



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación: 41 001 23 31 000 1994 07876 01 (27225).

Actor: José Ignacio Molina Grillo y otros.

Demandado: Municipio de Neiva y otro.

Asunto: Acción de reparación directa (Sentencia)

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada –Municipio de Neiva- en el proceso contra la sentencia proferida el 2 de octubre de 2003 por el Tribunal Administrativo del Huila que dispuso:

“Primero: Declarar que el Municipio de Neiva, Huila, es administrativa y patrimonialmente responsable por la Falla en el Servicio, por omisión en las circunstancias expuestas en los considerandos, originando parcialmente los daños y perjuicios reclamados por los actores JOSE IGNACIO MOLINA GRILLO, JAIME MOLINA CALDERON Y ESPERANZAS HUERTAS MOLINA.

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración, se le condena a la parte Demandada Municipio de Neiva, Huila, a cancelar a favor del Demandante JOSE IGNACIO MOLINA GRILLO, los siguientes conceptos:

2.1.- Por Perjuicios Materiales, por concepto de daño emergente la suma de nueve millones ochocientos sesenta y seis mil doscientos setenta y siete pesos con veintitrés centavos (\$9.876.277.23).

Tercero: Niéguese las demás pretensiones.

Cuarto: Dar cumplimiento a esta providencia de conformidad con lo preceptuado en los Artículos 176, 177 y 178 del C.C.A”. (fl.100 C.Ppal).

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1 La demanda fue presentada el 5 de octubre de 1994 por José Ignacio Molina Grillo y otros, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Condenase al Municipio de Neiva, Huila, a pagar a José Ignacio Molina Grillo, de condiciones civiles conocidas, la suma de catorce millones de pesos (\$14.000.000) Mcte. o la que el H. Tribunal estime actualizar en el momento del fallo, valor de los perjuicios materiales o daño emergente y la cantidad de \$150,000. Mcte.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

mensuales por lucro cesante, contados desde el día que se realizó el daño (1º. De Octubre de 1993) hasta cuando se cubra el valor de los daños o lucro cesante por parte del Municipio a mí mandante,- causados por la omisión en la acometida del servicio de alcantarillado de aguas lluvias o recolector de aguas lluvias y además por la omisión en abrir los desagües (sic) de estas aguas a la canalización de la toma en cantidad suficiente.- Además por el levantamiento o terraplen (sic) hecho sobre la Avenida la Loma y la Cra 9a.

SÉGUNDA: Condenase al Municipio de Neiva, a pagar a mi procurado señor José Ignacio Molina Grillo, por concepto de daños morales, el valor correspondiente a quinientos gramos oro, al precio que tenga en la fecha que quede en firma la sentencia.

TERCERA: Condenase al Municipio de Neiva, pagar a José Ignacio Molina Grillo, \$1.274.000. Mcte. valor de los elementos que no fueron relacionados en la diligencia de Inspección Judicial, y que corresponden a vestuario, o el valor que resulte probado.

CUARTO: Condénase al Municipio de Neiva, pagar a Jaime Molina Calderón, la cantidad de \$265.500. Mcte. valor de los elementos que corresponden a vestuario y que no fueron relacionados en la diligencia de Inspección judicial.

QUINTO: Condenase al Municipio de Neiva, a pagar a Esperanza Huertas, la cantidad de \$201.000. Mcte. valor de los elementos correspondientes a vestuario y que no fueron relacionados ni avaluados en el peritazgo de la Inspección judicial, pero fueron estimados por mis poderdantes.

SÉXTO: Que en el momento del pago se haga la corrección monetaria e indexación, solicitando al Banco de la República dicha certificación". (fls.3 y 4 C.1).

2 Las pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos presentados por la parte actora:

"1.- El día 1º. de Octubre de 1993, en las horas de la madrugada, cayó sobre la ciudad de Neiva, un aguacero de tal magnitud, que inundó totalmente el inmueble de mi procurado hasta una altura aproximada de dos metros, provocando grandes daños a los bienes de mis mandantes, tales como la destrucción de las mejoras de propiedad de José Ignacio Molina Grillo, que por ser una construcción de bahareque y durar inundadas veinticuatro horas, se vinieron a tierra, ya que el barro se disuelve y las amarras se sueltan. Así mismo la pérdida de todos los utensilios (sic) de la casa, tales como cubiertos y menajes de cocina, un Televisor a color, una estufa eléctrica, radios, ropas y todos aquellos elementos necesarios en una casa.

2.- La causa de ésta inundación se debió en primer lugar a la falta de alcantarillado para recoger las aguas lluvias. O sea omisión del Municipio; en segundo lugar, el haber construido terraplenes sobre la Avenida la Toma para su construcción; el haber hecho un terraplen sobre la Cra. 9a con Avenida la Toma y no haber construido los desagües (sic) hacia la canalización de la Toma, para evacuar las aguas lluvias en cantidad suficiente. Hechos del Municipio. El Municipio con éstas obras, prácticamente formó un sub- Way, donde formar una laguna como al efecto ocurrió con las consecuencia (sic) de los daños causados a mis poderdantes.

3.- El Municipio es el único responsable de los daños causados al realizar las obras anotadas sin prever las consecuencias nocivas que acarrea el no dejar los ductos o desagües (sic) necesarios para evacuar las aguas lluvias y el omitir realizar el alcantarillado para tal fin.

4.- Existe por parte del Municipio una responsabilidad extra – contractual por omisión al no construir el alcantarillado para recoger las aguas lluvias y demás obras y además, por hechos que acarrea la misma responsabilidad, al construir los terraplenes sobre la Avenida la Toma y la carrera novena (9ª) para la ejecución de las dos avenidas, elevándolas considerablemente y no dejar los desagües (sic) o salida de las aguas lluvias hacia la canalización de la toma, antes quebrada de la Toma.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

5.- El señor José Ignacio Molina Grillo, ha venido cumpliendo desde hace más de sesenta años con el pago de todos los impuestos y contribuciones que el Municipio ha exigido y por consiguiente también tiene derecho a exigir de la entidad pública las obligaciones que como tal tiene para con sus ciudadanos.

6.- Con la omisión de las obras relacionadas y con la construcción de los terraplenes para las dos avenidas citadas, hizo que la naturaleza ocasionara (sic) los daños, por culpa y responsabilidad del Municipio, al no prever las posibles consecuencias. Por tanto por omisión y por hechos del Municipio se causaron los perjuicios a mi mandante". (fls.4 a 5 C.1).

2. Actuación procesal en primera instancia.

3 El Tribunal Administrativo del Huila por auto de 7 de diciembre de 1994 admitió la demanda (fl.39 C.1), el cual fue notificado personalmente tanto al Agente del Ministerio Público como al Alcalde Municipal de Neiva (fls. 40 y 42 C.1).

4 El *Municipio de Neiva* dentro de la oportunidad procesal (fls.47 a 49 C.1), contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, manifestando que algunos hechos son ciertos, otros no le constan y por lo tanto deben probarse, otros tantos no son ciertos y por último, afirma la existencia de apreciaciones del actor, sustentando su defensa en los siguientes argumentos:

"(...) Existe errores en la construcción de la vivienda del demandante, que pudieron originar el estancamiento de aguas lluvias, ya que la misma fue levantada sin reunir los requisitos mínimos de planeación, toda vez que no existen desagües y por el contrario está rodeada de andenes levantados por el propietario, que obstaculiza en un momento el libre correr de aguas lluvias. Así mismo se denota al realizar una inspección en las construcciones, que colindan a los lados con la del demandante, que las mismas no reúnen los requisitos técnicos exigidos, y por el contrario parecería levantados en invasión, ya que varios de esos terrenos son de propiedad del Municipio y usurpado (sic) por particulares.

(...)

Analizadas las situaciones presentadas por el actor, así como las pruebas aportadas al presentar la demanda, se denota claramente que no existe responsabilidad del municipio, en los posibles hechos planteados por el actor, toda vez que si se analiza técnicamente la construcción de la vivienda del demandante, se nota que fue levantada sin los requisitos mínimos de seguridad, porque en la forma en que se encuentra, no da salida a las aguas que caigan ya que son obstaculizadas por andenes demasiado altos, que van en contravía de las normas urbanísticas. Lo anterior queda a más probado, cuando se demuestre que la mayoría de lotes de esa parte de la ciudad de Neiva, fueron tomados por los particulares y construyeron sus viviendas sin el visto bueno de la Alcaldía Municipal y mucho menos cancelando el valor de esos terrenos, que eran ejidos municipales". (fls. 47 a 49 C1).

5 El Tribunal abrió el proceso a pruebas mediante el auto de 23 de mayo de 1996



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

(fls.50 a 51 C.1). Por auto de 25 de enero de 2002 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (fl.81 C.1).

6 El Municipio de Neiva, en la oportunidad legal, presentó sus alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agregó:

"(...) De lo acotado por el actor en los hechos presentados en la demanda, vemos que lo allí expresado está fuera de la realidad de los acontecimientos, toda vez que se pudo verificar respectos (sic) de la inspección realizada por el Tribunal que existen desagüe de aguas lluvias en el sector, además que los desniveles de la vía no se prestan para que el agua se acumule en el sector de la vivienda sino que sigue vía abajo.

Igualmente se pudo establecer que existen unos andenes elaborados por fuera del margen legal establecidos para ellos, toda vez que por su altura y procedimientos en su hechura, dificulta la salidas (sic) de aguas lluvias de enfrente de la vivienda, cuyo objeto al parecer originó la presente acción judicial, cabe precisar que la elaboración de la estructura de los andenes nació por criterio propio de los demandantes, en consecuencia no puede el municipio de Neiva reconocer errores propios de los demandantes.

Así mismo se estableció en la inspección cumplida dentro del proceso, la deficiente y pésimas condiciones de mantenimiento de la vivienda, así como la falta de sifones internos que permitiesen en un momento determinado la desocupación de aguas lluvias que reposaran en el patio de la vivienda, lo que concluye a establecer sin temor a equivocación que el deterioro de la vivienda y la humedad presentada, tuvo como origen la falta de cuidado de los poseedores de la vivienda y no como se quiere hacer aparecer en la demanda que fue por falta de alcantarillados de aguas lluvias, existentes en las vías anexas a la vivienda, mas aun cuando existe un receptor de aguas conocido como la Toma, que dentro del sector reúne todas y cada una de las garantías estructurales de ingeniería, para ser considerada como de eficiente en el cumplimiento de recibir aguas lluvias dentro del centro de la ciudad" (fls.82 a 83 C.1).

