

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

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

MAGISTRADA PONENTE: PAOLA ANDREA GARTNER HENAO

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
EXPEDIENTE:	76001-33-33-005-2017-00129-01
DEMANDANTE:	SIMON GAITAN DONOSO Y OTROS asociaciondhnomadesc.2013@gmail.com
DEMANDADOS:	DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA njudiciales@valledelcauca.gov.co MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI asociaciondhnomadesc.2013@gmail.com CORPORACION AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA – CVC notificacionesjudiciales@cvc.gov.co EMCALI E.I.C.E. E.S.P. notificaciones@emcali.com.co FONDO DE ADAPTACION notificacionesjudiciales@fondoadaptacion.gov.co
LLAMADOS EN GARANTIA	ALLIANZ SEGUROS notificaciones@londonouribeabogados.com LA PREVISORA jromeroe@live.com ; firmadeabogadosjr@gmail.com
ASUNTO:	APELACIÓN DE SENTENCIA
DECISIÓN:	CONFIRMA SENTENCIA QUE NIEGA

Sentencia de Segunda Instancia nro. 289

1. Objeto de la decisión

Se procede a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante en contra de la sentencia nro. 39 del 29 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

2. Antecedentes.

2.1. Demanda y pretensiones

Los señores Jacqueline Gaitán Cárdenas, Katherine Gaitán Cárdenas y Simón Gaitán Donoso, interponen demanda de reparación directa en contra del Departamento del Valle del Cauca, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca -CVC, EMCALI EICE E.S.P., el Fondo de Adaptación, el municipio de Santiago de Cali; y en calidad de llamados en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguros y Allianz Seguros.

Los demandantes solicitan que se declare administrativamente y extracontractualmente responsables a las entidades demandadas por los perjuicios materiales y morales causados como consecuencia de la demolición de la vivienda del señor Simón Gaitán Donoso, así:

- Lucro Cesante Consolidado: el valor de \$101.179.422, correspondiente al valor del inmueble y los gastos generales.
- Lucro Cesante futuro: la suma \$ 7.790.000, correspondiente a los pagos de cánones de arrendamiento.
- Daño a la vida de Relación: el equivalente a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en favor de cada una de las siguientes personas: Simón Gaitán Donoso, Jackeline Gaitán Cárdenas, Katherine Gaitán Cárdenas.
- Daño Constitucional y convencional: El equivalente a veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por los derechos a la vida digna, trabajo digno, vivienda digna y a la familia.

Que se aplique la indexación teniendo en cuenta el IPC que expide el DANE, y que se pague a cada uno de los demandantes los intereses comerciales que indica en artículo 1653 del C.C., desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y transcurridos los 6 meses de mora. Finalmente solicita que se condene en costas y agencia en derecho a las entidades demandadas.

3. Hechos

Que el señor Simón Gaitán Donoso tenía una vivienda que adquirió desde el año 1994 mediante compraventa de mejoras y derecho de posesión celebrado con el señor Fabio Antonio Cárdenas Herrera.

Que el 5 de julio de 2001, mediante escritura pública número 1963 presentó para su protocolización y archivo declaración juramentada donde manifestó que hacía 35 años tiene posesión quieta, pacífica e ininterrumpida sobre un lote de terreno con medidas de 5 metros de frente por 65 metros de fondo, ubicado en la calle 81 #2bis 29 con los siguientes linderos: Norte: con el predio que es o fue de Hernán Guerra; Sur: con el predio que es o fue de Francisca Gaitán; Oriente: con el río Cauca; Occidente: con la calle 81.

Que en dicho lote construyó un área total de 80 metros cuadrados así: una casa de habitación construida en paredes de bareque, techo en eternit y zinc, pisos en cemento, dos piezas, sala-comedor, cocina, lavadero, patio, garaje, antejardín, servicios sanitarios, tres puertas, una puerta garaje, agua, energía, servicio de recolección de basuras. Además, construyó cuatro cocheras en ladrillo, con techo en Eternit y zinc, para la cría de cerdos, con capacidad para 25 animales, así mismo el predio contaba con plataneras y árboles frutales como aguacate, pizano y ciruelo, cuyos frutos eran aprovechados en el consumo para su hogar.

Que de acuerdo con la información consignada en la matriz EDAN (Evaluación de daños y análisis de necesidades) el municipio de Santiago de Cali registraba tres (3) eventos por inundación: el 25 de noviembre de 2010, el 22 de abril de 2011 y el 8 de mayo de 2011, los cuales coinciden con el periodo de afectación del fenómeno de la niña.

Que mediante el Decreto 4819 de 2010, el Gobierno Nacional creó el Fondo de Adaptación, con personería jurídica y autonomía presupuestal y financiera adscrita al Ministerio de

Hacienda y Crédito Público, y su objeto principal es la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por la ola invernal – fenómeno de la niña.

Que en diciembre de 2011, la Gobernación del Valle del Cauca y la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC) postularon ante el Fondo de Adaptación el “Plan Jarillón del Rio Cauca y Obras Complementarias -PJAOC”, hoy Plan Jarillón de Cali, siendo seleccionado el 2 de febrero de 2012; el plan involucra recuperar la estructura del dique y reasentar a las familias que lo ocupan de manera irregular.

Que el municipio de Cali y el Fondo de Adaptación firmaron el Convenio Marco Interinstitucional No. 076 de 2012, en el que ambos se comprometieron a ejecutar el Plan Jarillón de Agua Blanca y obras complementarias (plan Jarillón). Este proyecto contempló cuatro actores principales (EMCALI, CVC, municipio de Cali, y Operador de Vivienda) que debían trabajar articuladamente.

Que en el Convenio 076 de 2012, en la cláusula quinta se mencionan las obligaciones, y en el numeral 4° de dicha cláusula establece las obligaciones de la Alcaldía; estima que ésta se compromete a identificar los beneficiarios de asentamientos por alto riesgo no mitigable en la zona del PJAOC, a partir de los resultados de los estudios y adelantar el acompañamiento social de la comunidad.

Que iniciado el proceso de conceptualización del Plan Jarillón, en la cláusula duodécima del Convenio, se pacta que es necesario iniciar el proceso de reasentamiento de vivienda en alto riesgo no mitigable, de acuerdo con los estudios pertinentes, para lo cual el municipio debía adelantar la gestión social requerida (incluida la verificación de la población beneficiaria) y el fondo en coordinación con las autoridades locales, iniciaría el proceso de identificación y generación de oferta de vivienda. Concomitante a ello, el hogar del señor Simón Gaitán Donoso, fue identificado y verificado con el número 225055, pero al momento del censo que se hizo con ocasión de la ola invernal y que luego sirviera de sustento para hacer la verificación del Plan Jarillón, el señor Simón Gaitán Donoso, no se encontraba en su hogar, de tal suerte que a quienes censaron fue a sus hijos Diego Fernando Gaitán Cárdenas, Jackeline Gaitán Cárdenas y Katherine Gaitán Cárdenas, junto con su nieta Kimberly Dayana Bedoya Gaitán y su yerno Carlos Adolfo Bedoya, dejando por fuera de ese hogar al señor Simón Gaitán Donoso.

Que con el fin de corregir el error en el censo, el demandante presentó varios derechos de petición verbales en la Oficina del Plan Jarillón y en respuesta le pidieron que hiciera una declaración extra procesal, renunciando al Plan Jarillón y la desvinculación del hogar donde fue censado como beneficiario. En ese orden, el señor Simón Gaitán Donoso se dirigió a la Notaria Dieciséis y por medio de declaración extraprocesal, hizo la renuncia recomendada. Pero su problema no fue resuelto por el Plan Jarillón, ya que al momento de resolver la declaración recibida el 12 de febrero de 2014, no fue aceptada. Debido a esto, el señor Simón Gaitán Donoso presentó acción de tutela contra el Plan Jarillón; la decisión de esta acción fue proferida por el Juez Veintiséis Civil de Oralidad en sentencia 134 del 10 de agosto de 2016, en la que ordenó no aceptar la renuncia como beneficiario de la señora Salvadora, en aras de protegerle los derechos a la igualdad y a la vivienda digna; sin embargo, esta sentencia no resolvió el problema de fondo del señor Donoso, pues su vivienda es la ubicada en la ficha de verificación 225055, que correspondía a la dirección calle 81 # 2bis-29.

