamente es ideal construir la PTAR, ha presentado problemas jurídicos que aún persisten – hay una sucesión pendiente de tramitar-, pues pertenece a una familia de apellido MOYA, que según LUZ DARY MOYA, miembro de dicha familia y con quien se han adelantado conversaciones, no han tenido los medios económicos para iniciar un proceso de sucesión.

Como quiera que la PTAR está sin construir, hasta tanto no ocurra, el sistema de red de alcantarillado no debe funcionar, es decir, debe estar inactivo porque no se cuenta con una disposición final para los desechos.

- c) Quedó demostrado que los predios del sector, vecinos del predio de la demandante, optaron por conectarse de manera artesanal a la canal pública construida, a pesar de no encontrarse esta última funcional.

¹⁷ Archivo No. 02, expediente de primera instancia digitalizado. Fls. 05-08

¹⁸ Archivo No. 02, expediente de primera instancia digitalizado. Fls. 139-149, y Archivo No. 03, expediente de primera instancia digitalizado. Fls. 01-17

Ello fue admitido por el Municipio de Palmira en el mismo oficio del 26 de agosto de 2015 ya mencionado:

Sin tener la posibilidad de construir la PTAR, este sistema no se debe poner en funcionamiento, razón por la cual este sistema debería estar inactivo en espera de la construcción de la planta.
En la actualidad se ha generado un problema significativo, consistente en la conexión fraudulenta y no autorizada a la red construida del alcantarillado, por parte de diez (10) propietarios de predios aledaños al sistema, los cuales abandonaron sus sistemas individuales de manejo de aguas residuales domésticas (Pozos sépticos) que tenían en cada uno de sus predios, para conectar de forma artesanal (No técnica) sus sistemas de alcantarillado a la red en proceso de construcción.

Y reiteró dicha admisión en la contestación de la demanda ya también citada:

Al estar la PTAR está sin construir, el sistema de red de alcantarillado concluido no debe funcionar puesto que no se cuenta con una disposición final para los desechos.

El hecho de que los habitantes aledaños del proyecto, abandonaran sus sistemas de pozos sépticos y se conectaran de manera fraudulenta y artesanal al sistema de red de alcantarillado y desencadenara que las aguas negras emanadas de sus propiedades no tuviesen salida y provocaran derrames al final del sistema, el cual se encuentra en el

También lo admitió la demandada CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA – CVC¹⁹, en su escrito de contestación a la demanda:

(v) Porque los daños medioambientales y sanitarios que refiere la demanda han sido causados por los propios moradores que se conectaron al sistema sin estar autorizadas y optaron por abandonar sus propios pozos sépticos e incluso por la

Por otro lado, en el trámite de tutela que la actora adelantó previamente para lograr una protección a sus derechos fundamentales, en la Sentencia de Tutela No. 224 del 09 de octubre de 2015²⁰, proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Palmira, se expone que el Director de Vivienda y Servicios Públicos de la Secretaría de Desarrollo y Renovación Urbana de la Alcaldía de Palmira, Ramiro Ramírez Rodríguez, en respuesta a oficio de ese despacho informó que habían viviendas del área con usuarios que estaban conectados al alcantarillado sin servicio:

El Director de Vivienda y Servicios Públicos, señor Ramiro Ramírez Rodríguez, da respuesta a nuestro oficio No.2299 del 21 de septiembre de 2015, comunicando que se pudo detectar que hay usuarios que están conectados al alcantarillado sin servicio, pero no lo dicen, generando una impresión en el dato de las descargas, en total se detectaron 19 viviendas que están en el área de influencia de este sistema de alcantarillado, procediendo a suministrar el nombre de los propietarios, así como su dirección. Finaliza

¹⁹ Archivo No. 02, expediente de primera instancia digitalizado. Fls. 113-119

²⁰ Archivo No. 02, expediente de primera instancia digitalizado. Fls. 139-149

Los propietarios de esos predios conectados al alcantarillado sin servicio (vecinos de la demandante) fueron vinculados a la acción de tutela y en sus contestaciones (de los que contestaron) manifestaron, según resume la sentencia ya citada, lo siguiente:

El día 24 de septiembre de 2015, mediante auto No.2252 el despacho dispuso vincular a los propietarios de los predios conectados al alcantarillado, de acuerdo a los nombres y direcciones suministradas por el director de Vivienda y Servicios Públicos (fl.80).

Los señores HECTOR CUERO, PATRICIA QUINTERO, JOAQUIN CUERO, JORGE RIVERA, ELVIRA GUEVARA, IVAN AGUDELO, VICTOR VALOR, BALBINA RIVERA, RUBIELA QUINTERO, FREDY CUERO, NUBIA MARIA RIVERA, DAGOMAR BRAND y LEVID NARVAEZ, propietarios de las viviendas del sector, dieron contestación en escritos separados a nuestros oficios del 24 de septiembre de 2015, en el cual manifiestan que es cierto que la señora Amparo Díaz Hernández es propietaria de una Finca Campestre, ubicada en el Corregimiento de Rozo, Callejón la Reforma Charco Verde, respecto a los demás hechos refiere que no le consta, que se pruebe. En cuanto a las pretensiones manifiestan que se opone a todas y cada una de ellas, toda vez, que la Accionante está solicitando ante su despacho, se le tutele los Derechos Constitucionales y fundamentales al Derecho de Petición, que ella le dirigiera a la Alcaldía Municipal de Palmira Valle, por la no contestación de Fondo al Derecho de Petición. Por lo anterior solicitan se le desvinculen de la presente acción, toda vez, que

Petición. Por lo anterior solicitan se le desvinculen de la presente acción, toda vez, que en ningún momento, le han violado Derecho Constitucional y fundamental alguno y de petición a la accionante, ya que ella lo dirigió al señor Alcalde y este, quien debe contestar de Fondo su petición. Por último comunican que en ningún momento, se puede pretender por tutela se desconecte del Sistema de Alcantarillado existente, toda vez, que no hay espacio para hacer pozos sépticos, al igual que desde hace muchos años, en el sector se vienen haciendo pozos sépticos, los cuales están colapsados, se podría generar un impacto ambiental a las viviendas y a la comunidad en general ocasionándose una emergencia sanitaria y finalmente este sistema se podría desconectar siempre y cuando el municipio construya una PTAR (planta de tratamiento de aguas residuales). Como prueba de lo anterior aporta fotografías de pozos sépticos del sector, que están colapsados (fl 104 a 142).

Entendiéndose que ellos mismos (los vecinos) admiten que hay conexión al sistema de alcantarillado del sector (el que no quedó operativo a falta de la PTAR).

Así también se confirma en la sentencia de segunda instancia proferida dentro de dicho trámite de tutela, Sentencia ST-012-02 del 24 de noviembre de 2015 proferida por el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Palmira, que frente a los mismos puntos expuso:

con mayor razón cuando, en el caso que nos ocupa, nos encontramos ante la preexistencia de un sistema de pozos sépticos a los que debe procurarse su funcionalidad, otras contingencias detectadas como la agregación de varios moradores del sector, por vías fácticas y ante la imposibilidades en algunos eventos de construcción de ellos, debido a la carencia de recursos o espacios, que se han colgado de la parte de red de alcantarillado, que se halla construida y algunas intervenciones que estos y la señora accionante, desesperada por modo cierto, a raíz de la situación que la embarga, a la poste donde descargan sin ningún tratamiento esas aguas residuales, situaciones que se han venido presentando y lo confiesan varios de esos vecinos, que por sus dificultades anticipadas, se resisten ser desligados o desadaptados de ese sistema, lo que generaría a toda una comunidad más daños ambientales y en sus derechos porqué no fundamentales, en el entretanto lleva inconclusa la obra por el aumento del costo unitario, se resuelve:

Siendo en este punto más que diáfano que los moradores del sector (vecinos de la demandante) se conectaron artesanalmente al alcantarillado no funcional del sector, y empezaron a descargar sus desechos allí.

- d) Quedó demostrado que la conexión artesanal de los predios del sector a la canal pública redundó en que los desechos de la zona iban a parar a la recámara abierta ubicada al final de la cañería, la cual, al estar ubicada contigua al predio de la demandante, ocasionó desde entonces olores nauseabundos e incluso derrames sobre dicho predio.