7 La parte actora, en la oportunidad legal, presentó sus alegatos de conclusión en los que expuso los siguientes argumentos:

"(...) El art. 90 de la Carta Fundamental consagra la responsabilidad patrimonial del estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el caso de autos, el hecho antijurídico imputable al Municipio, debidamente probado, consistió en la omisión en la construcción de los andenes, alcantarillas y desagües para conducir las aguas lluvias a la canalización de la Toma. En condiciones tales que al lover (sic) en la ciudad, las aguas se represaban e inundaban las antiguas construcciones del sector, en el que se habían edificado construcciones modernas pero con falla en el servicio de alcantarillado, andenes y desagües.

La construcción de la casa de mi mandante era de bahareque y por consiguiente al represarse las aguas lluvias por varios días, tal situación irregular causó la demolición de la casa de mi procurado. Sutilmente puede pensarse que se trató de un hecho deliberado, para expoliar a mi mandante de los derechos adquiridos sobre las mejoras y el terreno" (fls. 84 a 85 C.1).



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

3. Sentencia de primera instancia.

8 El Tribunal Administrativo del Huila profirió sentencia de primera instancia en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. A la decisión anterior el *A quo* llegó con base en el siguiente análisis:

"(...)1.- **Sobre la existencia del daño o de un perjuicio**, del estudio del plenario se tiene demostrado que el actor José Ignacio Molina Grillo residía en el inmueble descrito en la diligencia de inspección judicial (f.62) ubicada en la carrera 9 No. 11-29 de esta ciudad, el cual al momento de la diligencia llevada a cabo el día jueves 19 de marzo de 1998, cinco años después de los hechos, se dejó constancia que se trataba de una construcción en material de bahareque y guadua, cubierta en teja de zinc y soporte en madera, sin número de nomenclatura urbana ni contador de agua; los peritos adujeron que la construcción de bases, cimientos, estructuras, muros inferiores se perdieron; que al fallar los cimientos y la mampostería inferior, cedieron los muros superiores tocando el nivel al piso al punto que la puerta de entrada a la habitación donde duerme el demandante, medía un metro de alto a la fecha de la diligencia. Que lo que existe de construcción es muy poco, con un estado de acentuado deterioro y en cualquier momento puede presentarse un desplome de la construcción.

(...)

De las pruebas técnicas recaudadas la Sala puede colegir que ha sido el estancamiento de las aguas lluvias sobre el predio del actor Molina Grillo, el causante de la inundación que al perdurar por un espacio de tiempo prolongado ha socavado los materiales de la rústica casa construida en bahareque, dando al traste con sus cimientos y paredes inferiores, que a la postre llevaron a la ruina de la construcción, haciendo desplomar las paredes superiores y por ende, sus techos.

(...)

Concluye la Sala de la prueba allegada, que efectivamente el predio del actor Molina Grillo resultó afectado por la subida de los niveles de las vías la Toma y carrera novena (9ª), a las cuales según la demanda y las diligencias de Inspección Judicial con peritos, se les adecuó terraplenes para emparejarlas, dejando en nivel más bajo el inmueble, afectándolo al direccionar las aguas lluvias hacia el predio, en donde al no encontrar salida se estancaron, al no continuar disfrutando de una buena parte de las salidas naturales, ocasionándole parte de los daños y perjuicios descritos.

(...)

2.- Con relación a la actuación administrativa que pueda Calificarse de Irregular la que se genera como consecuencia de una omisión, un retardo, una irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio, de acuerdo al régimen de responsabilidad analizado, se tiene con el escaso recaudo probatorio allegado, que efectivamente el municipio de Neiva llevó adelante la construcción de la avenida la Toma, al igual que la nivelación y pavimentación de la carrera novena (9ª) dejando en nivel más bajo a dichas vías el predio contenido de las mejoras de propiedad del actor, las cuales estaban construidas en bahareque, contribuyendo con dicha acción a la obstaculización del normal tránsito natural de las aguas lluvias por dichos terrenos, al no haber diseñado la construcción de las avenidas con las obras de ingeniería correspondientes con el objeto que dichas servidumbres naturales de aguas lluvias que se soportaban antes de las obras y las que se incrementaron con dicha construcción al dejar en declive del lote, continuaran su tránsito, sin que se hubieran ocasionado los daños y perjuicios reclamados ahora en la demanda.

(...)

3.- Sobre la existencia del Nexo o Relación de Causalidad, entre la actuación que se le endilga a la administración y el daño causado al administrado, se puede colegir



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

que el daño deviene en parte como resultado o consecuencia de la actuación omisiva de la administración en el diseño y la construcción de la avenida la Toma y adecuación y pavimentación de la carrera novena (9ª), puesto que al no haberse implementado las obras de arte o ingeniería correspondientes para la normal circulación de las aguas lluvias por el grado de inclinación en que se dejó el predio, se afectó su curso normal, cuando se incrementó el caudal de dichas aguas, originando su estancamiento en el predio de uno de los demandantes, ocasionando en parte los daños y perjuicios reclamados." (fls. 92 y 98 del C. Ppal).

4. Recurso de apelación.

9 El 14 de noviembre de 2003 la parte demandada – Municipio de Neiva- interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 2 de octubre de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila (fl. 104 C. Ppal y fls. 108 a 110 C.Ppal), exponiendo los siguientes argumentos:

"(...) Pero es importante analizar en el tema el por que se pudo haber producido la inundación. En primer lugar y como bien lo expresa el Magistrado Ponente, existió negligencia por parte del propietario en el mantenimiento de su casa de habitación, lo que podría eventualmente configurar una falla de la víctima y para ello citaremos aparte de la sentencia proferida en primera instancia: "... contribuyo en la obstaculización de las corrientes de agua lluvias, la construcción del edificio de la Asociación Residencial CAPURGANÁ, que taponó las salidas de dichas aguas" y que el actor no tomó ninguna acción al respecto, pero además cabe precisar que de o (sic) acotado igualmente se pudo establecer que existen unos andenes elaborados por fuera del margen legal establecidos para ellos seguramente levantados por el propietario de la vivienda, toda vez que por su altura y procedimientos en su hechura, dificulta la salidas (sic) de aguas lluvias de enfrente de la vivienda, cuyo objeto es más acertado creer que originó la inundación y por ende la presente acción judicial, cabe precisar que la elaboración de la estructura de los andenes nació por criterio propio de los demandantes, en consecuencia no se le puede endilgar al Municipio de Neiva errores propios de terceros, que es oro de los argumentos para demostrar que no existe el nexo y la causa con una posible omisión de la entidad que represso. Es importante hacer un análisis de lo aquí detallado. Se ha probado que el predio se encuentra en una inclinación de la vía que no permite que el agua se repose directamente, al no ser por obstáculos que no permitan el flujo normas (sic) del agua, que bien como lo indico el magistrado ponente, tuvo incidencia la construcción del edificio ya citado, pero falto hacer claridad que frente a la vivienda del demandado, existe la construcción de los andenes ya citados, que por su altura y forma en que se levanto (sic), se podrían convertir en albercas de almacenamiento de agua, ya que no tenía salida en caso de caer agua en abundancia, lo que lógicamente hizo, que al reposarse, subiera considerablemente su volumen y altura, lo que conllevó a la descripción que se hizo en el peritazgo inicialmente practicado. Lo anterior nos llevaría a concluir que existió negligencia de la víctima y por ende convertirse en uno de los atenuantes de responsabilidad de la entidad que represente ya que se convertiría en culpa de la víctima, por levantar andenes que perjudicaban la construcción y además no contar con desagües internos que permitieran evacuar el agua que se represara por los andenes o por las aguas que obstaculizaba la construcción del edificio Capurganá. Lo aquí indicado nos puede conllevar a pensar, que existe culpa de la víctima en los hechos e igualmente de un tercero, que sería el que levanto la construcción del edificio Capurganá, lo que igualmente conllevaría nuevamente a relevar ade (sic)



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

cualquier responsabilidad a mi representado el –Municipio de Neiva”. (fl. 90 C.Ppal) (subrayado y negrita fuera del texto).

5. Actuación procesal en segunda instancia.

10 Mediante providencia del 9 de julio de 2004 esta Corporación admitió el recurso interpuesto por la parte demandada –Municipio de Neiva- (fl. 114 C. Ppal). En providencia del 16 de septiembre de 2004 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y en caso de que el Ministerio Público lo solicitara, ordenó que se surtiera el trámite previsto en el inciso segundo del artículo 59 de la Ley 446 de 1998 (fl. 116 C. Ppal).

11 Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

12 Mediante auto de 28 de marzo de 2012, de conformidad con la facultad oficiosa otorgada mediante el artículo 43 de la Ley 640 de 2001, este despacho fijó como fecha el 21 de Marzo de 2013 para que se llevara a cabo audiencia de conciliación judicial (fl. 120 C. Ppal).

13 El 18 de marzo de 2013, el Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, allegó concepto de conciliación No. 073 de 2013, indicando que en el caso concreto resultaba viable llegar a un acuerdo conciliatorio en el que se reconociera indemnización por concepto de perjuicios materiales a favor del señor José Ignacio Molina Grillo, tomando como referencia la condena impuesta en primera instancia. A estas conclusiones arribó con base en los siguientes argumentos:

“(…) En concepto del Ministerio Público al igual que lo determinó el a-quo, las pruebas aportadas al proceso permiten inferir que lo hace en su condición de poseedor, pues demostró tener el ánimo de señor o dueño respecto de la casa de habitación ubicada en la carrera 9 No. 11-29 de la ciudad de Neiva, en tanto acudió ante el Juez Civil Municipal de Neiva para que se practicara diligencia de inspección judicial al inmueble en comento con el fin de establecer los daños causados (fls. 12c.ppal). Diligencia que se llevó a cabo con la presencia de éste, su apoderado, el juez y el perito (fls 13 a 14), cuyos honorarios fueron cancelados por el hoy demandante. La condición de poseedor se corroboró con lo acontecido durante la inspección judicial que se llevo a cabo en el proceso contencioso, casi 5 años después de ocurrido el hecho dañoso (19 de marzo de 1998), pues en esta oportunidad nuevamente el señor José Ignacio Molina Grillo fue quien atendió la diligencia en donde se pudo evidenciar que residía en dicha casa y que en el lote de terreno funcionaba un taller de reparación de vehículos, respecto del cual el señor Molina Grillo no ha permitido a su **arrendatario** hacer arreglo alguno (fl. 63 c.ppal)



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

(...)

