



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN**

Popayán, trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

EXPEDIENTE: 190013333006 2014 00287 00
DEMANDANTE: JESUS ALIRIO POTOSI Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE TIMBIO Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

SENTENCIA No. 265

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

Procede el Juzgado a decidir la demanda que a través del medio de control de Reparación Directa promueven **JESUS ALIRIO POTOSI** identificado con C.C. No. 1.466.340 y **TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI** identificada con C.C. 25.404.182, en contra del **MUNICIPIO DE TIMBIO, CAUCA – CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CAUCA**, tendiente a obtener la declaración administrativa y patrimonial de la parte demandada por los perjuicios causados a los actores, como consecuencia de la destrucción parcial e imposibilidad de volver a ocupar la vivienda de su propiedad, así como de los muebles y enseres con ocasión de una inundación presentada el día 19 de abril de 2012 en el municipio de Timbio, Cauca, hechos que considera atribuibles a las entidades demandadas.

Como consecuencia de lo anterior, pretenden que se condene a las entidades demandadas a realizar la siguiente reparación:

1.1.- Por perjuicios materiales:

- **Daño emergente:** por el daño material sobre el inmueble de su propiedad, la suma de \$35.014.500 a favor de JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI.
- **Daño emergente:** por el daño material por concepto de cánones de arrendamiento y los frutos que se generen a consecuencia del siniestro, la

¹ Folios 76-95 del Cuaderno Principal 1.

suma de \$350.000 que a la actualidad suman \$7.700.000 a favor de JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI.

1.2.- Por perjuicios inmateriales:

- **Perjuicios morales:** solicita el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes sufrido por JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI.
- **Daño a la vida en relación:** solicita el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes sufrido por JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI.

1.3. Hechos que sirven de fundamento

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la parte actora, en síntesis expresó lo siguiente:

Hace referencia a que los señores JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI son propietarios del inmueble identificado con número catastral 00-02-0001-0765-000, ubicado en la carrera 4 # 16°57 del barrio San Cayetano del municipio de Timbio, Cauca, la cual refiere fue adquirida por los demandantes mediante compraventa efectuada por Escritura Pública No. 979 de 02-06-2009, a la señora ANABERTA SAMBONI ACOSTA y JOSE ROGER ALVARADO BUESAQUILLO.

Respecto de los hechos de la demanda, señaló, que el día 19 de abril de 2012 el inmueble sufrió una inundación de una quebrada del río Timbio, que pasa por debajo de la casa, rompiendo tuberías y el 90% del suelo de la habitación principal, inundando todo el inmueble a una altura de un metro de agua residual, que destruyó e inutilizó totalmente los enseres al interior de la mencionada vivienda.

Por los anteriores hechos, sostiene que los demandantes quedaron imposibilitados para habitar su propiedad ya que la quebrada genera un riesgo para sus vidas, incremento de amenazas naturales, debido a la ocupación y/o adecuación de terrenos sin aptitud urbanística e inundables dado que la vivienda fue construida sobre el cauce del cuerpo de agua que fue entubado para posteriormente construir el piso y levantar muro, haciendo caso omiso a la normatividad aplicable para el uso de suelo y el respeto a los recursos naturales como lo señala el Código Nacional de los Recursos Naturales que establece que deberá ser una franja protectora del cuerpo de agua hasta 30 metros al lado y lado del cuerpo de agua, y por lo tanto, se violó la normatividad y se construyó sobre la misma quebrada.

Arguye que los hechos de la demanda son constitutivos de una presunta y probada falla en el servicio, pues los demandantes debieron soportar una carga social, económica, moral, extrema, al ser expuesto a un procedimiento ilegal y se ha configurado una responsabilidad objetiva.

En consecuencia, señala que se ha violado el derecho de los demandantes al goce de una vivienda digna, el componente de consolidación y restablecimiento socioeconómico que tienen los demandantes, como víctimas del delito de desplazamiento forzado y sujetos de especial protección constitucional.

En cuanto a la responsabilidad de cada una de las demandas, indica que frente al municipio de Timbio, se produjo negligencia y omisión de funciones que llevaron a los demandantes a incurrir en un error de altas, graves proporciones y delicadas consecuencias, ya que debió asesorar y entregar información clara y precisa sobre todos los detalles del procedimiento en atención a su solicitud de expedición del certificado de reconocimiento de construcción, debido a la calidad de sujeto de especial protección como desplazados. Por lo que se debió emitir certificado de reconocimiento de construcción No. 010 de fecha 10 de marzo de 2009 de manera responsable y en atención a la ruta para la adquisición de vivienda para este tipo de víctimas, observando el riesgo por la ubicación del bien inmueble y no como sucedió en el presente evento toda vez que se habilitó la continuidad del procedimiento para la adquisición de la vivienda conceptuando que no había riesgo y llevando a las consecuencias expuestas.

Agrega que los hechos materia de demanda fueron generados por un fenómeno natural como fue la fuerte ola invernal que se presentó en el año 2010 a 2012, lo cual si bien es una de las causales que contribuyó a la causación del daño, al ser entendido como un evento de **fuerza mayor**, es claro que ésta no fue la única circunstancia que generó los hechos por los que hoy se demanda, pues como se expondrá más adelante, la responsabilidad de la administración municipal de Timbio y de la CRC, resultan bastante comprometidas al avizorarse una edificación en una zona de **alto riesgo** el cual está certificado por la oficina de Planeación e Infraestructura del Municipio de Timbio, (C), (adjuntamos copia) el cual es **un elemento definitivo** para la continuación para el proceso de asignación de subsidio familiar de vivienda urbana para ser aplicado en la modalidad de adquisición de vivienda nueva o usada, El cual el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial de ese entonces, posterior al cumplimiento del requisito de que la edificación para adquisición no se encontrara en zona de alto riesgo, desembolsó el dinero del subsidio en mención con el fin del restablecimiento económico de las familias en situación de desplazamiento. Finalidad que ha esta fecha no se ha logrado concluir.

Por su parte, la Corporación Autónoma Regional del Cauca CRC incurrió en negligencia ya que proporcionó las circunstancias favorables para que se conceptuara de manera errada por medio del certificado de reconocimiento de construcción No. 010 de fecha 18 de marzo de 2009, la disponibilidad que se adquirieran un bien inmueble en zona de alto riesgo por el fenómeno de la Niña durante los año 2010-2011 que afectó en el 96% de los municipios.

2. Contestación de la demanda

2.1. Del municipio de Timbio, Cauca²

Por medio de apoderada constituida para el efecto, contestó la demanda oponiéndose a las declaraciones y condenas de la parte actora, ya que fue el demandante por su propia voluntad que construyó y violó las normas urbanísticas del municipio, por ende su actuar fue determinante en la ocurrencia del hecho.

Refiere que en la construcción en mención se invadió un zanjón que cruza por la colindancia de dicha propiedad, en exceso o más allá de la autorización dada en la licencia de construcción, que se evidencia en la licencia de construcción No. 010 del 18 de marzo de 2009 pues se excedió en 65 metros cuadrados invadiendo el zanjón de dicho sector.

Señala que los demandantes realizaron una construcción aledaña que puso en peligro a la comunidad del barrio San Cayetano, que no existe, nacimiento, río o riachuelo, en la zona aledaña a la vivienda, sino un zanjón, el cual fue intervenido por la parte demandante, ocasionando una aparente inundación, por hechos no naturales.

En consecuencia de lo anterior, sostiene que la ocurrencia del supuesto daño causado a la casa y los bienes del señor JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI, se produjeron por su propio actuar imprudente al construir una edificación más allá de lo autorizado en la licencia de construcción, causando un riesgo inminente para su casa, lo que se configura en la causal de exoneración de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

Se formularon las siguientes excepciones:

- Inexistencia del derecho reclamado: porque de acuerdo a la información suministrada por el municipio de Timbio, en el expediente no existe prueba alguna que indique que el hecho ocurrió.
- La culpa exclusiva de la víctima: como se señaló, el demandante por su propia voluntad construyó y violó las normas urbanísticas del municipio.

2.2. De la Corporación Autónoma Regional del Cauca³

Por intermedio de apoderado judicial presenta los argumentos de la contestación de la demanda en la que alega la falta de legitimación en la causa por pasiva por cuanto el presente caso se circunscribe a materia urbanística, de donde se desprende que son las autoridades municipales y departamentales a las que se les han asignado funciones y obligaciones. En ese sentido, conforme a la Ley 388 de 1997 las autoridades que legalmente autorizan la construcción de edificaciones en suelo tanto de índole urbana como de expansión urbana y rural son las curadurías urbanas o los distintos municipios y distritos, a través de sus autoridades y funcionarios competentes,

² Folios 113-118 cuaderno principal 1

³ Folios 128-132 cuaderno principal 1

según el caso, de donde se desprende que no son las corporaciones autónomas regionales los entes llamados a autorizar o negar la construcción de vivienda, salvo cuando ello conlleve un peligro para el medio ambiente, en especial para los recursos naturales renovables. En consecuencia, no existe ningún fundamento fáctico ni jurídico para que se vincule a la CRC.

Considera que existe una fuerza mayor porque para nadie es un secreto la ola invernal que azotó el territorio nacional en los años comprendidos entre 2010 y 2012 desbordó todas las previsiones y por tanto las precauciones tomadas por las autoridades, situación que aduce fueron certificadas por el IDEAM.

De conformidad con la Ley 99 de 1993 mediante la cual se han asignado las funciones a las corporaciones autónomas regionales, es inconcebible que la CRC se arrogue de manera arbitraria funciones que no le han sido asignadas legalmente sino que son del resorte de otras entidades como los municipios y las autoridades de planeación urbana, como en el caso del uso de suelos a cargo del municipio mientras que la CRC se encarga de velar por el cumplimiento de la normativa ambiental.

En ese sentido, la CRC no ha incumplido ninguno de los deberes legales y en lo que respecta al certificado de reconocimiento de construcción No. 010 del 18 de marzo de 2009, la CRC no tuvo nada que ver con la expedición de dicho documento sino que el mismo emanó de la alcaldía municipal de Timbio.

Adicionalmente, en la demanda no se señala de manera concreta en qué consistió la negligencia o supuesta omisión de la CRC, y en el presente caso se observa una ausencia de conducta de parte de la CRC. Por lo anterior, concluye diciendo que la demanda no tiene vocación de prosperidad.

3. Relación de etapas surtidas

La demanda se presentó el 4 de julio de 2014⁴; luego de ser inadmitida y corregida, se admitió mediante auto interlocutorio No. 1371 del 11 de noviembre de 2014⁵, fue debidamente notificada⁶, y se cumplió con las ritualidades propias del proceso según lo preceptuado por el artículo 179 del CPACA, así: se corrió traslado de las excepciones propuestas y una vez fijada la fecha para la celebración de la audiencia inicial, ésta se llevó a cabo el día 14 de febrero de 2017⁷, fijándose en ella la fecha para la audiencia de pruebas, la cual se realizó el día 17 de abril de 2017⁸, el 20 de noviembre de 2017⁹, el 15 de mayo de 2018¹⁰ y mediante auto interlocutorio No. 1378 del 18 de septiembre de 2018¹¹ se negó una solicitud de nulidad, se prescindió de la contradicción del informe pericial, se clausuró la etapa probatoria y se dispuso correr traslado a las partes para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión. Se le concedió al Ministerio Público la oportunidad para rendir concepto de fondo.

⁴ Folio 71 del Cuaderno Principal 1.

⁵ Folios 101-102 del Cuaderno Principal 1.

⁶ Folios 111 del Cuaderno Principal 1.

⁷ Folios 137-141 del Cuaderno Principal 1.

⁸ Folios 143-144 del Cuaderno Principal 1.

⁹ Folio 151-152 del Cuaderno Principal 1.

¹⁰ Folio 155 del Cuaderno Principal 1.

¹¹ Folios 161-162 del Cuaderno Principal 1.

4. Los alegatos de conclusión

4.1. De la parte demandante¹²

La apoderada de la parte demandante refirió que a los demandantes en su condición de desplazados por la violencia les fue asignado un subsidio familiar de vivienda urbana correspondiente a hogares desplazados por la violencia y en ese orden realizaron la compraventa del inmueble, con el subsidio familiar señalado; por medio de escritura pública No. 979 de fecha 2 de junio de 2009 en la que se determinó una declaración de construcción en suelo propio y en el que la Secretaría de Planeación e Infraestructura del municipio de Timbio concedió el respectivo permiso de reconocimiento de construcción No. 010 de fecha 18 de marzo de 2009.

Señala que la CRC como autoridad ambiental, debió haber hecho visita y verificación de las zonas de alto riesgo exigido al municipio de Timbio, que realizara su función de vigilancia y control, entregando y dejando diagnóstico y constancia de los resultados por medio del Comité Local para la Prevención y Atención de Desastres CLOPAD, donde se debió advertir sobre el riesgo de la ubicación de la vivienda del demandante. Sin embargo, indica que se encuentra probado que en el proceso nunca enviaron informe al CLOPAD.

Adicionalmente a lo dicho en la demanda, en esta oportunidad procesal sostiene que los hechos se produjeron por las precipitaciones prolongadas o intensas causando un desbordamiento del zanjón por el entubamiento de quien construyó la casa, ya que es un factor condicionante de una inundación como sucedió en el presente caso, dado el cauce reducido y obstruido, sumado a la obstrucción por palos, rocas, desechos de las otras casas que fue arrasando a su paso como resultado del alto volumen, velocidad y fuerza del agua, adicionalmente se presentó angostamiento de cauces por obras de infraestructura, falta de limpieza y acondicionamiento de los cauces e igualmente que es un hecho notorio dadas las condiciones climáticas por el fenómeno de la niña, la ola invernal que se presentó lo cual contribuyó a la causación del daño, al ser entendido como un evento de fuerza mayor e insiste en la edificación construida en una zona de alto riesgo el cual está certificado por la Oficina de Planeación e Infraestructura, donde se compromete la responsabilidad de la administración municipal y de la CRC.

4.2. De la parte demandada – Municipio de Timbio¹³

La apoderada judicial del municipio de Timbio, Cauca señala que en el proceso no existe sobre quien habitaba la casa, ya que los testigos se contradicen y solo un tercero que no es el propietario, habitaba la casa.

Asimismo indica que cerca de la casa del señor JESUS ALIRIO POTOSI no pasa quebrada alguna sino que existe una canalización la cual no fue realizada o autorizada por la administración municipal. Igualmente, la casa del demandante no está determinada en el PBOT, como zona de alto riesgo, por lo

¹² Folios 176-190 del Cuaderno Principal 1.

¹³ Folios 163-167 del Cuaderno Principal 1.

que este evento es un hecho aislado como consecuencia de la construcción ilegal de la canalización realizada.

Hace referencia a una visita realizada por un auxiliar administrativo de la Secretaría de Planeación Municipal a la construcción ubicada en la esquina de la carrera 14 con la vía que conduce a la vereda El Placer, propiedad del señor JESUS ALIRIO POTOSI, verificando que en la construcción en mención se invadió un zanjón que cruza por la colindancia de dicha propiedad, en exceso o más allá de la autorización dada en la licencia de construcción y prueba de ello es la licencia de construcción No 010 del 18 de marzo de 2019 la cual autorizaba la construcción de 74.5 metros cuadrados pero al realizar la medición de lo que está construido, presenta una intervención del 90% de la propiedad, es decir un área construida de 139.5 metros cuadrados, excediendo lo autorizado por el municipio de Timbio, los cuales invadieron el zanjón de dicho sector.