De nuevo, el Municipio de Palmira lo admitió en su oficio del 26 de agosto de 2015:

construcción de la planta.
En la actualidad se ha generado un problema significativo, consistente en la conexión fraudulenta y no autorizada a la red construida del alcantarillado, por parte de diez (10) propietarios de predios aledaños al sistema, los cuales abandonaron sus sistemas individuales de manejo de aguas residuales domésticas (Pozos sépticos) que tenían en cada uno de sus predios, para conectar de forma artesanal (No técnica) sus sistemas de alcantarillado a la red en proceso de construcción.
Toda esta problemática se viene agudizando, debido a la saturación del sistema de alcantarillado en construcción el cual no tiene salida, originando derrame de aguas negras al final del sistema, el cual se encuentra en la área de protección del Zanjón Rojo (Áreas de protección determinadas por la entidad ambiental CVC), perjudicando al predio de su propiedad.
Para solucionar esta problemática, se ordena:

Y también lo admitió en su contestación a la demanda:

El hecho de que los habitantes aledaños del proyecto, abandonaran sus sistemas de pozos sépticos y se conectaran de manera fraudulenta y artesanal al sistema de red de alcantarillado y desencadenara que las aguas negras emanadas de sus propiedades no tuviesen salida y provocaran derrames al final del sistema, el cual se encuentra en el área de protección del Zanjón Rojo –área que es definida por la CVC-, y dentro de la cual también está construida la propiedad de la señora AMPARO DÍAZ HERNÁNDEZ,

También lo dicho pudo ser comprobado en el trámite de tutela mencionado previamente, como puede apreciarse en la sentencia de primera instancia ya citada:

la certificación que existe rubro presupuestal y disponibilidad para la obra. Así mismo se ordenó fijar inspección judicial a la vivienda objeto de la presente acción, que realiza el despacho, donde certifica la problemática del alcantarillado en la recámara donde termina el mismo, las aguas que circulan, los olores y perjuicios que generan al predio de la accionante y las viviendas que están colindado y conectadas. El director de

(...)

Tenemos en el presente evento, que es aceptado por todos los intervinientes, que el problema que se presenta, es la no terminación de un alcantarillado al que se han conectado unas 10 familias y que falta la PTAR, por lo que los olores que se generan perturban la tranquilidad, sanidad y vivir de la accionante, pues es la última vivienda del tramo.

Que la génesis del alcantarillado es del año 2008, que la tubería esta soterrada y está pendiente de construir la PTAR, pero el terreno donde se debe construir no ha sido posible negociar y el municipio está estudiando Expropiar.

Que la solución parcial, es según el Director de vivienda y Servicios Públicos, desconectar a las 10 familia y realizar una limpieza con el vector, pues se viene produciendo derrame de aguas negras al final del sistema, perjudicando el predio de la accionante.

Es claro para el despacho, que se presentan dos problemas en este evento.

1º. Ambiental. Al derramarse aguas negras, producto de los desechos y los olores nauseabundos que contacto el despacho se generan al ambiente cercano a la recámara final.

(...)

Pese a la disposición tomada por el Juez de Segunda instancia, Juzgado Tercero de Familia de la ciudad de Palmira de vincular a la presenta acción a los propietarios de los predios conectados al alcantarillado y sus contestaciones emitidas, en nada cambio la posición o modifíco concepto alguno de este juzgador, ratificándose entonces en su decisión, conforme al acervo allegado, que la problemática planteada afecta en grado sumo a la accionante, pues constato directamente el Juez, los olores nauseabundos que se generan en la recámara final, que el alcantarillado desde hace 7 años no se ha terminado a pesar de las promesas y compromisos de la administración pública, incluyendo a la actual.

No quedando entonces tampoco duda al respecto de que las conexiones artesanales de los predios vecinos al alcantarillado construido (sin PTAR, sin terminar) y el permanente vertimiento de desechos a ese canal, llevaron a que se generara la problemática sanitaria que ha vivido la demandante, de fuertes malos olores y derrames, al ser su predio el último del callejón, ubicado contiguo al final del canal, donde vienen a parar todos los desechos pero no se tratan, ya que falta para ello la PTAR que no se ha construido.

Es por todo ello que la Sala considera, sin lugar a dudas, que sí se ha causado un daño a la demandante en este caso, consistente en la contaminación física y odorífera de su predio, el cual, como ya se ha explicado previamente, tiene el carácter de daño continuado.

ii) La falla en el servicio

Así pues, habiéndose ya decantado la ocurrencia de un daño que acaeció sobre la actora en esta causa, es procedente ahora fijar la atención en si hubo alguna falla o deficiencia de la administración pública que pudiera haber incidido en la producción o subsistencia de dicho daño, para posteriormente examinar en otro acápite si efectivamente existió alguna relación de causalidad entre tal daño y dicha falla.

Pare este propósito, y dado que en este punto es viable afirmar que ya se tienen más que claros los hechos, es pertinente traer a colación entonces el contenido obligatorio que recae sobre las entidades demandadas en relación con temas sanitarios, de alcantarillado, de contaminación, y de servicios públicos.

Para ello, empiécese por rememorar el artículo 79 de la Constitución Política Nacional:

"ARTICULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

***Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente**, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines."*

Artículo a partir del cual es claro que en Colombia las personas tienen el derecho constitucional a gozar de un ambiente sano, y que el Estado tiene el deber también constitucional de proteger el ambiente tanto en su diversidad como en su integridad.

2.1. Falla en el servicio del Municipio de Palmira

Ahora, pasando a normas ya de otro rango, se tiene que la Ley 142 de 1994, en su artículo 1º y en su artículo 4º establece:

"ARTÍCULO 1o. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY. Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades

complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley.
(...)

ARTÍCULO 4o. SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES. Para los efectos de la correcta aplicación del inciso primero del artículo 56 de la Constitución Política de Colombia, todos los servicios públicos, de que trata la presente Ley, se considerarán servicios públicos esenciales."

Entendiéndose entonces que el servicio público de alcantarillado es un servicio público tanto domiciliario como esencial. En ese sentido, y de conformidad con la misma ley, le corresponden al Estado en relación con ese servicio, entre otras, las siguientes obligaciones:

"ARTÍCULO 2o. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365, a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público **y su disposición final** para asegurar el mejoramiento de la **calidad de vida de los usuarios**.

(...)

2.3. **Atención prioritaria** de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y **saneamiento básico**."

Pudiéndose interpretar que el Estado tiene las obligaciones de intervenir en los servicios públicos a fin de garantizar la calidad del servicio y la disposición final de los bienes objeto del mismo, de modo que esto se refleje positivamente en la calidad de vida de los usuarios; además tiene también la obligación de atender prioritariamente las necesidades insatisfechas en materia de saneamiento básico²¹, concepto que incluye el servicio de alcantarillado.

Así también, el artículo 29 de la mencionada ley establece que:

"ARTÍCULO 29. **AMPARO POLICIVO**. Las autoridades nacionales, departamentales y **municipales**, tanto civiles como de policía, inmediatamente se lo solicite una empresa de servicios públicos, le prestarán su apoyo para hacer que se le restituyan los inmuebles que los particulares hayan ocupado contra la voluntad o sin conocimiento de la empresa; o para que cesen los actos que

²¹ "ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...) 14.19. SANEAMIENTO BÁSICO. Son las actividades propias del conjunto de los servicios domiciliarios de alcantarillado y aseo."

entorpezcan o amenacen perturbar, en cualquier tiempo, el ejercicio de sus derechos.

La autoridad respectiva ordenará el retiro de los ocupantes del inmueble o el cese de la perturbación, o de la amenaza de ella, conminando a los perturbadores con multas de uno (1) a cinco (5) salarios mínimos mensuales, por cada semana o fracción de demora transcurrida desde la fecha de la respectiva resolución, y sin perjuicio de otras medidas previstas en las leyes. En todo caso ,<sic> en ejercicio de tales procedimientos, se respetará el principio del debido proceso garantizado por el artículo <sic> 29° de la Constitución Política."

De modo tal que es posible extraer, que diversas autoridades civiles o de policía, entre ellas los municipios, tienen el deber de ordenar el retiro de quienes ocupen inmuebles de la infraestructura de servicios públicos en contra de la voluntad o sin conocimiento del prestador, o de ordenar el cese de actos que entorpezcan o amenacen perturbar el ejercicio de los derechos de tales prestadores; deber para el cumplimiento del cual incluso se pueden valer de multas a cargo de los infractores.

Por otro lado, el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana (antes Código Nacional de Policía y Convivencia), Ley 1801 de 2016, en su articulado consagra la obligación para las autoridades de policía de iniciar la acción de policía en contra de las personas que comentan infracciones a las normas policivas y de convivencia, siendo autoridades de entre otras, el Presidente de la República, los gobernadores y alcaldes:

"ARTÍCULO 198. AUTORIDADES DE POLICÍA. Corresponde a las autoridades de Policía el conocimiento y la solución de los conflictos de convivencia ciudadana.