En concepto del Ministerio Público, el Municipio de Neiva se encuentra llamado a responder por los perjuicios causados al actor en aplicación del régimen de responsabilidad subjetiva por falla del servicio, pues la inundación o represamiento de agua hasta un nivel de 1.60 metros de altura en su casa de habitación y el consecuente deterioro de paredes, cimientos y estructura en general, tuvo su origen en la falta de diligencia y cuidado de obligaciones a su cargo, entre ellas, la construcción de obras necesarias para canalizar las aguas lluvias, como la edificación de un sistema de alcantarillado para esta clase de aguas con sus respectivos sumideros capaz de soportar el gran volumen de agua que se sucede en época de lluvias.

No de otra manera se explica lo acontecido el 1 de octubre de 1993, cuando después de una fuerte lluvia en horas de la madrugada se inunda la casa del señor José Ignacio Molina, hecho dañoso que por percepción directa del perito en lugar de los hechos, a tan solo dos meses de su acaecimiento, pudo evidenciar el rastro de la humedad dejada por la inundación (1.60 metros) y la presencia de grietas en sus paredes, concluyendo que la causa de la inundación fue por "falta de alcantarillado, que por el desnivel de la calle, recoge todas las aguas de la carrera 9ª arriba llevándolas necesariamente a dicha construcción".

(...)

En concepto del Ministerio Público no resultan de recibo las alegaciones de la entidad recurrente, al pretender relevarse de responsabilidad aduciendo que la causa del daño surgió de manera exclusiva del demandante, pues tales afirmaciones corresponden a simples apreciaciones subjetivas, carentes de verdad probatoria, pues no existe elemento de juicio alguno para inferir falta de mantenimiento de la casa y mucho menos que los supuestos andenes (por fuera del margen legal) existentes en el lugar hubieran sido construidos por iniciativa del demandante.

Igual acontece con la concurrencia de culpas que estableció el *a quo*, pues no resulta aceptable imputar responsabilidad a la parte demandante por el hecho de no haber reclamado por la construcción de un edificio y por la construcción de las Avenidas Novena y la Toma, en tanto con ello hubiera evitado los perjuicios causados.

No obstante lo anterior, por tratarse de apelante único no procede hacer mas gravosa su situación, en cuyo caso no queda alternativa distinta que confirmar la condena impuesta en primera instancia, esto es, reconocer perjuicios materiales por valor de \$9.876.277.23., monto que corresponde a los daños ocasionados a las mejoras implantadas en el predio afectado, el cual equivale al 22.44% del valor actualizado de la construcción. (subrayado y negrita fuera del texto)" (fls. 131 a 136 C. Ppal).

14 El 21 de marzo de 2013, la demandada – Municipio de Neiva – asistió a la Audiencia de Conciliación programada por este Despacho, sin que se hiciera presente la parte actora. Es de considerar, que a la entidad demandada le asistía ánimo conciliatorio (fl. 138 C.Ppal).

15 Mediante escrito del 21 de marzo de 2013, el apoderado judicial del demandado – Municipio de Neiva- allegó Acta del Comité de Conciliación en la que se indicó la intención del mismo de conciliar (fls. 139-145 C.Ppal).



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

CONSIDERACIONES

1. Competencia

1 Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada –Municipio de Neiva- contra la sentencia de 2 de octubre de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Huila, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

2 La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, teniendo en cuenta que la pretensión mayor, referida en la demanda a los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, reclamado por los demandantes (\$14.000.000.00), excedía la cuantía mínima exigida para que opere la doble instancia, en aplicación del decreto 597 de 1988¹.

3 Por otra parte, advierte la Sala, que la parte demandada es el único apelante, por ello, para decidir el recurso, se centrará en los argumentos expuestos en el mismo, en desarrollo de lo previsto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil que establece que el juez superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, así como en el alcance dado por la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 9 de febrero de 2012 (expediente 21060).

3.1 Se advierte por parte de la Sala que, en vista de que sólo apeló la parte demandada, debe tenerse en cuenta la sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 9 de febrero de 2012 (expediente 21060) donde se dirimió una cuestión de derecho para llegar a la solución jurídica en los siguientes términos:

“Conviene puntualizar que la *no reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: *i*).- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en

¹ En vista de que la providencia de primera instancia se profirió en el 2003 y que el recurso de apelación se interpuso en el año siguiente, la normatividad aplicable, en materia de cuantía, es el decreto 597 de 1988 que para el período 1994-1995 (fecha de presentación de la demanda) exigía una cuantía mínima de \$9.610.000.00 para que la segunda instancia se pudiese surtir ante esta Corporación.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la *litis* (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; *ii*).- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo "... *aun cuando fuere desfavorable al apelante*" (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)²

(...)

Por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia³ de la sentencia como el principio dispositivo⁴, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que *"las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: tantum devolutum quantum appellatum"*⁵.

Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez *ad quem*, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, *i*) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; *ii*) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales

² Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, Exp. 17160 y del 20 de mayo de ese mismo año, Exp. 16.925.

³ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: "De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional".

⁴ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: "La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin". O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso (...). Son características de esta regla las siguientes: (...) El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado" (négrillas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

⁵ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o *iii*) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada⁶.

3.2 Con fundamento en la sentencia de Sala Plena se abordará el estudio y decisión del recurso de apelación presentado únicamente por la parte demandada. En virtud de lo anterior, a efectos de resolver lo pertinente, la Sala realizará la exposición de sus argumentos en el siguiente orden: 1) el valor probatorio de las fotografías aportadas con el dictamen pericial; 2) el desistimiento de una prueba por parte de los demandantes. Una vez abordado lo anterior, se precisará el objeto del recurso, se plantearán los problemas jurídicos específicos que se derivan de los argumentos esgrimidos, con base en el análisis del caso concreto, a la luz de los hechos probados dentro del proceso, se establecerá si se encuentra demostrado tanto el daño antijurídico, como la imputación, o si operó eximente alguna de responsabilidad.

2. Aspecto procesal previo

4 La Sala previo a abordar el estudio y análisis de fondo advierte las siguientes cuestiones acerca de las cuales debe pronunciarse: 1) el valor probatorio de las fotografías aportadas con el dictamen pericial; y 2) el desistimiento de una prueba por parte de los demandantes.

2.1. El valor probatorio de las fotografías aportadas con el dictamen pericial.

5 En consideración a la tesis acogida por esta Sala es posible advertir que respecto de las fotografías aportadas con el dictamen pericial no existe duda sobre su idoneidad, utilidad y pertinencia para ser valoradas, ya que las mismas son parte integral del mentado dictamen.

6 En definitiva, para esta Sala, las fotografías que fueron aportadas con el dictamen pericial prestan mérito probatorio pues existe certeza de que

⁶ Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21060.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

corresponden al hecho causante del daño por el cual se solicita la reparación.

2.2. El desistimiento de una prueba por parte de los demandantes – Testimonios de los señores Clara Ramona Huertas; Eduardo Ninco Méndez; Querubín García.

7 En relación con la figura del desistimiento de pruebas, el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por expresa remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, prescribe:

“Las partes podrán desistir de los recursos interpuestos y de los incidentes, las excepciones y los demás actos procesales que hayan promovido. No podrán desistir de las pruebas practicadas, excepto en el caso contemplado en el inciso final del artículo 290⁷ (...)” (subrayado fuera del texto).

7.1 Sobre el particular se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia 244 de 2000, en la que sostuvo lo siguiente:

“(...) Por lo demás, y al margen de lo dicho, débese (sic) recordar que de la mencionada prueba podía desistir quien la pidió, antes de haber sido practicada, conforme se colige del artículo 344 del Código de Procedimiento Civil, y aún ante el comisionado quien, como se sabe, tiene las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue (art. 34 C.P.C.)”⁸

8 En correspondencia con lo anterior, el *ad quem* encuentra que, efectivamente, las pruebas son desistibles por parte de quien solicitó el decreto y la práctica de las mismas, sin embargo, se aclara, dicha renuncia únicamente procede cuando las pruebas no se han practicado, tal y como lo dispone el precepto procesal civil,

⁷ “ARTÍCULO 290.- Trámite de la tacha. En el escrito de tacha de un documento deberá expresarse en qué consiste la falsedad y pedirse las pruebas para su demostración.

El juez ordenará, a expensas del impugnante, la reproducción del documento por fotografía u otro medio similar, y con el secretario procederá a rubricarlo y sellarlo en cada una de sus hojas, y a dejar testimonio minucioso del estado en que se encuentra. Dicha reproducción quedará bajo custodia del juez.

Del escrito de tacha se correrá traslado a las otras partes por tres días, término en el cual podrán pedir pruebas.

Surtido el traslado se decretarán las pruebas pedidas y se ordenará, de oficio o a petición de parte, el cotejo pericial de la firma o del manuscrito, o un dictamen sobre las posibles adulteraciones. Tales pruebas deberán producirse en la oportunidad para practicar las del proceso o incidente en el cual se adujo el documento, si fuere posible; de lo contrario, el juez concederá con tal fin un término de seis días. La decisión se reservará para la providencia que resuelve aquellos. En los procesos de sucesión y en los de ejecución que no se propusieren excepciones, la tacha se tramitará y resolverá como incidente.

El trámite de la tacha terminará cuando quien aportó el documento desista de invocarlo como prueba.”

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil y Agraria. S-244. del 7 de diciembre de 2000. M.P. Jorge Castillo Rugeles.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

el cual, valga decir, no exige, como tampoco lo hace la jurisprudencia, el cumplimiento de requisitos adicionales para que el desistimiento pueda ser aceptado por parte del juzgador, verbigracia, la consagración de un término especial dentro del cual deba desistirse de la prueba⁹.

9 Aplicando lo manifestado al caso concreto, tenemos que la dimisión presentada por la parte actora respecto de los testimonios de los señores Clara Ramona Huertas – Eduardo Ninco Méndez – Querubín García, fue aceptada por el *a quo* a través de providencia judicial (fl.81 c1), la cual fue debidamente notificada (fl.81 cara posterior c1), sin que las partes se pronunciaran en contra de ésta interponiendo los recursos pertinentes, por lo tanto, tampoco puede el *ad quem* desconocer lo dispuesto en primera instancia por parte del Tribunal Administrativo de Huila¹⁰.