Frente al dictamen pericial resalta que si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor. Igualmente, de acuerdo al concepto del testigo técnico VICTOR HORACIO PEREZ, el dictamen presentado tiene muchas falencias e interrogantes. Así, frente a la franja de protección sostiene que para la construcción de un zanjón como fue realizado en la propiedad de los demandantes, se requiere autorización del ente municipal y de la autoridad ambiental. Sin embargo, fueron los demandantes quienes realizaron una construcción aledaña sin que existiese nacimiento, río o riachuelo sino un zanjón el cual fue intervenido por el demandante ocasionando una aparente inundación debido a la acumulación de aguas lluvias, por un hecho fortuito o extraordinario.

En ese sentido, considera que las actividades determinantes para la ocurrencia del supuesto daño a la casa y los bienes de JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI, fue su propio actuar imprudente, al construir una edificación más allá de lo autorizado en la licencia de construcción, causando un riesgo inminente para su casa y sus bienes, lo cual constituye una exoneración de responsabilidad bajo la culpa exclusiva de la víctima, puesto que construyó por su propia voluntad y violó las normas urbanísticas del municipio. Por lo tanto, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda y se condene a la parte demandante al pago de costas originadas en el proceso.

4.3. De la parte demandada – Corporación Autónoma Regional del Cauca CRC¹⁴

El apoderado judicial de la Corporación Autónoma Regional del Cauca reiteró la falta de legitimación en causa por pasiva respecto de la entidad que representa debido a que el presente asunto se circunscribe a materia urbanística, en ese orden, reitera los argumentos de la contestación de la demanda.

Igualmente reitera las demás excepciones que fueron formuladas en la contestación de la demanda como la fuerza mayor, la indebida elección del medio de control y la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹⁴ Folios 168-175 del Cuaderno Principal 1.

Frente al material probatorio del expediente, señala que al momento de los hechos la edificación se encontraba en obra negra y no contaba ni con puertas ni con ventanas, lo cual es importante para la tasación de perjuicios.

Señala que los demandantes debieron perseguir en juicio a quien obró como vendedor de la vivienda, lo que llevaría al campo del derecho civil pues se trata de un caso de vicios ocultos de la cosa adquirida, por lo que sobre el vendedor recae la obligación de salir al saneamiento por evicción.

Refuerza su argumento de la fuerza mayor a que según lo narrado por los testigos, en la misma noche de los hechos de la demanda se presentó otra catástrofe en la quebrada San Roque presentado por la alta intensidad de las lluvias para la época.

En cuanto a los perjuicios materiales refiere que no existe prueba idónea en el plenario que dé cuenta de los cánones de arrendamiento que dicen los demandantes han tenido que pagar en virtud de los hechos de la demanda.

Refiere que existen contradicciones en las declaraciones de los testigos, resalta lo manifestado por uno de ellos quien señaló que la quebrada no pasa debajo de la casa sino cerca de esta.

De la declaración del testigo técnico aduce que los demandantes adquirieron una vivienda que fue construida sin el lleno de los requisitos legales y en clara desatención a lo plasmado en la licencia de construcción por lo que quien debe ser sancionado es el propietario por incumplimiento de las normas urbanísticas.

En consecuencia, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

5. Concepto del Ministerio Público

No presentó concepto por escrito.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Presupuestos procesales

1.1. Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia

Como se anotó en acápites precedentes, se tiene que las pretensiones de la parte demandante se sustentan en hechos acaecidos el día 19 de abril de 2012, por lo que los dos años para presentar la demanda de que trata el numeral 2 literal i) del artículo 164 del CPACA irían hasta el 20 de abril de 2014.

Con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial de fecha 27 de marzo de 2014, se suspendió el término de caducidad hasta el 11 de junio de 2014, fecha en la cual se celebró la audiencia y se declaró fallida (fl. 99 C. Ppal.

1), suspendiéndose el término de caducidad por 24 días. La demanda fue presentada el 4 de julio de 2014 (fl. 71), es decir, que no operó el término de caducidad.

En este sentido debe precisar el despacho que mediante auto interlocutorio No. 250 del 14 de febrero de 2017 proferido en la audiencia inicial, se declaró que no había operado dicho fenómeno en este caso. Adicionalmente, como no se configuró ninguna omisión por parte de la CRC, no es procedente la excepción de inepta demanda en los términos en que fue desarrollada en la etapa de decisión de excepciones previas en la audiencia inicial.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza del medio de control, la cuantía y el lugar de ocurrencia de los hechos, este Juzgado es competente para conocer del presente asunto en primera instancia conforme lo prevé el artículo 155 numeral 6° de la Ley 1437 de 2011.

2. Lo probado en el proceso

De conformidad con el litigio fijado durante el trámite de la audiencia inicial y de las pruebas oportunamente arrojadas al expediente, el Despacho destaca aquellas que guardan utilidad y pertinencia para fallar.

- **Folio 21-24 C. Ppal. 1:** Escritura pública No. 979 del 2 de junio de 2009, consistente en compraventa de interés social en la que intervinieron la señora ANABERTA SAMBONI ACOSTA (vendedora) y JOSE ROGER ALVARADO BUESAQUILLO (compañero) y los señores JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI (compradores), donde la primera es propietaria de un inmueble – lote de terreno ubicado en la zona urbana del municipio de Timbio, Cauca en la carrera 4 No. 16ª-57 barrio San Cayetano, inmueble con una extensión superficial de terreno de 155 metros cuadrados con los siguientes linderos:

NORTE: Carretera principal que conduce a la vereda El Placer, en extensión de 10 metros.

SUR: Con predio de la señora ANABERTA SAMBONI, en extensión de 14.90 metros.

ORIENTE: Con vía interna al predio del señor Diego Tomas Vega, en extensión de 10 metros.

OCCIDENTE: Con predios de la señora Andrea Guaca, en extensión de 15 metros.

Se indica en la escritura pública que la señora ANABERTA SAMBONI fue autorizada por la Secretaría de Planeación e Infraestructura del municipio de Timbio, según documento de reconocimiento de construcción No. 010 de fecha 18 de marzo de 2009.

En consecuencia, por medio de dicha escritura se transfirió a título de compraventa a favor de los hoy demandantes, el derecho de dominio y posesión del inmueble en mención por un precio pagado con el importe

de un subsidio familiar de vivienda que asignó el Fondo Nacional de Vivienda a los compradores.¹⁵

- **Folio 27-28 C. Ppal. 1:** Certificado de tradición No. de matrícula 120-168035 de fecha 5 de septiembre de 2013, con la siguiente información:

Descripción: lote con extensión de 155 m2.

Aparecen como propietarios los señores JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI.

- **Folio 31-32 C. Ppal. 1:** Aparece que el día 23 de febrero de 2012, el señor JESUS ALIRIO POTOSI, solicitó a EMTIMBIO y a la alcaldía municipal de Timbio, realizar a una visita para verificar una tubería que presenta averías y advierte que de manera urgente se requiere porque con las fuertes lluvias se incrementa el problema.
- **Folio 34 C. Ppal. 1:** Obra constancia de nomenclatura de fecha 28 de abril de 2009, expedida por la Secretaría de Planeación e Infraestructura municipal de Timbio, Cauca en la que se certifica a la señora ANABERTA SAMBONI ACOSTA como propietaria del inmueble ubicado en la Carrera 4 No. 16º-57.
- **Folio 35 C. Ppal. 1:** Obra reconocimiento de construcción No. 010 de fecha 18 de marzo de 2009 expedido por la Secretaría de Planeación e Infraestructura del municipio de Timbio, que indica que al área catastral del terreno es de 1.55 mts cuadrados y un área de reconocimiento de 74,50 metros cuadrados en el que se indica que el propietario debe sujetarse a respetar las normas de urbanismo tales como espacio público, fachadas, parámetros, niveles y cualquier modificación debe consultarse con la Oficina de Planeación Municipal.
- **Folio 36 C. Ppal. 1:** Obra copia de una comunicación de fecha abril de 2006, del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, dirigida a los actores del presente caso, en el que informa que se les asignó un subsidio familiar de vivienda urbana por un valor de \$9.117.168 para ser aplicado en la modalidad de adquisición de vivienda nueva o usada.
- **Folios 37-38 C. Ppal. 1:** Copia de la Resolución No. 0619 del 31 de marzo de 2009 "Por la cual se amplía la vigencia de unos subsidios familiares de vivienda de interés social" hasta el 30 de septiembre de 2009, asignados a los hogares afectados por desastres naturales y atentados terroristas.
- **Folios 121-125 C. Ppal. 1:** Obra informe de auxiliar administrativo de la Secretaría de Planeación Municipal VICTOR HORACIO PÉREZ FERNANDEZ, de fecha 17 de abril de 2015, que trata de una visita para inspeccionar la construcción ubicada en la esquina de la carrera 4 con vía que conduce a la vereda El Placer, Sector San Carlos, propiedad del señor JESUS ALIRIO POTOSI y la señora TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI, en el que se anotó:

¹⁵ Folio 49 a 54 del cuaderno principal.

"También se verifica, tal y como se evidencia en el registro fotográfico adjunto, que dicha construcción invadió el área de protección de un zanjón que cruza por la colindancia de dicha propiedad, excediendo la autorización para construir, prueba de ello, es que la licencia de construcción No. 010 de marzo 18 de 2009, solo autoriza 74,50 metros cuadrados, pero al realizar la medición de lo que está construido, presenta una intervención con área construida mayor de 125 metros cuadrados, excediendo lo autorizado en aproximadamente 50,50 metros cuadrados, los cuales, evidentemente invadieron el área de protección para el zanjón con agua en dicho sector, adicional a la invasión del área que se hizo sobre la superficie del área de protección, también se evidenció, que se intervino sin autorización el caudal de dicho zanjón instalando tubería dentro del cauce natural, con el fin de rellenar y construir por encima de dicha tubería.

Es necesario precisar que ni en el plano 04 denominado zonificación de amenazas por fenómenos de remoción en masa e inundación área rural ni en los planos 016 denominado plan de ocupación de usos de suelo y 03 denominado Susceptibilidad por fenómenos de remoción en masa e inundaciones área urbana, del Plan Básico de Ordenamiento Territorial, dicho sector aparece como zona de alto riesgo, por tanto, este infortunado evento es un caso particular de la zona en el que de manera irresponsable y sin ninguna autorización se excedió una autorización realizando una construcción dentro de la franja de protección de una corriente de agua y canalizando con tubería de manera inadecuada una corriente de agua con el fin de rellenar y construir sobre dicho zanjón."

- **Folio 13 C. Pruebas:** Obra constancia expedida por la Secretaria de Planeación e Infraestructura Municipal de Timbio, Cauca de fecha 28 de abril de 2009, en la que certifica que el predio identificado con número catastral 00-02-0001-0765-000, inscrito a nombre de la señora ANABERTA SAMBONI ACOSTA, ubicado en la carrera 4 No. 16º57 del barrio San Cayetano, existe una construcción en ladrillo con vigas y columnas en concreto y cubierta con teja de asbesto cemento, dentro de la zona urbana del municipio y no está localizado dentro de una zona de alto riesgo.
- **Folio 27 C. Pruebas:** Se aportó en medio magnético actas de hechos sucedidos en el municipio de Timbio, y existe acta No. 08 de 2012 correspondiente a damnificados de la ola invernal de septiembre a diciembre 10 de 2011; al igual que acta 09 del 30 de mayo de 2012, correspondiente a damnificados de la ola invernal por hechos sucedidos el 29 de mayo del mismo año; acta 010 del 17 de julio de 2012 por una ola invernal del 12 de julio de 2012.
- **Folio 44 reverso C. Pruebas:** El personero municipal de Timbio, Cauca informó al despacho que revisado el archivo de gestión de la personería, no se encontró información relacionada con los hechos ocurridos el 19 de abril del año 2012 por motivo de la ola invernal y sobre los daños ocasionados a la vivienda de la familia POTOSI.

- **Folio 38 C. Pruebas:** El alcalde del municipio de Timbio, Cauca informó que no existe constancia de que el evento fue informado al CLOPAD.

3. Consideraciones previas al estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado

3.1.- La legitimación en la causa por activa

Tal como se indicó en la fijación del litigio realizada por el despacho en la audiencia inicial llevada a cabo el 14 de febrero de 2017, de la escritura pública No. 979 del 2 de junio de 2009 y copia del certificado de tradición de fecha 5 de septiembre de 2013, se observa que el inmueble ubicado en la carrera 4 # 16º -57, barrio San Cayetano de Timbio, Cauca identificado con matrícula inmobiliaria No. 120-168035, identifica como propietarios a los señores JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI.

Así las cosas, los actores en el presente caso están legitimados para comparecer como parte activa de la Litis como quiera que pretenden que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado por los supuestos perjuicios ocasionados por los hechos del 19 de abril de 2012.

A continuación, se pasará a estudiar si se encuentran acreditados los elementos de la responsabilidad estatal.

3.2.- El daño antijurídico

A efectos de que opere la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es, la obligación de reparar integralmente un daño, es necesario que se acrediten los dos elementos para su configuración: i) el daño antijurídico y ii) la imputación.

Debe entenderse el daño antijurídico como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación¹⁶.

De manera tal que *"la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable"*¹⁷.

La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los

¹⁶ Consejo de Estado – Sección Tercera, Sent. del 27 de enero del 2000, M.P: Alir E. Hernández Enriquez.

¹⁷ Sentencia C-533 de 1996, Corte Constitucional

administrados frente a la propia Administración¹⁸. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad y la igualdad, y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos¹⁹.

El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado. Por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura o hipótesis–, sin que sea relevante que sea actual (determinado), puesto que puede ser futuro (determinable), iii) que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, es decir, que no ampare situaciones ilícitas, y iv) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar o debatir el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio (*iure proprium*) o uno que le deviene por la vía hereditaria (*iure hereditarium*).

De acuerdo con todo lo anterior se hace necesario verificar si de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, la parte actora ha sufrido un daño, entendido como el perjuicio o menoscabo en su patrimonio, en su persona física o en su aspecto moral, interno o relacional, que no debía soportar.

El daño antijurídico que se pretende sea resarcido en la demanda producto de las afectaciones que se presentaron en el bien inmueble de propiedad de los demandantes como consecuencia de los hechos presentados en el municipio de Timbio, Cauca el 19 de abril de 2012, que se traduce en la imposibilidad de ocupar la vivienda, por la omisión en la normatividad aplicable para el uso de suelos y recursos naturales y el deber de vigilancia y control sobre los fenómenos de urbanización sobre la zona de ronda de las fuentes hídricas.

Ese daño se puede constatar de las siguientes pruebas aportadas oportunamente:

Las declaraciones en audiencia de pruebas llevada a cabo el día 17 de abril de 2017, en la que los señores JOSE FERMIN RODRIGUEZ, MARY ALBAN JIMENEZ y FREDY LEANDRO POTOSI manifestaron que efectivamente para el día 19 de abril de 2012 se presentó una inundación en horas de la noche que afectaría la vivienda de propiedad de los señores JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI, la cual generó daños materiales en el inmueble y sus muebles o enseres. Manifestaron que pasaba una tubería por la vivienda que sería la que colapsó y dio lugar a la inundación. Asimismo señalaron que por los hechos de ese día la vivienda quedó inhabitable por lo que sus propietarios abandonaron el lugar.

Igualmente, con la contestación de la demanda, el municipio de Timbio, Cauca aportó acta de visita de fecha 10 de agosto de 2013 del Consejo

¹⁸ Sentencia C-333 de 1996, Corte Constitucional

¹⁹ Sentencia C-832 de 2001, Corte Constitucional

Municipal para la Gestión del Riesgo de Desastre en el que se anotó que la vivienda del señor JESUS ALIRIO POTOSI sufrió graves daños en abril de 2012 a causa de una tubería que pasaba bajo la vivienda y que colapsó ante las fuertes lluvias que se presentaban, generando daños en la loza, cimientos y columnas de estar quedando inhabitable y en alta condición de vulnerabilidad al deterioro total del inmueble (fl. 126 C. Ppal.)