Son autoridades de Policía:

- 1. El Presidente de la República.*
- 2. Los gobernadores.*
- 3. Los Alcaldes Distritales o Municipales.***
- 4. Los inspectores de Policía y los corregidores.*
- 5. Las autoridades especiales de Policía en salud, seguridad, ambiente, minería, ordenamiento territorial, protección al patrimonio cultural, planeación, vivienda y espacio público y las demás que determinen la ley, las ordenanzas y los acuerdos.*
- 6. Los comandantes de estación, subestación y de centro de atención inmediata de Policía y demás personal uniformado de la Policía Nacional.*

(...)

ARTÍCULO 214. ÁMBITO DE APLICACIÓN. El procedimiento único de Policía rige exclusivamente para todas las actuaciones adelantadas por las autoridades de Policía, en ejercicio de su función y actividad.

(...)

ARTÍCULO 215. **ACCIÓN DE POLICÍA.** Es el mecanismo que **se inicia de oficio** por parte de **las autoridades de Policía** o a solicitud de cualquier persona para resolver ante la autoridad competente, un conflicto de convivencia, mediante un procedimiento verbal, sumario y eficaz, tendiente a garantizarla y conservarla."

Y en ese sentido, es importante también poner de presente que la norma policiva consagra múltiples infracciones relacionadas con el tema de los servicios públicos y/o con la contaminación:

"ARTÍCULO 28. COMPORTAMIENTOS QUE **AFECTAN LA SEGURIDAD Y BIENES EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS PÚBLICOS.** Los siguientes comportamientos que afectan la seguridad de las personas y la de sus bienes y por lo tanto **no deben realizarse** al hacer uso de los servicios públicos:

1. **Poner en riesgo a personas o bienes** durante la instalación, utilización, mantenimiento o modificación de las estructuras de los servicios públicos.
2. **Modificar o alterar redes** o instalaciones **de servicios públicos.**
3. **Arrojar en las redes de alcantarillado**, acueducto y de aguas lluvias, **cualquier objeto, sustancia, residuo**, escombros, lodo, combustibles o lubricantes, **que alteren u obstruyan el normal funcionamiento.**
4. No reparar oportunamente los daños ocasionados a la infraestructura de servicios públicos domiciliarios, cuando estas reparaciones corresponden al usuario.

PARÁGRAFO. Quien incurra en uno o más de los comportamientos antes señalados, será objeto de la aplicación de las siguientes medidas correctivas:

COMPORTAMIENTOS MEDIDA CORRECTIVA A APLICAR

- Numeral 1 Multa General tipo 3; Remoción de bienes; Destrucción de bien.
Numeral 2 Multa General tipo 3; Reparación de daños materiales de muebles o inmuebles.
Numeral 3 Multa General tipo 4.
Numeral 4 Multa General Tipo 3; Reparación de daños materiales de muebles o inmuebles
(...)

ARTÍCULO 77. COMPORTAMIENTOS **CONTRARIOS A LA POSESIÓN Y MERA TENENCIA DE BIENES INMUEBLES.** Son aquellos contrarios a la posesión, la mera tenencia de los bienes inmuebles de particulares, bienes fiscales, bienes de uso público, bienes de utilidad pública o social, bienes destinados a prestación de servicios públicos. Estos son los siguientes:

1. **Perturbar, alterar o interrumpir** la posesión o mera tenencia de un bien inmueble **ocupándolo ilegalmente.**
2. Perturbar la posesión o mera tenencia de un inmueble o mueble por causa **de daños materiales o hechos que la alteren**, o por no reparar las averías o daños en el propio inmueble que pongan en peligro, perjudiquen o molesten a los vecinos.
3. **Instalar servicios públicos en inmuebles que hayan sido ocupados ilegalmente.**
4. Omitir el cerramiento y mantenimiento de lotes y fachadas de edificaciones.
5. Impedir el ingreso, uso y disfrute de la posesión o tenencia de inmueble al titular de este derecho.

PARÁGRAFO. Quien incurra en uno o más de los comportamientos antes señalados, será objeto de la aplicación de las siguientes medidas correctivas:

COMPORTAMIENTOS MEDIDA CORRECTIVA A APLICAR

Numeral 1 Restitución y protección de bienes inmuebles.

Numeral 2 Reparación de daños materiales por perturbación a la posesión y tenencia de inmuebles o mueble.

Numeral 3 Multa General tipo 3

Numeral 4 Multa General tipo 3; construcción, cerramiento, reparación o mantenimiento de inmueble.

Numeral 5 Restitución y protección de bienes inmuebles.

(...)

ARTÍCULO 102. **COMPORTAMIENTOS QUE AFECTAN EL AIRE.** Los siguientes comportamientos afectan el aire y por lo tanto **no se deben efectuar**:

1. Realizar quemas de cualquier clase salvo las que de acuerdo con la normatividad ambiental estén autorizadas.

2. **Emitir contaminantes a la atmósfera que afecten la convivencia.**

PARÁGRAFO. Quien incurra en uno o más de los comportamientos antes señalados, será objeto de la aplicación de las siguientes medidas:

COMPORTAMIENTOS MEDIDA CORRECTIVA A APLICAR

Numeral 1 Multa General tipo 4; Suspensión temporal de actividad

Numeral 2 Multa General tipo 4.

(...)

ARTÍCULO 135. **COMPORTAMIENTOS CONTRARIOS A LA INTEGRIDAD URBANÍSTICA.**

Los siguientes comportamientos, relacionados con bienes inmuebles de particulares, bienes fiscales, bienes de uso público y el espacio público, **son contrarios a la convivencia** pues afectan la integridad urbanística y por lo tanto no deben realizarse, según la modalidad señalada:

A) **Parcelar, urbanizar, demoler, intervenir o construir:**

1. En áreas protegidas o afectadas por el plan vial o **de infraestructura de servicios públicos domiciliarios**, y las destinadas a equipamientos públicos.

(...)

D) **Incumplir** cualquiera de las siguientes obligaciones: (...)

22. **Reparar** los daños o averías que en razón de la obra se realicen en el andén, las vías, espacios y **redes de servicios públicos.** (...)

PARÁGRAFO 7o. Quien incurra en uno o más de los comportamientos antes señalados, será objeto de la aplicación de las siguientes medidas correctivas:

COMPORTAMIENTOS MEDIDA CORRECTIVA A APLICAR

Numeral 1 Multa especial por infracción urbanística; Demolición de obra; Construcción, cerramiento, reparación o mantenimiento de inmueble; Remoción de bienes.

(...)

Numeral 22 Suspensión de construcción o demolición; Reparación de daños materiales de muebles o inmuebles; Reparación de daños materiales por perturbación a la posesión y tenencia de inmuebles o muebles.

(...)

ARTÍCULO 140. **COMPORTAMIENTOS CONTRARIOS AL CUIDADO E INTEGRIDAD DEL ESPACIO PÚBLICO.** Los siguientes comportamientos son contrarios al cuidado e integridad del espacio público y por lo tanto no deben efectuarse:

(...)

2. **Realizar obras de construcción o remodelación** en las vías vehiculares o peatonales, en parques, **espacios públicos**, corredores de transporte público, o similares, sin la debida autorización de la autoridad competente. (...)
4. **Ocupar el espacio público** en violación de las normas vigentes. (...)
5. **Ensuciar**, dañar o **hacer un uso indebido o abusivo** de los **bienes fiscales** o **de uso público** o contrariar los reglamentos o manuales pertinentes. (...)
6. Promover o facilitar el uso u ocupación del **espacio público** en violación de las normas y jurisprudencia constitucional vigente. (...)
10. **Drenar o verter aguas residuales al espacio público**, en sectores que cuentan con el servicio de alcantarillado de aguas servidas y en caso de no contar con este, hacerlo incumpliendo la indicación de las autoridades.
(...)

PARÁGRAFO 2o. Quien incurra en uno o más de los comportamientos señalados será objeto de la aplicación de las siguientes medidas, sin perjuicio de la responsabilidad penal que se genere bajo el Título XIII del Código Penal.

COMPORTAMIENTOS MEDIDA CORRECTIVA A APLICAR DE MANERA GENERAL

Numeral 2 Multa General tipo 3.

Numeral 4 Multa General tipo 1.

COMPORTAMIENTOS MEDIDA CORRECTIVA A APLICAR DE MANERA GENERAL

Numeral 5 Multa General tipo 3; Reparación de daños materiales de muebles o inmuebles; Construcción, cerramiento, reparación o mantenimiento de inmueble.