3. Los medios probatorios.

10. Al expediente fueron allegados oportunamente y cumpliendo las exigencias legales, para tener valor probatorio, los siguientes elementos:

3.1. Documentales

10.1. Solicitud original del señor José Ignacio Molina Peña de fecha 6 de octubre de 1993, ante el Secretario de Gobierno Municipal de Neiva en el que manifiesta:

“Yo, José Ignacio Molina Peña, mayor de edad, vecino de Neiva, identificado con la C. de C. N.º. 1-605.084 de Neiva, con el debido respeto comparezco ante su Despacho, con el fin de que se me indemnicen los daños ocasionados (sic) por causa de las lluvias caídas el viernes en las horas de la madrugada del día 1º de Octubre del año en curso.

Soy propietario de una casa de bahareque, ubicada en la Cra. 9ª. Con Avenida la Toma y en razón a que lo hay recolector de aguas lluvias, éstas bajaron por la Cra. 9ª y al llegar al relleno que le hicieron a la canalización de la Toma, las aguas se depositaron sobre el lote donde está construida mi casa y subieron casi dos metros, destruyendo cinco alcobas, la cocina, y el comedor y todos los enseres de la casa entre ellos una estufa a gas- Un horno en tierra y ladrillo, mejor dicho estoy para que el techo se me caiga encima, pues solamente ésta apuntada con con (sic) cercos de madera. También se ahogaron seis gallinas que tenía en el solar. Todos estos daños

⁹ En tal sentido ver la sentencia de 28 de noviembre de 2002 de la Sección Primera, Exp: 7862, C.P: Olga Inés Navarrete Guerrero.

¹⁰ En similar orientación ver la sentencia de 14 de octubre de 2010 de la Sección Cuarta, Exp: 18208, C.P: William Giraldo Giraldo.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

los estimo en diez millones de pesos que espero que me sean cubiertos en el menor termino posible para solucionar mi problema". (fl. 7 C. 1).

10.2. Original del oficio de 8 de octubre de 1993 suscrito por el Secretario de Gobierno Municipal del Municipio de Neiva en el que indicó:

"Con relación a su nota de fecha octubre 6 del presente año, me permito manifestarle que fotocopia de esta fue enviada al Gerente del IMOC, al señor Alcalde Mayor de Neiva, a la Jefe de la Oficina Jurídica y al Gerente de las Empresas Públicas Municipales, para conocimiento y demás fines pertinentes". (fl. 8 C. 1).

10.3. Copia auténtica de la petición elevada por el apoderado judicial del actor ante el Juzgado Civil Municipal de Neiva en el que solicita una prueba anticipada de Inspección Judicial con intervención de peritos al inmueble de propiedad del señor José Ignacio Molina Grillo, ubicado en la Cra 9ª. con Avenida la Toma, distinguido en su puerta de entrada con los Nos. 11-29 de la nomenclatura urbana de Neiva (fls 10-11 C.1).

10.4. Copia auténtica del auto del 21 de octubre de 1993 proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Neiva mediante el cual se dispuso la práctica de la inspección judicial al inmueble de propiedad del señor José Ignacio Molina, ubicado en la carrera 9ª. con Avenida la Toma, número 11-29 (fl. 13 C.1).

10.5. Copia auténtica de la relación de elementos de propiedad del señor José Ignacio Molina Grillo, que a consideración de su apoderado no fueron inventariadas en la diligencia de Inspección Judicial (fls. 23-24 C.1).

10.6. Original del oficio del 10 de julio de 1998 expedido por el Departamento de Planeación Municipal de Neiva – Huila en el que se consignó la siguiente información:

"En respuesta a su solicitud, comedidamente nos permitimos comunicarle que en visita realizada al predio de la calle 9 No. 11-29 y consultando el perfil vial de la calle 9 encontramos el siguiente:

Ancho de vía: 21.00 metros

Andén: 1.50 metros

Césped: 1.00 metros

Separador: 2:00 metros

Antejardín: 3:00 metros

Se constató que dicho predio presenta una zona de parqueo en el área de andén y césped". (fl. 66 C.1).



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

10.7. Original del oficio Número 8.2/ 2155 expedido por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi - Seccional Huila – en la que el Director Seccional manifestó:

"(...) Es de anotar que la nomenclatura Kra 9 No. 11-29 de esta ciudad le fue cancelada a la mejora construida en el predio No. 01.02.0233.0009.000 quedando como nomenclatura actual la Kra. 9 No. 10-15 la misma del predio citado. (fl. 67 C.1).

3.2. Inspecciones judiciales

10.8. Copia autentica de la Diligencia de Inspección Judicial adelantada por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Neiva el 1 de diciembre de 1993 al inmueble del señor José Ignacio Molina Grillo, en la que se señaló:

"(...) UBICACIÓN.- Se halla situado en la carrera 9ª. número 11-29 de esta localidad.
ALINDERACIÓN.- Oriente, con la carrera 9ª; Occidente, con el Edificio San Lorenzo, distinguido con el número 11-12 de la carrera 8D; Norte, con el inmueble de la carrera 9ª. Nr. 11-51, no se hallaron ocupantes; y sur, con lote perteneciente al mismo JOSE IGNACIO MOLINA, distinguido también con el número 11-29 de la carrera 9ª.
DISTRIBUCIÓN.- El inmueble se halla construido en bahareque, posee dos puertas de entrada en madera, pintadas de color verde, posee otra entrada más, sin puerta, la cual se asegura con una hoja de zinc sobrepuesta. En la parte oriental, por la carrera novena, se halla construido un muro con bloque de cemento, donde se halla construido un portón en lámina de hierro. Posee tres alcobas, piso en cemento rustico. Hacia el fondo, se halla otra construcción también en bahareque, a punto de derribarse, sostenida por unas columnas de madera. Más hacia el fondo se halla otra construcción en Bahareque. Las tejas en zinc. El lote donde se halla la casa es de gran extensión.

(...)

La casa de bahareque, que queda a la entrada, presenta rastros de humedad y grietas en sus paredes, con sus cimientos bastante deteriorados. En las paredes se observan los rastros de humedad a una altura de 1.60 metros. En el muro que da a la calle, en su parte superior, se observa una grieta de unos diez centímetros y un asentamiento de la misma pared, es decir, desnivel de la pared, producto de la misma humedad. En el corredor interior, que da entre la primera construcción y la segunda; el muro que sostiene la puerta, el muro presenta agrietamientos al contorno de la misma puerta. En relación con la habitación que da frente al comedor; por el costado sur; presenta un agrietamiento de unos diez centímetros, que permite ver hacia la calle. Con relación a la segunda construcción situada en el costado sur-oriental, se observa una humedad que va del cimiento hacia arriba, en toda la extensión de la pared, los cimientos están totalmente destruidos. Las dos habitaciones que hacían parte de la construcción, están derrumbadas quedando solamente pedazos de muro, es decir, escombros y se esta sosteniendo por cuatro columnas de madera, de un grosor de 10 por cinco y otras de 10 por 7. El despacho deja constancia que la pared ubicada en el costado sur – oriental de la habitación de la primera construcción, que presenta un agrietamiento de 10 centímetros, en una esquina también presenta desplome y corrida hacia la calle unos diez centímetros, es decir, desencajada. En el corredor interior, ubicado entre la primera y segunda construcción, hacia el costado sur, la pared presenta agrietamiento y desplome, con un agrietamiento de unos 60 centímetros aproximadamente. La pared, además esta corrida hacia atrás, en unos 20 centímetros. La cocina o construcción del fondo, está en el estado y en estado de escombros. En el lote que da frente a la construcción, se presentan cimientos de un muro, en bloque de cemento, de una altura de VEINTIDOS (22) metros de fondo, por



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

dos metros sesenta de altura, aproximadamente, se aclara, que la dimensión del lote en su fondo es de 27 metros y no de 22. Parte del muro se halla en el suelo y otro parado, pero con agrietamiento. El Despacho deja constancia que una estufa de gas, marca Sueco, se observa oxidada. Según el solicitante, fue destruida el día de la avalancha. También observa el Despacho que en el lote, al frente de la construcción existe ropa tirada en el suelo y llena de lodo, que según el peticionario, fue la que arrastró la avalancha en la noche del insuceso". (fls. 21-22 C.1).

10.9. Original de la Inspección Judicial realizada el 19 de marzo de 1998, dentro del proceso de reparación directa de José Ignacio Molina Grillo contra el Municipio de Neiva. Allí los peritos designados indicaron:

"(...) La casa en donde reside el señor MOLINA GRILLO, no aparece distinguido con ningún número de la nomenclatura urbana de Neiva, explicando al respecto el demandante que el Número se cayó hace algún tiempo, lo mismo que el contador de agua le fue sustraído. La casa esta construida en material de bareque y guadua, cubierta en teja de Zinc y soporte en madera. Los peritos que actúan en la diligencia anotan que la construcción de bases, cimientos, estructuras, los muros inferiores se perdieron. Al fallar los cimientos y mampostería inferior, cedieron los muros superiores, tocando el nivel del piso, al punto que la puerta de entrada a la habitación en donde duerme el señor demandante mide actualmente un metro de alto. En este momento lo que existe de construcción, que es muy poco, presenta un estado acentuado de deterioro y en cualquier momento, en opinión de los peritos, puede presentarse el desplome o colapso total de la construcción. Es decir, lo que hay de construcción se así se puede llamar, está en pésimo estado.

(...)