A continuación, pasará a analizarse si de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, el daño alegado es imputable a la administración o si por el contrario se configura alguna causal de exclusión.

3.3.- La imputación

En lo que concierne al título de imputación del daño a la administración, es pertinente poner de presente que la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación:

En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

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, tal y como se explicó previamente en esta sentencia²⁰.

Así las cosas, puede presentarse que existan razones tanto jurídicas como fáctica que justifiquen la aplicación de un título o una motivación diferente, dado que el daño puede ser producto de la conjunción de distintos hechos y omisiones por lo que debe estudiarse por separado cada uno de ellos, para luego establecer la incidencia causal de los mismos en la producción de la

²⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

inundación y finalmente determinar si el nexo causal se rompe por la configuración del hecho o actuación de terceros o de las mismas víctimas.

3.3.1.- Marco normativo – contenido obligatorio aplicable a las entidades demandadas

Una vez establecido el daño, es necesario verificar si el mismo resulta un daño antijurídico atribuible a las entidades demandadas, es decir, se trata de identificar si existe un nexo de causalidad entre la omisión alegada por la parte demandante y la inundación del predio de su propiedad.

Así las cosas, en los casos en que se imputa a las autoridades públicas la omisión en el cumplimiento de sus deberes, es preciso identificar los preceptos de orden constitucional, legal y reglamentario, así como los pronunciamientos judiciales, que hubieren precisado el alcance de sus obligaciones.

El artículo 80 de la Constitución Política establece que el Estado además de garantizar la conservación de los recursos naturales, deberá prevenir y controlar los factores los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Igualmente, la función del Congreso de reglamentar la creación y funcionamiento de corporaciones autónomas regionales (artículo 150 numeral 7).

En el artículo 8 de la Constitución Política de 1991 también se establece como obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación. El artículo 58 determina que es inherente a la propiedad una función ecológica. El artículo 63 consagra que los bienes públicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Y finalmente el artículo 95 plantea que es un deber de las personas proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.

La Ley 99 de 1993 *"Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones."*, creó y definió los objetivos de las Corporaciones Autónomas Regionales; en su artículo 23 señaló que son entes públicos integrado por las entidades territoriales, encargados de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.

El artículo 31 ibídem establece las funciones de las CAR:

"9) Otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la Ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente. Otorgar permisos y concesiones para aprovechamientos forestales, concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas y establecer vedas para la caza y pesca deportiva;

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

19) Promover y ejecutar obras de irrigación, avenamiento, defensa contra las inundaciones, regulación de cauces y corrientes de agua, y de recuperación de tierras que sean necesarias para la defensa, protección y adecuado manejo de cuencas hidrográficas del territorio de su jurisdicción, en coordinación con los organismos directores y ejecutores del Sistema Nacional de Adecuación de Tierras, conforme a las disposiciones legales y a las previsiones técnicas correspondientes;

PARÁGRAFO 3. Cuando una Corporación Autónoma Regional tenga por objeto principal la defensa y protección del medio ambiente urbano, podrá adelantar con las administraciones municipales o distritales programas de adecuación de áreas urbanas en zonas de alto riesgo, tales como control de erosión, manejo de cauces y reforestación; así mismo podrá administrar, manejar, operar y mantener las obras ejecutadas o aquellas que le aporten o entreguen los municipios o distritos para esos efectos;

PARÁGRAFO 4. Las Corporaciones Autónomas Regionales realizarán sus tareas en estrecha coordinación con las entidades territoriales y con los organismos a las que éstas hayan asignado responsabilidades de su competencia;"

A su vez, el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974, establece una regulación en términos de propiedad con relación a las zonas paralelas a los cauces permanentes. En el artículo 83, literal D, consagra que la faja paralela a las líneas de mareas máximas o el cauce permanente de ríos y lagos de hasta 30 metros es un bien inembargable e imprescriptible del Estado, excepto si existen derechos adquiridos. Asimismo, el Decreto establece las normas para la explotación y ocupación de cauces, playas y lechos; las servidumbres de riberas, la construcción y funcionamiento de obras hidráulicas; el uso, la conservación y la preservación de cauces y aguas. El Decreto consagra que para la explotación y ocupación de cauces, playas y lechos se requiere de permisos de la autoridad correspondiente. En la explotación la regulación menciona la extracción de material de arrastre (artículo 99), y la exploración y explotación de minerales (artículo 100). El artículo 101 ordena "...la suspensión provisional o definitiva de las explotaciones de que se derive peligro grave o perjuicio para las poblaciones y las obras o servicios públicos...". Con relación a la ocupación del cauce el Decreto señala las obras (artículo 102), la prestación de servicios como turismo, deporte, recreación (artículo 103); y el artículo 104 promulga que la ocupación permanente en las playas de los cauces solo se permite para la navegación, y que la transitoria requiere de autorización con excepción de la pesca de subsistencia.

Por su parte, la Ley 388 de 1997 de ordenamiento territorial en su artículo 35 define la categoría del suelo clasificado como de protección de la siguiente manera:

"Constituido por las zonas y áreas de terreno localizados dentro de cualquiera de las anteriores clases, que por sus características geográficas, paisajísticas o ambientales, o por formar parte de las zonas de utilidad pública para la ubicación de infraestructuras para la provisión de servicios públicos domiciliarios o de las áreas de amenazas y riesgo no mitigable para la localización de asentamientos humanos, tiene restringida la posibilidad de urbanizarse."

Esta Ley en su artículo 104 numeral 1 establece que quienes parcelen, construyan o urbanicen en terrenos de protección ambiental o en zonas calificadas como de riesgo, como son las rondas de cuerpos de agua, incurrirán en una infracción urbanística y por lo tanto deberán pagar una multa.

Asimismo, en materia de derecho ambiental, por mandato expreso de la Carta Política, en particular de su artículo 80, rigen los principios de prevención y de precaución, según los cuales de forma previa a la autorización o realización de una obra deben practicarse los estudios pertinentes para efecto de determinar la posibilidad de que esta cause un daño ambiental y, asimismo, en caso de no contar con suficiente evidencia técnica sobre las posibles consecuencias que la obra pueda producir, no se debe esperar a que se presenten graves alteraciones ambientales para adoptar las decisiones que correspondan, a fin de evitarlas o mitigarlas.

Ahora bien, corresponde en materia ambiental a los municipios y a los distritos con régimen constitucional especial, además de las funciones que les sean delegadas por la ley o de las que se deleguen o transfieran a los alcaldes por el Ministerio del Medio Ambiente o por las Corporaciones Autónomas Regionales, las siguientes atribuciones especiales, que se encuentran definidas en la Ley 99 de 1993:

"Ejercer, a través del alcalde como primera autoridad de policía con el apoyo de la Policía Nacional y en coordinación con las demás entidades del Sistema Nacional Ambiental -SINA-, con sujeción a la distribución legal de competencias, funciones de control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano."

Coordinar y dirigir, con la asesoría de las Corporaciones Autónomas Regionales las actividades permanentes de control y vigilancia ambientales que se realicen en el territorio del municipio o distrito con el apoyo de la fuerza pública, en relación con la movilización procesamiento, uso, aprovechamiento y comercialización de los recursos naturales renovables o con actividades contaminantes y degradantes de las aguas, el aire o el suelo."

Promover, cofinanciar o ejecutar, en coordinación con los entes directores y organismos ejecutores del Sistema Nacional de Adecuación de Tierras y con las Corporaciones Autónomas Regionales, obras y proyectos de irrigación, drenaje, recuperación de tierras, defensa contra las inundaciones y regulación de cauces o corrientes de agua, para el adecuado manejo y aprovechamiento de cuencas y microcuencas hidrográficas."

La Ley 810 de 2003 "Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones", en su artículo 9° que modificó el artículo 101 de la Ley 388 de 1997, refiere que una obra puede ser suspendida por el alcalde de oficio o a petición de parte en siguiente evento: **"En los casos de actuaciones urbanísticas, respecto de las cuales no se acredite la existencia de la licencia correspondiente o que no se ajuste a ella, el alcalde o su delegado, de oficio o a petición de parte, dispondrá la medida policiva de suspensión inmediata de todas las obras respectivas, hasta cuando se acredite plenamente que han cesado las causas que hubieren dado lugar a la medida."**

Ahora bien, los artículos 103 y 104 de la Ley 388 de 1997 que fueron modificados por el artículo 1° y 2° de la Ley 810 de 2003 que a su vez fue derogado por el artículo 242 de la Ley 1801 del 29 de julio de 2016, norma esta última que no puede ser aplicada toda vez que la misma no estaba vigente para los hechos materia del presente proceso, señala que cuando en una actuación de edificación se contravienen los planes de ordenamiento territorial o sus normas urbanísticas, dará lugar a las sanciones e infracciones urbanísticas allí previstas²¹.

Al Municipio le corresponde ejercer, entre otras, las siguientes funciones:

"Infracciones urbanísticas. *Modificado por la Ley 810 de 2003, nuevo texto:* **Toda actuación de construcción, ampliación, modificación, adecuación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación, que contravenga los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas** que los desarrollan y complementan incluyendo los planes parciales, dará lugar a la imposición de sanciones urbanísticas a los responsables, incluyendo la demolición de las obras, según sea el caso, sin perjuicio de la eventual responsabilidad civil y penal de los infractores. Para efectos de la aplicación de las sanciones estas infracciones se considerarán graves o leves, según se afecte el interés tutelado por dichas normas.

(...)

En los casos de actuaciones urbanísticas, respecto de las cuales no se acredite la existencia de la licencia correspondiente o que no se ajuste a ella, el alcalde o su delegado, de oficio o a petición de parte, dispondrá

²¹ Art. 2° Ley 810 de 2003: Toda actuación de construcción, ampliación, modificación, adecuación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación, que contravenga los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan incluyendo los planes parciales, dará lugar a la imposición de sanciones urbanísticas a los responsables, incluyendo la demolición de las obras, según sea el caso, sin perjuicio de la eventual responsabilidad civil y penal de los infractores. Para efectos de la aplicación de las sanciones estas infracciones se considerarán graves o leves, según se afecte el interés tutelado por dichas normas.

la medida policiva de suspensión inmediata de todas las obras respectivas, hasta cuando se acredite plenamente que han cesado las causas que hubieren dado lugar a la medida."

De conformidad con las normas citadas, es evidente que la ley no atribuye la competencia a una única autoridad de forma excluyente, sino que, por el contrario, se la otorga tanto a las corporaciones autónomas regionales como a los municipios. En ese entendido, es claro que dicha competencia debe ser cumplida por todas ellas, con base en el principio de colaboración armónica entre entidades públicas.

Efectivamente, la Ley 99 de 1993 dispone que la participación de las entidades territoriales en el Sistema Nacional Ambiental-Sina debe realizarse de conformidad con el principio de armonía regional, según el cual "[l]os Departamentos, los Distritos, los Municipios, los Territorios Indígenas, así como las regiones y provincias a las que la ley diere el carácter de entidades territoriales, ejercerán sus funciones constitucionales y legales relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables, de manera coordinada y armónica, con sujeción a las normas de carácter superior y a las directrices de la Política Nacional Ambiental, a fin de garantizar un manejo unificado, racional y coherente de los recursos naturales que hacen parte del medio ambiente físico y biótico del patrimonio natural de la nación" -artículo 63-. Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

"(...) Como se observa, en términos generales la Constitución establece deberes, y asigna competencias concurrentes a órganos del orden nacional y territorial en la protección del medio ambiente, sin delimitar su ámbito material, ni atribuir funciones específicas. Para desarrollar la Constitución, y articular la concurrencia de competencias, el legislador goza de una amplia potestad configurativa. Sin embargo, ésta debe sujetarse a un mismo tiempo, a diversos parámetros constitucionales. Para efectos de la decisión que corresponde adoptar a la Corte en esta oportunidad, deben tenerse en cuenta los siguientes parámetros. En primer lugar, la articulación del sistema debe propender por la efectividad de la protección del medio ambiente, y más generalmente, por el logro de los objetivos constitucionales en la materia. Por otra parte, el sistema debe permitir la participación de las personas y de las diferentes comunidades, en las decisiones que los afecten. Finalmente, la participación de los diferentes órdenes del Estado debe corresponder al principio de descentralización, el cual lleva implícito el carácter unitario del Estado colombiano.

Los anteriores parámetros constitucionales de protección del medio ambiente pueden entrar en tensión en casos concretos, y es deber del Estado entrar a armonizarlos, garantizando que se complementen entre sí, y velando por sacrificar al mínimo cada uno de ellos. Así, la efectividad de la protección y el principio de descentralización pueden entrar en tensión, debido a una protección ambiental deficiente dentro del orden nacional o local. Sin embargo, en tales casos la insuficiencia de la protección en alguno de estos dos ámbitos puede compensarse mediante el ejercicio de competencias concurrentes en cabeza de otros órganos del Estado, en ámbitos territoriales diferentes. De tal modo, si la protección a nivel nacional resulta insuficiente para preservar el ambiente en una localidad con un ecosistema especialmente

frágil, las autoridades de dicha localidad tienen la oportunidad de dispensar la protección adicional necesaria. Así mismo, si las autoridades territoriales no otorgan la protección necesaria a dicho ecosistema, los órganos competentes nacionalmente pueden entrar a subsidiar dicha falencia. En conclusión, el diseño constitucional abierto permite la concurrencia de competencias en materia ambiental. Esta competencia hace posible que a pesar de la omisión de una u otra autoridad, el Estado pueda garantizar la efectividad de la protección de las riquezas naturales (C.N. art. 8), asegurando que la comunidad y las generaciones futuras puedan gozar de un ambiente sano (C.N. art. 79).

Esta propiedad del sistema constitucional de protección del medio ambiente ya había sido reconocida anteriormente por la Corte en diversos pronunciamientos, en los que ha avalado el carácter concurrente de las competencias de las entidades encargadas de su protección, destacando sin embargo, el carácter nacional del interés bajo protección (...)

De lo anterior se tiene entonces, que el sistema constitucional de protección del medio ambiente tiene dos características orgánicas principales. En primer lugar, tiene un diseño abierto funcionalmente, lo cual permite la concurrencia de competencias entre la Nación, las Corporaciones autónomas regionales, las entidades territoriales, y las autoridades indígenas. En segundo lugar, teniendo en cuenta el carácter unitario del Estado colombiano, y una característica importante del bien jurídico objeto de protección (interdependencia de los ecosistemas), califican la protección del medio ambiente como un asunto de interés nacional. En esa medida, la responsabilidad por su protección está en cabeza de las autoridades nacionales. Sin embargo, también a las entidades regionales y territoriales les corresponde un papel importante en el sistema de protección del ambiente. Por lo tanto, es necesario indagar cuáles son los criterios constitucionales de distribución de competencias en materia ambiental²²."

Según lo expuesto, es evidente que la ejecución, financiación, control y promoción de obras o proyectos para la protección del medio ambiente y, en especial, aquellos destinados a la defensa contra las inundaciones y a la regulación de cauces o corrientes de agua, es una responsabilidad que comparten tanto las entidades territoriales, como las corporaciones autónomas regionales.

Así las cosas, puede presentarse que existan razones tanto jurídicas como fácticas que justifiquen la aplicación de un título o una motivación diferente, dado que el daño puede ser producto de la conjunción de distintos hechos y omisiones por lo que debe estudiarse por separado cada uno de ellos, para luego establecer la incidencia causal de los mismos en la producción de la inundación y finalmente determinar si el nexo causal se rompe por la configuración del hecho o actuación de terceros o de las mismas víctimas.