Numeral 6 Multa General tipo 4; Remoción de bienes.

Numeral 10 Multa General tipo 4.

(...)

PARÁGRAFO 3o. Cuando el comportamiento de ocupación indebida del espacio público a que se refiere el numeral 4 del presente artículo, **se realice dos (2) veces o más**, se impondrá, además de la medida correctiva prevista en el parágrafo anterior, el **decomiso o la destrucción del bien** con que se incurra en tal ocupación."

Siendo entonces claro que, por lo menos en el caso del Municipio de Palmira, al ser autoridad estatal en materia de servicios públicos y autoridad policiva en el territorio de su jurisdicción, omitió ampliamente su carga obligacional en relación con estos temas, pues no inició ninguna acción ni tomó como tal ninguna determinación destinada a detener o interrumpir las actividades de los propietarios de los predios vecinos al de la demandante, actividades con las cuales violaron un sinnúmero de normas tanto en materia de servicios públicos como en materia policiva, y para las cuales había varias acciones policivas y multiplicidad de sanciones a aplicar, sin que obre evidencia en el plenario de que el Municipio de Palmira haya ejercido tarea tal, sino que simplemente se limitó a esperar que se pudiera resolver el tema de la terminación de la línea de alcantarillado con la construcción de la PTAR, espera durante la cual permitió sin inmutarse las múltiples vulneraciones a la norma que cometieron los vecinos de la demandante con las conexiones

artesanales al canal público, que a pesar de estar construido no era funcional ni estaba operativo.

De la situación de las conexiones artesanales y los vertimientos de residuos al canal, el Municipio de Palmira tuvo conocimiento, por lo menos (de acuerdo a lo probado en el proceso), desde que la demandante le informó de esta situación a través de misiva de fecha 10 de abril de 2015²²:



Pero desde esa fecha e inclusive hasta la presentación de la demanda, el Municipio no había tomado ninguna acción jurídica o policiva destinada a detener las actividades ilegales de conexión artesanal e irregular a la red de alcantarillado pública por parte de los vecinos de la aquí demandante, pues no obra ninguna prueba en el plenario que así lo indique, ni tampoco se alegó.

Siendo entonces clara la falla en el servicio por parte del Municipio de Palmira, que no detuvo las conductas irregulares de los vecinos de la demandante a través de los mecanismos normativos disponibles, y tampoco solucionó con prontitud la terminación del alcantarillado de

²² Archivo No. 02, expediente de primera instancia digitalizado. Fls.10-11

esa zona y puesta en funcionamiento de esa parte de la red, como bien lo admite en su contestación a la demanda y ya fue citado antes, ya que a la fecha de dicha contestación todavía estaba sin construirse la planta de tratamiento de aguas residuales – PTAR, cosa que el mismo municipio relata en su escrito.

En ese sentido, es cristalina la falla en el servicio por parte del Municipio de Palmira, que se constituye principalmente en omisión de sus obligaciones relacionadas con la oportuna corrección de conductas irregulares de ciudadanos.

2.2. Falla en el servicio de la Corporación Autónoma Regional del Valle del cauca – CVC

Así pues, es pertinente ahora estudiar si existió alguna falla en el servicio por parte de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA – CVC.

Al respecto de la normatividad que rige las corporaciones autónomas regionales, se tiene que la Ley 99 de 1993, establece en sus artículos 30 y 31 su objeto y sus funciones:

“ARTÍCULO 30. OBJETO. Todas las Corporaciones Autónomas Regionales tendrán por objeto la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos sobre medio ambiente y recursos naturales renovables, así como dar cumplida y oportuna aplicación a las disposiciones legales vigentes sobre su disposición, administración, manejo y aprovechamiento, conforme a las regulaciones, pautas y directrices expedidas por el Ministerio del Medio Ambiente.

ARTÍCULO 31. FUNCIONES. Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:

(...)

2) Ejercer la función de máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción, de acuerdo con las normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazadas por el Ministerio del Medio Ambiente;

(...)

10) Fijar en el área de su jurisdicción, los límites permisibles de emisión, descarga, transporte o depósito de sustancias, productos, compuestos o cualquier otra materia que puedan afectar el medio ambiente o los recursos naturales renovables y prohibir restringir o regular la fabricación, distribución, uso disposición o vertimiento de sustancias causantes de degradación ambiental. Estos límites, restricciones y regulaciones en ningún caso podrán ser menos estrictos que los definidos por el Ministerio del Medio Ambiente.

(...)

12) Ejercer las funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental de los usos del agua, el suelo, el aire y los demás recursos naturales renovables, lo cual

comprenderá **el vertimiento, emisión o incorporación de sustancias o residuos líquidos, sólidos y gaseosos**, a las aguas en cualquiera de sus formas, al aire o a los suelos, así como los vertimientos o emisiones que puedan causar daño o poner en peligro el normal desarrollo sostenible de los recursos naturales renovables o impedir u obstaculizar su empleo para otros usos, estas funciones comprenden expedición de las respectivas licencias ambientales, permisos concesiones, autorizaciones y salvoconductos;
(...)

17) **Imponer y ejecutar** a prevención y sin perjuicio de las competencias atribuidas por la ley a otras autoridades, **las medidas de policía y las sanciones previstas en la ley**, en caso de violación a las normas de protección ambiental y de manejo de recursos naturales renovables y exigir, con sujeción a las regulaciones pertinentes, la reparación de daños causados;"

De lo cual se extrae que, entre **las muchas funciones que tienen las corporaciones autónomas regionales**, existen varias relacionadas con **luchar por evitar, vigilar y sancionar el vertimiento de sustancias** contaminantes y/o dañinas en las aguas, los suelos o al aire, para lo cual, en su calidad de máxima autoridad ambiental en el territorio de su jurisdicción, deben realizar una evaluación, control y seguimiento de los usos de los recursos naturales, y también puede y debe valerse de las medidas de policía y las sanciones previstas en la ley en caso de que conozca de violaciones a las normas de protección ambiental y de manejo de recursos naturales, así como también debe pedir la reparación de los daños causados.

Ahora, en cuanto la normativa sancionatoria en materia ambiental, se tiene que la Ley 1333 de 2009 en su artículo 5º define las infracciones a las normas ambiental de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 5o. **INFRACCIONES. Se considera infracción** en materia ambiental **toda acción u omisión** que constituya violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto-ley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes en que las sustituyan o modifiquen y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente. Será **también constitutivo de infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente**, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria, a saber: El daño, el hecho generador con culpa o **dolo y el vínculo causal entre los dos**. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil."

Entendiéndose que se consideran infracciones en materia ambiental las acciones u omisiones que se constituyan como violaciones a las normas

ambientales (Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto-ley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes en que las sustituyan o modifiquen y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente), así como también son infracciones ambientales los daños al medio ambiente que se causen con las condiciones para configurar responsabilidad civil extracontractual. La comisión de estas infracciones, dice la norma, dan lugar a una sanción administrativa ambiental.

La misma Ley 1333 de 2009 establece en su artículo 1º quienes son los titulares de la potestad sancionatoria en materia ambiental:

*"ARTÍCULO 1o. TITULARIDAD DE LA **POTESTAD SANCIONATORIA EN MATERIA AMBIENTAL**. El Estado es el titular de la potestad sancionatoria en materia ambiental y la ejerce sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades a través del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, los establecimientos públicos ambientales a que se refiere el artículo 13 de la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, Uaesppn, de conformidad con las competencias establecidas por la ley y los reglamentos."*

Y en su artículo 2º, otorga a dichos titulares y a otras autoridades la facultad de imponer y ejecutar las medidas preventivas y sancionatorias consagradas en dicha ley:

*"ARTÍCULO 2o. FACULTAD A PREVENCIÓN. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales; **las Corporaciones Autónomas Regionales** y las de Desarrollo Sostenible; las Unidades Ambientales Urbanas de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993; los establecimientos públicos a los que hace alusión el artículo 13 de la Ley 768 de 2002; la Armada Nacional; así como los departamentos, municipios y distritos, quedan investidos a prevención de la respectiva autoridad en materia sancionatoria ambiental. En consecuencia, **estas autoridades están habilitadas para imponer y ejecutar las medidas preventivas y sancionatorias consagradas en esta ley** y que sean aplicables, según el caso, sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades."*

PARÁGRAFO. En todo caso las sanciones solamente podrán ser impuestas por la autoridad ambiental competente para otorgar la respectiva licencia ambiental, permiso, concesión y demás autorizaciones ambientales e instrumentos de manejo y control ambiental, previo agotamiento del procedimiento sancionatorio. Para el efecto anterior, la autoridad que haya impuesto la medida preventiva deberá dar traslado de las actuaciones a la autoridad ambiental

competente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la imposición de la misma."