Respecto a los puntos a que se contrae la inspección judicial, los peritos después de examinar la carrera 9ª frente a la vivienda del señor Molina observa lo siguiente: Respecto al primer punto: No existe terraplenes para la construcción de la carrera 9ª, ni existe sardineles. Respecto al segundo punto, referente al alcantarillado para aguas lluvias, existen dos sumideros para desagües (sic) de aguas lluvias, ubicado sobre la carrera 9ª frente al inmueble inspeccionado, concretamente en el costado oriental, uno de ellos en tubería de cemento de 16 pulgadas de diámetro, (ubicado), y el otro en la esquina entre la carrera 9ª y la Av. La Toma, con una tubería de cemento de 18 pulgadas de diámetro, ambos sumideros de reciente construcción, entendiéndose como menos de un año. Internamente en el lote donde funciona actualmente un taller de reparación de vehículo, en el costado sur, y sobre la Avenida la Toma, con la línea del parámetro actual, se localiza una alcantarilla con cabezote y tubería de cemento, de 20 pulgadas de diámetro, cuya construcción data de hace más de 5 años. **Tales desagües (sic) aún los de reciente construcción resultan insuficientes para la recolección y evacuación de las aguas lluvias, resultando incompleta la obra, requiriéndose una obra adicional, que encause las aguas lluvias hacia los sumideros.** (subrayado y negrita fuera del texto). En relación al tercer punto atinente a la insuficiencia de los desagües, para conducir las aguas lluvias para la canalización de la Toma, queda absuelto con lo observado en el punto anterior. Con relación al punto cuarto, osea (sic) si por razón de las obras anotadas se ha formado un vación (sic) o hueco en la propiedad del demandante, se observa que no existe vacio (sic) o hueco, pero si un desnivel acentuado del terreno un empalme del nivel de la vía y el terreno del inmueble en mención (...). (fls. 62-64 C.1).



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

3.3 Dictamen pericial

10.10. Copia autentica del experticio rendido por el perito evaluador dentro del proceso de la referencia, cuyos apartes más significativos se transcriben a continuación:

"(...)1- Que si se observa que a causa de las lluvias caídas se hallan destruidas las bases del inmueble perteneciente al señor José Ignacio Molina Grillo; como también se determinan residuos de algunos enseres de hogar. (Ropas, estufa y demás)

2- Es cierto que la causa de la inundación se debió a que la construcción de la "AVENIDA" la Toma, se hizo un terraplén que dejó más abajo las construcciones del señor José Ignacio Molina G; así como un mayor nivel de la carrera 9ª pues al pavimentar la vía fue necesario elevar igualmente su nivel, además la falta de alcantarillas, que por el desnivel de la calle, recoge todas las aguas de la carrera 9ª arriba llevándolas necesariamente a dicha construcción.

3- Que otro de los motivos por los cuales se inundó las edificaciones del señor José Ignacio Molina G fue la construcción del edificio de la asociación residencial CAPURGAN, que taponó las salidas de las aguas lluvias.

4- Que por las huellas dejadas por las aguas en las paredes, arboles y tapias: si se puede establecer el nivel de las aguas (1.60) dentro de las propiedades del señor José Ignacio Molina G.

5- Al observar prácticamente los escombros de la construcción del inmueble del señor José Ignacio Molina Grillo es fácil deducir los demás daños causados por la inundación.

6- Según todas las observaciones hechas para efectuar este avalúo, en mi calidad de perito evaluador estipulo un valor de un millón quinientos mil pesos (1.500.000) para los enseres destruidos y deteriorados por dicha inundación. (Enseres de hogar).

Que según todas las observaciones hechas a esta construcción perteneciente al señor José Ignacio Molina G, puedo avaluar todos sus daños por un valor de doce millones quinientos mil pesos. (\$12.500.000)".

3.4. Fotografías

10.11. Copia auténtica de las fotografías tomadas al inmueble ubicado en la carrera 9ª con Avenida la Toma, número 11-29 perteneciente al señor José Ignacio Molina Grillo (fls. 25-27 C.1).

4. Problemas jurídicos.

11 Se puede plantear como problemas jurídicos: a) ¿se generó un daño antijurídico como consecuencia de los hechos acaecidos el 1 de octubre de 1993 en los que se produjo la inundación del inmueble ubicado en la carrera 9ª con avenida la Toma, distinguido con el número 11-29 de la nomenclatura de Neiva



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

respecto del cual el señor José Ignacio Molina Grillo ostenta la calidad de poseedor?; b) ¿cabe imputar fáctica y jurídicamente la responsabilidad, por el daño antijurídico demostrado, a la entidad pública demandada, por no haber adoptado las medidas precautorias y de gestión del riesgo, o se configura una eximente de responsabilidad a favor de la misma entidad, teniendo en cuenta la actitud pasiva del demandado?

Debe abordarse, en primer lugar, si se encuentra o no demostrado el daño antijurídico, teniendo en cuenta el estudio coherente, crítico, armónico y conjunto del acervo probatorio.

5. Análisis de la impugnación.

12 El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte demandada – Municipio de Neiva- en el recurso de apelación, específicamente en lo que tiene que ver con la imputación de la responsabilidad patrimonial a la entidad pública demandada y condenarla a la indemnización de los perjuicios reclamados, sin que haya operado la culpa exclusiva de la víctima.

6. Daño antijurídico.

6.1. La noción de daño en su sentido general.

13 Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser *antijurídico*. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de *antijurídico* y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo, tal y como lo explica Mazeaud:

"Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

jurídicamente protegido» (...)"¹¹

6.2. La noción de daño antijurídico.

14 Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (bienes e intereses), que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.

15 Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

16 El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹² y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"¹³; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien

¹¹ MAZEAUD. Lecciones de derecho civil. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo-Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510.

¹² "(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo". PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: "¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión". MARTÍN REBOLLO, Luis. "La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas", en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA): Caracas, Universidad Católica Andrés-Bello, 2006, pp.278 y 279.

¹³ LARENZ. "Derecho de obligaciones", citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas,



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa¹⁴; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable"¹⁵, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos¹⁶; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹⁷, o de la cooperación social¹⁸.

17 En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la

2011, p.329.

¹⁴ SCONAMIGLIO, R. "Novissimo digesto italiano", citado en DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁵ "(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas". PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", ob., cit., p.186.

¹⁶ "Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? (...) el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación". MILL, John Stuart. Sobre la libertad. 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153.

¹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción", próxima publicación.

¹⁸ Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: "la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado (...) El otro elemento corresponde a "lo racional": se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas". RAWLS, John, Liberalismo político, 1ª ed, 1ª reimp. Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

“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”¹⁹. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “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”²⁰.

18 De igual manera, la jurisprudencia 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”²¹.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía– sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad “estatal” haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

19 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"²². Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable²³, anormal²⁴ y que se trate de una situación jurídicamente protegida²⁵.

20 En casos, como el que ocupa la atención de la Sala, se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamada a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece²⁶.

²² Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana". Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

²³ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

²⁴ "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

²⁵ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

²⁶ "(...) el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo (...) Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta "el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

21 La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño antijurídico, el cual se produjo como consecuencia de la inundación ocurrida el día 1 de octubre de 1993 en el inmueble ubicado en la carrera 9ª con avenida la Toma, Número 11 -29 respecto del cual el señor José Ignacio Molina se encontraba en posesión.

22 Lo anterior se deriva del análisis de la inspección judicial realizada al inmueble el 1 de diciembre de 1993 por el Juzgado Tercero Civil del Municipio de Neiva en donde al respecto de lo señalado, se indicó:

"(...) La casa de bahareque, que queda a la entrada, presenta rastros de humedad y grietas en sus paredes, con sus cimientos bastante deteriorados. En las paredes se observan los rastros de humedad a una altura de 1.60 metros. En el muro que da a la calle, en su parte superior, se observa una grieta de unos diez centímetros y un asentamiento de la misma pared, es decir, desnivel de la pared, producto de la misma humedad. En el corredor interior, que da entre la primera construcción y la segunda, el muro que sostiene la puerta, el muro presenta agrietamientos al contorno de la misma puerta. En relación con la habitación que da frente al comedor, por el costado sur, presenta un agrietamiento de unos diez centímetros, que permite ver hacia la calle. Con relación a la segunda construcción situada en el costado sur-oriental, se observa una humedad que va del cimiento hacia arriba, en toda la extensión de la pared, los cimientos están totalmente destruidos. Las dos habitaciones que hacían parte de la construcción, están derrumbadas quedando solamente pedazos de muro, es decir, escombros y se esta sosteniendo por cuatro columnas de madera, de un grosor de 10 por cinco y otras de 10 por 7. El despacho deja constancia que la pared ubicada en el costado sur - oriental de la habitación de la primera construcción, que presenta un agrietamiento de 10 centímetros, en una esquina también presenta desplome y corrida hacia la calle unos diez centímetros, es decir, desencajada. En el corredor interior, ubicado entre la primera y segunda construcción, hacia el costado sur, la pared presenta agrietamiento y desplome, con un agrietamiento de unos 60 centímetros aproximadamente. La pared, además esta corrida hacia atrás, en unos 20 centímetros. La cocina o construcción del fondo, está en el estado de descombro. En el lote que da frente a la construcción, se presentan cimientos de un muro, en bloque de cemento, de una altura de VEINTIDOS (22) metros de fondo, por dos metros sesenta de altura, aproximadamente, se aclara, que la dimensión del lote en su fondo es de 27 metros y no de 22. Parte del muro se halla en el suelo y otro parado, pero con agrietamiento. El Despacho deja constancia que una estufa de gas,

suficientemente grave" (...) La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiese reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido (...) La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirlo de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial". HENAO, Juan Carlos, "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", en *VVAA, Daño ambiental*, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

marca Sueco, se observa oxidada. Según el solicitante, fue destruida el día de la avalancha. También observa el Despacho que en el lote, al frente de la construcción existe ropa tirada en el suelo y llena de lodo, que según el peticionario, fue la que arrastró la avalancha en la noche del insuceso".

23 Lo que, además, se contrasta con el dictamen pericial presentado por el perito evaluador el 13 de diciembre de 1993, mediante el cual se señaló:

"(...)1- Que si se observa que a causa de las lluvias caídas se hallan destruidas las bases del inmueble perteneciente al señor José Ignacio Molina Grillo; como también se determinan residuos de algunos enseres de hogar. (Ropas, estufa y demás)

2- Es cierto que la causa de la inundación se debió a que la construcción de la "AVENIDA" la Toma, se hizo un terraplén que dejó más abajo las construcciones del señor José Ignacio Molina G; así como un mayor nivel de la carrera 9ª pues al pavimentar la vía fue necesario elevar igualmente su nivel, además la falta de alcantarillas, que por el desnivel de la calle, recoge todas las aguas de la carrera 9ª arriba llevándolas necesariamente a dicha construcción.

3- Que otro de los motivos por los cuales se inundó las edificaciones del señor José Ignacio Molina G fue la construcción del edificio de la asociación residencial CAPURGANA, que taponó las salidas de las aguas lluvias.