Frente a la CRC, la parte actora considera que es responsable por cuanto incurrió en negligencia al proporcionar las circunstancias favorables para que se conceptuara de manera errada por medio del certificado de

²² Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-894 de 7 de octubre de 2003, exp. D-4552, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

reconocimiento de construcción No. 010 de 18 de marzo de 2009 la disponibilidad que se adquiriera un bien inmueble en zona de alto riesgo.

Al municipio de Timbio, Cauca le atribuye responsabilidad por la negligencia y omisión de funciones representada en la Secretaría de Infraestructura y Planeación, las cuales llevaron a los demandantes a incurrir en un error de altas y graves proporciones, ya que como víctimas del delito de desplazamiento forzado no recibieron asesoría ni información relacionada con la solicitud de expedición del certificado de reconocimiento de construcción, por lo que el mentado documento, se debió emitir en atención a la ruta para la adquisición de vivienda para este tipo de víctimas, observando el riesgo del bien inmueble por su ubicación.

En la demanda se señala que el día 19 de abril de 2012, el inmueble de propiedad de los demandantes sufrió inundación de una quebrada afluente del río Timbio que pasa por debajo de la propiedad, rompiendo tuberías y el 90% del suelo de la habitación principal, inundando todo el inmueble a la altura de un metro de agua residual que destruyó e inutilizó totalmente los enseres al interior de la vivienda por lo que a raíz de esos hechos los demandantes han quedado imposibilitados para habitar su propiedad. En ese orden, consideran que el paso de la quebrada genera una mayor exposición y riesgo, debido a que se trata de la ocupación y/o adecuación de terrenos sin aptitud urbanística ya que son terrenos inundables.

3.3.3.- Marco normativo aplicable al subsidio de vivienda urbana para población desplazada

A continuación se ponen de presente las normas aplicables al subsidio de vivienda urbana y que fueron expedidos en vigencia de los hechos de la demanda.

Decreto 951 de 2001. (Mayo 24) "Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 3ª de 1991 y 387 de 1997, en lo relacionado con la vivienda y el subsidio de vivienda para la población desplazada."

"Artículo 9o. Subsidio a la vivienda usada. Para el caso de la población desplazada, el subsidio de vivienda se podrá destinar a la adquisición de vivienda usada, siempre y cuando dicha solución no se encuentre localizada en zonas de riesgo, ni en áreas urbanas o rurales no legalizadas del respectivo municipio y se acredite la titularidad del derecho de dominio en cabeza del vendedor, mediante certificado de tradición y libertad en el que conste, además, que el bien se encuentra libre de cualquier gravamen o limitación a la propiedad. En todo caso se debe observar el límite previsto en el inciso tercero del artículo anterior."

El Decreto 3111 DE 2004. (Septiembre 23). "Por el cual se reglamentan las Leyes 3ª de 1991, 708 de 2001 y 812 de 2003 y se modifica el artículo 18 del Decreto 951 de 2001."

"Artículo 3º. Convocatoria, postulación, calificación y asignación. Fonvivienda convocará y calificará las postulaciones,

asignando los subsidios de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones legales vigentes. Para las convocatorias del subsidio familiar de vivienda en dinero ya abiertas o futuras, Fonvivienda podrá asignar el subsidio ofreciéndole a los postulantes una asignación en dinero y una asignación complementaria en especie de manera simultánea. En estos casos, las familias deberán contar con un subsidio ya asignado o haber sido preseleccionadas en los procesos de convocatoria del subsidio en dinero. Harán parte de este Programa las familias que cumplan con los requisitos para la asignación incluyendo el financiamiento completo de la vivienda. La suma de los subsidios en dinero y en especie que otorgue Fonvivienda, no podrá exceder el tope del subsidio familiar de vivienda previsto en la normatividad vigente.

Los criterios de distribución regional y demás reglas y prioridades aplicables serán definidas por Fonvivienda mediante resolución al momento de apertura de la respectiva convocatoria.

Parágrafo 1º. Fonvivienda transferirá el dominio de los lotes a los beneficiarios y de las zonas de cesión obligatorias a las entidades territoriales, en ambos casos por medio de resolución administrativa debidamente registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Parágrafo 2º. En los eventos en que se demuestre falsedad en los documentos presentados para acreditar los requisitos para la asignación se dará aplicación a las sanciones previstas en la Ley 3ª de 1991.

Parágrafo 3º. En caso de renunciias al subsidio familiar de vivienda o de incumplimiento de los requisitos exigidos para la asignación, se podrá reemplazar los beneficiarios siguiendo el orden secuencial de calificación de los postulantes de la misma convocatoria o de otras convocatorias, si así se requiriera para la ejecución completa de los recursos disponibles, de conformidad con los criterios que determine Fonvivienda.

Para los efectos del inciso anterior, cuando se trate de víctimas de desastres naturales o de procesos de reubicación por riesgos no mitigables, el municipio deberá certificar dicha condición a las familias, como requisito para su postulación."

DECRETO 2480 DE 2005. (Julio 19) "Por el cual se establecen las condiciones de postulación, asignación y aplicación del subsidio familiar de vivienda urbana y rural que se otorga por el Fondo Nacional de Vivienda y el Banco Agrario de Colombia S. A., a hogares afectados por situación de desastre, situación de calamidad pública o emergencias que se presenten o puedan acaecer por eventos de origen natural y se dictan otras disposiciones en materia de subsidio familiar de vivienda."

"Artículo 3º. Beneficiarios. Modificado por el art. 3, Decreto Nacional 4587 de 2008. Podrán ser beneficiarios del subsidio familiar de vivienda los hogares conformados por una o más personas que integren el mismo grupo familiar, que se postulen en las convocatorias para asignación del

subsidio que para tal fin desarrollen el Fondo Nacional de Vivienda y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para hogares afectados de conformidad con lo establecido en el presente decreto así:

3.1 Serán beneficiarios del subsidio familiar de vivienda que otorga el Fondo Nacional de Vivienda aquellos hogares que cumplan con los requisitos normativos para acceder a este, y que se encuentren en una de las siguientes situaciones:

3.1.1 Hogares propietarios de una vivienda afectada, quienes podrán postular en las modalidades de adquisición de vivienda nueva, usada, mejoramiento o construcción en sitio propio en los tipos definidos en las normas vigentes sobre la materia.

La postulación para vivienda nueva o usada aplica solamente para los casos en que la vivienda afectada no sea objeto de mejoramiento ni de construcción en sitio propio.

3.1.2 Hogares en posesión de una vivienda afectada, quienes podrán postular en las modalidades de vivienda nueva, usada, mejoramiento o construcción en sitio propio, en los tipos de vivienda definidos en las normas vigentes sobre la materia.

Estos hogares no podrán ser objeto de asignación de subsidio familiar de vivienda para mejoramiento de la vivienda afectada.

3.1.3 Hogares que habitaban viviendas en calidad de arrendatarios, quienes podrán postularse en las modalidades de adquisición de vivienda nueva, usada, construcción en sitio propio o mejoramiento de una vivienda de su propiedad no ubicada en zona de alto riesgo no mitigable, en los tipos de vivienda definidos en las normas vigentes sobre la materia.

3.2 Podrán ser beneficiarios del subsidio familiar de vivienda rural aquellos hogares afectados de que trata el artículo 1º de este decreto, que se postulen en las convocatorias para las soluciones de vivienda de interés social rural contempladas en el artículo cuarto (4º) numerales 4.4.1, 4.4.2 y 4.4.3 del Decreto 973 de 2005.

Artículo 4º. Requisitos para la postulación al subsidio familiar de vivienda. Modificado por el art. 4, Decreto Nacional 4587 de 2008. Los requisitos para la postulación al subsidio familiar de vivienda urbano y rural serán los siguientes:

4.1 La postulación al subsidio familiar de vivienda urbano de que trata el presente decreto, la harán los hogares de manera individual y en las fechas de apertura y cierre de convocatorias determinadas por el Fondo Nacional de Vivienda, presentando ante las Cajas de Compensación el Formulario de Inscripción de Postulantes diseñado por Fonvivienda para tal fin, el cual será distribuido gratuitamente y anexando la documentación soporte que se indique en el mismo. De igual manera, los

hogares afectados postulantes al subsidio familiar de vivienda urbano, deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 27 del Decreto 975 de 2004 a excepción del numeral dos; y demostrar además los siguientes requisitos:

4.1.1 Estar inscritos en el censo oficial de afectados.

4.1.2 Presentar certificación expedida por la oficina de planeación municipal o quien haga sus veces, donde conste que el inmueble donde está ubicada la vivienda quedó, como consecuencia de los hechos en una zona de alto riesgo no mitigable, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 3° del artículo 6° del presente decreto.

4.1.3 Para los programas de mejoramiento de vivienda y construcción en sitio propio, presentar en el momento de la postulación, el certificado de libertad y tradición del inmueble en donde se demuestre el derecho de dominio por parte del hogar.

4.1.4 En caso de reubicación demostrar la transferencia del derecho de dominio o posesión del inmueble desalojado al municipio mediante certificación expedida por este. Este requisito debe cumplirse para efectos del desembolso del subsidio familiar de vivienda.

4.2 La postulación al subsidio familiar de vivienda rural se deberá realizar de conformidad con el procedimiento de postulación establecido en el Decreto 973 de 2005.

Artículo 5°. Asignación del subsidio familiar de vivienda urbano y rural. Los hogares postulantes serán objeto de asignación previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en este decreto así:

5.1 Para el subsidio familiar de vivienda urbano, los hogares quedarán organizados en forma descendente de mayor a menor puntaje y serán asignados hasta agotar los recursos destinados por el Fondo Nacional de Vivienda para atender la emergencia de acuerdo con lo estipulado en los artículos 36 y 37 del Decreto 975 de 2004.

5.2 Para el subsidio familiar de vivienda rural, la asignación se realizará de conformidad con lo establecido en el Decreto 973 de 2005.

Artículo 6°. Condiciones para la aplicación del subsidio familiar de vivienda urbano y rural. Las condiciones para la aplicación del subsidio familiar de vivienda urbano y rural serán así:

6.1 Para el subsidio familiar de vivienda urbano los hogares deberán identificar en el formulario de postulación, el programa y la modalidad a la que postulan. Las condiciones de postulación se mantendrán vigentes durante todo el proceso de asignación y pago del subsidio familiar de vivienda y se realizará exclusivamente a través de programas que desarrollen los siguientes componentes:

6.1.1 Programa de reubicación urbano:

Se orienta a resolver aquellos casos de afectación en las viviendas que, por el lugar donde se encuentran localizadas, no sea posible la reconstrucción de las mismas en razón de la disminución en la capacidad portante del terreno, o la inminente situación de riesgo no mitigable. Consiste en facilitar la reubicación de los hogares afectados en el mismo municipio u otro distinto del que habitaban, siguiendo las siguientes directrices:

6.1.1.1 Se promoverán las modalidades de adquisición de vivienda nueva para aplicación del subsidio en los planes de vivienda de interés social formulados por la entidad territorial, agotado lo anterior, se procurará la aplicación de los subsidios para la adquisición de vivienda nueva en los planes de vivienda existentes en el municipio; luego se aplicará para la adquisición de vivienda usada, lo anterior de acuerdo con los siguientes criterios:

6.1.1.1.1 En los casos en que en el municipio donde acaecieron los hechos no se presente oferta de vivienda, la entidad territorial formulará planes de vivienda de interés social. Los subsidios familiares de vivienda que otorgue el Fondo Nacional de Vivienda, serán orientados en cuanto a su aplicación a estos proyectos.

6.1.1.1.2 El subsidio podrá ser aplicado por los hogares en cualquiera de los planes de vivienda declarados elegibles.

6.1.1.2 El subsidio también podrá aplicarse para la adquisición de una vivienda usada entendiendo esta como aquella que cuenta con una o más inscripciones de propietarios en su respectivo folio de matrícula inmobiliaria de conformidad con lo establecido en el artículo 5° de la Ley 351 de 1991. En caso de la modalidad de vivienda usada, el subsidio debe aplicarse en un inmueble ubicado en un barrio legalizado y con servicios públicos, que tenga licencia de construcción y la titularidad del derecho de dominio en cabeza del vendedor debidamente demostrada por el certificado de tradición y libertad.

6.1.1.3 Aquellos hogares que cuenten con un lote de su propiedad podrán aplicar el subsidio en la construcción de una vivienda en este, ajustándose a lo dispuesto en el numeral 2.7 del artículo 2° del Decreto 975 de 2004.

Parágrafo 1°. Para la reubicación de los hogares que trata este decreto, el Gobierno Nacional promoverá la formulación de planes de vivienda de interés social que sean desarrollados por las entidades territoriales.

Parágrafo 2°. Cuando se trate de programas de reubicación, se deberá presentar ante el Fondo Nacional de Vivienda o su operador autorizado, certificado de cofinanciación de la entidad territorial para la ejecución del plan de vivienda.

Parágrafo 3°. De conformidad con lo previsto en el artículo 6° del Decreto-ley 919 de 1989 y el literal d) del numeral primero del artículo 10 de la Ley 388 de 1997, corresponderá al municipio delimitar las zonas de alto riesgo no mitigable por situación de desastre, situación de calamidad pública o emergencias previstas en el artículo 1° de este decreto. Con la delimitación se establecerán las restricciones de uso y ocupación con miras a la prohibición de licencias de construcción para realizar edificaciones en estos predios. Ver el art. 6 Decreto Nacional 1694 de 2007

De igual manera, corresponderá a los municipios definir los programas para el manejo y control de las áreas liberadas con el fin de evitar que estas sean habitadas nuevamente. Se entenderá que estas disposiciones se incorporan al plan de ordenamiento territorial del respectivo municipio.

6.1.2 Programa de Mejoramiento de Vivienda Urbana:

Es aquel por el cual el beneficiario del subsidio supera una o varias de las carencias básicas de la vivienda conforme a lo establecido en el artículo 2° numeral 2.8 del Decreto 975 de 2004, perteneciente a un desarrollo legal o legalizado, o una edificación, siempre y cuando su título de propiedad se encuentre inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos a nombre de uno cualquiera de los miembros del hogar.

Para el desembolso del subsidio familiar de vivienda para mejoramiento de vivienda o construcción en sitio propio, es necesario que estas no se encuentren ubicadas en zona de alto riesgo no mitigable. Para aquellas que se encuentren en zonas de alto riesgo mitigable, el municipio deberá garantizar la ejecución de las obras necesarias para mitigar el riesgo.

6.2 Para el subsidio familiar de vivienda rural, los hogares deberán hacer la postulación de acuerdo con la metodología de postulación establecida para el programa de vivienda de interés social rural y para los tipos de solución contemplados en el Decreto 973 de 2005.

6.1.2 Programa de Mejoramiento de Vivienda Urbana:

6.2.1 Programa de reubicación rural:

Este se orienta a resolver aquellos casos de afectación grave en las viviendas y terrenos donde están localizadas y que no sea posible la reconstrucción de las mismas, en razón de la disminución en la capacidad portante del terreno donde están localizadas, o la inminente situación de riesgo no mitigable, que consiste en facilitar la reubicación de los hogares afectados en el mismo municipio u otro distinto del que habitaban. Para lo cual los hogares realizarán su postulación para construcción de vivienda en sitio propio o adquisición de vivienda nueva.

De conformidad con lo previsto en el artículo 6° del Decreto-ley 919 de 1989 y el literal d) del numeral primero del artículo 10 de la Ley 388 de 1997, **corresponderá al municipio delimitar las zonas de alto riesgo no**

mitigable por situación de desastre, situación de calamidad pública o emergencias previstas en el artículo 1° de este decreto. Con la delimitación se establecerán las restricciones de uso y ocupación con miras a la prohibición de licencias de construcción para realizar edificaciones en estos predios.