Por su parte, el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente – Decreto Ley 2811 de 1974 – en sus artículos 34 y 35 consagra:

"ARTICULO 34. En el manejo de residuos, basuras, desechos y desperdicios, se observarán las siguientes reglas:

a). **Se utilizarán los mejores métodos**, de acuerdo con los avances de la ciencia y la tecnología, para la recolección, tratamiento, procesamiento o disposición final de residuos, basuras, desperdicios y, en general, de **desechos** de cualquier clase;

(...)

c). Se señalarán medios adecuados para eliminar y controlar los focos productores del **mal olor**.

ARTICULO 35. **Se prohíbe descargar, sin autorización**, los residuos, basuras y desperdicios, y, en general, de **desechos** que deterioren los suelos o, causen daño o molestia a individuos o núcleos humanos."

Entendiéndose que son obligaciones legales, para la ciudadanía en general pero también para el Estado: i) velar porque se utilicen los mejores métodos científicos y tecnológicos para la recolección, tratamiento, procesamiento o disposición final de residuos y desechos de cualquier clase; y ii) utilizar los medios adecuados para eliminar y controlar los focos productores de mal olor; así como también es una prohibición para los mismos sujetos el descargar sin autorización residuos o desechos que deterioren los suelos o causen daño o molestia a individuos o a núcleos humanos.

Así las cosas, **resulta claro que también la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA – CVC tenía múltiples obligaciones en relación con la problemática del caso (contaminación con desechos humanos)**, y que en virtud de diversas normas no solo tenía la facultad **sino también el deber de intentar detener** las conductas ejercidas por los vecinos de la demandante, así como de sancionar su comisión, en tanto constituían también infracciones ambientales.

Sin embargo, en el plenario no obra material probatorio que muestre **acción alguna de la CVC dirigida a ejercer esas funciones** y/o a

solucionar la problemática o detener las conductas indebidas, omisión que por supuesto viene a derivar en una clara falla en el servicio por parte de esta entidad, ya que en el expediente obra prueba²³ de que tuvieron conocimiento de la situación del caso por lo menos (pues realmente no obra prueba de la visita mencionada en la demanda) desde el mes de septiembre de 2015, ya que en ese mes se profirió la primigenia (después sería anulada y proferida otra) sentencia de primera instancia en el trámite de tutela que la demandante interpuso con base en los mismos hechos, trámite dentro del cual la CVC contestó la acción. Además de ello, dicha entidad como autoridad ambiental tenía, de todos modos, la obligación de inspeccionar y vigilar esas conductas de oficio, mucho más si se tiene en cuenta que se practicaron esas irregularidades en las inmediaciones del Zanjón de Rozo, que es una zona protegida ambientalmente por disposición de la misma CVC, según lo menciona la Alcaldía de Palmira en su oficio del 26 de agosto de 2015²⁴:

de alcantarillado a la red en proceso de construcción.
Toda esta problemática se vienen agudizando, debido a la saturación del sistema de alcantarillado en construcción el cual no tiene salida, originando derrame de aguas negras al final del sistema, el cual se encuentra en la área de protección del Zanjón Rozo (Áreas de protección determinadas por la entidad ambiental CVC), perjudicando al predio de su propiedad.
... que se puede dar a esta problemática, es ordenar

Siendo entonces cristalino para este punto, que ambas entidades demandadas cometieron omisiones a sus deberes, los cuales, al no haber sido cumplidos en relación con los hechos materia del caso, constituyen una falla en el servicio por parte de la administración pública. Razón por la que es pertinente pasar al examen de la relación de causalidad.

iii) Nexos de causalidad

Habiéndose ya decantado la suficiente demostración de los elementos del daño y de la falla en el servicio, es procedente entonces ahora examinar la verificación del nexo o relación de causalidad entre dichos dos elementos.

Como bien ya se ha explicado, el daño en esta causa corresponde a la contaminación que se generó en la zona donde está ubicado el predio de propiedad de la demandante (Callejón La Reforma – Charco Verde del corregimiento de Rozo en la jurisdicción del Municipio de Palmira) por cuenta de la acción de varios predios vecinos, que sin autorización

²³ Archivo No. 02, expediente de primera instancia digitalizado. Fls.25-26

²⁴ Archivo No. 02, expediente de primera instancia digitalizado. Fls.16-18

decidieron conectarse artesanalmente a la canal de alcantarillado que había empezado a construir el Municipio de Palmira en esa zona, pero que no terminó ni dejó funcional, a falta de la construcción de una planta de tratamiento de aguas residuales - PTAR que pudiera tratar las aguas negras vertidas en esa canal; de manera tal que los desechos empezados a verter en esa canal sin permiso no tuvieron una correcta disposición final, y simplemente empezaron a acumularse al final del canal, causando olores nauseabundos y derrames sobre el predio de la demandante.

Como se mencionó previamente en otro acápite, esta es una situación que ha sido admitida por los mismos vecinos de la demandante (en su contestación a la acción de tutela presentada por los mismos hechos), así como por las entidades públicas aquí demandadas, Municipio de Palmira y CVC.

Así mismo, se ha dejado claridad también al respecto de que la falla en el servicio en el presente caso consistió en la omisión de dos entidades públicas (Municipio de Palmira, CVC) a las obligaciones normativamente asignadas a ellas, obligaciones que guardan relación con los hechos del caso, y de las cuales estas entidades se sustrajeron del cumplimiento.

Así pues, corresponde en este punto examinar si tal incumplimiento de las entidades a sus obligaciones tiene relación causal con la producción del daño descrito.

Pues bien, realmente no es difícil extraer de los hechos del caso, y ya se avizoraba un poco desde antes, que la producción causal del daño en este caso obedeció principalmente a la acción de los vecinos de la demandante, quienes positivamente realizaron esfuerzos dirigidos a verter sus desechos en la canal de alcantarillado sin terminar del sector, lo cual es la causa principal que conllevó la contaminación de dicho canal y del predio de la demandante con derrames y con malos olores.

En ese sentido, es claro que la falla en el servicio que se ha descrito en el presente caso no fue el principal aporte causal en la producción del daño, sino que está probado que este último se originó primariamente por las acciones de los vecinos de la demandante, quienes no son demandados en esta causa.

De ese modo, es claro que la responsabilidad no corresponderá totalmente a las entidades del extremo pasivo, en tanto el nexo causal se ve roto por la intervención de unos terceros, a quienes corresponde gran parte de la culpa con base en sus actos. Sin embargo, no es viable tampoco decir y menos concluir, que la omisión de las entidades demandadas al cumplimiento de sus obligaciones no tuvo nada que ver en la producción del resultado dañoso, ya que si bien la contaminación sufrida por la demandante vino por la mano de terceras personas que no corresponden a las entidades demandadas, la falta de cumplimiento de estas entidades a sus obligaciones legales significó que dichas acciones irregulares no fueron detenidas ni estorbadas por la intervención estatal, y mucho menos fueran sancionadas, contribuyendo de esa forma a que su realización se continuara ejerciendo libre e impunemente, y por eso en esa medida le es atribuible un grado de responsabilidad a las entidades en mención, ya que de haber cumplido sus obligaciones a cabalidad, la contaminación ejercida por los vecinos de la demandante pudo haber cesado mucho antes de lo que cesó en la realidad, en inclusive mucho antes de la presentación de la demanda.

Razones por las cuales es claro que, si bien el daño acaecido en este caso se produjo causalmente en gran medida por la acción de terceros (vecinos de la demandante), también es cierto que la omisión de las entidades demandadas al cumplimiento de sus obligaciones legales contribuyó a que dichas actividades ilícitas siguieran ocurriendo sin obstáculos, obstáculos que legalmente debieron haberse presentado (medidas policivas, sanciones), y por eso tanto una cosa (acción de terceros) como la otra (omisiones de las demandadas) contribuyeron significativamente a la producción del daño (contaminación continuada).

Eso sí, es pertinente aclarar que, en el caso de las entidades demandadas, la contribución que hayan hecho a la producción del daño y por lo tanto la responsabilidad que tengan, debe entenderse desde el momento en que omitieron cumplir con sus deberes, diferente de lo que sería la responsabilidad de los terceros, quienes obviamente contribuyeron a la producción del daño desde el principio de los hechos.