4- Que por las huellas dejadas por las aguas en las paredes, arboles y tapias; si se puede establecer el nivel de las aguas (1.60) dentro de las propiedades del señor José Ignacio Molina G.

5- Al observar prácticamente los escombros de la construcción del inmueble del señor José Ignacio Molina Grillo es fácil deducir los demás daños causados por la inundación.

6- Según todas las observaciones hechas para efectuar este avalúo, en mi calidad de perito evaluador estipulo un valor de un millón quinientos mil pesos (1.500.000) para los enseres destruidos y deteriorados por dicha inundación. (Enseres de hogar).

Que según todas las observaciones hechas a esta construcción perteneciente al señor José Ignacio Molina G, puedo avaluar todos sus daños por un valor de doce millones quinientos mil pesos. (\$12.500.000)".

24 A su turno, de la inspección judicial realizada por el Tribunal Administrativo del Huila, el 19 de marzo de 1998 es posible concluir:

"(...) La casa está construida en material de bareque y guadua, cubierta en teja de Zinc y soporte en madera. Los peritos que actúan en la diligencia anotan que la construcción de bases, cimientos, estructuras, los muros inferiores se perdieron. Al fallar los cimientos y manposteria (sic) inferior, cedieron los muros superiores, tocando el nivel del piso, al punto que la puerta de entrada a la habitación en donde duerme el señor demandante mide actualmente un metro de alto. En este momento lo que existe de construcción, que es muy poco, presenta un estado acentuado de deterioro y en cualquier momento, en opinión de los peritos, puede presentarse el desplome o colapso total de la construcción. Es decir, lo que hay de construcción se así se puede llamar, está en pésimo estado.

(...)

Respecto a los puntos a que se contrae la inspección judicial, los peritos después de examinar la carrera 9ª frente a la vivienda del señor Molina observa lo siguiente: Respecto al primer punto: No existe terraplenes para la construcción de la carrera 9ª, ni existe sardineles. Respecto al segundo punto, referente al alcantarillado para aguas lluvias, existen dos sumideros para desagues (sic) de aguas lluvias, ubicado sobre la carrera 9ª frente al inmueble inspeccionado, concretamente en el costado



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

oriental, uno de ellos en tubería de cemento de 16 pulgadas de diámetro, (ubicado), y el otro en la esquina entre la carrera 9ª y la Av. La Toma, con una tubería de cemento de 18 pulgadas de diámetro, ambos sumideros de reciente construcción, entendiéndose como menos de un año. Internamente en el lote donde funciona actualmente un taller de reparación de vehículo, en el costado sur, y sobre la Avenida la Toma, con la línea del parámetro actual, se localiza una alcantarilla con cabezote y tubería de cemento, de 20 pulgadas de diámetro, cuya construcción data de hace más de 5 años. Tales desagües (sic) aún los de reciente construcción resultan insuficientes para la recolección y evacuación de las aguas lluvias, resultando incompleta la obra, requiriéndose una obra adicional, que encause las aguas lluvias hacia los sumideros. (subrayado y negrita fuera del texto). En relación al tercer punto atinente a la insuficiencia de los desagües (sic), para conducir las aguas lluvias para la canalización de la Toma, queda absuelto con lo observado en el punto anterior. Con relación al punto cuarto, osea (sic) si por razón de las obras anotadas se ha formado un vación (sic) o hueco en la propiedad del demandante, se observa que no existe vacío o hueco, pero si un desnivel acentuado del terreno un empalme del nivel de la vía y el terreno del inmueble en mención (...). (fls. 62-64 C.1).

25 Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a la entidad demandada, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño. Antes de la imputación en el caso concreto, la Sala delimitará los fundamentos de la imputación, para luego examinar el caso en concreto.

7. Fundamento de la responsabilidad.

7.1. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

26 Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización"²⁷ de la responsabilidad del Estado²⁸ y se erigió como garantía de los derechos e intereses

²⁷ En la jurisprudencia constitucional se indica: "El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

²⁸ La "responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

de los administrados²⁹ y de su patrimonio³⁰, sin distinguir su condición, situación e interés³¹. 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"³². Como bien se sostiene en la doctrina, la "responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad³³; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público"³⁴.

hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización". Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política "consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos". Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

²⁹ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos "son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. La "responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

³⁰ "La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

³¹ La "razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal". Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

³² RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. "Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français", en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. "Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique", en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I. V.178.

³³ "La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos". MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

³⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo*



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

27 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado³⁵ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública³⁶ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo³⁷, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012³⁸ y de 23 de agosto de 2012³⁹.

28 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁴⁰, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas,

sistema., ob., cit., pp.120-121.

³⁵ *3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado". Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

³⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política "los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado". Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues "menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la imputatio juris' además de la 'imputatio facti'". Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura "siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión; ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público". Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

³⁷ "Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado". MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

³⁸ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

³⁹ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁴⁰ "La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos". SANCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

daño anormal; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la "superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen"⁴¹.

29 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁴², según el cual la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁴³. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las "estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas"⁴⁴.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁴² En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: "Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)". KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴³ El "otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴⁴ "Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas". MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [http://criminet.urg.es/recpc], pp.6 y 7.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

30 En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que "parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones"⁴⁵. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la "atribución", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta"⁴⁶.

31 Sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de "excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar"⁴⁷. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁴⁸. Es más, se sostiene doctrinalmente "que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la

⁴⁵ "El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente) la naturaleza del hombre". GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

⁴⁷ LARENZ, K. "Hegelszurechnungslehre", en MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

⁴⁸ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia". Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), si incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños"⁴⁹.

32 Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁵⁰ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁵¹ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro"⁵².

⁴⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁵⁰ "El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: "ley de la ponderación" (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁵¹ "La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compete con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁵² ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: "... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación -afirma Habermas- los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la "estricta prioridad" característica de los "puntos de vista normativos". HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms, Trad. William Rehg, Cambridge,



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

33 En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que "el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁵³ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁵⁴. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano"⁵⁵.

1999, p.259. A lo que agrega: "... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado". Para concluir que: "La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta". HABERMAS, Jürgen. "Reply to Symposium Participants", en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁵³ Deberes de protección que es "una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos". CASAL H, Jesús María. Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁵⁴ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt.Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁵⁵ A lo que se agrega por el mismo precedente: "En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad', en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

34 En una teoría de la imputación objetiva construida sobre dos ejes: las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁵⁶. El segundo eje tiene que ver con las finalidades, o fines, esenciales de la norma y su cumplimiento por parte del Estado, como sustento de la imputación jurídica producto de la ineficacia en el cumplimiento de los deberes positivos que están en cabeza de la administración pública.

caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss)". Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la "posición de garantía" debe modularse: "(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para si una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas". JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimpr. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

35 Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁵⁷, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁵⁸, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁵⁹.

36 Debe plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁶⁰, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁶¹, que en muchas ocasiones no se

⁵⁷ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁵⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁵⁹ “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”. ob., cit., p.308.

⁶⁰ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁶¹ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera "(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas —a manera de recetario— un específico título de imputación"⁶².

37 Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁶³ que permita la

atribución: El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración". MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: "Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones", ob., cit., p.311.

⁶² "En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado". Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁶³ "En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

38 Además, cabe considerar la influencia que para la imputación de la responsabilidad pueda tener el principio de precaución, al exigir el estudiarla desde tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Sin duda, el principio de precaución introduce elementos que pueden afectar en el ámbito fáctico el análisis de la causalidad (finalidad prospectiva de la causalidad⁶⁴), ateniendo a los criterios de la sociedad moderna donde los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la sociedad y que debe valorar el juez no pueden reducirse a una concepción tradicional superada.

39 La precaución es una acepción que viene del latín *precautio* y se compone del *prae* (antes) y la *cautio* (guarda, prudencia). En su definición, se invoca que el "*verbo precavere implica aplicar el prae al futuro –lo que esta por venir-, tratándose de un ámbito desconocido pese a las leyes de la ciencia, incapaces de agotar los recursos de la experiencia humana y el verbo cavere que marca la atención y la desconfianza*"⁶⁵. Su concreción jurídica lleva a comprender a la precaución, tradicionalmente, como aquella que es "utilizada para caracterizar

primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo "(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa»". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

⁶⁴ "La finalidad prospectiva del nexo de causalidad resulta de naturaleza preventiva de la acción de responsabilidad fundada sobre el principio de precaución. El daño no existe todavía, el nexo de causalidad no se ha podido realizar, el mismo (...) se trata a la vez de prevenir el daño y al mismo tiempo evitar que tal actividad no cause tal daño. La finalidad del nexo causal es por tanto prospectiva ya que se busca que el nexo de causalidad sin permitir reparar el perjuicio si se anticipa a él (...) Opuesto a una responsabilidad reparadora que exigiría un nexo causal a posteriori, la responsabilidad preventiva exige en la actualidad un nexo causal a priori, es decir un riesgo de causalidad". BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.560.

⁶⁵ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.3



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

ciertos actos materiales para evitar que se produzca un daño”⁶⁶. Entendida la precaución como principio⁶⁷, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico⁶⁸ “exige tener en cuenta los riesgos que existen en ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas”⁶⁹. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos⁷⁰, es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impida o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos).

40 En los anteriores términos, cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado analizando dos extremos: el régimen de responsabilidad aplicable al Estado cuando se producen daños antijurídicos con ocasión de inundaciones por una posible omisión de la entidad encargada de la reconstrucción y evacuación de las aguas lluvias; y, la realización del juicio de imputación para el caso en concreto

⁶⁶ BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, ob. cit., p.4.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald, Taking rights seriously, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.24: “el principio es una proposición jurídica que no es necesariamente escrita y que da orientaciones generales, a las cuales el derecho positivo debe conformarse. Esto implica que no se aplicará según la modalidad de “all or nothing”, sino que se limitará a dar al juez una razón que milita a favor de un tipo de solución u otro, sin pretender tener la apariencia de una norma vinculante”.

⁶⁸ SADELEER, Nicolás, “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en GARCÍA URETA, Agustín (Coord), Estudios de Derecho Ambiental Europeo, Lete, Bilbao, 2005, p.270: “entre otras funciones encontramos la función de inspiración del legislador, de orientación del derecho positivo, de relleno de lagunas, de resolución antinomias, así como la función normativa”.

⁶⁹ BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, ob. cit., p.5.

⁷⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-57/96 National Farmers Union y otros; asunto C-180/96 Reino Unido c. Comisión; asunto C-236/01 Monsanto Agricultura Italia: “cuando subsistente dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, pueden adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos” (subrayado fuera de texto).