Que el 17 de febrero de 2015 a las 8:00 a.m., la familia del señor Simón Gaitán Donoso, es decir su hija Katherine Gaitán Cárdenas en estado de embarazo, su hijo menor Diego Fernando Gaitán Cárdenas, su nieta Kimberly Dayana Bedoya Gaitán (menor de 5 años) y su yerno Carlos Adolfo Bedoya, amanecieron rodeados de un dispositivo de muchos uniformados de la Policía entre los que se encontraban, el Escuadrón Móvil Antidisturbios – ESMAD, efectivos de la Policía Metropolitana, el grupo de Operaciones Especiales de la Policía GOES, la Sijín, la Dirección de Carabineros y agentes de civil de organismos de seguridad del Estado sin identificar y otros funcionarios públicos, siendo la Inspectora Urbana de Policía la señora Patricia Inés Corina Rojas la que les manifiesta que deben entregar el predio sobre el que tiene su hábitat y que va a dar la orden de proceder. La Inspectora ordenó levantar el acta e iniciar el proceso para tumbar la vivienda de la familia de Simón Gaitán Donoso quedando a la intemperie con su hijo menor de edad.

Que pasado un mes de la demolición del hogar y debido a la desprotección en la que se encontraba Simón Gaitán Donoso y su hijo, decidió enviar a su hijo donde una de sus hermanas en el barrio Llano Verde, pero infortunadamente su hijo por las fronteras invisibles perdió la vida.

Que desde el 25 de enero de 2017 hasta el 5 de marzo de 2017, el señor Simón Gaitán Donoso estuvo habitando en un cambuche improvisado que armó donde antes era su vivienda, pero luego tuvo que destruirlo y continuar pagando arriendo.

Que los accionantes han sufrido un daño antijurídico que no están obligados a soportar y que les ha ocasionado perjuicios morales, a la salud, y a la vida de relación por la tristeza, acongojo, aflicción etc., al igual que sufrieron perjuicios materiales, no sólo con ocasión de la demolición de su vivienda, sino también los derivados de la pérdida de un miembro de la familia, como consecuencia de la violación del procedimiento establecido en el decreto 411.0.20.0480 del 29 de agosto de 2016 y desconociendo sus derechos de indemnización o reubicación del señor Simón Gaitán Donoso.

4. Fundamentos de derecho y concepto de la violación

El apoderado de la parte demandante invoca como normas violadas:

- Constitución Política: artículos 2 y 90.
- Ley 1437 de 2011.
- Artículo 16 de la ley 446 de 1998.
- Código Civil artículo 2351 y siguientes.
- Convención Interamericana de derechos, artículos 10, 17, 21, 24, 26.

Como concepto de violación, el apoderado judicial de la actora señala que el fundamento jurídico de la responsabilidad de las entidades demandadas radica en la falla del servicio, que según la jurisprudencia puede originarse en la no prestación del servicio público o en su deficiente, tardía o desviada prestación y puede localizarse en cualquier órgano de la administración pública y su estructuración se origina como consecuencia de una acción o una omisión que cause un daño.

Hace un análisis del fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado conforme al artículo 90 de la Constitución política y menciona sentencias del Consejo de Estado que tratan sobre falla del servicio. Indica que la falla del Servicio ocasionada por las entidades demandadas genera una responsabilidad patrimonial del Estado; en este

sentido, el daño material que los demandantes sufrieron por la depreciación de su casa, debe ser reparado por las entidades demandadas, toda vez que al haberse utilizado inadecuadamente la casa de propiedad de los demandantes, durante la ejecución de una obra a favor de la nación, quienes además actuaron con la supervisión técnica y jurídica de la obra, le ocasionaron un perjuicio a los demandantes, y por esto es claro que resulta imputable el daño antijurídico sufrido, más aún, cuando no se alegó, ni demostró la existencia de una causa extraña.

5. Contestación de la demanda

5.1. El Departamento del Valle del Cauca¹, se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que no le corresponde pronunciarse frente a este medio de control, sino al municipio de Cali, la CVC, EMCALI y el Fondo de Adaptación. Agregó que, los perjuicios causados con la demolición de la vivienda donde residían los demandantes y con los cuales se pretende obtener indemnización ocurrida el 17 de febrero de 2015, donde resultó afectado el señor Simón Gaitán Donoso y otros, no puede atribuírsele al Departamento con las pruebas documentales aportadas.

No existe violación alguna, toda vez que de la lectura del Convenio Marco Interadministrativo No. 076 del 24 de agosto de 2012, entre el Fondo de Adaptación y el municipio de Cali, se evidencia claramente que el llamado a ejecutar y cumplir con las obligaciones consagradas en dicho convenio es el municipio de Santiago de Cali.

Si bien es cierto, la postulación del proyecto ante el Fondo de Adaptación estuvo a cargo del Departamento del Valle del Cauca en conjunto con la CVC, al aceptarse el mismo, éste debía ejecutarse por parte del municipio de Cali, como se desprende del Convenio 076 de 2012, en el que no se señala obligación alguna a cargo del Departamento; además, el desalojo y posterior demolición de la vivienda de los demandantes no se hizo por parte de la Gobernación del Valle, ni por sus miembros.

Presentó la excepción que denomino falta de legitimación en la causa por pasiva.

4.2. La Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – CVC², se opuso a todas las pretensiones formuladas en la demanda, porque en virtud del Convenio Marco No 76 de 2012, suscrito entre la Alcaldía de Cali y el Fondo de Adaptación, el encargado de desarrollar los planes de acompañamiento e identificación de los asentamientos en riesgos dentro de la zona del plan Jarillón es el municipio de Cali y en él recae la responsabilidad y no sobre la CVC, ya que ésta carece de legitimación en la causa por pasiva para soportar la carga pretendida por el demandante en este proceso.

En virtud del Convenio Marco 001 de 2015, no es atribuible responsabilidad alguna a la CVC, pues dentro de las obligaciones se estableció que es el municipio de Cali y el Fondo de Adaptación los encargados de desarrollar el componente de reducción de la vulnerabilidad física y social respecto a las amenazas por inundación.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

¹ (AD 03 del expediente electrónico de one drive)

² (AD 04 del expediente electrónico de one drive)

4.3. Las Empresa Municipales de Cali EMCALI EICE ESP³, se opuso a las pretensiones de la demanda porque no ha vulnerado ningún derecho de los accionantes; su participación en el Convenio 76 de 2012, estuvo limitado al reforzamiento de las plantas de tratamiento de agua potable para garantizar la disponibilidad de suministro a la ciudad de Cali, sin existir alguna participación en los hechos que narra el demandante, pues por su carencia de competencia funcional de policía, de vivienda, de prevención de desastres o cualquier otro actuar que haya ocasionado algún perjuicio a los demandantes, y ante la inexistencia de un nexo causal, EMCALI debe ser desvinculada del proceso.

Presentó las líneas de acción de las entidades que intervinieron en el convenio y menciona que a EMCALI le correspondía la protección y reducción de la vulnerabilidad en la infraestructura de servicios públicos y la recuperación hidráulica del sistema de drenaje y regulación del oriente de Cali.

Que la entidad competente para atender el tema de reasentamientos es la Alcaldía Municipal, en el entendido que la protección del espacio público a nivel municipal radica en cabeza del alcalde, quien debe adelantar cualquier acción en zonas comprendidas del proyecto Jarillón del río Cauca, garantizando los derechos de la comunidad, acompañada de las Secretarías de Gobierno y Vivienda.

Formuló las excepciones de: inexistencia de nexo causal, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de responsabilidad de EMCALI para indemnizar, cobro de lo no debido, innominada.

4.4. El Fondo de Adaptación⁴, se opuso a las pretensiones de la demanda porque los hechos por los cuales se demanda no comprometen la responsabilidad del Fondo de Adaptación, en tanto el proceso de verificación del techo 225055 referido por el demandante (vivienda calle 81 #2bis 29), así como la posterior actuación de demolición de vivienda llevada a cabo el 17 de febrero de 2015 (Plan de Reasentamiento del Plan Jarillón de Cali) y la verificación respecto a si el señor Simón Gaitán Donoso, debe ser incluido como beneficiario del Plan Jarillón de Cali en el techo antes referido, son ajenos a la competencia del Fondo de Adaptación y no existe relación de causalidad entre la culpa que se pretende endilgar al Fondo de Adaptación y el pretendido daño.