Bajo ese entendido, es claro que la omisión de las entidades a sus correspondientes obligaciones solo puede entenderse configurada desde que tuvieron o debieron tener conocimiento de las actividades irregulares de los vecinos de la demandante (conexión artesanal y vertimiento de desechos en la canal de alcantarillado pública sin

terminar/no funcional), que son las acciones que debieron haber intentado hacer cesar con el ejercicio de sus funciones, y cuya comisión debieron sancionar.

En el caso del Municipio de Palmira, como ya se mencionó previamente, según lo probado en el expediente, este tuvo conocimiento de los hechos materia de la demanda (más específicamente de la contaminación que estaban realizando los vecinos de la demandante) por lo menos desde que la demandante puso dichos hechos en su conocimiento a través de petición radicada el 10 de abril de 2015²⁵, o cuando menos eso fue lo que se pudo aprobar con el material aportado con la demanda.

Por su parte, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca - CVC tuvo conocimiento de la situación del caso por lo menos (pues realmente no obra prueba de la visita mencionada en la demanda) desde el mes de septiembre de 2015, ya que en ese mes se profirió la primigenia (después sería anulada y proferida otra) sentencia de primera instancia²⁶ en el trámite de tutela que la demandante interpuso con base en los mismos hechos de esta causa, trámite dentro del cual la CVC contestó la acción. Además de ello, dicha entidad como autoridad ambiental tenía, de todos modos, la obligación de inspeccionar y vigilar esas conductas de oficio, mucho más si se tiene en cuenta que se practicaron esas irregularidades en las inmediaciones del Zanjón de Rozo, que es una zona protegida ambientalmente por disposición de la misma CVC, según lo menciona la Alcaldía de Palmira en su oficio del 26 de agosto de 2015²⁷:

de alcantarillado a la red en proceso de construcción.
Toda esta problemática se vienen agudizando, debido a la saturación del sistema de alcantarillado en construcción el cual no tiene salida, originando derrame de aguas negras al final del sistema, el cual se encuentra en la área de protección del Zanjón Rozo (Áreas de protección determinadas por la entidad ambiental CVC), perjudicando al predio de su propiedad.
En consecuencia, que se pueda dar a esta problemática, es ordenar

Ahora bien, en la demanda se menciona²⁸ que la construcción del canal de alcantarillado del sector de los hechos de la demanda se inició aproximadamente tres años antes de la presentación de la demanda (11 febrero 2016²⁹), sin embargo ello contradice lo dicho por la misma

²⁵ Archivo No. 02, expediente de primera instancia digitalizado. Fls.10-11

²⁶ Archivo No. 02, expediente de primera instancia digitalizado. Fls.23-38

²⁷ Archivo No. 02, expediente de primera instancia digitalizado. Fls.16-18

²⁸ Archivo No. 02, expediente de primera instancia digitalizado. Fl. 52

²⁹ Archivo No. 02, expediente de primera instancia digitalizado. Fl. 73

demandante en su petición del 10 de abril de 2015 elevada ante el Municipio de Palmira, en donde afirma que la construcción inició cinco años antes, y de todos modos el Municipio de Palmira en su oficio del 26 de agosto de 2015³⁰ afirmó que la construcción se inició en el año 2008, que es la fecha que probablemente debe tenerse en cuenta dado que es admitida por el municipio.

No obstante, no se tiene tampoco certeza del momento exacto en que las conexiones artesanales al canal y el vertimiento de desechos al mismo empezaron, pues en la demanda no se menciona ni especifica, así como tampoco en algún otro documento allegado al plenario, no obstante, es viable asumir que la situación se presentaba por lo menos tres años antes del 2015, porque en petición del 03 de julio de 2015³¹ la demandante le informó al Director de Vivienda y Servicios Públicos de la Secretaria de Desarrollo y Renovación Urbana del Municipio de Palmira, Ramiro Ramírez Rodríguez que la problemática que sufría su predio venía desde hace tres años o más.

En ese sentido, es viable concluir que las omisiones del Municipio de Palmira en el cumplimiento de sus obligaciones contribuyeron a la producción del daño solo desde que tuvo conocimiento de la situación en el año 2015, mientras que, por parte de la CVC, es viable decir que sus omisiones contribuyeron al mismo daño desde el inicio de la problemática, toda vez que en virtud de sus obligaciones de vigilancia y control medioambiental, y teniendo en cuenta que en el sector de los hechos esta cerca un área protegida ambientalmente (El Zanjón de Roza, como ya se explicó), debió haber realizado inspecciones en dicha zona así como en otras, lo que le hubiera permitido tener conocimiento de la problemática mucho antes de la presentación de la acción de tutela por parte de la demandante, no teniéndose prueba de que en efecto esa entidad hubiera realizado una inspección tal.

Así las cosas, y en virtud de todo lo hasta aquí explicado, para la Sala resulta ecuánime y acertado concluir que la responsabilidad por los hechos de la demanda le corresponde en un 50% a los vecinos de la demandante (terceros no demandados en esta causa), en un 30% a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – CVC, y en un 20% al Municipio de Palmira (en el caso de este solo desde el 10 de abril de 2015 en adelante).

³⁰ Archivo No. 02, expediente de primera instancia digitalizado. Fl. 16

³¹ Archivo No. 02, expediente de primera instancia digitalizado. Fls.12

iv) De los perjuicios sufridos por la parte actora

A esta altura, habiéndose ya encontrado suficientemente probada la reunión de los elementos de la responsabilidad administrativa en el régimen de falla en el servicio (falla, daño y nexo causal), es pertinente pasar a examinar los perjuicios que se hayan causado con el daño acaecido a la parte demandante.

Para tal efecto, se tiene que en la demanda se han solicitado la indemnización de los siguientes perjuicios: a) perjuicios materiales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, y b) perjuicios inmateriales en la modalidad de perjuicios morales. Así las cosas, habrá de analizarse uno a uno la verificación de cada perjuicio.

- **Daño emergente**

Como perjuicio material en la modalidad de daño emergente, la demandante reclama la indemnización de los gastos en los que tuvo que incurrir para mantener el aseo y salubridad de su inmueble ante la contaminación que sufría. Para ello aporta un grupo de facturas de productos de aseo, los cuales asegura tuvo que usar para limpiar y desinfectar su inmueble durante la época de la contaminación.

En la demanda se formuló pretensión por este perjuicio, solicitando un valor de \$326.650 m/cte, sin embargo, las facturas arrimadas al plenario solo suman un total de \$200.400 m/cte.

No obstante, más importante que eso, de las facturas arrimadas solo hay una que tiene signos de pertenecer a un establecimiento como tal, la correspondiente a HOMECENTER, sin embargo no se puede apreciar la fecha de la misma, pero las demás "facturas" no muestran rótulo de ningún establecimiento ni demás elementos establecidos por ley (Art. 617 del Estatuto Tributario³²), sino que simplemente son una especie de

³² "ARTICULO 617. REQUISITOS DE LA FACTURA DE VENTA. <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos:

a. Estar denominada expresamente como factura de venta.
b. Apellidos y nombre o razón y NIT del vendedor o de quien presta el servicio.
c. <Literal modificado por el artículo 64 de la Ley 788 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado.
d. Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta.
e. Fecha de su expedición.
f. Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados.
g. Valor total de la operación.
h. El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura.
i. Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas.
j. <Literal INEXEQUIBLE>

formatos de recibos de caja escuetamente diligenciados, que no dan suficiente fe de haber sido diligenciados por un comercializador de productos, ni de corresponder realmente a soportes documentales de ventas reales.

Ciertamente la única factura que podría dar cuenta de un gasto realmente sufragado es la expedida por **HOMECENTER, pero al no poderse apreciar la fecha de la misma no es posible establecer si fue una compra hecha para la época de los hechos, que es** lo que permitiría inferir que fue un gasto relacionado con la contaminación sufrida.

En ese sentido, es lo procedente concluir que los gastos que se alegan surgieron como perjuicio de daño emergente no tienen suficiente soporte probatorio, y por lo tanto no es posible ordenar la indemnización del mismo.

- **Lucro cesante**

Pasando a otro punto, se tiene que en la demanda se solicitó la indemnización por el perjuicio material de lucro cesante, en la medida que la demandante alega que solía alquilar su predio a terceros para fines de recreo y vacacionales, cosa que afirma no pudo seguir haciendo después de que la situación de contaminación se empezó a presentar.