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

7.2 Imputación de la responsabilidad en el caso en concreto

41 El presente caso, como en otros en los que se trató de desbordamientos e inundaciones⁷¹, se estudiará bajo el título de la falla en el servicio, en atención a que la parte actora adujo en su escrito de demanda que se presentaron omisiones por parte de la entidad demandada en la acometida del servicio de alcantarillado deguas lluvias, en abrir los desagües de estas aguas a la canalización de la Toma en cantidad suficiente y por el levantamiento o terraplén hecho sobre la Avenida la Toma y la Cra 9ª, que generó la inundación y consecuente afectación al inmueble en el que residía el actor.

42 Para el examen, la Sub-sección en el caso concreto (en sus dos extremos: ámbito fáctico y atribución jurídica) precisa determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y su encaje en los criterios con base en los cuales se puede establecer [bien sea se acredite una, varias, o todas ellas] la existencia de la omisión por parte de la entidad demandada en la inundación ocurrida el día 1 de Octubre de 1993 al inmueble ubicado en la carrera 9ª con Avenida la Toma, número 11-29 respecto del cual el señor José Ignacio Molina ostenta la calidad de poseedor, como consecuencia de la fuerte lluvia que cayó en la ciudad de Neiva para tal fecha.

43 Lo primero que hay que decir al respecto es que la parte demandante fundamentó sus pretensiones en una supuesta falla de la entidad demandada, afirmando que la misma es atribuible al Municipio de Neiva por tres motivos. El primer de ellos, relacionado con la omisión en la acometida del servicio de alcantarillado de aguas lluvias o recolector de aguas lluvias; el segundo atinente a la omisión en abrir los desagües de estas aguas a la canalización de la toma en cantidad suficiente; y, el tercero por el levantamiento o terraplen hecho sobre a Avenida la Toma y la Cra 9ª.

44 Establecido lo anterior, el *ad quem* encuentra que las anteriores circunstancias,

⁷¹ Sentencia de 10 de septiembre de 1993, expediente: 6144; sentencia de 20 de septiembre de 2007, expediente: 16014; sentencia de 22 de abril de 2009, expediente: 17000; sentencia de 9 de junio de 2010, expediente: 18375.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

por las cuales se pretende endilgar responsabilidad al Municipio de Neiva, se encuentran debidamente acreditadas. Pues bien, en relación con la afirmación que hacen los demandantes consistente en la omisión en la acometida del servicio de alcantarillado de aguas lluvias o recolector de aguas lluvias, la Sala encuentra, dentro del material probatorio allegado al expediente, acreditada tal aseveración. En efecto en la diligencia de Inspección Judicial adelantada por el Tribunal Administrativo del Huila al inmueble ubicado en la Carrera 9ª No. 11- 29 se hizo constar: *"Respecto al segundo punto, referente al alcantarillado para aguas lluvias, existen dos sumideros para desagües de aguas lluvias, ubicado sobre la carrera 9ª frente al inmueble inspeccionado, concretamente en el costado oriental, uno de ellos en tubería de cemento de 16 pulgadas de diámetro, (ubicado), y el otro en la esquina entre la carrera 9ª y la Av. La Toma, con una tubería de cemento de 18 pulgadas de diámetro, ambos sumideros de reciente construcción, entendiéndose como menos de un año. Internamente en el lote donde funciona actualmente un taller de reparación de vehículo, en el costado sur, y sobre la Avenida la Toma, con la línea del parámetro actual, se localiza una alcantarilla con cabezote y tubería de cemento, de 20 pulgadas de diámetro, cuya construcción data de hace más de 5 años. **Tales desagües (sic) aún los de reciente construcción resultan insuficientes para la recolección y evacuación de las aguas lluvias, resultando incompleta la obra, requiriéndose una obra adicional, que encause las aguas lluvias hacia los sumideros.**"*

45 Por su parte, en relación con la manifestación que hacen los demandantes consistentes en la omisión en abrir los desagües de estas aguas a la canalización de la toma en cantidad suficiente, encuentra la Sala que dicha aseveración se sustenta en el material probatorio obrante en el proceso. Así pues, de la Inspección Judicial realizada por el Tribunal Administrativo del Huila al inmueble anteriormente descrito es posible constatar que: *"En relación al tercer punto atinente a la insuficiencia de los desagües (sic), para conducir las aguas lluvias para la canalización de la Toma, queda absuelto con lo observado en el punto anterior".*

46 Ahora bien, en consideración a la afirmación realizada por los demandantes en lo atinente a el levantamiento o terraplén hecho sobre la Avenida la Toma y la Cra 9ª la Sala no encuentra, dentro del material allegado al expediente, prueba que



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

permita respaldar, sustentar o si quiera, corroborar esa aseveración; por el contrario en la Diligencia de Inspección Judicial se indicó: "*No existen terraplenes para la construcción de la carrera 9ª, ni existe sardineles*". Es decir, que la manifestación efectuada por la parte actora carece de veracidad.

47 La Sala, apreciando el acervo probatorio y fundada en el principio de la sana crítica y en un análisis conjunto, armónico y coherente, aborda lo relativo a la existencia de una causal exonerativa de responsabilidad como es el hecho o culpa exclusiva de la víctima [propuesto por la demandada en su recurso de apelación]. En cuanto a esta causal, para la Sala cabe aproximar [brevemente], y con el objetivo de dotar de continuidad al precedente, el tratamiento que se ha dado a dicha causal.

48 Uno de los primeros precedentes de la Sala, en plena transición entre la vigencia de la Carta Política de 1991 y la superación de aquella de 1886, señaló que el hecho o culpa exclusiva de la víctima debe reunir unas características:

"Para que la culpa de la víctima se tipifique se deben dar los siguientes elementos: a) Una relación causal entre el hecho de la víctima y el daño. Si la víctima no contribuye en alguna forma a la producción del evento perjudicial, su conducta no puede tener repercusiones en el campo de la responsabilidad; b) El hecho de víctima debe ser extraño y no imputable al ofensor, y c) Debe ser ilícito y culpable. Cualquier circunstancia particular del caso no puede aceptarse como hecho de la víctima, pues se corre el riesgo de pecar por informalidad jurídica en la aplicación de la ley y el derecho, al caso concreto"⁷².

49 Posteriormente, el precedente se orientó hacia el fundamento de esta causal en una dimensión subjetiva, entendiéndose "que la conducta de la víctima, contribuyó a la realización del resultado dañoso"⁷³, de tal manera que se indagaba si

⁷² Sentencia de 17 de octubre de 1991. Exp.6644. Dichas características fueron matizadas, o si se quiere ajustadas en un precedente posterior, sentencia de 10 de agosto de 2005. Exp.15127, en el que se vino a sostener que la "culpa de la víctima para que se constituya en exonerante de responsabilidad, como en este caso, debe contener las siguientes características; primera: que sea causal a la realización del daño y segunda: que no sea imputable al demandado, es decir que éste no haya provocado el daño".

⁷³ Sentencia de 9 de noviembre de 1995. Exp.10823. Construcción jurídica que tuvo continuidad en la sentencia de 10 de febrero de 2000. Exp.11582, según la cual: "Los antecedentes probados dan cuenta que ese hecho tuvo como causa una conducta irregular del Estado, nacida del comportamiento de Agente suyo con arma de dotación oficial. En cuanto a la concurrencia de la víctima en la causación del daño, la Sala no encuentra configurada de ninguna manera, culpa atribuible a la víctima con potencialidad de justificar la reducción del quantum indemnizatorio. Sobre este particular la Sala desea precisar que el comportamiento de la víctima que habilita al



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

voluntariamente o no el sujeto que demandaba la indemnización se había asumido el evento que representaba un potencial riesgo, total o parcialmente. Dicho precedente tuvo una matización en u otro precedente de la Sala, en el que se sostuvo que la "la ausencia de valoración del riesgo por parte de las víctimas constituye una conducta negligente relevante", de tal manera que se llega a valorar que "la causa eficiente y adecuada del daño si fue, efectivamente, la culpa exclusiva de las víctimas"⁷⁴.

50 En otros precedentes, la Sala funda la aplicación del hecho o culpa exclusiva de la víctima, causal exonerativa de responsabilidad, en los criterios de imprevisibilidad e irresistibilidad, adoptados como criterios genéricos que operan para las denominadas "causas extrañas" [fuerza mayor y hecho de un tercero, además]. De acuerdo con este precedente,

"La Sala, en numerosas sentencias, ha reconocido la imprevisibilidad e irresistibilidad del suceso invocado por la entidad demandada como eximente de responsabilidad, bajo la modalidad del hecho exclusivo de la víctima, circunstancias que deberán examinarse en cada caso concreto"⁷⁵.

51 Sin embargo, en los más recientes precedentes las Sala parece superar la construcción jurídica que afirmaba que el hecho o culpa exclusiva de la víctima tiene alcance subjetivo, estableciendo que el juez sólo debe constatar si fue determinante, única o eficiente para la producción del daño, lo que no permite enervar la responsabilidad extracontractual del Estado.. En ese sentido, se sostiene que para,

"(...) efectos de que opere el hecho de la víctima como causal eximente de responsabilidad, es necesario determinar si su proceder –activo u omisivo– tuvo injerencia, o no, en el daño y en qué medida... se insiste, para definir si habría sido la actividad de la víctima la causa eficiente del daño, deben analizarse sus actos y las consecuencias... En ese orden de ideas, debe reiterarse que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por la víctima sea causa del daño y que constituya la raíz determinante del mismo"⁷⁶.

52 El anterior precedente ha tenido continuidad, y ha sido ampliado

juzgador para reducir el quantum indemnizatorio (Art. 2.357 Código Civil) es el que contribuye en la producción del hecho dañino - *concausa* -; es decir, cuando la conducta de la persona dañada participa de manera cierta y eficaz en el desenlace del resultado". Así mismo, en las sentencias de 20 de febrero de 2003. Exp.14144; de 29 de enero de 2004. Exp.14590.

⁷⁴ Sentencia de 1 de marzo de 2006. Exp.13764.

⁷⁵ Sentencia de 23 de abril de 2008. Exp.16235.