Hace un análisis de los diferentes convenios firmados entre el Fondo de Adaptación y el municipio de Cali y las obligaciones, competencias y responsabilidades contraídas por cada uno. Aclaró, frente al hecho tercero de la demanda, que el señor Simón Gaitán Donoso inicialmente se encontraba censado y verificado por los funcionarios del Plan Jarillón del Municipio en el núcleo de la señora María Salvadora Ramírez, de acuerdo al pronunciamiento realizado por la Gerencia del Plan Jarillón de Cali del Fondo de Adaptación, Fundación para el Desarrollo Integral Pacifico -FDI PACIFICO.

Advierte que la cuestión litigiosa que pretende reclamar la condena al pago de los perjuicios materiales y morales que se dice, fueron irrogados al demandante, no precisa las circunstancias de modo que dieron origen y, menos aún se explica, siquiera de manera tangencial, cuál es el nexo causal en que se ampara el demandante para atribuir las consecuencias de dichos hechos a una falla del servicio que origine la responsabilidad del Estado que ahora reclama, más aún, cuando está probado que al hogar censado y verificado (personas integrantes del hogar) en el techo 225055 así como del techo 225057,

³ (AD 05 del expediente electrónico de one drive)

⁴ (AD 06 del expediente electrónico de one drive)

se les garantizaron sus derechos, a tal punto que, para la fecha de la demolición, el primer techo fue reubicado en la nueva vivienda que se les entregó como lo contempla el plan Jarillón de Cali y el techo 225057-2 como se dijo con antelación al señor Simón Gaitán lo citaron para el día 25 de octubre de 2017, para hacerle entrega de la Vivienda de Interés Prioritario – VIP, la cual no quiso recibir.

Esta situación evidencia la configuración de la causal eximente de responsabilidad del Estado de causa extraña, en tanto la situación que se encuentra el señor Simón Gaitán Donoso con base en la que promueve esta demanda tuvo como causa eficiente y determinante una situación exclusivamente atribuible a su propio obrar, o en su defecto, al de las personas que integraban su hogar (techo 225055), quienes según la demanda, por razones que se desconocen y que no son probadas, habrían suministrado información errada al momento de realizar la verificación del techo en donde habitaban.

Reitera que las supuestas acciones generadoras de los presuntos perjuicios causados al demandante, fueron ejecutadas por el municipio de Santiago de Cali, conforme a las obligaciones y responsabilidades adquiridas por los diferentes convenios interadministrativos suscritos y lo dispuesto en las leyes⁵, por lo que frente al Fondo de Adaptación, no existe ningún nexo causal entre el daño cuya reparación directa se demanda y su obrar en ejercicio de sus competencias funcionales.

Solicita que se declare que el Fondo de Adaptación no es responsable del daño que se pretende y en consecuencia se absuelva de toda responsabilidad; en caso de prosperar alguna de las pretensiones de la demanda, solicita que conforme a las cláusulas 14 y 15 del Convenio Interadministrativo de Cooperación 076 de 2012, referidas a la “Indemnidad” e “Inexistencia De Solidaridad”, así como la indemnidad que también se pactó en beneficio del Fondo de Adaptación en la cláusula 11 del Convenio Marco Interadministrativo de Cooperación y Apoyo Financiero No 001 de 2015, se condene al municipio de Santiago de Cali.

Propuso las excepciones de: falta de legitimidad material en la causa por pasiva, inepta demanda por indebida escogencia de la acción, caducidad de la acción, ausencia de responsabilidad del Fondo de Adaptación, inexistencia de daño imputable al Estado a título de falla del servicio, causa extraña – hecho exclusivo de la víctima, genérica.

4.5. El municipio de Santiago de Cali⁶, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por considerar que el resultado dañoso se genera por la presencia del hecho exclusivo de un tercero, que rompe el nexo causal que el accionante endilga a la presunta falla, pues sin lugar a dudas la causa eficiente del resultado no es más que el actuar imprudente o culposo de éste, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a la que debía estar sujeto, más no, por falla en el servicio de entidad pública alguna, por lo tanto, al municipio de Cali no le asiste responsabilidad administrativa alguna.

Además, se debe tener de presente que el objetivo y finalidad del Proyecto Plan Jarillón de Cali es “Mitigar el riesgo de las personas que habitan en la zona de alto riesgo no mitigable” dando cumplimiento a las sentencias No. 151 de 2011, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Cali y No. 114 del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca dentro de la acción popular, donde se ordena la recuperación de la zona

⁵ Ley 9 de 1989, 2 de 1991 y 388 de 1997, y Decreto 1424 de 1989 que reglamenta el artículo 56 de la Ley 9 de 1989

⁶ (AD 07 del expediente electrónico de one drive)

del Jarillón del río Cauca en toda su extensión, providencias en donde se reconoció la prevalencia del interés general sobre el particular.

Los demandantes con su actuar, al ocupar irregularmente predios del municipio que por su naturaleza son de uso público, e igualmente zona declarada de alto riesgo no mitigable por inundación fluvial y pluvial “zona de aislamiento del margen izquierdo del río Cauca, donde no puede existir ningún tipo de construcción ni uso para vivienda”; nunca tuvieron que soportar ninguna carga que pueda ser objeto de reparación directa.

Por último, agregó que, el proceso que surtió el municipio de Cali a instancias de la inspección de Policía, fue el correcto, mismo que se hizo en los términos ordenados en las dos decisiones judiciales de la acción popular que da origen al Proyecto Plan Jarillón, aunado a que los accionantes no demostraron la certeza del daño (es decir que el mismo sea cierto, verdadero e incuestionable), requisito que es exigible para que sea indemnizable.

Presentó las excepciones de, cobro de lo no debido, carencia de acción, falta de legitimación en la causa por pasiva, innominada.

4.6. La llamada en garantía Allianz Seguros S.A.⁷, se opuso a las declaraciones, pretensiones y condenas en contra de Allianz Seguros S.A y a EMCALI por la inexistencia de falta o falla en la administración del servicio toda vez que, a EMCALI en el convenio pactado sólo le correspondía el reforzamiento de las plantas de tratamiento de agua potable, para garantizar el suministro a la ciudad de Cali.

Los demandantes no logran probar ni el daño ocasionado, ni los perjuicios derivados de ese presunto daño, como es que, no aporta prueba del pago de los cánones de arrendamiento que aduce tuvo, ni contratos de arrendamiento. Solicita que el demandante sea condenado en costas y agencia en derecho a favor de Allianz Seguros.

Propuso como excepciones: caducidad, inexistencia de cobertura, inexistencia de la obligación de indemnizar por parte de Allianz ante la ausencia de realización de un riesgo asegurado al configurarse una exclusión contractual, falta de legitimación en la causa por pasiva de EMCALI, cobro de lo no debido, Compensación de culpas y neutralización de presunciones, límite de amparos y coberturas, deducible pactado, coaseguro cedido, agotamiento o disminución del valor asegurado, innominada y prescripción.

4.7. La llamada en garantía compañía de seguros Previsora S.A.⁸, se opuso a las pretensiones de la demanda, porque carecen de fundamento fáctico y jurídico que hagan viable su prosperidad, pues no existe prueba de que se estructure la responsabilidad que pretende endilgarse a EMCALI; no se demuestra nexo causal.

No se puede imputar responsabilidad por los hechos que se exponen en la demanda, toda vez que los motivos aducidos como falla del servicio no pueden serle atribuidos, debido a la ausencia del nexo causal entre la presunta acción u omisión de la entidad prestadora de servicios públicos y los presuntos daños irrogados a los demandantes; por lo tanto no existe título de responsabilidad imputable a la Previsora S.A.

⁷ (AD 09 del expediente electrónico de one drive)

⁸ (AD 10 del expediente electrónico de one drive)

Sobre la ocurrencia de los presuntos hechos donde el señor Simón Gaitán Donoso, presuntamente es desalojado de su vivienda por la ejecución del Proyecto “Plan Jarillón Río Cauca y obras complementarias en el municipio de Santiago de Cali- Pjaoc”, en el convenio pactado, sólo le correspondía a EMCALI el reforzamiento de las plantas de tratamiento de agua potable, para garantizar el suministro a la ciudad de Cali.

La carga de la prueba corresponde a quien alega el hecho, quien debe probar que se reúnen los requisitos que conforman el vínculo jurídico esto es, el hecho, la culpa o dolo, el daño o perjuicio y la imprescindible relación de causalidad entre el primero y el último, elementos brillan por su ausencia, toda vez que los accionantes no presentan material probatorio que permita siquiera suponer un actuar culposo del ente demandado y mucho menos la existencia de un daño o un perjuicio cierto.