Para probar que usualmente alquilaba su inmueble a terceros con propósitos recreativos, la demandante aportó seis recibos de caja que a primera vista soportan el haber recibido distintas sumas de dinero de parte de seis personas diferentes por el alquiler del predio de la demandante en seis oportunidades distintas, una en cada uno de los últimos seis meses del año 2015 (julio a diciembre). En la demanda la demandante alegó solo poder allegar pocos recibos porque con el problema de la contaminación se dejó de alquilar significativamente la finca, que antes se alquilaba todos los fines de semana.

Al momento de la expedición de la factura los requisitos de los literales a), b), d) y h), deberán estar previamente impresos a través de medios litográficos, tipográficos o de técnicas industriales de carácter similar. Cuando el contribuyente utilice un sistema de facturación por computador o máquinas registradoras, con la impresión efectuada por tales medios se entienden cumplidos los requisitos de impresión previa. El sistema de facturación deberá numerar en forma consecutiva las facturas y se deberán proveer los medios necesarios para su verificación y auditoría.

PARAGRAFO. En el caso de las Empresas que venden tiquetes de transporte no será obligatorio entregar el original de la factura. Al efecto, será suficiente entregar copia de la misma.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 45 de la Ley 962 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Para el caso de facturación por máquinas registradoras será admisible la utilización de numeración diaria o periódica, siempre y cuando corresponda a un sistema consecutivo que permita individualizar y distinguir de manera inequívoca cada operación facturada, ya sea mediante prefijos numéricos, alfabéticos o alfanuméricos o mecanismos similares."

Pues bien, para la Sala es claro que, más allá de la credibilidad que puedan ofrecer los recibos aportados, ni aun tomándolos en cuenta con pleno valor probatorio esto constituiría prueba de la causación de un perjuicio de lucro cesante, por varios motivos.

Primero, es lo procedente mencionar que, para que se configure el perjuicio de lucro cesante, como consecuencia directa del daño sufrido debe dejarse de recibir una renta o beneficio cierto y seguro, que antes de la producción del daño se recibía de manera constante y fiable³³;

En el caso presente no se evidencia así, ya que si bien la demandante alega que solía alquilar su inmueble frecuentemente, dichos alquileres correspondían a estancias cortas de diferentes personas (tomando hipotéticamente como cierta la versión de la actora) es decir, que la demandante dependía de conseguir arrendatario en cada oportunidad, siendo cuando menos eventual el resultado de dicho ejercicio comercial, pues es claro que no puede asegurarse que cada vez que la demandante quisiera alquilar el inmueble, o cada fin de semana, se iba a encontrar cliente para generar el arrendamiento, de modo tal que el alquiler que se realizara de la finca (aun en el tiempo previo a la contaminación) no puede sino considerarse como un resultado aleatorio o carente de certeza, pues no es posible afirmar que habría un arrendatario dispuesto a tomar el inmueble en cada oportunidad que la demandante lo quisiera alquilar.

Distinto es, por ejemplo, el caso de un contrato de arrendamiento pactado por un periodo largo de tiempo (ej: seis meses, un año), el cual corresponde a un vínculo contractual en virtud del cual sí se podría alegar que iba a haber un ingreso cierto o ganancia constante y segura, ya que no depende del alea de cada fin de semana sino de un compromiso ya pactado previamente para un periodo posterior y prolongado. Si, por ejemplo, sobre el predio de la demandante hubiera existido un contrato de arrendamiento pactado por un periodo largo de tiempo, y en el medio del transcurso de dicho lapso ocurriera la contaminación y como consecuencia de ello el contrato se terminara, allí si podría hablarse de un lucro cesante, pues como consecuencia

³³ "Por su parte, el lucro cesante hace referencia a la ganancia que deja de percibirse, o la expectativa cierta económica de beneficio o provecho que no se realizó como consecuencia del daño." CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION A. Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril dos mil dieciséis (2016). Rad. No.: 25000-23-25-000-2002-00526-01 (1726-08).

directa del daño se perdió una ganancia cierta que se venía devengando.

En cambio, en el caso de la demandante no se puede hablar de un lucro cesante porque no se puede tener seguridad de que los ingresos que se alega iban a venir efectivamente llegaran, ya que eso dependía de un alea, que corresponde a la suerte de conseguir arrendatario para cada estancia corta de tiempo que se quisiera alquilar el inmueble. Más explícitamente, la demandante no puede exigir el lucro cesante en virtud de los fines de semana que supuestamente alquilaba su finca, porque no puede asegurar que cada fin de semana iba a tener sin lugar a dudas un cliente para generar dicho alquiler. De modo que, ante la falta de esa certeza, no se puede configurar el perjuicio de lucro cesante, pues no se tiene certeza del lucro, y en ese sentido no se puede decir que cesa.

Además de eso la demandante, también para este perjuicio, presenta unos recibos de caja que no dan muestra alguna de la participación de una eventual contraparte (en este caso los arrendatarios), ya que no aparecen firmados por los supuestos arrendatarios ni evidencian algún otro signo de su participación, y que perfectamente pudieron haber sido diligenciados unilateralmente sin ser soporte de una transacción real. Razón por la que tampoco a estos recibos se les puede dotar de un mayor grado de credibilidad, y por ende no pueden brindar certeza de los alegados arrendamientos.

Y por último, paradójicamente, si se le otorgara plena credibilidad probatoria a los recibos aportados, ello evidenciaría que la demandante no **tuvo problemas en alquilar la finca en la segunda mitad del año 2015, por lo menos con un alquiler cada mes, por lo que** al contrario eso sería prueba de que no dejó de percibir esos ingresos.

De modo tal que no hay lugar a reconocer indemnización por el perjuicio de lucro cesante, ya que no se configuró. Distinto hubiera sido si la demandante hubiera exigido la indemnización del perjuicio de la pérdida de oportunidad, que de conformidad con la jurisprudencia citada en el acápite de marco normativo quizás se ajusta más a lo experimentado por la actora; sin embargo, dado que el juez contencioso administrativo (en este caso esta Corporación) no tiene la facultad de fallar extra petita ni ultra petita, no es procedente realizar el análisis de la configuración de dicho perjuicio, ni mucho menos ordenar su indemnización, ya que no se pidió en la demanda.

- **Perjuicios morales**

La jurisprudencia contencioso administrativa del Consejo de Estado, ha sido clara en determinar que los perjuicios morales o derivados del daño moral, solamente pueden presumirse en ciertos casos, y para ciertos grupos de personas. Es así como estos perjuicios se presumen en casos³⁴ donde el daño corresponde a la muerte, lesiones personales, privación injusta de la libertad y desaparición forzada, y solo respecto a personas que acrediten determinados grados de parentesco, que no viene al caso rememorar dado que no se trata de ninguno de esos tipos de daño.

En ese sentido, es claro que para el caso de marras los perjuicios morales sufridos no podían entenderse como presumidos, sino que correspondía a la parte actora acreditar suficientemente su existencia.

Bajo esa óptica, la Sala considera que en el presente caso los perjuicios morales no se lograron demostrar inequívocamente más allá de toda duda, además porque realmente la parte demandante presentó poco material probatorio que los acreditara.

También es pertinente mencionar que la suma exigida por tales perjuicios (100 SMLMV) resultaría exagerada para indemnizar unos perjuicios morales eventualmente ocurridos en el presente caso, aunque los mismos se hubiera probado sobradamente, pues una cifra tan alta ha sido reconocida por la jurisprudencia³⁵ solo para indemnizar el perjuicio moral en casos de muerte o lesiones muy graves, y en los grados más cercanos de consanguinidad.

Sin embargo, y a pesar de que no obran en el expediente otros medios de prueba que de manera contundente demuestren un perjuicio moral sufrido por la demandante, según se expuso en el acápite de marco normativo, los perjuicios morales son un tipo de perjuicio que en ciertos casos admite la prueba indiciaria, es decir, que se pueden inferir a través de indicios.

³⁴ Véase, por ejemplo: i) Sentencia del 17 de julio de 1992, radicado No.6750, M.P. Daniel Suárez Hernández; ii) CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A", CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012), radicación No: 11001-03-15-000-2012-01461-00; y iii) CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA PLENA SECCION TERCERA, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251).

³⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA PLENA SECCION TERCERA, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251).

Tráigase de nuevo a colación la jurisprudencia en comentario:

"Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como 'onus prodandi, incumbit actori' y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del C.P.C. Correlativo a la carga del demandante, está asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo 'reus, in excipiendo, fit actor'. A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C.P.C. Cuando se pretende el reconocimiento de perjuicios morales, la parte demandante tiene así el deber mínimo de probar su existencia y esta Corporación ha avalado los indicios como un medio de prueba para su configuración.

(...)