⁷⁶ Sentencia de 4 de febrero de 2010. Exp.18320.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

argumentándose:

"En otros términos, no es la voluntariedad del hecho de la víctima lo que determina la causa del daño, por lo tanto, ésta puede actuar de manera involuntaria o aún sin consciencia de lo que hace, su actuación se puede explicar por el descuido de quien tenía su guarda y, sin embargo, ese hecho cuando sea la causa eficiente del daño exonerará de responsabilidad a la entidad demandada... Cabe reiterar, como lo ha precisado la Sala que en los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser causa única o concurrente del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad, porque si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa. En pocos términos: en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado la valoración objetiva de la intervención causal tanto de la Administración como de la propia víctima resultan suficientes para determinar si la causa eficiente del daño lo fue la actuación del ente demandado o de la víctima, con el fin de establecer si hay lugar a condenar a aquélla o a absolverla por haberse producido una causal excluyente de responsabilidad, o si ambas concurrieron en la producción del daño y, entonces, reducir el valor de la indemnización en proporción directa a la mayor o menor contribución de la conducta de la víctima en su producción"⁷⁷.

53 En atención a lo anterior, la Sala dará continuidad al precedente en la materia de manera que para el caso concreto no se encuentra demostrado, por ninguno de los medios probatorios aprehensibles, que el hecho o culpa de José Ignacio Molina Grillo por "negligencia en el mantenimiento de su casa de habitación" haya sido determinante, o fácticamente eficiente o único elemento a considerar por el juez, y que lleve a concluir que no hay lugar a formular la atribución jurídica del daño a la entidad demandada, por el contrario lo determinante está constituido por el cúmulo de omisiones y de incumplimientos que se producen por parte de la entidad demandada, a los que la Sala llega fundándose en los presupuestos de los hechos probados.

54 Una vez efectuado el análisis de la causal exonerativa – Culpa Exclusiva de la Víctima- propuesta por la entidad demandada, esta Sala, procederá a realizar el estudio de la culpa de un tercero como eximente de responsabilidad del demandado – Municipio de Neiva- en razón a que fue propuesta por el apoderado judicial de la entidad accionada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

⁷⁷ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17179.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

55 Para asumir el estudio de esta causal de exoneración de responsabilidad de la administración traeremos a colación un pronunciamiento jurisprudencial de esta Corporación, que al respecto del tratamiento dado a la misma ha preceptuado:

"En efecto, el factor de exoneración a que se hace referencia [se refiere al hecho de un tercero] tiene como función principal el impedir la configuración de la denominada relación de causalidad, razón por la cual los daños experimentados por la víctima no pueden ser reconducidos, desde el punto de vista puramente material, a la conducta del demandado; sin embargo, si la ocurrencia fáctica no puede atribuirse al hecho del tercero íntegra y exclusivamente, el fenómeno jurídico que se configura no es la causal de exoneración del hecho de tercero, sino por el contrario, una participación plural en el desenvolvimiento o desenlace de la cadena causal, que se concreta en el daño experimentado por la víctima".⁷⁸

56 Así pues, para este Despacho no resultan de recibo las consideraciones expuestas por el apoderado judicial de la entidad accionada en el recurso de apelación presentado, puesto que admitir que la construcción del edificio de la Asociación Residencial Capurganá y la omisión del actor en adoptar alguna determinación al respecto contribuyó a la generación del daño es improcedente; y la razón es apenas lógica, se trata de apreciaciones de carácter subjetivo, que no encuentran sustento alguno.

57 Ahora bien, el a- quo mediante sentencia del 2 de octubre de 2003 al respecto de la responsabilidad de la entidad demandada – Municipio de Neiva- y la posible conducta omisiva del accionante, indicó:

"(...) Ha dejado claro la primera de las diligencias judiciales con la intervención de perito (fl. 27), que fuera de las anteriores obras, al parecer terminadas en el año de 1993, contribuyó en la obstaculización de las corrientes de aguas lluvias, la construcción del edificio de la Asociación Residencial CAPURGANÁ (f.27), que taponó la salida de dichas aguas. Detalla la Sala que ni frente a la construcción del citado edificio, ni con la adecuación de terrenos y construcción de las avenidas Novena (9ª) y la Toma, el ahora actor no realizó ningún reclamo o gestión para evitar los perjuicios que ahora reclama, por el contrario se quedó en estado de postración, encontrando ello que su no actividad le hace responsable igualmente de los hechos demandados de los cuales reclama indemnización.

(...)

La administración podía exonerarse de responsabilidad habiendo demostrado que no existió falla en el servicio, o que el acaecimiento del daño devino por el hecho de un tercero, o por culpa de la víctima o por fuerza mayor; encuentra la Sala, como se ha destacado anteriormente en los párrafos anteriores, que el estado de postración del actor ha sido igualmente determinante para que la construcción de bahareque existente en el predio de la carrera novena (9ª) con número once guión veintinueve (11-29) quedara en primer lugar más abajo que las avenidas La Toma y Novena, y en segundo lugar, que no se advirtiera que dicho desnivel en contra del predio

⁷⁸ Expediente 12407; actores Elvia María Ortiz Godoy y Otros. contra Secretaría de Obras Públicas y Otros, Dr. Daniel Suárez Hernández.



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

conduciría y recibiría las aguas lluvias de las avenidas y demás predios de mayor nivel, todo lo cual también se podía haber corregido con el diseño y construcción de las obras de ingeniería correspondientes, para asegurar el destino final de dichas escorrentías hacia el receptor de aguas lluvias de la canalización de la quebrada la Toma. Por ello, como se ha determinado que el acaecimiento del daño también devino por la inacción del actor, y realizadas las operaciones concernientes, la Sala ha determinado que la entidad demandada solo responda por el veintidós punto cuarenta y cuatro por ciento (22,44%) de parte de los daños demandados, lo que así se determinará en la parte resolutive".

58 De lo señalado, resulta evidente que el a quo fundamento su decisión en la concurrencia de culpas existente entre el actor –José Ignacio Molina Grillo- y la entidad accionada- Municipio de Neiva- por considerar que había lugar a la aplicación de esta figura procesal, consistente en que: *"Para la producción del resultado dañoso interviene la acción u omisión del perjudicado que incide en la esfera de su propia responsabilidad"*.

59 Pese a lo indicado por el fallador de primera instancia, esta Sala, se aparta de las razones expuestas en su providencia, por considerar que no hay lugar a declarar la concurrencia de culpas entre las partes, pues no resultan de recibo los reproches realizados al actor, en tanto este no desplegó las actividades tendientes a impedir la construcción del edificio de la Asociación Residencial CAPURGANÁ. Lo anterior, en razón a que resulta apenas lógico que en cabeza del señor Molina Grillo no recaía tal obligación. Ahora bien, en lo referente a la falta de sifones al interior de la vivienda que permitiesen en un momento dado la desocupación de aguas lluvias que reposaran en el patio de la vivienda; encuentra esta Corporación que de los diferentes elementos de prueba aportados al proceso no es posible concluir la veracidad de la anterior afirmación.

60 Finalmente, y en razón a que el recurso de apelación contra la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Huila fue presentado por la entidad demandada – Municipio de Neiva- habrá de advertirse que no podrá hacerse más gravosa la situación del apelante único. Lo anterior, en virtud de lo señalado en la sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 9 de febrero de 2012 (expediente 21060) que al respecto de la situación descrita indicó:

"No sobra mencionar que otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatar la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *non reformatio in pejus*, por virtud de la



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

cual no resulta válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia".

Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, a cuyo tenor:

"Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

"El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

61 En conclusión, del análisis de los medios de prueba obrantes en el proceso y de lo señalado en líneas precedentes se concluye la responsabilidad de la entidad demandada – Municipio de Neiva-, en razón a la omisión en la construcción de desagües e insuficiencia de los ya existentes que permitieren la evacuación en debida forma de las aguas lluvias en la Avenida la Toma y la Cra 9ª, y que se constituyeron en la causa por la cual se generó un daño antijurídico al actor, esto es, la inundación de la casa de habitación en que residía.

8. Perjuicios

8.1 Perjuicios Materiales

Daño emergente

62 En la demanda la parte actora reclamó por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente a favor de José Ignacio Molina Grillo (afectado) la suma de catorce millones de pesos (\$14.000.000) Mcte.

63 En la Sentencia del 2 de octubre de 2003 el Tribunal Administrativo del Huila reconoció a favor del actor la suma de nueve millones ochocientos setenta y seis mil doscientos setenta y siete pesos con veintitrés centavos (\$9.876.277,23).

63 En consideración a que en esta instancia, se confirmara la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila se procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del C.C.A a actualizar el valor de la condena



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

impuesta por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante,
así:

IPC FINAL X 9.876.277,23
IPC INICIAL

IPC agosto/2013 X 9.876.277,23
IPC octubre/2003

113,89 X 9.876.277,23 = \$14.935.721,87
75,31

64 Luego, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente (en consideración a la actualización que precede) se reconocerá al actor la suma de CATORCE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS VEINTIUN PESOS CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS (\$14.935.721,87).

9 Condena en costas

65 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia recurrida, esto es, la dictada por el Tribunal Administrativo del Huila el 2 de octubre de 2003, en los siguientes numerales:



José Ignacio Molina Grillo y otros c. Municipio de Neiva y otro
Expediente 27225
Acción de reparación directa

“Primero: Declarar que el Municipio de Neiva, Huila, es administrativa y patrimonialmente responsable por la Falla en el Servicio, por omisión en las circunstancias expuestas en los considerandos, originando parcialmente los daños y perjuicios reclamados por los actores JOSE IGNACIO MOLINA GRILLO, JAIME MOLINA CALDERON Y ESPERANZAS HUERTAS MOLINA.

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración, se le condena a la parte Demandada Municipio de Neiva, Huila, a cancelar a favor del Demandante JOSE IGNACIO MOLINA GRILLO, los siguientes conceptos (...)

Tercero: Niéguese las demás pretensiones.

Cuarto: Dar cumplimiento a esta providencia de conformidad con lo preceptuado en los Artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.”

SEGUNDO: MODIFÍCASE la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Administrativo del Huila de 2 de octubre de 2003 en cuanto a la actualización del daño emergente reconocido en el numeral 2.1, el cual quedará de la siguiente manera:

“2.1.- Por **Perjuicios Materiales**, por concepto de daño emergente la suma de CATORCE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS VEINTIUN PESOS CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS (\$14.935.721,87)”.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE, el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

Olga Mérida Valle de la Hoz
OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Magistrada

Aclaración de voto