Se opuso al llamamiento en garantía efectuado por EMCALI, por la inexistencia de cobertura, la aplicación del porcentaje de participación en la indemnización derivada del contrato de coaseguro, las condiciones, amparos, límites y exclusiones de la póliza, la inexistencia de la obligación de indemnizar intereses o sanciones moratorias, aplicación de deducible pactado para los amparos contratados, carencia de solidaridad entre la Previsora y EMCALI, prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Propuso como excepciones: inexistencia de relación de causalidad entre el daño o perjuicio causado, ilegitimidad de la causa por pasiva para EMCALI, incumplimiento de la carga de la prueba de los demandantes, enriquecimiento sin justa causa, las meras expectativas no son indemnizables, falta de juramento estimatorio, inexistencia del daño, carencia de prueba de supuesto perjuicio e innominada, inexistencia de amparo, coaseguro e inexistencia de solidaridad, deducibles pactado en la póliza de responsabilidad civil extracontractual, límites máximos de responsabilidad, exclusiones de la póliza y genéricas.

6. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia nro. 39 del 29 de junio de 2022, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por el Fondo de Adaptación, EMCALI EICE ESP, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca CVC, Departamento del Valle del Cauca y las llamadas en Garantía Allianz Seguros S.A y la Previsora Seguros S.A, de conformidad con lo expuesto en el proveído.

SEGUNDO: DESVINCULAR de la presente demanda al Fondo de Adaptación, EMCALI EICE ESP, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca CVC, Departamento del Valle del Cauca y las llamadas en Garantía Allianz Seguros S.A y la Previsora Seguros S.A.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: CONDENAR al pago de costas y agencias en derecho, a la parte demandante de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Indicó que el municipio de Cali, actuó en el marco de sus competencias constitucionales y legales al ordenar el desalojo del área de riesgo no mitigable, para evitar los riesgos tanto a las personas que habitaban en dicha zona y a la ciudadanía en general. Ahora bien, este deber legal y constitucional, lleva consigo el correlativo deber de los ciudadanos de

soportar las consecuencias negativas que pueda acarrear la protección de la integridad del espacio público y más aún si el predio fue ocupado en una zona de alto riesgo de inundaciones, como lo que ocurrió en el presente asunto.

Afirmó que los demandantes en este caso, desplegaron una conducta antijurídica previa, que consiste en un aprovechamiento ilegítimo, en beneficio propio, de un bien que se encuentra afectando al interés general y a un uso colectivo.

7. Recurso de apelación⁹

La parte demandante dentro del término oportuno presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, basando sus argumentos en leyes y jurisprudencia de la Corte Constitucional, manifiesta que contrario a la inmediata reubicación de los demandantes, las entidades públicas demandadas generaron una confianza legítima a los moradores de dichos predios, esto es con la instalación de servicios públicos de agua, energía, telefonía, internet y otros como se probó con los recibos de servicios públicos presentados con la demanda; no tiene en cuenta el señor juez de primera instancia que la Corte Suprema de justicia ha sido reiterativa con el concepto de confianza legítima.

Indica que el señor Simón Gaitán Donoso tenía una mejora que fue comprada según contrato de compraventa del 22 de junio de 1994, lo que prueba indudablemente que la posesión del señor SIMÓN GAITÁN DONOSO fue quieta, pública, pacífica e ininterrumpida a la luz de la conducta permisiva de las entidades administrativas, situación que pasó por alto el juzgador de primera instancia. Y luego se equivoca en la sentencia el señor juez al decir que, conforme al proyecto del Plan Jarillón del Río Cauca, se ordenó el desalojo, demolición y reubicación de las personas asentadas en las zonas de alto riesgo no mitigable.

A partir de la apreciación, el señor juez ahonda su análisis en el procedimiento del proyecto Plan Jarillón en relación a la familia del demandante. Y deja por fuera del análisis probatorio y su respectivo valor, al cúmulo pruebas presentados por la parte demandante. Tanto es así que manifiesta el señor juez en la sentencia (pág. 40 inc 6to) que de acuerdo a las fichas sociodemográficas se evidenció como están conformados los hogares de los demandantes. Pero soslayó el señor juez que el daño que se alega en la demanda tiene nexo causal directamente con la demolición de la vivienda, cuyo propietario era el señor SIMÓN GAITÁN DONOSO. Y no con la información entregada para llenar las fichas sociodemográficas que aumentado a los errores en su contenido, y discutidos en la demanda, solo dan cuenta de la conformación de los hogares. Así es que lo que causa el daño no es la información contenida en las fichas sociodemográficas, sino la ejecución de la operación conjunta de la administración municipal, sin agotar el debido proceso. Esto es que mediante un proceso judicial, o administrativo se le permitiera al señor demandante ejercer su derecho de contradicción, frente a la decisión de demoler su vivienda teniendo otros medios legales la administración municipal para hacer este tipo de procedimientos optó por el mayormente lesivo a los intereses de SIMÓN GAITÁN DONOSO, como lo fue la demolición de su vivienda y sin reconocimiento a ningún derecho lo condenó a padecer en un cambuche durante muchas noches, hasta que de ahí también lo desalojó.

⁹ Folios 614 al 629 del cuaderno # 3

Ahora bien, el señor juez le atribuye responsabilidad a la señora KATHERINE GAITÁN DONOSO que fue quien suministró la información y respondió a esa encuesta y no incluyó al demandante; lo que ratifica nuevamente que el señor juez solo ha puesto su mirada en la conformación de los hogares.

Afirma que el señor juez no se pronuncia frente a las pruebas que obran en el expediente, referidas a peticiones dirigidas al Proyecto Plan Jarillón, a fin de corregir errores, sin encontrar respuestas favorables. El juez de primera instancia hace una valoración sobre la legalidad del inmueble en ese terreno. Y aduce que se trata de un terreno de uso público y que el Estado tiene el deber constitucional de velar por la protección de la integridad del espacio público de conformidad con la Constitución Política, en su artículo 82.

8. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Se allegó pronunciamiento frente al recurso de apelación por parte de Allianz Seguros S.A.¹⁰, quien se refirió a la caducidad de la acción, al contrato de seguro, a la inexistencia de responsabilidad, a los presuntos perjuicios reclamados en la demanda, y a la concausalidad.

Las demás entidades demandadas, la llamada en garantía y el ministerio publico guardaron silencio.

9. Consideraciones

a. Competencia

Según lo establece el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, este Tribunal Administrativo es competente para conocer de la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Oral del Circuito de Cali.

b. Problema jurídico

La Sala debe establecer, con fundamento en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, si se debe revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar la responsabilidad de las entidades demandadas, ello con ocasión del desalojo y demolición de la vivienda de los demandantes ocurrida el 17 de febrero de 2015, por la implementación del proyecto Plan Jarillón del Rio Cauca.

c. Tesis de la Sala

Se confirmará la sentencia de primera instancia, al considerar que en el presente caso no se lograron acreditar los presupuestos de la falla en el servicio de las entidades demandadas, no se demostró el daño antijurídico ni la imputabilidad en contra de la administración.

d. Marco normativo y jurisprudencial

- Del régimen de responsabilidad del Estado:

¹⁰ Índice 00018 Samai

La responsabilidad del Estado en Colombia tuvo sus inicios en providencia de la Corte Suprema de Justicia del año 1896, en donde se determinó que todas las naciones deben protección a sus habitantes, nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan por un perjuicio imputable a sus funcionarios públicos.

El Constituyente de 1991 se encargó de integrar este aspecto de responsabilidad estatal, en el artículo 90 de la Constitución, de la siguiente manera:

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

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

El Consejo de Estado sobre este tópico ha dicho:

“Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución Política, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo.

- Presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado:

Para que se pueda condenar a la Administración por el daño ocasionado, debe cumplirse con lo dispuesto en el artículo 90 constitucional, que señala la necesidad de acreditar dos presupuestos, a saber: i) la existencia de un daño antijurídico; y ii) la imputación de ese daño antijurídico al Estado. El daño antijurídico incorpora dos elementos uno fáctico y otro jurídico¹¹, así:

“El elemento fáctico, consiste en la destrucción o el deterioro que las fuerzas de la naturaleza, actuadas por el hombre, provocan en un objeto apto para satisfacer una necesidad, tal y como ocurre cuando se lesiona, por ejemplo, la relación del hombre con objetos físicos aptos para satisfacer sus necesidades, cuando se lesionan relaciones que el hombre ha trabado con otros hombres y que le son aptas para satisfacer sus necesidades, cuando se lesiona la propia corporeidad o la existencia misma del hombre, útiles como le resultan para satisfacer necesidades propias. En todos, y en cualquiera de estos casos, se habrá causado un daño en el plano fáctico, pero insuficiente per se, para la configuración del daño, en sentido jurídico.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas, Bogotá D.C., 21 de noviembre de 2017. Rad. 27001-23-31-000-2007-00055-01(37313) Actor: Jaime de Jesús Parra Bolívar Demandado: Municipio de Bahía Solano Referencia: Reparación Directa

El segundo elemento, el elemento formal, se verifica en el plano jurídico, sí y solo sí, se acreditan los siguientes supuestos adicionales al elemento material:

- a. Que la lesión, recaiga sobre un interés jurídicamente tutelado;*
- b. Que la lesión tenga consecuencias ciertas, en el patrimonio económico o moral de la víctima;*
- c. Que la lesión no haya sido causada, ni sea jurídicamente atribuible a la propia víctima; y,*
- d. Que no exista un título legal conforme al ordenamiento constitucional, que justifique, que legitime la lesión al interés jurídicamente tutelado (en abstracto), esto es, que la víctima no esté jurídicamente obligada, en las condiciones particulares y concretas en que sufrió la lesión, a soportar sus consecuencias.*

Así las cosas, en orden a la reparación, no basta con la acreditación de la lesión material de un interés en el plano fáctico. Tampoco basta con la demostración de la lesión de un interés jurídicamente protegido, pues en tal caso, se habrá configurado un mero daño evento. Se hace necesario, que el daño produzca efectos personales y ciertos en los intereses jurídicamente tutelados de la víctima; que tal daño no tenga causa, o autoría en la víctima; y que no existe un título legal que conforme al ordenamiento constitucional, legitime la lesión al interés jurídicamente tutelado, esto es, que la víctima no esté obligada a soportar sus consecuencias.

Reunidos los dos elementos, y acreditados los supuestos del elemento jurídico, puede decirse que se encuentra probado el daño antijurídico”.

- Imputabilidad del daño a la Administración:

De la mano con la temática anterior, está la posibilidad de imputar el daño a la administración, entendiendo con ello “la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública respecto al daño padecido, y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad.”¹²

Así las cosas, la imputabilidad del daño antijurídico a cargo de la entidad pública, va de la mano con las circunstancias fácticas de cada caso, las que finalmente terminan por estructurar el título de imputación, por lo que, habrá de estudiarse la responsabilidad patrimonial del Estado en cada caso.

- El título de imputación de la falla en el servicio:

La responsabilidad del Estado en la falla en el servicio y que pueda considerarse verdadera causa de perjuicio, no puede ser cualquier tipo de falta, se debe tener en cuenta “las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio”, la conducta de la administración puede considerarse como “anormalmente deficiente”¹³.

Es así, que la jurisprudencia trazada por el máximo Tribunal Contencioso Administrativo, se ha pronunciado respecto al tema.¹⁴ La responsabilidad del Estado en el régimen de imputación subjetivo denominado falla del servicio probada, surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos necesarios como:

¹² Ver providencia del 26 de mayo de 2011. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A. Consejero ponente: Hernando Andrade Rincon. Radicación: 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097)

¹³ Consejo de Estado, Sentencia de agosto 4 de 1994. Expediente 8487

¹⁴ Sentencia del Consejo de Estado de fecha 25 de febrero de 1993 cuyos a partes se transcriben: “Pero decir daño antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó. En otras palabras, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falta del servicio en el lenguaje corriente) tendrá que probarse esa irregularidad, salvedad hecha de los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer supuesto de la responsabilidad deberá gobernarse por las normas de la carga probatoria. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración, pero que el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor, como es apenas evidente, deberá demostrar el daño y el por qué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo.

En síntesis, la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla en el servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender”.

- El daño sufrido por el interesado.
- La falla del servicio propiamente dicha, consistente en el mal funcionamiento del servicio porque éste no funcionó cuando debió hacerlo o, lo hizo tardía o equivocadamente.
- La relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Una vez presentes tales elementos, la entidad pública demandada solo podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación fue oportuna, prudente, diligente y con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio o; si logra romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o, hecho también exclusivo y determinante de un tercero.

- **Causales eximentes de responsabilidad:**

Entre ellas tenemos la culpa exclusiva de la víctima, circunstancia que da lugar a que sea imposible imputar jurídicamente responsabilidad al Estado por los daños ocasionados objeto de la controversia judicial.

Recordemos que la Ley 270 de 1996 “Ley estatutaria de la administración de justicia” establece sobre este tema: *ARTICULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.*

Es así, que se debe analizar la conducta de la víctima, con el objetivo de determinar que su actuar fue determinante en la producción del daño, recordemos que existen conductas previas del administrado que pueden serle reprochadas desde la óptica civil, v.gr. el incumplimiento de los deberes propios del ciudadano como el adelantamiento de conductas temerarias contrarias a la buena fe, constitutivas de exposición imprudente al daño alegado, negligentes, contrarias a los reglamentos o con apariencia de ilegalidad, entre muchas otras.

Entonces para la configuración de la culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de la Administración, deberá acreditarse que el comportamiento de la persona afectada (valga decir, su propio hecho), fue decisivo, determinante y exclusivo o único en la producción del daño cuya reparación se solicita.

e. **Pruebas relevantes**

Para efectos de establecer si se estructura la responsabilidad de las entidades demandadas en el presente asunto, obran dentro del plenario las siguientes pruebas relevantes:

PARTE DEMANDANTE (AD 01 Expediente electrónico)
- Contrato de compraventa de mejora del 22 de junio de 1994 (Páginas 26-27) - Escritura pública No 1963 del 6 de julio de 2001- Declaración ante notario sobre construcción (Páginas 28-30) - Diligencia de Restitución y reubicación proyecto: plan Jarillón de Cali- Sector las Vegas (Página 31-35) - Copias de unos recibos de pago por concepto de arriendo (Páginas 36-43) - Recibo de caja menor de fotocopias (Página 45) - Contratos de arrendamiento (Páginas 46-52) - Recibo de servicios públicos de EMCALI (Página 52) - Guía de Servientrega (Páginas 53 -56) - Contrato de prestación de servicios de abogado (Página 57) - Decreto 004819 de 29 de diciembre de 2010 “Por el cual se crea el Fondo de Adaptación” (Páginas 61- 69) - Convenio Marco Interadministrativo No.076 de Cooperación entre el municipio de Santiago de Cali y el Fondo de Adaptación (Páginas 70-76)

DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA (AD03 Expediente electrónico)
- Oficio SADE No. 357692 de fecha 11 de julio de 2018, donde solicita información y antecedentes administrativos (Páginas 15-17). - Oficio No. 1.130.02.-52-357692 del 13 de julio de 2018, respuesta a solicitud de información y antecedentes administrativos (Páginas 18-19) - Reiteración oficio que solicita información y antecedentes administrativos No. 1.140.20-61.1-357693 (Páginas 20-21) - Oficio 1.310.02.15.1-358012 del 13 de julio de 2018, respuesta al Oficio 1.140.20-61.1-357693 (Páginas 22-23). - Resolución 010-61 de 14 de diciembre de 2017: <i>"Por medio de la cual se hace una oferta de compra y se dispone la adquisición directa mediante enajenación voluntaria o expropiación administrativa del predio distinguido catastralmente con el número predial D024800400020 para adelantar la ejecución del proyecto que tiene por objeto "Aunar esfuerzos para los estudios y diseños de construcción de un puente de cuatro carriles sobre el río Cauca en el Corregimiento de Juanchito en el Departamento del Valle del Cauca".</i> (Páginas 26-33). - Oficio 1.320-02-359275 del 19 de julio de 2018- Secretaria de Vivienda y Hábitat, referencia Oficio 1.140.20.-61.1-357696 (Páginas 36-39).

CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA –CVC- (AD04 Expediente electrónico)
- Convenio Marco Interadministrativo de Cooperación y apoyo financiero No.001 celebrado entre el municipio de Santiago de Cali, EMCALI EICE ESP, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y el Fondo de Adaptación. (Páginas 20-38).

EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE ESP (AD05 Expediente electrónico)
- Póliza de responsabilidad Civil extracontractual Allianz Seguros S.A (Páginas 31-60). - Certificado Cámara de comercio de Cali de la Previsora Compañía de Seguros (Páginas 61-78) - Certificado Cámara de comercio de Cali de Allianz Seguros S.A (Páginas 79-87). - Acuerdo No 34 del 15 de enero de 1999 <i>"Por medio del cual se adopta el estatuto orgánico para la empresa industrial y comercial de Cali, EMCALI EICE E.S.P., se modifica el acuerdo 014 de 1996, se dan unas autorizaciones al señor alcalde y se dictan tras disposiciones".</i> (Páginas 88- 99) - Convenio Marco Interadministrativo No 076 de Cooperación entre el municipio de Santiago de Cali y el Fondo de Adaptación. (Páginas 100-106).

FONDO DE ADAPTACION (Carpeta 06.1 Expediente electrónico)
- Informe dirigido al Ingeniero Alfredo Martínez, Subgerente de Gestión del Riesgo N° 4-457-1-0001-GG-673-18-FA del 19 de julio de 2018 (AD06.2) - Convenio Marco Interadministrativo No 076 de Cooperación entre el municipio de Santiago de Cali y el Fondo de Adaptación (AD06.3) - Convenio Marco Interadministrativo de Cooperación y apoyo financiero No.001 celebrado entre el municipio de Santiago de Cali, EMCALI EICE ESP, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y el Fondo de Adaptación. (AD06.4) - Convenio Interadministrativo 005 de 2015 derivado No.1 del Convenio Marco Interadministrativo de Cooperación y apoyo financiero No 001 de 2015, entre la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – CVC y el Fondo de Adaptación. (AD06.5) - Convenio Interadministrativo No 016 de 2017 celebrado entre el Fondo de Adaptación y el municipio de Santiago de Cali. (AD06.6) - Convenio Interadministrativo No 051 de 2013 celebrado entre el Fondo de Adaptación y la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca -CVC. (AD06.7). - Convenio Interadministrativo No 023 de 2016 derivado del Convenio Marco Interadministrativo de Cooperación y apoyo financiero No. 001 de 2015, suscrito entre la Corporación Autónoma regional del Valle del Cauca- CVC- y el Fondo de Adaptación. (AD06.9). - Convenio interadministrativo No 006 de 2017 celebrado entre el Fondo Adaptación y la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca -CVC (AD06.10). - Otrosí No 3 al Convenio Interadministrativo No 006 de 2017 suscrito entre el Fondo Adaptación y la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca -CVC (AD06.11). - Convenio Interadministrativo 015 de 2013 celebrado entre el Fondo de Adaptación y EMCALI E.I.CE. E.S.P (AD06.12). - Convenio Interadministrativo No 025 de 2016 derivado del Convenio Marco Interadministrativo de Cooperación y Apoyo Financiero No. 001 de 2015, suscrito entre Empresas Municipales de Cali E.I.C.E E.S.P., y el Fondo de Adaptación. (AD06.13). - Copia Ficha de verificación sociodemográfica 225055 del 13 de marzo de 2013 (AD06.14). - Copia Ficha de verificación sociodemográfica 225057 del 13 de marzo de 2013 (AD06.15). - Copia Ficha de verificación sociodemográfica 225057-2 del 13 de marzo de 2013 (AD06.16). - Copia declaración extraprocesal 14 febrero de 2014 (AD06.17). - Copia declaración extraprocesal 21 abril de 2018 (AD06.18). - Copia escritura pública 1207 del 1 de abril de 2014 (AD06.19). - Copia Certificado de tradición matricula inmobiliaria No 370-897608 (AD06.20). - Copia escritura pública 0337 del 17 de febrero de 2015 (AD06.21). - Copia Certificado de tradición matricula inmobiliaria No 370-910031 (AD06.22). - Copia escritura pública 1228 del 1 de abril de 2014 (AD06.23). - Copia Certificado de tradición matricula inmobiliaria No 370-896845 (AD06.24). - Copia oficio No. 2355 del 10 de agosto de 2016 (AD06.25). - Oficio asunto: entrega de (1) carpetas para revisión Proyecto Ramalí (AD06.26). - Copia comunicación 4-457-1-001-GG482-16 Alcaldía del 23 de agosto de 2016 (AD06.27). - Informe de visita Plan Jarillón del 21 de octubre de 2016, Objetivo: Supervisión entrega de 11VIP en el proyecto habitacional Ramalí a los hogares provenientes de los AHDl Nueva Ilusión y Sardi de las Lagunas; y Vegas y Venecia del Jarillón (AD06.28). - Decreto 411.0.200480 de agosto 29 de 2016 <i>"Por el cual se establece el procedimiento para la implementación de compensaciones en el proceso de reasentamiento del Plan Jarillón de Cali"</i> (AD06.29). - Decreto No 411.0.20.0522 de septiembre 28 de 2016 <i>"Por el cual se modifica, corrige y adiciona el Decreto No 4110.20.0480 de agosto 29 de 2016 "Por el cual se establece el procedimiento para la implementación de compensaciones en el proceso de reasentamiento del Plan Jarillón de Cali"</i> (AD06.30). - Sentencia No 151 del Juzgado Primero Administrativo de Cali – Acción popular (AD06.31). - Sentencia No 114 del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca – Acción Popular (AD06.32).

MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI (Carpeta 0.7 Expediente electrónico)
- Certificaciones sobre condiciones de riesgo en el Jarillón del Río Cauca y en las Lagunas, el Pondaje y Charco Azul (AD07.1.1). - Certificado VUR matrícula inmobiliaria 370-910031 y 370-8986845 (AD07.1.2 al1.5). - Copia Ficha de verificación sociodemográfica 225055 del 13 de marzo de 2013 y anexos (AD07.1.6). - Copia Ficha de verificación sociodemográfica 225057-2 del 13 de marzo de 2013 y anexos (AD07.1.7). - Copia Ficha de verificación sociodemográfica 225104 del 14 de marzo de 2013 y anexos (AD07.1.8). - Acción de tutela 2016-00992 (AD07.2). - Reporte de registro en la base de datos del Proyecto Plan Jarillón de Cali -Katherine Gaitán Cárdenas 225055-1 (AD07.3). - Reporte de registro en la base de datos del Proyecto Plan Jarillón de Cali -Simón Gaitán Donoso 225057-2 (AD07.4). - Reporte de registro en la base de datos del Proyecto Plan Jarillón de Cali -Jackeline Gaitán Cárdenas 225104-3 (AD07.5).

- Sentencia No 151 del Juzgado Primero Administrativo de Cali – Acción popular (AD07.6).
- Sentencia No 114 del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca – Acción Popular (AD07.7).
- Copia de censo y verificación de la población beneficiaria y proceso realizado con los demandantes (AD 29 del expediente electrónico)
- Copia cuadro Excel de la base de datos maestra del Plan Jarillón de Cali de los beneficiarios verificados por el proyecto. (AD 30.1 del expediente electrónico one drive)
- Carpeta digital de la demandante Jackeline Gaitán Cárdenas del hogar No. 225103-3 (AD 30.4 del expediente electrónico)
- Carpeta digital de la demandante Katherine Gaitán Cárdenas del hogar No 225055-1 (AD 30.3 del expediente electrónico)
- Carpeta digital del demandante Simón Gaitán Donoso del hogar No 225057-2 (AD 30.2 del expediente electrónico)
- Consulta VUR matrícula inmobiliaria 370-91031 (AD 30.6 del expediente electrónico)
- Consulta VUR matrícula inmobiliaria 370-896845 (AD 30.5 del expediente electrónico)

LLAMADAS EN GARANTIA	
ALLIANZ SEGUROS S.A.	LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
- Póliza No. 021311759 /0 del 28 de febrero de 2014 tomada por Emcali (Páginas 32-65)	- Póliza de seguro No. 1010743, tomada por EMCALI (páginas 47-52).