De igual manera, corresponderá a los municipios definir los programas para el manejo y control de las áreas liberadas con el fin de evitar que estas sean habitadas nuevamente. Se entenderá que estas disposiciones se incorporan al plan de ordenamiento territorial del respectivo municipio.

Asimismo, en caso de reubicación demostrar la entrega del inmueble desalojado al municipio mediante certificación expedida por este. Este requisito debe cumplirse para efectos del desembolso del subsidio familiar de vivienda.

6.2.2 Programa de Mejoramiento de Vivienda Rural:

Para este programa se aplicará lo dispuesto en el Decreto 973 de 2005.

Artículo 7°. Planes de Vivienda urbana y rural. Modificado por el art. 5, Decreto Nacional 4587 de 2008.

7.1 Para el caso de planes de vivienda urbanos, se entienden como aquellas soluciones de vivienda de interés social urbanas subsidiables o el conjunto de ellas, dentro de las modalidades de adquisición de vivienda nueva, construcción en sitio propio o mejoramiento, establecidas en el artículo anterior, desarrollados por oferentes que cumplan con las normas legales vigentes para la construcción y enajenación de vivienda. En los casos de construcción en sitio propio y mejoramiento de vivienda, las soluciones pueden ser nucleadas o dispersas, objeto de una o varias licencias de construcción.

Parágrafo. Para aquellos planes de vivienda urbanos que atiendan a población afectada por situaciones de desastre o situación de calamidad pública debidamente certificadas mediante acto administrativo del Ministerio del Interior y de Justicia, la elegibilidad se entenderá dada por la licencia de construcción en los planes de vivienda formulados por las entidades territoriales, presentados en las modalidades de adquisición de vivienda nueva, construcción en sitio propio o mejoramiento, sin importar la categoría que ostente el municipio. Todos los aspectos legales, técnicos y financieros que garanticen la viabilidad para la ejecución del plan de vivienda deben estar debidamente certificados por el Alcalde Municipal y el Gobernador Departamental.

No obstante lo anterior, aquellos planes de vivienda urbano que requieran ser viabilizados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para efectos de lograr recursos de financiación de entidades del Estado diferentes al Fondo Nacional de Vivienda, deberán estar declarados elegibles por la entidad evaluadora o quien haga sus veces para el momento de solicitar la viabilidad.

7.2 Para los proyectos de vivienda de interés social rural establecidos en el presente decreto, cada proyecto de vivienda de interés social rural estará conformado por máximo 100 soluciones de vivienda subsidiable. Las entidades oferentes determinadas en el Decreto 973 de 2005 podrán presentar el número de proyectos que se requieran para postular a los hogares debidamente incluidos en los censos oficiales de que trata el presente decreto.

3.3.2.- Marco jurisprudencial por daños causados en el marco de desastres naturales

Sostiene la parte demandante que los hechos materia de demanda fueron generados por un fenómeno natural como fue la fuerte ola invernal que se presentó en el año 2010 a 2012, lo que a su juicio si bien constituye una fuerza mayor, no fue la única circunstancia que generó los hechos.

Cuando se está frente a un asunto de responsabilidad de la administración por daños causados en el marco de desastres naturales, el Consejo de Estado²³ ha sostenido de forma uniforme que la obligación indemnizatoria a cargo de la administración nace cuando se demuestra que las entidades competentes han omitido el cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con la previsión, prevención y atención de los hechos de la naturaleza lo que significa que para el juzgamiento de este tipo de casos es aplicable el régimen de falla del servicio.

Así las cosas, cuando se omite el cumplimiento del contenido obligacional debido a las funciones que desempeñan los sujetos accionados, ha de analizarse desde la figura de la posición de garante, definida por el mismo Consejo de Estado como *"aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho"*²⁴ por lo tanto, la omisión de esa obligación de intervención que se traduce en prevención o disminución del riesgo, es el que se convierte en el factor de atribución de responsabilidad²⁵.

Así lo ha dicho el Consejo de Estado:

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2007, Exp. 16014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En dicha providencia se resolvió una demanda por los daños causados a unos cultivos con ocasión del desbordamiento en la cuenca baja del río Cauca en el mes de junio de 1996.

²⁴ CE 3B, 12 Oct. 2017, e05001 23 31 000 2001 02300 01 (39354), M. Velásquez (e).

²⁵ CE 3C, 9 Jul. 2014, e70001-23-31-000-1998-00808-01(44333), E. Gil: *"(...) La posición de garante viene a significar un gran avance de las sociedades modernas y de los Estados Sociales de Derecho basados en principios constitucionales como el de la solidaridad y la prevalencia del interés general. Es entendida como la posibilidad de atribuir a un sujeto la responsabilidad por un daño, en principio, causado por la acción de un tercero o por un hecho (v.gr. de la naturaleza o del azar) pero que le es imputable al primero en la medida que se encontraba conminado a intervenir para impedir que el evento dañoso sucediera. En otras palabras, la posición de garante justifica el imputar un daño ante un comportamiento omisivo, de manera pues que se reputa autor también a quien se abstuvo de intervenir; es lo que se conoce desde el plano penal como la 'comisión por omisión'. (...)"*

"En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión, por parte de una autoridad pública, en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha atendido —o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa— al referido contenido obligacional, esto es, se ha apartado —por omisión— del cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, es menester precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño atendiendo, de acuerdo con la postura que reiteradamente ha sostenido la Sala, a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. En el mismo sentido hasta ahora referido, es decir, en el de sostener que se hace necesaria la concurrencia de dos factores para que proceda la declaratoria de responsabilidad del Estado en estos casos —la constatación de la ocurrencia de un incumplimiento omisivo al contenido obligacional impuesto normativamente a la Administración, de un lado, y la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño, de otro. En suma, son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, como en el presente caso: en primer término, la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública o que ejerza función administrativa y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante no derivarse —temporalmente hablando— de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta".²⁶

Naturalmente, si el daño es endilgable a una omisión estatal, la entidad correspondiente deberá responder a título de falla en el servicio, ya que por definición aquellas se traducen en un incumplimiento de un contenido obligacional a cargo del Estado.

Sin embargo, la posición de garantía no es absoluta y, en cambio, cuenta con dos límites que demarcan la órbita de responsabilidad del garante: el primero de contenido **jurídico**, que se refiere a la especificidad de la obligación de intervención impuesta por el ordenamiento, y el segundo de contenido **material**, relativo a que la prevención del riesgo sea materialmente factible, lo cual encuentra fundamento en el aforismo que indica que "nadie está obligado a lo imposible". Así las cosas, si el daño se produce por fuera de la órbita de las obligaciones jurídicas de la posición de garantía o, aunque estando dentro de ellas, al garante le es imposible evitar o, por lo menos, disminuir el riesgo de su concreción, no habrá lugar a declaratoria de responsabilidad alguna.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de marzo de 2007, rad 27434. C.P. Mauricio Fajardo Gómez

Así entonces, el garante responderá siempre que materialmente tuviera la posibilidad de evitar o disminuir el riesgo del daño, para lo cual es necesario que su concreción fuera prevista o previsible desde su perspectiva. Esta posición ha sido expresamente empleada por el Consejo de Estado al momento de juzgar la responsabilidad del Estado en los eventos de inundaciones, como se lee enseguida:

"(...) En reiterados pronunciamientos proferidos con ocasión de **desbordamientos hidrográficos**, la Sección Tercera ha dicho que en tales acontecimientos solo puede predicarse la responsabilidad estatal en el evento en que se evidencie que se incurrió en una prestación del servicio defectuosa, lo cual ocurre, por ejemplo, **cuando las entidades competentes previeron o pudieron prever las consecuencias nocivas del fenómeno natural, y no desplegaron acciones tendientes a evitarlas.**

De conformidad con el criterio jurisprudencial anteriormente citado, es pertinente resaltar que la falla del servicio puede ocurrir cuando la entidad competente omite el cumplimiento del contenido obligacional a su cargo, lo cual puede ocurrir, a su vez, **porque la entidad no previó la ocurrencia de una calamidad previsible y/o se abstuvo de efectuar las medidas que eran procedentes para evitar -o disminuir- sus efectos nocivos, o porque habiéndola previsto no realizó las acciones que eran necesarias para atender el suceso o paliar sus efectos, o bien porque se abstuvo de atender las consecuencias nocivas del evento, aun cuando éste fuera imprevisible o irresistible. (...)" 0** (Subraya y negrilla fuera del texto original)

4. Caso concreto

Para analizar el caso concreto debemos remitirnos al origen de las pruebas que dieron lugar a los hechos que se demandan.

A folio 36 del cuaderno principal obra copia de una comunicación del Director Ejecutivo Fonvivienda y la Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial dirigida a los señores JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO que trata de la Resolución 146 de abril de 2006 del Fondo Nacional de Vivienda por la cual se asignan subsidios familiares de vivienda urbana correspondientes a hogares desplazados por la violencia y con el fin de promover el restablecimiento económico de las familias en situación de desplazamiento y se asignó un subsidio familiar de vivienda urbana por valor de \$9.117.168 para ser aplicado en la modalidad de adquisición de vivienda nueva o usada. Dicho subsidio podía utilizarse por un plazo de 6 meses es decir hasta el 31 de octubre de 2006; sin embargo, el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial expidió la Resolución No. 0619 del 31 de marzo de 2009, por la cual se amplió la vigencia de unos subsidios de vivienda familiar de interés social hasta el 30 de septiembre de 2009 (fl. 37-38 C. Ppal.)

En ese orden, el 2 de junio de 2009 se suscribió la escritura pública No. 979 en el que la señora ANABERTA SAMBONI ACOSTA en calidad de vendedora transfirió a título de compraventa a favor de los señores JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO, el derecho de dominio y la posesión sobre un inmueble – lote de terreno y casa de habitación en el construida con los siguientes linderos:

Inmueble con una extensión superficial del terreno de 155 metros cuadrados con los siguientes linderos:

NORTE: Carretera principal que conduce a la vereda El Placer, en extensión de 10 metros.

SUR: Con predio de la señora ANABERTA SAMBONI, en extensión de 14.90 metros.

ORIENTE: Con vía interna al predio del señor Diego Tomas Vega, en extensión de 10 metros.

OCCIDENTE: Con predios de la señora Andrea Guaca, en extensión de 15 metros.

Se indica en la escritura pública que la señora ANABERTA SAMBONI ACOSTA (vendedora) estaba debidamente autorizada por la SECRETARÍA DE PLANEACIÓN E INFRAESTRUCTURA DEL MUNICIPIO DE TIMBIO según documento de reconocimiento de construcción número 010 de fecha 18 de marzo de 2009.

A folio 35 se encuentra documento de reconocimiento No. 010 de fecha 18 de marzo de 2009 expedido por la alcaldía municipal-secretaría de planeación e infraestructura del municipio de Timbio, Cauca en la que se estableció:

- "Clase de construcción: reconocimiento de construcción
- Área catastral del terreno: 155 m²
- Área para reconocimiento: 74.50 m²

Se expide este RECONOCIMIENTO, teniendo en cuenta que el propietario debe sujetarse a respetar las normas de urbanismo tales como espacio público, fachadas, paramentos, niveles y cualquier modificación debe consultarse con la Oficina de Planeación Municipal."

Se observa a folio 29 y 30 de acuerdo a un certificado expedido por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y certificado de paz y salvo catastral de fecha septiembre y agosto de 2013, respectivamente, que el predio rural tiene un área de terreno de 155m² y área construida de 65m².

A folio 126 del cuaderno principal obra acta de visita del Consejo Municipal para la Gestión del Riesgo de Desastre de fecha 10 de agosto de 2013, con las siguientes anotaciones:

*"Situación de riesgo: Alto
Magnitud del daño: Alto*

Observaciones: La vivienda del señor ALIRIO POTOSI sufrió graves daños en abril de 2012 a causa de una tubería que pasaba bajo la vivienda y que colapso ante las fuertes lluvias que se presentaban. Generando daños en la loza, elementos y columnas de ésta quedando inhabitable y en alta condición de vulnerabilidad al deterioro total del inmueble.

Recomendaciones y consideraciones: Se recomienda que si se realiza nuevamente la construcción, debe respetarse el área autorizada para construir

y no realizar canalizaciones de zanjas o quebradas respetando las zonas de protección de las mismas."

Finalmente, a folios 121-125 C. Ppal. 1: Obra informe de auxiliar administrativo de la Secretaría de Planeación Municipal VÍCTOR HORACIO PÉREZ FERNÁNDEZ, de fecha 17 de abril de 2015, que trata de una visita para inspeccionar la construcción ubicada en la esquina de la carrera 4 con vía que conduce a la vereda El Placer, Sector San Carlos, propiedad del señor JESÚS ALIRIO POTOSÍ y la señora TEODORA ASTUDILLO DE POTOSÍ, en el que se anotó:

"También se verifica, tal y como se evidencia en el registro fotográfico adjunto, que dicha construcción invadió el área de protección de un zanjón que cruza por la colindancia de dicha propiedad, excediendo la autorización para construir, prueba de ello, es que la licencia de construcción No. 010 de marzo 18 de 2009, solo autoriza 74,50 metros cuadrados, pero al realizar la medición de lo que está construido, presenta una intervención con área construida mayor de 125 metros cuadrados, excediendo lo autorizado en aproximadamente 50,50 metros cuadrados, los cuales, evidentemente invadieron el área de protección para el zanjón con agua en dicho sector, adicional a la invasión del área que se hizo sobre la superficie del área de protección, también se evidenció, que se intervino sin autorización el caudal de dicho zanjón instalando tubería dentro del cauce natural, con el fin de rellenar y construir por encima de dicha tubería.

Es necesario precisar que ni en el plano 04 denominado Zonificación de Amenazas por Fenómenos de Remoción en Masa e Inundación área rural ni en los planos 016 denominado Plan de Ocupación de Usos del Suelo y 03 denominado Susceptibilidad por Fenómenos de Remoción en Masa e Inundaciones Área Urbana, del Plan Básico de Ordenamiento Territorial P.B.O.T. dicho sector aparece como zona de alto riesgo..."

De las pruebas documentales antes descritas se evidencia que existen contradicciones entre ellas; más específicamente en lo descrito en la certificación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (fl. 30 C. Ppal.), el certificado de paz y salvo catastral (fl. 31 C. Ppal.) y el informe de visita realizado por funcionario de la Secretaría de Planeación, porque los documentos del IGAC y de Tesorería del municipio de Timbio señalan un área construida de 65 metros cuadrados, es decir, menor a la que fue autorizada en el documento de reconocimiento de construcción 010 del 18 de marzo de 2009, sin embargo, el señor auxiliar administrativo de la Secretaría de Planeación Municipal de Timbio, rindió informe de visita para inspeccionar la construcción de la propiedad de la familia Potosí en el que indicó que la construcción invadió el área de protección de un zanjón que cruza por la colindancia de dicha propiedad, excediendo la autorización para construir en aproximadamente 50,50 metros cuadrados, intervención que se hizo sin autorización.

TESTIGO TÉCNICO VÍCTOR HORACIO PÉREZ

Explicó que en el lugar existe un lago aproximadamente a unos 600 metros, el agua cuando el lago recibe agua de más arriba y cuando el lago se rebosa se hicieron unas zanjas para el desborde del lago y que de esa forma el agua llegue al río Timbio porque los zanjones son un medio para que el lago se desborde ya que el mismo recibe agua de un yacimiento. Encontró la instalación de una tubería en el zanjón, y que se había ampliado la construcción excediendo lo autorizado y por ese motivo la construcción quedó por encima de la tubería.

Indicó que el lago es artificial y el zanjón fue construido por quienes son propietarios del lago y en ningún momento conecta con el río Timbio.

Hace referencia al Plan de Ordenamiento Territorial según el cual la quebrada Hato Viejo está ubicada a 500 metros del zanjón y el POT dice que sobre quebradas hay que dejar unas franjas pero sobre zanjones no indica nada.