Respecto de la prueba indiciaria Hernando Devis Echandía, haciendo referencia a Gianturco, señaló que: "entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos". El C.P.C. dispone que, para que un hecho pueda considerarse como indicio debe estar debidamente probado en el proceso (artículo 248). De este modo, y siguiendo al tratadista mencionado, para la existencia jurídica del indicio es necesario plena prueba del hecho indicador y que, el hecho probado tenga alguna significación probatoria respecto al hecho que se investiga por existir alguna conexión lógica entre ellos. El análisis para la configuración de un indicio, esto es, el paso entre el hecho indicador y el hecho indicado es una operación que debe realizar el juez en cada caso concreto, de acuerdo con las reglas de la experiencia y siempre que no obre prueba en contrario que lo desvirtúe."³⁶

Así las cosas, es claro que un indicio corresponde a un hecho conocido a partir del cual se infiere otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que se obtiene del primero y en virtud de una operación lógico crítica basa en normas generales de la experiencia o principios científicos, y que para que el indicio exista jurídicamente es necesario que el hecho indicador esté plenamente probado y tenga alguna conexión lógica con el hecho que se pretende probar por indicio, para lo cual en cada caso concreto debe realizarse un análisis de configuración del indicio por parte del juez, de acuerdo con las reglas de la experiencia y siempre que no obre prueba en contrario que lo desvirtúe.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Bogotá D.C., junio treinta (30) de dos mil once (2011). Radicación número: 19001-23-31-000-1997-04001-01 (19836).

En ese sentido, la Sala considera que en el presente caso existe un hecho plenamente probado a partir del cual puede inferirse como indicio el perjuicio moral sufrido por la demandante, y es que en el plenario quedó demostrado, como ya se analizó previamente, que sobre el predio de la demandante ocurrió o se realizó una contaminación con desechos humanos que le generó derrames y olores nauseabundos. De conformidad con las reglas de la experiencia, es claro que para cualquier ser humano e incluso para muchas especies animales resulta repugnante o repelente en gran medida el olor o el aroma que se desprende de los desechos humanos, ya sea sólidos o líquidos, y que, hasta por mero instinto natural, los seres humanos sanos de la mente tienden a rechazar o evitar cualquier contacto o cercanía con desechos humanos, aún los propios, más allá del contacto que se tiene con esos residuos cuando son expulsados del propio cuerpo.

De ese modo, de conformidad con las reglas de la experiencia, que para este caso son muy claras e indiscutibles, resulta obvio que para la demandante no fue en absoluto placentero, y por el contrario fue algo difícil de afrontar para su psiquis, el hecho de que su predio se viera sujeto por un tiempo prolongado a tener que soportar cercanía con desechos humanos y a tener que recibir por el sentido del olfato los aromas que de dichos desechos contaminantes se desprendían, circunstancia que sería estresante y acongojante para cualquier persona en el pleno de sus facultades mentales.

Por lo tanto, resulta claro que en el presente caso el perjuicio moral de la demandante se puede considerar probado por indicio, en la medida que el hecho indicador que lo soporta ha sido suficientemente probado (contaminación del predio de la demandante) y que de ese hecho indicador puede inferirse claramente, de conformidad con las reglas de la experiencia, que la demandante sufrió alguna congoja como consecuencia del mismo.

Ahora, siendo que también corresponde a la Sala fijar el monto de la indemnización que para ese perjuicio corresponda, de conformidad también con las reglas de la experiencia, pero adicionalmente con la jurisprudencia existente en materia de indemnización de perjuicios morales, es prudente concluir que la congoja sufrida por la demandante no es ni siquiera equiparable con el dolor o la tristeza que pueda causar una lesión física, la privación injusta de la libertad, o la desaparición o muerte de un ser querido, sino que, por el contrario, viene a ser un perjuicio moral de una índole más bien leve, que además solo se presentó

por un lapso corto de tiempo, a diferencia de resultados permanentes como lo puede ser una pérdida de capacidad laboral.

Por tal motivo, y tomando en cuenta que, por ejemplo, la jurisprudencia contencioso administrativa (ya citada, sentencia del 28 de agosto de 2014 del Consejo de Estado³⁷) ha dispuesto que a la víctima directa de una lesión que cause una pérdida de capacidad laboral entre el 1% y el 10% le corresponde una indemnización de 10 SMLMV, la Sala considera prudente concluir que el perjuicio moral sufrido por la demandante no debe indemnizarse con un monto mayor a 8 SMLMV, y esa es la indemnización que se ordenará reconocer.

- **Distribución de las condenas según el grado de responsabilidad.**

Ahora bien, dado que, como ya se explicó previamente, el grado de participación en la responsabilidad por los hechos causantes del daño en el presente caso quedó distribuido entre las dos entidades demandadas y terceros, es lo pertinente realizar el ejercicio de distribuir así mismo la condena que se va a realizar.

Como ya se había decantado, la responsabilidad por el daño acaecido a la demandante quedó distribuida de la siguiente manera: 50% en cabeza de los vecinos de la demandante (terceros que no son parte en esta acción), 30% en cabeza de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – CVC, y 20 % en cabeza del Municipio de Palmira.

Así las cosas, la condena de indemnización de los perjuicios morales, 8 SMLMV, ha de ser pagada por las entidades aquí demandadas de la siguiente manera: i) 2.4 SMLMV a cargo de la CVC, y ii) 1.6 SMLMV a cargo de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca. No sobra explicar que los 4 SMLMV restantes estarían a cargo de los terceros (vecinos de la demandante), quienes no son parte en esta causa, pero, con fundamento en el artículo 140 del CPACA debe determinarse la proporción por su influencia en el hecho causal³⁸.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA PLENA SECCION TERCERA, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00731-01 (26251).

³⁸ ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, 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 misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

2. CONCLUSIÓN.

La Sala de decisión revocará la sentencia de primera instancia, al determinar que no se presentó la caducidad del medio de control, para en su lugar acceder parcialmente a las pretensiones, en el sentido de reconocer la indemnización por perjuicios morales, que fue el único perjuicio de los reclamados que se pudo comprobar.

3. CONDENA Y LIQUIDACIÓN DE COSTAS.

La regulación de las costas procesales en el CPACA tiene el siguiente texto:

*“ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, **la sentencia dispondrá** sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

Por su parte el Código General del Proceso en su artículo 365³⁹ señala las reglas a tener en cuenta para imposición de la condena en costas.

La Subsección A del Consejo de Estado⁴⁰, ha precisado respecto de la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, varió constituyéndose en un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo. Al respecto precisó en sentencia del 7 de abril de 2016⁴¹, lo siguiente:

***“Objetivo**, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según*

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.

³⁹ “ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. (...)

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION A - Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS - Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 25000-23-42-000-2014-03987-02(1663-17). Ver sentencias del Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A del 7 de abril de 2016 Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

⁴¹ Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero ponente: William Hernández Gómez.

*las reglas del Código General del Proceso; y **valorativo**, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.*

Así mismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas; que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia"

La anterior cita expone lo que ha denominado el órgano de cierre de la jurisdicción como un criterio objetivo valorativo, es decir, que en cada caso al juez le corresponde examinar la actuación procesal de las partes para establecer la condena en costas a la parte vencida, de modo tal que la Sala acoge este pronunciamiento.

Visto lo anterior, en lo que se refiere al caso concreto y en consideración a que los argumentos de la apelación se acogieron, es procedente la condena en costas a la parte demandada en ambas instancias, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP, y dado que se evidencia la participación de la parte demandada en esta instancia.

4. DECISIÓN.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia **No. 114 del 9 de noviembre de 2020**, proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: En su lugar, **CONDENAR** a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – CVC, a pagar en favor de la demandante AMPARO DÍAZ HERNÁNDEZ, por concepto de indemnización a perjuicios morales,

una suma equivalente a dos punto cuatro (2.4) SMLMV, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. Así mismo, **CONDENAR** al Municipio de Palmira (Valle), a pagar en favor de la demandante AMPARO DÍAZ HERNÁNDEZ, por concepto de indemnización a perjuicios morales, una suma equivalente a uno punto seis (1.6) SMLMV, también de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído

TERCERO: CONDENAR en costas en ambas instancias a las entidades demandadas.

En firme la presente decisión, vuelva el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Providencia discutida y aprobada en Sala de decisión de la fecha. Acta No. 27.

LOS MAGISTRADOS,

EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS
(firmado electrónicamente)

OSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA
(firmado electrónicamente)

Salvamento parcial de voto
OMAR EDGAR BORJA SOTO
(firmado electrónicamente)