DECRETADAS EN PRIMERA INSTANCIA (AD30 Expediente electrónico)
- Excel de base de datos maestra del Plan Jarillón de Cali de los beneficiarios verificados por el proyecto. (AD 30.1).
- Carpeta digital de la demandante Jackeline Gaitán Cárdenas del hogar No.225104-3 (AD 30.4).
- Carpeta digital de la demandante Katherine Gaitán Cárdenas del hogar No. 225055-1 (AD 30.3).
- Carpeta digital de la demandante Simón Gaitán Cárdenas del hogar No. 225057-2 (AD 30.2).
- Consulta VUR matrícula inmobiliaria 370-910031 y 370-896845 (AD 30.5 y 30.6)

f. Caso Concreto

Pretende el apoderado de los demandantes, que se declare administrativa y extracontractualmente responsable a las entidades demandadas, por los perjuicios materiales y morales causados a los señores Simón Gaitán Donoso, Jackeline Gaitán Cárdenas y Katherine Gaitan Cárdenas con motivo de la demolición de la vivienda del señor Simón Gaitán Donoso, en los hechos ocurridos el 17 de febrero de 2015, cuando todo el núcleo familiar amaneció rodeada de un dispositivo de muchos uniformados de la policía, agentes de civil, organismos de seguridad del Estado y otros funcionarios públicos.

De acuerdo con el acervo probatorio obrante en el plenario y teniendo en cuenta el recurso de alzada formulado, la Sala procederá a analizar si en el caso *sub-examine* se configuran los tres elementos esenciales para endilgar responsabilidad al Estado, bajo el título de imputación denominado falla probada del servicio, esto es: el daño, la indebida o irregular actuación de la administración y, el nexo causal entre uno y otro, dejando claro desde ya, que la no acreditación de cualquiera de estos elementos conllevará a la negativa de las pretensiones formuladas en la demanda.

En relación con la carga de la prueba del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de este elemento de la responsabilidad, a través de indicios, al tiempo que no se requiere certeza en la determinación de la causa, sino que se admite la acreditación de una causa probable¹⁵.

De conformidad con lo expuesto, si bien encuentra demostrado un daño antijurídico para con los actores, se considera que el aludido daño antijurídico para ser imputado a la parte demandada, una o varias de las entidades, debe acreditarse con plena certeza que existió una falla en el servicio y un nexo causal.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: septiembre 13 de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; del 22 de marzo de 2001, exp. 13166, C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 14 de junio de 2001, exp. 11901; de octubre 3 de 2007, exp. 12270, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de marzo 26 de 2008, exp. 16085, C.P. Ruth Stella Correa y del 4 de junio de 2008, exp. 16646, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras

Para el caso que ocupa nuestra atención, se deben retomar tales los elementos para establecer la responsabilidad extracontractual de las entidades demandadas y el deber de reparar de la misma por la configuración de un daño antijurídico.

- **El daño**

Teniendo como fundamento el material probatorio recaudado, el daño no se encuentra acreditado con el desalojo sufrido por los accionantes, ello toda vez estaban ocupando en forma irregular un espacio público, y adicional a ello los demandantes fueron reubicados.

Según lo ha decantado el Consejo de Estado, debe existir daño para endilgar responsabilidad a la administración, que además debe ser antijurídico, es decir, que la persona que lo sufre no tiene el deber de soportarlo, y sobre la antijuridicidad la misma Corporación ha precisado que *“... para que el daño tenga carácter antijurídico, además de recaer sobre un interés tutelado por el derecho, es necesario que no esté autorizado por un título legal conforme al ordenamiento constitucional, que justifique o que legitime la lesión al interés jurídicamente tutelado; y que no haya sido causado, ni haya sido determinado por un error de conducta de la propia víctima...”*

Recordemos que según las pruebas obrantes en el plenario, el día anterior a los hechos (16 de febrero de 2015), se dio inicio a la diligencia de restitución en cumplimiento de unas Sentencias Judiciales: (i) en primera instancia Sentencia N° 151 de 2011 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Cali, y (ii) en segunda instancia Sentencia N° 114 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro de una Acción Popular; donde se ordenó la recuperación de la zona del Jarillón del Río Cauca en toda su extensión, providencias en donde se reconoció la prevalencia del interés general sobre el particular.

El techo N° 225055-1 que nos interesa en el presente asunto, fue intervenido el 17 de febrero de 2015, donde “según consta en acta que obra en el plenario” se citó a las personas que voluntariamente quisieran retirarse del lugar para ofrecerles una solución habitacional, subsidio o compensación, es por esta razón que los hoy demandantes no pueden pretender que se les indemnice por la demolición de una vivienda que **no** era de su propiedad.

Se resalta, que al momento de la verificación del hogar que habitaba el predio de manera irregular, las personas que fueron verificadas o censadas, no fueron los hoy demandantes, y fue con los censados con quien se surtió el trámite de aporte de datos (Ficha de verificación sociodemográfica N° 225055-1, personas con las cuales siempre se realizaron todas las actividades propias del proceso de reasentamiento.

De otro lado, es importante resaltar que la hoy demandante Katherine Gaitán Cárdenas fue compensada con una vivienda de interés social “Prioritario en la Urbanización Río Cauca”. (Acta de diligencia del 17 de febrero de 2015)

En la referida acta se manifiesta que le fue asignada por parte del fondo de adaptación en el marco del programa de mitigación de riesgo por inundación (Proyecto Plan Jarillon de Cali VIP), vivienda en el proyecto habitacional Río Cauca, procedimiento que fue aceptado por esta demandante Katherine Gaitán, y donde se le entregó:

- Vivienda perteneciente al Plan Jarillón en la Urbanización Río Cauca, ubicada en la Carrera 23 A No 75B-34, edificio 15 apartamento 204, identificado con matrícula inmobiliaria 370-91003136 y escritura pública No 0337 de la misma fecha.

Las demoliciones adelantadas por los funcionarios públicos, obedecieron en primer lugar a los referidos fallos judiciales, y como segunda medida a un proceso de restitución de bien inmueble contemplado en la ley 1801 de 2016, donde mediante un trámite administrativo se ofrecen todas las garantías procesales para las partes. Las diligencias de restitución de bienes de uso público, son un proceso administrativo establecido en la ley para recuperar bienes del Estado (los cuales son de uso y disfrute de todos los ciudadanos), lo cual es responsabilidad del ente municipal.

En el marco de las acciones del Plan Jarillón de Cali –PJC, la restitución de bien de uso público es una de las acciones que se lleva a cabo para la recuperación de los terrenos del dique (Jarillón del Río Cauca y las Lagunas del Ponsaje y Charco Azul) donde se ubican 26 asentamientos humanos de desarrollo incompleto – AHDI. Estas zonas están amenazadas por la alta inundación fluvial y pluvial, categoría del suelo de protección por amenazas naturales considerada además como “zona de alto riesgo no mitigable”, pues además están ubicadas dentro de las áreas forestales protectoras de los ríos Cauca y Cali.

No se puede olvidar que estas zonas tienen categoría del “Suelo de Protección Ambiental”, donde NO está permitido el uso de viviendas.

Por otro lado, es importante para la Sala advertir que según las pruebas obrantes en el plenario, el señor Simón Gaitán Donoso desde el 13 de marzo de 2013, hace parte del Asentamiento Humano de Desarrollo Incompleto “AHDI” Las Vegas, según Ficha de Verificación Sociodemográfica N° 225057-2, veamos:

Ahora bien, el señor SIMON GAITAN DONOSO, identificado con cedula de ciudadanía No.16.681.063, se encuentra verificado por el Componente Social del Plan Jarillón de Cali desde el día 13 de marzo de 2013, en el Asentamiento Humano de Desarrollo Incompleto (AHDI) denominado LAS VEGAS, datos conforme a la Ficha de Verificación Sociodemográfica No.225057-2 de la cual se anexa copia, para que obre como prueba, con su núcleo familiar conformado por MARIA SALVADORA RAMIREZ LONDOÑO en condición de cónyuge, KAREN VIVIANA DELGADO RAMIREZ y ESTEFANIA GAITAN RAMIREZ en condición de hijos, sin embargo pretende con esta demanda se pague perjuicios por la destrucción de un inmueble casa de habitación ubicada en la CALLE 81 # 2 Bis-29, LAS VEGAS CON No.225055-1 de identificación de techo.

Una vez verificada la ficha sociodemográfica No 225057-2 donde aparece el señor SIMON GAITAN DONOSO, nos encontramos con el acta No. 002288 de la Notaría Dieciséis del Circuito de Cali, donde el señor Gaitán Donoso a través de declaración bajo juramento para fines extraprocesales, renuncia voluntariamente al proyecto PJC y a su grupo familiar, una vez allegada al proyecto esta declaración, le es aceptada esta renuncia voluntaria, sin embargo por orden del Juez Veintiséis Civil Municipal de Santiago de Cali y como consecuencia de la acción de tutela instaurada por el señor Simón Gaitán Donoso se ordenó incluirlo de nuevo en este núcleo familiar ver acta de a de fecha 16/08/2016 la cual se anexa. Así las cosas el Proyecto Plan Jarillón procedió a incluirlo de nuevo en el núcleo familiar de la señora MARIA SALVADORA RAMIREZ LONDOÑO como lo ordeno el juez veintiséis, es decir bajo el techo No.225057-2. Así las cosas, el proyecto procedió a postular el hogar en comentario el cual cumplía con los requisitos para ser beneficiados con una unidad habitacional, y a enviar la carpeta de este hogar identificada con el techo 225057-2 a revisión para la entrega de una Vivienda de Interés Prioritario VIP en el proyecto habitacional RAMALI.