Refirió que el zanjón se intervino con una tubería de un diámetro que no era el adecuado para el agua que sale de ese zanjón por lo que el agua se desbordó formando una represa y fue cuando destruyó el piso y tubería instalada, y nunca existió permiso de la alcaldía. Sin embargo, dijo no tener conocimiento de quien realizó la canalización con la tubería.

Respecto del área construida y el área autorizada, encontró que el área construida supera el 90% del área que fue autorizada. Que al momento de expedir el acto administrativo por el cual se otorgó la licencia de construcción al señor Potosí se tuvo en cuenta el zanjón aledaño a la vivienda porque existe **un área de 155 m² pero solo se autorizó la mitad para dejar esa zona de seguridad, que el Plan Básico ordena hasta 30 metros para ríos y quebradas pero no especifica de ese zanjón.**

Dijo que la causa principal de la afectación fue el represamiento del agua por una tubería que no era la adecuada.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho dará valor probatorio al informe de visita realizada por el señor VICTOR HORACIO PEREZ FERNANDEZ puesto que no solamente recopiló información de la escritura pública sino que también visitó el lugar de los hechos utilizando diferentes mediciones con cinta métrica, quien indicó ser ingeniero civil y con funciones de revisión de documentación de licencias de urbanismo, estratificaciones, usos de suelo y coordinación en la legalización de predios.

Finalmente, el señor JESUS ALIRIO POTOSI solicitó a la empresa de acueducto de Timbio y a la alcaldía municipal, previo a la ocurrencia de los hechos de la demanda, realizar una visita para verificar el agua subterránea que corría por una tubería pero que presentaba averías causando daños a otras viviendas, los cuales se incrementan cuando se presentan fuertes lluvias, y que según los testigos que se hicieron presentes en la audiencia de pruebas, indicaron que dichos requerimientos no fueron atendidos por la autoridad municipal (fl. 31-32 C. Ppal.).

Ahora bien, frente a la CRC considera el despacho que si bien tiene el deber legal en el cumplimiento de obligaciones en materia ambiental, la misma en el presente caso no se le puede imputar responsabilidad por los hechos alegados en la demanda. En primer lugar, porque no existe permiso, autorización o licencia ambiental para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afectaran o pudieran afectar el medio ambiente, o concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas para la pesca deportiva, avalado por la CRC acerca de la construcción de un zanjón que según informan los testigos era de los propietarios de unos lagos para el cultivo de peces y en segundo lugar porque no existe un requerimiento a la CRC para que verifique e investigue la colección y encauzamiento de aguas de una quebrada con destino a uso particular.

Con base en las normas y jurisprudencia anteriormente descrita, a la CRC en el marco del cumplimiento de sus funciones legales, le corresponde promover y ejecutar obras de irrigación, avenamiento, defensa contra las inundaciones, regulación de cauces y corrientes de agua, y de recuperación de tierras que fueran necesarias para la defensa, protección y adecuado manejo de cuencas hidrográficas del territorio de su jurisdicción, en coordinación con la primera autoridad de policía del municipio, la cual se encuentra en cabeza del alcalde.

La parte actora en los alegatos de conclusión considera que los hechos de la demanda fueron generados por un fenómeno natural como fue la fuerte ola invernal que se presentó en el año 2010 a 2012, sin embargo la misma togada señala en el escrito de demanda que se configura una causal de exoneración de responsabilidad como lo es la fuerza mayor.

No obstante debemos centrarnos en la imputación que se hizo en la demanda y que constituye el derrotero para del daño analizar la imputación jurídica pues en este caso no es posible analizar la causación fáctica, dado que, se advierte la inundación se produjo por las fuertes lluvias del día de marras.

Recapitulando, la apoderada judicial indica que le asiste responsabilidad al municipio de Timbio por la expedición de la licencia de construcción sin tener en cuenta que la vivienda se encontraba en una zona de alto riesgo según certificado expedido por la Oficina de Planeación e Infraestructura del municipio del Timbio, el cual dice adjuntar; sin embargo, lo que se prueba en el proceso con la certificación de dicha secretaría es que el inmueble que perteneció a la señora ANABERTA SAMBONI ACOSTA y que luego fue adquirido por subsidio familiar de vivienda urbana por el señor JESUS ALIRIO POTOSI, no estaba localizado dentro de una zona con alto riesgo (fl. 65 vuelto C. Ppal.), situación que sería igualmente confirmado en el informe de visita realizado por funcionario de la Secretaría de Planeación Municipal del día 17 de abril de 2015 (fl. 121-125 C. Ppal.)

Si bien es cierto junto con la demanda allegó un dictamen en el que el perito aduce que el bien inmueble está en zona de alto riesgo, por no respetar la zona de 30 metros al lado de cauce, dicha prueba carece de valor probatorio como quiera que no fue controvertida en audiencia pública, por inasistencia del perito.

Debe destacarse que según el plano hídrico del Municipio de Timbio, la fuente de agua que pasaba por debajo de la casa de los demandantes, no responde a un río o una quebrada, sino a zanjón, ello según lo indicado por el testigo técnico VICTOR HORACIO PEREZ, el cual no fue rebatido en el plenario. Indicó, que en el sector existe un lago el cual se rebosa cuando recibe aguas por lo que se hicieron las zanjas para evitar el desbordamiento de un lago artificial. Sin embargo, la construcción de propiedad del señor JESUS ALIRIO POTOSI se había excedido en lo autorizado por planeación municipal quedando por encima de la tubería, la cual era de un diámetro no adecuado para el curso del agua, formando una represa, destruyendo el piso y la tubería instalada.

Igualmente refirió que para la construcción del zanjón la entidad territorial no otorgó ningún permiso y al momento de expedir el acto administrativo por el cual se otorgó la licencia de construcción al señor JESUS ALIRIO POTOSI, se tuvo en cuenta el zanjón aledaño a la vivienda, porque del área de construcción de 155 metros cuadrados solamente se autorizó la mitad para establecer una zona de seguridad.

En el expediente obra reconocimiento de construcción No. 010 del 18 de marzo de 2009, expedido por la Secretaría de Planeación Municipal de Timbio, donde se menciona un área catastral del terreno de 155 m² y área para reconocimiento de 74,50 m² a favor de la propietaria ANABERTA SAMBONI ACOSTA.

Adicionalmente, el testigo JOSE FERMIN RODRIGUEZ en audiencia de pruebas declaró nunca había visto algo similar en la casa del señor JESUS ALIRIO POTOSI, a lo sucedido el 19 de abril de 2012 pero que era previsible porque se advirtió antes de que pasaran los hechos y se sentía un vacío por debajo del piso de la casa. Indicó que no observó que se hiciera alguna reforma a la casa y estaba completamente construida porque desde que vivía allá no vio ninguna modificación a la casa de habitación del señor POTOSI.

La testigo MARY ALBAN JIMENEZ relató que se sentía que pasaba agua por debajo de la casa del señor JESUS ALIRIO POTOSI, lo cual fue informado al acueducto pero no se hizo nada. Refirió que el día de los hechos se presentaron fuertes lluvias y el agua se estaba rebosando por el baño y fue cuando se reventó el piso. Señaló que el agua provenía de dos lagos que se descargaban en la quebrada.

Otro de los testigos llamados a declarar, FREDY LEANDRO POTOSI MARTINEZ, quien para la fecha de los hechos se encontraba en la casa del JESUS ALIRIO POTOSI, en audiencia de pruebas, señaló: que ha vivido con sus abuelos toda su vida, y la casa se compró tal como se encontraba al momento de los hechos.

Ahora bien, en cuanto al argumento de la parte demandante en que basa la responsabilidad del municipio de Timbio, Cauca, en lo referente a que la entidad territorial al expedir el reconocimiento de construcción debió hacerlo manera responsable y en atención a la ruta para la adquisición de vivienda

para las víctimas del desplazamiento forzado, teniendo en consideración el riesgo por la ubicación del inmueble.

El Juzgado tiene por decir que para el desembolso del subsidio familiar de vivienda para mejoramiento o construcción de vivienda, para personas desplazadas, según la normatividad antes referenciada, es necesario que la vivienda a adquirir no se encuentre ubicada en zona de alto riesgo no mitigable, porque incluso puede habilitarse el requisito si la vivienda que se pretende adquirir con el subsidio está situada en zona de alto riesgo mitigable y en este caso, es deber de la autoridad municipal garantizar la ejecución de las obras necesarias para mitigar el riesgo.

Sin embargo para realizar el análisis sobre la falla que se le reprocha al Municipio, debe tenerse en cuenta que la parte actora no logró acreditar que según el Plan Básico de Ordenamiento Territorial PBOT del Municipio de Timbio, la vivienda que la familia Potosí adquirió con un subsidio destinado a viviendas para población desplazada, estuviera construida en zona de alto riesgo no mitigable, como quiera que no allegó al plenario la certificación que expidiera la entidad territorial para tal efecto.

En efecto, le corresponde al municipio delimitar las zonas de alto riesgo no mitigable por situación de desastre, calamidad pública o emergencias, y establecer las restricciones de uso y ocupación con miras a la prohibición de licencias de construcción para realizar edificaciones en estos predios o que estas sean nuevamente habitadas.

En suma a lo anterior, según la constancia expedida por la Secretaría de Planeación e Infraestructura Municipal de Timbio, el predio identificado con número catastral 00-02-0001-0765-000 que era propiedad de la señora ANABERTA SAMBONI ACOSTA, dentro de la zona urbana del municipio, no está localizado dentro de una zona de alto riesgo, según se evidencia a folio 13 del cuaderno de pruebas.

Así las cosas, frente a este punto, la parte actora, tampoco logró acreditar que el Municipio de Timbio otorgara una licencia de reconocimiento de construcción en una zona de alto riesgo, por lo que no es de recibo lo alegado por la parte actora en la demanda, ya que no fue probado.

Frente a lo anterior, según la normatividad aplicable para la fecha de los hechos, esto es, **Decreto 2480 de 2005**. (Julio 19) "Por el cual se establecen las condiciones de postulación, asignación y aplicación del subsidio familiar de vivienda urbana y rural que se otorga por el Fondo Nacional de Vivienda y el Banco Agrario de Colombia S. A., a hogares afectados por situación de desastre, situación de calamidad pública o emergencias que se presenten o puedan acaecer por eventos de origen natural y se dictan otras disposiciones en materia de subsidio familiar de vivienda.", se establece que radica en cabeza de los municipios garantizar la ejecución de obras necesarias para mitigar el riesgo cuando la vivienda o construcción se encuentra en zona de alto riesgo mitigable. Igualmente, le corresponde al municipio de delimitar las zonas de alto riesgo no mitigable por situación de desastre, calamidad pública o emergencias, sin embargo como se indicó en el POT que rige desde el 2002

en el municipio de Timbio no figura que la zona en que se construyó la vivienda estuviera catalogada como de alto riesgo.

Ahora bien, frente a la responsabilidad que se le imputa al municipio de Timbio respecto el manejo de cauces y la prevención de desastres; como se mencionó anteriormente, la Ley 99 de 1993 en sus artículos 31 y 65, señala que corresponde a las Corporaciones Autónomas Regionales en coordinación con las administraciones municipales adelantar programas de adecuación de zonas de alto riesgo y manejo de cauces; asimismo, los municipios en materia ambiental cumplen funciones delegadas o transferidas por el Ministerio del Medio Ambiente o por las Corporaciones Autónomas Regionales, por ende, el Estado, debe responder, entre otras razones, cuando conocía de la concreción del riesgo y no se adoptaron medidas para disminuirlo o evitarlo, situación que en el expediente se encuentra acreditada en una omisión en cabeza de la autoridad municipal –alcaldía de Timbio, en razón a que previo a los hechos del 19 de abril de 2012, más exactamente el 23 de febrero del mismo año, el señor JESUS ALIRIO POTOSI solicitó la revisión de la tubería puesto que estaba generando daños en las viviendas del sector y con las lluvias el problema incrementaba, sin que obre prueba en el plenario de actividad previa, tendiente a mitigar o reducir el riesgo por parte del Municipio de Timbio.

Sobre este punto, donde se evidencia una omisión por parte del municipio de Timbio, Cauca, es necesario hacer referencia a la amenaza de daño que ha sido definida por el autor ADRIANO DE CUPIS²⁷:

"Si el remedio meramente preventivo es considerado un condena de responsabilidad civil, debemos admitir que esta se pone en acción, no solo ante la presencia de un daño cierto, sino, también, ante la presencia de un daño eventual. Cuando el daño es cierto la condena tendrá por objeto otorgar un equivalente a la pérdida, en tanto que, cuando el daño es eventual y el peligro de su realización inminente, la medida correspondiente es el remedio meramente preventivo.

Si existe la certeza de un daño presente o futuro se impone la tutela represiva del interés lesionado mediante el resarcimiento. Si la certeza no se produce se puede acudir a la tutela preventiva y el temor del daño puede reclamar la eliminación del origen de tal temor (...)".

De acuerdo a la normatividad antes señalada, conforme la Ley 810 de 2003, el alcalde de oficio o a petición de parte puede suspender una obra cuando una actuación urbanística no se ajuste a la licencia correspondiente, en consecuencia, al municipio le corresponde imponer las sanciones urbanísticas a que haya lugar, cuando una construcción, ampliación, modificación, adecuación o demolición, contravenga los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas o cuando estas se realicen por los particulares sin permiso alguno.

²⁷ Adriano de Cupis. El daño: teoría general de la responsabilidad civil. A. Martínez Carrión (trad.), Bosch. Barcelona, 1975.

El 6 de junio de 2002, se adoptó por el Concejo Municipal de Timbio, Cauca, el Plan Básico de Ordenamiento Territorial y se clasifican y determinan usos de suelos y se establecen los sistemas estructurantes; dispuso:

"ARTICULO 16. AREAS EXPUESTAS A AMENAZAS Y RIESGOS: Las áreas que por sus características representen amenaza de ocurrencia de desastres naturales se delimitarán y se excluirán de asignárseles usos urbanos o residenciales o de cualquier otro que tenga alto riesgo.

Para efectos del presente acuerdo, declárense como zonas de amenaza natural aquellas que representen alto riesgo de ocurrencia de desastres en razón de la vulnerabilidad de la población y la infraestructura física y las actividades productivas. Estas se delimitan en el mapa de amenazas naturales del sector urbano y rural. Entre estas se tienen las zonas con amenazas de deslizamientos y movimientos en masa y llanuras de desborde de los ríos.

ARTÍCULO 50: Para efectos de gestión del Plan de Ordenamiento Territorial Municipal, son instancias de gestión:

El Alcalde Municipal es el principal gestor del Plan.

La secretaria de planeación e infraestructura municipal, es la entidad Coordinadora del proceso y responsable directa de los aspectos técnicos y operativos del plan.
(...).

ARTÍCULO 52. LICENCIAS La Oficina de Planeación e Infraestructura expedirá permisos o licencia para adelantar cualquier actividad en las Zonas Urbana y Rural del municipio así:

1. Licencia de Construcción. Es el permiso para adelantar las obras de construcción, ampliación, modificación y reparación de edificaciones;
2. Licencias para obras de urbanización o parcelación. Es el permiso para iniciar obras de urbanismo en un predio.
3. Licencias de demolición de edificaciones.

Artículo 64. Cuando se acometa la construcción de obras o el cambio del uso del suelo sin la obtención del respectivo permiso, el Alcalde Municipal ejercio de les funciones policivas y con base en los Artículos 15 y 215 del código Nacional de Policía ordenará la suspensión inmediata de obra."

Según las disposiciones transcritas, los Municipios tienen expresas competencias para imponer sanciones y adelantar procedimientos en contra de los responsables de la construcción de obras sin licencia o sin el cumplimiento de los parámetros que determina el Plan de Ordenamiento Territorial respectivo.