Obra también en el expediente acta de fecha 18 de agosto de 2016, donde se manifiesta que el señor Simón Gaitán Donoso informa que teniendo en cuenta el fallo de tutela decide cambiar de decisión frente al proceso de reasentamiento y que se encuentra interesado en el proyecto habitacional RAMALI con su núcleo familiar con quien quedo verificado inicialmente, suscribiendo acta de aceptación del reasentamiento y acta de entendimiento de fecha 12 de septiembre de 2016, sin embargo el día 21 de octubre de 2016 se hace presente el señor Simón Gaitán Donoso a la jornada de entrega de viviendas urbanización RAMALI manifestando que NO recibe la vivienda y no firma ningún documento hasta que no saquen de toda la documentación a la señora María Salvadora Ramírez Londoño es así como se levantó acta de entrega de vivienda donde el señor Gaitán Donoso en condición de beneficiario del proyecto la cual se niega a firmar, posteriormente se vuelve a citar y se presenta con la misma actitud NO acepta el reasentamiento hasta tanto no se excluya a la señora María Salvadora (Ver acta de fecha 26 de noviembre de 2016)

En cuanto a la otra demandante, señora Jackeline Gaitán Cárdenas, se encuentra verificada por el Componente Social del Plan Jarillón de Cali desde el 14 de marzo de 2013, en el asentamiento humano de desarrollo incompleto – AHD denominado Las Vegas, con ficha de verificación sociodemográfica N° 225104-3, con su núcleo familiar conformado por Jhon Stiven Salazar Lozada como su cónyuge, vivienda que no ha sido demolida:

Una vez verificada la ficha sociodemográfica No. 225104-3 se observa que la demandante suscribió acta de acuerdos sociales y acta de aceptación del reasentamiento el 3 de febrero de 2014 y el 01 de abril de 2014 suscribió acta de entrega del área ocupada en su condición de beneficiario dentro del proceso de reasentamiento, espacio ocupado por su hogar, en el polígono identificado con el número 5104 es así como se entrega a este hogar vivienda de interés prioritario en la urbanización casas de llano verde identificada con folio de matrícula 370-896845 (ver acta de fecha 01 de abril de 2014) es así como el Municipio de Santiago de Cali no ha causado ningún daño a esta demandante con ocasión de alguna demolición.

Para resumir, se evidenció en las fichas de verificación sociodemográficas¹⁶ y en el registro de las bases de datos¹⁷, la forma como estaban conformados los hogares de los hoy demandantes, según lo manifestado por los encuestados, es:

- Ficha de verificación Sociodemográfica No 225055: encuesta realizada a la señora **Katherine Gaitán Cárdenas**, hogar (1) ubicado en las Vegas y conformado por cuatro (4) personas: Carlos Adolfo Bedoya, Katherine Gaitán Cárdenas, Diego Fernando Gaitán Cárdenas y Kimberly Dayana Bedoya Gaitán (Carpeta 7.1, AD7.1.6, Pág. 1-3)
- Ficha de verificación Sociodemográfica No 225057: encuesta realizada a la señora María Salvadora Ramírez, hogar (2) ubicado en las Vegas y conformado por cuatro (4) personas: **Simón Gaitán Cárdenas**, María Salvadora Ramírez Londoño, Karen Viviana Delgado Ramírez y Estefanía Gaitán Ramírez (Carpeta 7.1, AD7.1.7, Pág. 1-3)
- Ficha de verificación Sociodemográfica No 225104: encuesta realizada a la señora Jackeline Gaitán Cárdenas, hogar (3) ubicado en las Vegas y conformado por dos (2) personas: **Jackeline Gaitán Cárdenas** y Jhon Stiven Salazar Lozada (Carpeta 7.1, AD7.1.6, Pág. 1-2)

De lo anterior se tiene que el señor Simón Gaitán Donoso no se encontraba registrado en el hogar N° 225055 como lo afirmó en la demanda, situación que no recae en las entidades demandadas sino en las personas encuestadas, es decir, la familia del señor Gaitán

¹⁶ Fecha de realizada la encuesta 13 y 14 de marzo de 2013

¹⁷ Constancia de reporte del Registro 27 de septiembre de 2018

Donoso, específicamente de la señora Katherine Gaitán Donoso quien respondió la encuesta y no lo incluyó.

Conforme lo anterior, el resultado dañoso se genera por terceras personas y por las mismas víctimas, lo que rompe el nexo causal endilgado por los actores como falla en el servicio, pues sin lugar a dudas la causa eficiente del resultado no es más que el actuar imprudente o culposos de los demandantes, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeto.

Se advierte además, que no es cierto que el señor Simón Gaitán haya quedado excluido del Proyecto Plan Jarillón, pues se observa que se encuentra incluido en el hogar No. 225057, por lo que se considera que la acción de no incluir al señor en el techo 225055 obedece a la culpa de un tercero, quien es demandante en este proceso.

Por lo tanto, se considera que la ocupación de la vivienda objeto hoy de reclamo, fue irregular, pues se trataba de un predio de uso público que estaba sobre un Dique de protección contra inundaciones, donde no está permitido el uso de viviendas o construcción; recordemos que una de las características principales de este tipo de predios, es que son inalienables e imprescriptibles.¹⁸

En este orden de ideas, al no encontrarse acreditado el daño, no es procedente estudiar los demás elementos (falla del servicio e imputación).

- Conclusiones

Al hacer un análisis de la totalidad del material probatorio que obra en el plenario, la Sala comparte la posición del fallador de primera instancia al considerar que:

- Respecto del demandante Simón Gaitán Donoso, se probó que el municipio de Cali realizó todas las gestiones para la reubicación del hogar al que pertenecía el demandante (N° 225057), sin embargo, fue él quien no ha querido recibir el beneficio de la reubicación, y ha puesto trabas para la entrega por cuestiones personales con la señora María Salvadora Ramírez. De otro lado, no probó cuál fue el daño antijurídico de las entidades demandadas.
- Respecto de las demandantes Jackeline Gaitán Cárdenas y Katherine Gaitán, no se les ocasionó ningún daño antijurídico porque cuando ellas entregaron el bien inmueble que se encontraba en el Jarillón del Río Cauca, fueron reubicadas antes de la fecha de desalojo y demolición de la vivienda que habitaban, es así que no se probó el daño antijurídico ocasionó por la administración.

Como se observa, no se acredita el daño reclamado, toda vez que ocuparon de forma irregular o ilegal, un espacio público ubicado en zona de alto riesgo no mitigable.

De acuerdo con lo explicado, la Sala reafirma que no se probó que el actuar de las demandadas constituyera la falla en la prestación del servicio, así como tampoco se logró acreditar que el hecho generador del daño haya sido por el actuar de las demandadas, de

¹⁸ Decreto 2811 de 1974, Artículo 83. *Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado: (...) d.- Una franja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho."*

tal manera que no se demostró la falla y mucho menos el nexo causal entre el hecho y el daño.

Todo lo anterior permite concluir que, en el presente caso no se lograron acreditar los supuestos de la falla en el servicio, motivo por el cual la Sala confirmará la sentencia proferida el 29 de junio del 2022 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

10. Condena en costas

No se impondrá a la parte demandante en razón a que no basta ser vencida en el proceso sino que se deben acreditar éstas; de ahí, que para la imposición de aquélla el operador judicial deberá tener en cuenta los siguientes elementos que el Consejo de Estado ha trazado, a saber: *“i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.”*

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia nro. 39 del 29 de junio del 2022, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, mediante la cual se negaron a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia, previas anotaciones en el sistema informático “SAMAI”.

Providencia discutida y aprobada en Sala Quinta de Decisión, según consta en acta de la fecha.

PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Magistrada

GUILLERMO POVEDA PERDOMO
Magistrado

KATIA ALEXANDRA DOMÍNGUEZ GARCÉS
Magistrada