Igualmente, tenemos que la solicitud efectuada por el señor JESUS ALIRIO POTOSI, no solamente ante la empresa municipal de servicios públicos sino también ante el municipio de Timbio, tendiente a que se revisara una tubería que pasaba por la casa de su propiedad filtrándose el agua, situación que se

agravaba en temporada de lluvias, no fue atendida por ninguna de las dos entidades, siendo de una parte competencia de EMTIMBIO E.S.P., de acuerdo con lo establecido en el Decreto 302 de 2000, "por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en materia de prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado" fija las normas que regulan las relaciones que se generan entre la entidad prestadora de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y los suscriptores y usuarios, actuales y potenciales, del mismo; en ese contexto, el artículo 3º del mencionado decreto prevé que el servicio público domiciliario de alcantarillado consiste en la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos y/o aguas lluvias, por medio de tuberías y conductos. A su turno, según el artículo 22 del Decreto 302 de 2000, la empresa prestadora de servicios públicos tiene la obligación de realizar el mantenimiento de las redes públicas de acueducto y alcantarillado.

Es claro que los municipios tienen la obligación de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado. Lo cual implica que la prestación del servicio no debe menoscabar ni poner en peligro la seguridad de la comunidad. Entonces, con la finalidad de garantizar la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, los municipios deben ejercer su función de control y vigilancia en los términos del artículo 365 de la Constitución Política, lo que implica que deben propender porque las empresas prestadoras de tales servicios no deterioren otros inmuebles o vías públicas o que con su acción se llegue a causar un daño, mediante la instalación, construcción, mantenimiento, operación o modificación de las redes públicas.

En consecuencia, es a los municipios a través de las empresas de servicios públicos domiciliarios que les corresponde realizar adecuaciones, construcciones, remodelaciones o ampliaciones en el sistema de alcantarillado o de tuberías que redujeran las posibilidades de inundaciones o como aplicación de un mecanismo de prevención; sin embargo, en el presente caso no se demandó a la empresa de servicios públicos domiciliarios de Timbio, empero, el municipio de Timbio, no atendió el requerimiento efectuado por la parte demandante y que acreditó radicar ante la alcaldía municipal el 23 de febrero de 2012, es decir con anterioridad a la fecha de los hechos de la demanda; adicionalmente, en la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas precisamente con la construcción o adecuación de un zanjón que excedió lo autorizado en la licencia de reconocimiento No. 010 del 18 de marzo de 2009 expedida por la secretaría de planeación municipal de Timbio, es decir, que el titular de la licencia de construcción, en este caso la señora ANABERTA SAMBONI ACOSTA, fue quien realizó la construcción en el lote de terreno que posteriormente sería adquirido por el señor POTOSI, con el subsidio familiar de vivienda urbana.

En consecuencia, el municipio de Timbio, como le fue puesto en conocimiento dicha situación con anterioridad a la fecha de los hechos y no demostró actuaciones tendientes a mitigar el riesgo creado con la adecuación de obras por los particulares, sin la licencia respectiva.

Así las cosas, si bien puede decirse que lo único que le era exigible a la entidad demandada cuya conducta se analiza en este punto, era llevar a cabo las

obras de infraestructura que se estimaran necesarias para tratar de paliar el riesgo al que se vieron avocados los demandantes involucrados en los hechos del presente caso, como por ejemplo ejecutar una alternativa de desagües del lago buscando aliviar los efectos de la concreción de aquél, lo cual, según se evidenció, se configuró en una omisión del municipio de Timbio.

Respecto a la excepción de culpa exclusiva de la víctima que alega el municipio de Timbio en la contestación de la demanda, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño, no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, su reparación estará rebajada en proporción a la participación de la víctima.²⁸ (...)”²⁹

Como se ha tratado a lo largo de la sentencia, los señores JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI son los propietarios de la vivienda afectada y, así como las entidades también están sujetas al cumplimiento de la normatividad urbanística y ambiental; de las pruebas que obran en el expediente, se tiene que ellos adquirieron por compraventa de la señora ANABERTA SAMBONI ACOSTA la vivienda en mención la cual se encontraba en las mismas condiciones para la fecha de los hechos, según lo manifestado por los testigos JOSE FERMIN RODRIGUEZ; la señora MARY ALBAN JIMENEZ que dijo tener conocimiento que desde la fecha en que llegó a vivir al barrio San Cayetano, no observó modificaciones en el inmueble de propiedad del señor POTOSI y finalmente, el señor FREDY LEANDRO POTOSI MARTINEZ quien convive con el señor POTOSI de toda su vida, indicó no observar arreglos o construcciones nuevas en la vivienda objeto de los hechos en la demanda, es decir la misma área construida y la canalización de la tubería que fue informada a la Secretaría de Planeación e Infraestructura municipal de Timbio con el fin de adoptar medida de protección o prevención y que fue omitida, ya estaban construidas.

Según el artículo 1915 c.c., el vicio que será calificado como redhibitorio debe haber existido al tiempo de la venta. Cabe preguntarse si esta regla opera en todos los casos, como por ejemplo la venta de géneros en que la identificación del bien con el cual el vendedor cumplirá la obligación de entrega no se verificará sino hasta este momento; además de si el vicio debe existir en su

²⁸ En la anotada dirección, ha sostenido la Sala: “El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva consigo la absolución completa” cuando “el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima. Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, pags. 332 y 333”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo dos (02) de dos mil siete (2007); Expediente número: 190012331000199800031 01; Radicación: 24.972.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010). Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00454-01(18800).

totalidad o basta que se dé en germen para poder calificarlo como anterior al contrato.

El artículo 1915 c.c. no plantea distinciones entre cosas de cuerpo cierto y cosas de género, para efectos de establecer el requisito de la preexistencia del vicio oculto al momento de la celebración del contrato. Gómez Estrada afirma que tratándose de venta de géneros, el momento de transmisión del riesgo no es el de la celebración del contrato sino el de la tradición, por lo cual también los vicios anteriores a ese momento deben ser asumidos por el vendedor. Aunque la regla del numeral 1.º del artículo 1915 c.c. no distingue y por ello es imperfecta, agrega el autor, tal anomalía se corrige por vía hermenéutica³⁰. Entonces, el carácter oculto del bien es relativo, al tener consideración que no solo el vendedor no lo haya manifestado sino también las circunstancias particulares del comprador y el hecho de ser tal que este no haya podido ignorarlo sin incurrir en culpa grave; lo que exige, una diligencia mínima de su parte, consistente en revisar el bien, de forma que si a simple vista no aparece el vicio, es oculto. A diferencia de lo anterior, si el comprador fuere un profesional se exige una diligencia mayor que simplemente observar el bien, de manera que deberá probarlo, ensayarlo o asesorarse de expertos para detectar la eventual presencia del vicio.

En ese orden, según lo manifestado por los testigos en audiencias de pruebas, si bien los demandantes no realizaron modificaciones en la construcción de su propiedad, este fue adquirido cuando se encontraba construido el zanjón que pasaba por debajo de la construcción que excedía lo autorizado por la licencia de construcción No. 010 del 18 de marzo de 2009, por lo cual ese vicio fue adquirido junto con la compraventa de la vivienda y tan es así que se tenía conocimiento de dicha tubería que los propietarios informaron de las fallas que se presentaban ante la autoridad municipal y de acueducto y alcantarillado; sin embargo estas no atendieron el requerimiento ni se probó que hubieren realizado acciones tendientes a mitigar

Al respecto, tenemos que, el artículo 182 de la Ley 019 de 2012 que modificó los numerales 1 y 7 del artículo 99 de la Ley 388 de 1997, señala que la licencia urbanística se convierte en un requisito previo para adelantar obras de construcción; al respecto señala:

"1. Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, y de urbanización, parcelación, loteo o subdivisión de predios localizados en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere de manera previa a su ejecución la obtención de la licencia urbanística correspondiente. Igualmente se requerirá licencia para la ocupación del espacio público con cualquier clase de amoblamiento.

³⁰ Gómez Estrada, ob. Cit., 101. Del mismo modo, aunque refiriéndose a las ventas mercantiles, Gómez Mejía, J. A., *Contratos comerciales*, Editorial Kelly, Bogotá, 1980, p. 52. También parece asumirlo Cárdenas Mejía, cuando sin decirlo expresamente comenta cuál es la posición de la jurisprudencia Colombiana: Cárdenas Mejía, J. P., "La resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho Colombiano: el régimen interno -vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías", en *La terminación del contrato. Nuevas tendencias del Derecho comparado*, José Alberto Gaitán Martínez y Fabricio Mantilla Espinosa (dirs.), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, 233.

En el mismo modo, define el concepto de licencia urbanística como: "el acto administrativo de carácter particular y concreto, expedido por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente", por medio del cual se autoriza a realizar cualquiera de las obras enunciadas en el numeral anterior.

El otorgamiento de la licencia urbanística implica la adquisición de derechos de desarrollo y construcción en los términos y condiciones contenidos en el acto administrativo respectivo, así como la certificación del cumplimiento de las normas y demás reglamentaciones en que se fundamenta, y conlleva la autorización específica sobre uso y aprovechamiento del suelo en tanto esté vigente o cuando se haya cumplido con todas las obligaciones establecidas en la misma.

Las modificaciones de licencias vigentes se resolverán con fundamento en las normas urbanísticas y demás reglamentaciones que sirvieron de base para su expedición."

La misma norma (artículo 99 Ley 388 de 1997), en su aparte que no fue modificado dice:

"2. Dichas licencias se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial, planes parciales y a las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan..."

Entonces, como quiera que la construcción de la vivienda de propiedad de los demandantes, excedió lo autorizado por la licencia de construcción No. 010 de 2009, dicho vicio a juicio del despacho contribuyó a la causación del daño, tanto es así que las casas aledañas de la parte de arriba del zanjón por donde corrían las aguas que provienen del lago, no se destruyeron, precisamente por que guardaban su distancia con dicho canal, tal como se puede deducir de las declaraciones recepcionadas en la audiencia de pruebas y en especial los mapas realizados por los declarantes a mano alzada³¹. Por lo que corresponde en el presente asunto dar aplicación a la concausa.

Así las cosas, en el presente evento confluyen dos causas en la causación del daño indemnizable: una causa jurídica que lo constituye la omisión del Municipio de Timbío respecto del requerimiento del señor Samboni para la revisión de su vivienda respecto del riesgo que padecía su casa de habitación y no se adoptaron medidas para disminuirlo o evitarlo, situación que en el expediente se encuentra acreditada en una omisión en cabeza de la autoridad municipal –Alcaldía de Timbío, como quiera que a dicha entidad le corresponde velar por el cumplimiento de la licencias de construcción se cumplan de conformidad con las condiciones establecidas en el reconocimiento de la construcción, así también velar por que no se realicen construcciones sin licencia o permiso tal como ocurrió con el desague del lago. Además debe velar por que se respete la zona de protección sobre una fuente hídrica en este caso el zanjón que descarba las aguas que provenían del lago hecho por particulares sin ningún tipo de permiso ante la autoridad ambiental CRC.

31

La segunda causa, lo origina en sí la construcción de la vivienda de propiedad de los demandantes, excedió lo autorizado por la licencia de construcción No. 010 de 2009, dicho vicio a juicio del despacho contribuyó a la causación del daño tal como se explicó en precedencia, por tanto en el presente asunto para efecto de la indemnización se aplicará la concausa y por tanto a los perjuicio reconocidos serán reducidos en un 50%.

Finalmente, la CRC alegó la excepción de fuerza mayor, la cual es una causal de exoneración de responsabilidad pero que para su configuración exige que el suceso sea externo a la voluntad o al dominio de la persona y que se imprevisible e irresistible, estos dos últimos elementos deben ser concurrentes para que el hecho calificado como fuerza mayor, así sea. Frente a la primera, es que el hecho no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante con el hecho; situación que en el presente caso no se configura, porque no solamente tuvo que ver la omisión del municipio de Timbio ante el requerimiento elevado por el señor POTOSI, sino que la conducta del particular también contribuyó a que se configurara el daño antijurídico y la segunda, cuando el evento no es previsible para quien obra prudentemente y era imposible preverlo y que ante las medidas tomadas se haga imposible evitar que el hecho se presentara. En efecto, la imprevisibilidad es un elemento de medida aproximada que complementa la irresistibilidad y en cuanto a la exterioridad, el hecho constitutivo de la fuerza mayor debe ser extraño al demandado que se ampara en él. El Consejo de Estado³², lo define en los siguientes términos: *"imprevisible es aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que, no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia (...) la irresistibilidad, como elemento de la causa extraña, consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo."* En los acontecimientos naturales o del comportamiento de un tercero, incluido el de la víctima. Entonces, la fuerza mayor se caracteriza por la reunión de esas diferentes condiciones y la exoneración será total si el acontecimiento es la causa exclusiva del daño.

Entonces, de las pruebas recaudadas se evidencia que se estaba en temporada de lluvias, según el informe del Consejo Municipal para la Gestión de Riesgo del Desastre, de fecha 10 de agosto de 2013: *"Observaciones: La vivienda del señor ALIRIO POTOSI sufrió graves daños en abril de 2012 a causa de una tubería que pasaba bajo la vivienda y que colapso ante las fuertes lluvias que se presentaban. Generando daños en la loza, elementos y columnas de ésta quedando inhabitable y en alta condición de vulnerabilidad al deterioro total del inmueble"* (fl. 126), las lluvias constituyen la causalidad fáctica para que el 19 de abril de 2012 se incrementara el caudal del lago artificial se desbordara y aumentara el causal del zanjón y que hizo que se rompiera la canalización de la zanja, lo que causaría los daños en la vivienda

³² 6. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008. Exp. 16.530, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

del señor POTOSÍ; sin embargo, no se cumplen los requisitos de la fuerza mayor, toda vez que, si bien es cierto no se puso en conocimiento de la CRC, si fue puesto en conocimiento del municipio de Timbio, más sin embargo se omitió adoptar medidas para mitigar el riesgos. En consecuencia de lo anterior, no se encuentra configurada la excepción de fuerza mayor alegada por la CRC, no obstante abra de exonerar a la CRC, puesto que no se acreditó que se advirtiera a dicha entidad, la manipulación de aguas tendientes a formar y lago y la construcción del desagüe.

5. Perjuicios reclamados y acreditados

5.1. Perjuicios inmateriales

- **Perjuicios morales:** solicita el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes sufrido por JESUS ALIRIO POTOSÍ y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSÍ.
- **Daño a la vida en relación:** solicita el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes sufrido por JESUS ALIRIO POTOSÍ y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSÍ.

5.1.1. Perjuicios de orden moral

Respecto al reconocimiento de perjuicios morales en caso de daño a bienes materiales el Consejo de Estado ha manifestado que ese daño es susceptible de reparación, siempre y cuando se encuentre acreditada su ocurrencia.

En sentencia del 5 de octubre de 1989, explicó: *"Es cierto que dentro de los perjuicios indemnizables se comprenden los morales, entendiendo por éstos el dolor y la tristeza que el hecho dañoso ocasiona a quien sufre el daño, pero también aquí tanto la jurisprudencia como la doctrina están acordes en que tratándose de daño a las cosas ese dolor o tristeza debe tener envergadura 178 El actor pidió \$5.000.000 por la pérdida de muebles y enseres en las inundaciones (p. 5). Exp. AG-03491 Actor. Carmen María Álzate Rivera y otros 195 suficiente como para justificarse su reparación y que en todo caso debe ser demostrado, pues no se presume"*³³.

Al respecto la prueba testimonial nos indica:

Declaración del señor José Fermín Rodríguez, la señora Mari Albán Jiménez y Fredy Leandro Potosí Martínez, en cuanto a si el señor POTOSÍ y su esposa se quedaron en la misma vivienda o se fueron para otro lado, los testigos refirieron que ellos se tuvieron que ir porque no había lugar donde quedarse. Asimismo indicaron que para el momento de los hechos los propietarios no se encontraban en la vivienda y cuando llegaron solo notaron angustia y desolación en el señor JESUS ALIRIO POTOSÍ y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSÍ. Luego de los hechos, la familia Potosí tuvo que abandonar su casa porque quedó inservible. Que en la actualidad la vivienda afectada está destruida.

³³Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 1989, expediente: 5.320, actora: Martha Cecilia Klinker de Jaramillo

Ahora, en cuanto a la declaración de los testigos citados a la audiencia de pruebas llevada a cabo el 17 de abril de 2017, las personas que se hicieron presentes sobre los hechos de la demanda, manifestaron:

DECLARACIÓN DEL SEÑOR JOSE FERMIN RODRIGUEZ:

Señaló que conoce al señor Jesús Alirio Potosí porque en el tiempo que sucedieron los hechos eran vecinos desde un año atrás. Indicó que su grupo familiar estaba conformado por la esposa y en la noche del hecho estaba el nieto. Frente a los hechos, manifestó que faltando unos 15 minutos para las 8 de la noche, se encontraba cerca de la casa del señor Potosí y esa noche estaba lloviendo con tormenta y luego de salir, observó que por las puertas principales de la casa del señor Potosí estaba saliendo una cantidad enorme de agua. Que en ese momento junto a otras dos personas se dedicaron a rescatar las pertenencias de la casa como camas, losa, electrodomésticos y se dañó todo pero no recordó si algún electrodoméstico resultó dañado.

Se le preguntó si en el tiempo que llevaba viviendo en ese sector se había presentado algo similar a lo cual manifestó que no pero si se previa que pasaría porque salía agua de los sifones y tasa del sanitario. Igualmente manifestó que no observó que el señor JESUS ALIRIO POTOSI hiciera alguna reforma a su casa.

Respecto a situaciones en las que se salía el agua por los sifones y por el baño, el testigo sostuvo que por donde él vivía bajaba una quebrada que se llama Hato Viejo, que cuando llovía se brotaba el agua por los sifones y por el baño y al pisar se sentía un vacío y le dijo al señor POTOSÍ que la casa estaba construida por otra persona por encima de la quebrada. En cuanto a si el señor POTOSÍ y su esposa se quedaron en la misma vivienda o se fueron para otro lado, el testigo refirió que ellos se tuvieron que ir porque no había lugar donde quedarse.

También se le preguntó si al otro día las autoridades municipales o competentes en estos casos ayudaron a las personas en especial a la familia Potosí e indicó que en la misma noche llegó el cuerpo de Bomberos quienes manifestaron que no podían auxiliar en ese momento porque tenían otra catástrofe, que sería la avalancha en San Roque en la que murió una persona y al otro día fue la cruz roja pero solamente sacaron fotografías y se fueron. El Secretario de Gobierno fue, miró y se fue.

Refirió sobre la existencia de un lago al sur de la casa y explicó que desbordarse es cuando el lago se destruye y rebosarse cuando el lago se llena y el agua pasa por encima del lago y que en este caso el lago se había rebosado y la quebrada pasa por un lado del lago, del cual era propietario un señor llamado Saúl, el cual se había hecho para cultivo de peces, el cual estaba a unos 18 metros de la casa del señor Potosí.

Igualmente sostuvo que el señor Potosí sabía de las averías y filtraciones de la tubería por lo que informó a las autoridades locales (alcaldía y empresa de acueducto) pero no realizaron nada ni ninguna autoridad advirtió del riesgo por habitar cerca a la quebrada. Luego de los hechos, la familia Potosí tuvo que abandonar su caso porque quedó inservible.

Que en la actualidad el lago no existe y la vivienda afectada está destruida.

DECLARACIÓN DE LA SEÑORA MARY ALBAN JIMENEZ

Refirió conocer al señor Potosí porque eran vecinos. Sobre los hechos relató que se veía venir porque en la parte de la cocina se escuchaba que el piso estaba mal y se sentía que el agua pasaba por debajo de la cocina y se informó dicha situación al acueducto sin embargo no se realizó ninguna labor. Para la fecha de los hechos llovía muy fuerte y el agua se rebosaba por la tasa del baño y por la habitación de Fredy quien habitaba la casa y que para ese momento se reventaría el piso y llevaría por delante los enseres. Las autoridades solamente asistieron a hacer un registro fotográfico.

Indicó que el agua viene de la parte de arriba de la montaña donde hay unos lagos cerca. Cuando los propietarios regresaron se desesperaron y se pusieron muy mal. El agua subió más o menos un metro de alto. Que llegó a vivir al barrio en el año 2011 y no tiene conocimiento que se le hubiere hecho modificación alguna. Respecto a la distribución de la casa señaló que constaba de tres habitaciones, sala, comedor y un baño.

Señaló que se llevaron avisos de lo que estaba ocurriendo en la casa, al Acueducto y a la alcaldía pero no dieron respuesta alguna.

Sobre la existencia de los lagos, sostuvo que era de propiedad privada y se descargaban en la quebrada, y que estarían a unos 20 metros de la casa del señor Potosí.

DECLARACIÓN DEL SEÑOR FREDY LEANDRO POTOSI MARTINEZ – interrogatorio de parte

Sobre los hechos sostuvo que a mediados del mes de abril de 2012 como a eso de las 8 de la noche las paredes vibraban, el agua salía por el piso y fue cuando se presentó la calamidad en donde se reventó el piso y se llevó parte de la casa.

Señaló que la casa a la fecha de los hechos se encontraba tal cual al momento en que se había comprado y constaba de cuatro habitaciones, el garaje, la cocina, sala y baño. Al igual que los testigos, sostuvo que el nivel del agua subió un metro.

Frente al lago dijo que había sido tapado y luego de los hechos de abril de 2012, fue el cuerpo de bomberos y la administración municipal y tomaron fotografías.

Manifestó que ese día el lago se represó porque se llenó la tubería debido a la presión y el agua no tenía por donde salir entonces reventó los pisos.

Así las cosas se establece de los testimonios y del interrogatorio de parte que los señores JESUS ALIRIO POTOSÍ Y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSÍ padecieron

perjuicio moral por la destrucción de su vivienda así como de los muebles o enseres que fueron pérdida como consecuencia del colapso de la tubería que atravesaba su vivienda. Adicionalmente, como la vivienda quedó inhabitable tuvieron que abandonar su lugar de residencia y desplazarse a otros lugar.

En consecuencia, como se encuentra acreditado el perjuicio moral, a favor de JESUS ALIRIO POTOSÍ Y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSÍ se reconocerá la suma de cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 SMLMV) para cada uno de ellos. No obstante teniendo en cuenta la concausa será reducida a la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes (20 SMLMV).

5.1.2 Perjuicios por daño a la vida de relación

Respecto al daño a la vida de relación se puede decir de manera sucinta que en el año de 1993 el Consejo de Estado, amplía el espectro resarcitorio extrapatrimonial para indemnizar a la víctima respecto de las consecuencias fisiológicas que produce el daño y crea el perjuicio fisiológico, como resarcimiento autónomo y lo definió como la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que no producen rendimiento patrimonial, sin embargo a partir del año 2009 abandona la tipología de perjuicio fisiológico y aborda el concepto de daño a la vida de relación por alteración grave a las condiciones de existencia, el cual propendió no solo indemnizar la lesión en si misma sino las consecuencias que se producen en la vida de relación de quien padece el daño. Sin embargo esta figura se aplicó hasta el año de 2011, anualidad en donde se profieren las sentencias gemelas de unificación de la sección tercera del Consejo de Estado que delimitó el abanico resarcitorio en materia de perjuicio inmaterial y estableció que además del perjuicio moral, se encuentra el daño a la salud y el perjuicio a los daños a los bienes constitucionalmente amparados.

Respecto del daño a la salud según la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, es la categoría autónoma que resulta adecuada para indemnizar los perjuicios cuando el daño provenga de una lesión corporal, toda vez que dicha denominación comprende toda la órbita psicofísica del sujeto y está encaminado a resarcir económicamente una lesión o alteración a la unidad corporal de las personas³⁴, desplazando a las demás categorías del daño inmaterial, como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia – antes denominado daño a la vida de relación o fisiológico-, concluyendo que los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

A partir de las sentencias de unificación del Consejo de Estado³⁵, se consideró:

“Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro

³⁴ Consejo De Estado, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicación número: 88001-23-31-000-1998-00026-01(24133), sentencia del seis (6) de junio de dos mil doce (2012)

³⁴Raditados 38222 y 19031 ambas del 14 de septiembre de 2011.

³⁵Raditados 38222 y 19031 ambas del 14 de septiembre de 2011

del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud...

...Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material ³⁶ (Resalta el Juzgado)

El H. Consejo de Estado también ha unificado el criterio respecto de la indemnización por daño a la salud, indicando que éste no se limita a la ausencia de enfermedad, por cuanto en el mismo se encuentran la alteración del bienestar psicofísico y bien puede constituirse, en un momento dado, en la respuesta fisiológica o psicológica normal a un evento o circunstancia que no tenía por qué padecerse, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma³⁷:

"En primer lugar, es necesario aclarar que, a la luz de la evolución jurisprudencial actual, resulta incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje certificado de incapacidad, esto es, a la cifra estimada por las juntas de calificación cuando se conoce. Más bien se debe avanzar hacia un entendimiento más amplio en términos de gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano."³⁸

En tal sentido se han fijado por la misma Corporación en pro a determinar la afectación a la salud, unas variables "para lo cual se deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel

³⁶ Sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011. Exp. 19031 y 38222, proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. M.P. Enrique Gil Botero.

³⁷ Consejo de Estado, Sala Plena, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, 28 de agosto de 2014, radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804).

³⁸Ibid.

del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima"³⁹.

Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto⁴⁰:

La pérdida o anomalía de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente). La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental. La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano. La reversibilidad o irreversibilidad de la patología. La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria. Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria. Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado. Los factores sociales, culturales u ocupacionales. La edad. El sexo. Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima. Las demás que se acrediten dentro del proceso.

En este sentido, el Despacho observa que no se encuentra demostrado dentro del plenario que los señores JESUS ALIRIO POTOSÍ Y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSÍ, sufrieron afectaciones en su integridad sico física el día 19 de abril de 2012; razón por la cual se niega dicho pedimento.

5.2. Perjuicios materiales

- **Daño emergente:** por el daño material sobre el inmueble de su propiedad, la suma de \$35.014.500 a favor de JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI.
- **Daño emergente:** por el daño material por concepto de cánones de arrendamiento y los frutos que se generen a consecuencia del siniestro, la suma de \$350.000 que a la actualidad suman \$7.700.000 a favor de JESUS ALIRIO POTOSI y TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI.

Es preciso hacer referencia al informe pericial presentado con la demanda por el Ingeniero Civil GONZALO DAVID GUERRERO, del cual se prescindió de su contradicción según lo dispuesto en el auto interlocutorio No. 1378 del 18 de septiembre de 2018.

Según lo preceptuado en el artículo 220 del CPACA es obligatoria la asistencia del perito a la audiencia de pruebas. El precitado artículo señala en su numeral segundo que: *"Durante la audiencia de pruebas se discutirán los dictámenes periciales, para lo cual se llamará a los peritos, con el fin de que expresen la razón y las conclusiones de su dictamen, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento. Los peritos tendrán la facultad de consultar documentos, notas escritas y publicaciones y se pronunciarán sobre las peticiones de aclaración y adición, así como la objeción formulada en contra de su dictamen. Si es necesario, se dará lectura de los dictámenes*

³⁹Ibid.

⁴⁰Ibid.

periciales. Al finalizar su relato, se permitirá que las partes formulen preguntas o los peritos, relacionadas exclusivamente con su dictamen, quienes las responderán en ese mismo acto. El juez rechazará las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Luego el juez podrá interrogarlos".

Como puede verse, la comparecencia del perito es indispensable para llevar a cabo la contradicción de la prueba pericial.

Igualmente, el artículo 228 del CGP establece que: "Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor".

A su vez, el Consejo de Estado⁴¹ estableció 11 pautas para que un dictamen pericial pueda tener eficacia probatoria, a saber:

- "Que el perito informe de manera razonada lo que de acuerdo con sus conocimientos especializados sepa de los hechos,
- Que su dictamen sea personal y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean. Ello sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad,
- Que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo,
- Que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad,
- Que no se haya probado una objeción por error grave,
- Que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas,
- Que sus conclusiones sean conducentes en relación con el hecho a probar,
- **Que se haya surtido la contradicción,**
- Que no exista retracto del mismo por parte del perito,
- Que otras pruebas no lo desvirtúen y
- Que sea claro, preciso y detallado, es decir, que dé cuenta de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que de los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones."

Como quiera que no se surtió la contradicción del dictamen pericial aportado con la demanda, el despacho no dará valor probatorio al mismo (fl. 41-47 C. Ppal.) ni a su ampliación (fl. 10-12 C. Pruebas).

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600020010021801 (30613), Nov. 29/17

Pone de presente el juzgado que no habrá lugar a condena en abstracto ya que la parte demandante debe sufrir las consecuencias de su desinterés en la práctica de pruebas que le corresponde tramitar.

En cuanto a los daños materiales de daño emergente por concepto de cánones de arrendamiento, el despacho no accederá a reconocer ninguna suma por cuanto no se encuentra acreditada dentro del proceso la causación de tal perjuicio.

6. De la condena en costas

Según el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte vencida en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP.

Sin embargo, el Juzgado no condenará en costas en los términos del numeral 5 del art. 365 del C.G.P., debido a que la demanda prosperó parcialmente por no haberse reconocido la totalidad de los perjuicios reclamados.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.-Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CAUCA CRC.**

SEGUNDO.-Declarar no probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado propuesta por el **MUNICIPIO DE TIMBIO, CAUCA** y las excepciones de inepta demanda y fuerza mayor formuladas por la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CAUCA CRC.**

TERCERO.- **DECLÁRAR** la concurrencia de causa entre el Municipio de Timbio y los demandantes, por la destrucción del bien inmueble de propiedad del señor **JESUS ALIRIO POTOSI.**

CUARTO.- Declarar al **MUNICIPIO DE TIMBIO, CAUCA,** administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios morales y materiales padecidos por **JESUS ALIRIO POTOSÍ** identificado con cédula de ciudadanía No.1.466.340 y la señora **TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI** identificada con cédula de

ciudadanía No. 25.404.182, con ocasión de los hechos ocurridos el día 19 de abril de 2012, en el Municipio de Timbio - Cauca, por las razones expuestas.

QUINTO.-En razón de la anterior declaración, **CONDENAR** al **MUNICIPIO DE TIMBIO, CAUCA**, a pagar, por concepto de perjuicios morales, la siguiente indemnización:

A favor de **JESUS ALIRIO POTOSÍ** identificado con cédula de ciudadanía No.1.466.340 y la señora **TEODORA ASTUDILLO DE POTOSI** identificada con cédula de ciudadanía No. 25.404.182, la suma equivalente a veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes (20 SMLMV), una vez efectuado el descuento del 50% por efecto de la concausa.

SEXTO.-Negar las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEPTIMO.-Se dará cumplimiento a la condena en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVO.-Sin costas, por las razones expuestas.

NOVENO.- Una vez liquidados, por Secretaría devuélvase a la parte actora el excedente de gastos ordinarios del proceso.

DECIMO.- Una vez ejecutoriada esta providencia, envíese copia de la misma a la entidad condenada para su ejecución y cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,


MARÍA CLAUDIA VARONA ORTIZ