

**TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA
SALA DE DECISIÓN**



MAGISTRADO PONENTE DR. CARLOS ARTURO JARAMILLO RAMÍREZ

Aprobado en Sala en sesión de hoy
Pereira, septiembre once de dos mil catorce

Referencia
Rad. 66001-33-31-001-2004-00200-01 (C-0669-2011)
Reparación Directa
Actor: Hernando Misas Hurtado y otros
Demandado: Municipio de Pereira

Apelación de Sentencia

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. ESP, en contra de la sentencia dictada por el Juez Primero Administrativo de Pereira el día 21 de julio de 2011, mediante la cual se concedieron parcialmente las súplicas de la demanda.

Lo anterior de acuerdo con la orden impartida por la Honorable Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, en el fallo de tutela proferido el 26 de junio de 2014, dentro del proceso radicado T-4.201.200.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

De folios 33 a 48 del cuaderno uno, se extraen los siguientes **hechos:**

Refiere la parte actora que para el 25 de enero de 2003, la señora María Melva Flórez Cardona acompañada de su hija Magda Carolina Misas Flórez y de Aleyda Misas se dirigieron a la calle 16 bis con carrera 15 en cercanías de la Cruz Roja de Pereira con el fin de comprar una morcilla. Para los efectos anteriores subieron al segundo piso de una edificación y después de haber obtenido el producto descendieron nuevamente con destino a la calle 16 bis. En primer lugar lo hizo doña María Melva y cuando Aleyda pretendió bajar a la calzada se le dobló uno de sus pies por virtud de los escombros existentes en el lugar, precipitándose en contra de María Melva, quien por razón de dicha fuerza y peso fue a caer a una gran brecha existente en el lugar, sufriendo lesiones que posteriormente ocasionaron su muerte.

El hueco que existía sobre la vía tenía cuatro metros de alto y un metro de ancho, pues durante ese día habían sido instalados diez metros lineales de tubería en concreto de treinta pulgadas, encontrándose pendiente el lleno correspondiente como lo muestran las fotografías que adhiere el escrito introductorio.

La obra que se ejecutaba en el sector, lo era por cuenta del Consorcio "Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P." mediante contrato 061 de 2002, cuyo objeto era el suministro de alcantarillado y obra civil para la construcción de interceptores de quebradas grupo A-1 (plan maestro de acueducto y alcantarillado de Pereira). La obra fue señalizada con unas cintas de seguridad denominadas "colombinas reflectivas", las que son plásticas y endebles. Las cintas son simplemente preventivas, pero no son verdaderas medidas de seguridad, dada la magnitud de la obra, toda vez que debió pensarse que la ejecución se llevaba a efecto en lugar poblado, debiendo adoptar medidas extremas de protección para niños y aún frente a los adultos para impedir el acceso a esa trampa mortal.

El consorcio constructor no debió contentarse simplemente con la colocación de unas medidas preventivas, sino verificar que éstas previnieran verdaderamente los riesgos a los usuarios de la vía, tal como lo prescriben las resoluciones 8408 del 2 de octubre de 1985 y 5246 del 2 de julio de 1985, adicionado y modificado mediante resoluciones 1212 del 29 de febrero de 1988, 11886 del 10 de octubre de 1989 y 8171 del 9 de septiembre de 1987 proferidas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, citadas en sentencia del 4 de septiembre de 2003, expediente 11615 y 1991, pues no se trata simplemente de prevenir sino de

evitar el fracaso de los transeúntes, toda vez que es bien conocido que las labores de construcción son actividades peligrosas.

No sólo falló el constructor sino el municipio de Pereira, pues la obra se realizaba en una de sus calles, debiendo haber ejercido el control y supervisión de la misma, adoptando verdaderas medidas de protección dada la magnitud de la obra, como debió ser cerrar la vía o haber obligado la construcción de verdaderas barricadas, como lo ha hecho en muchas obras.

El municipio de Pereira es vinculado por ser el propietario de la vía y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. por ser quien contratara con el consorcio Alcantarillado de Pereira el plan maestro de acueducto y alcantarillado para la capital de Risaralda, operándose el fuero de atracción.

La responsabilidad por la muerte de la señora María Melva Cardona accidentada el 25 de enero de 2003 y fallecida el 9 de febrero del mismo año, es responsabilidad solidaria de los dos entes públicos demandados.

Al observar los hechos generadores de responsabilidad atribuibles a los entes públicos demandados, las anormalidades existentes sobre la vía, la obligación que tenía el municipio de Pereira de vigilar las obras que se efectuaran sobre sus vías, la falta de un dispositivo de seguridad en el lugar de la obra, la calidad de los actores (parientes próximos y legítimos), los daños y perjuicios reclamados (morales), se concluye la responsabilidad de la administración y por consiguiente la relación de causalidad.

Las **pretensiones** de la demanda fueron enunciadas de folios 9 a 29, así:

1. Que se declare al municipio de Pereira y a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. responsables de la muerte de la señora María Melva Flórez Cardona y por consiguiente de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes enunciados en la demanda.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a los demandados a pagar a cada uno de los demandantes el equivalente a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales, por concepto de los perjuicios morales. Lo anterior con fundamento en el artículo 16 de la Ley 446 de

1998, que ordena valorar los perjuicios atendiendo los principios de reparación integral y equidad, y observando criterios técnicos y actuariales.

3. Por intereses se debe a cada uno de los actores, o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo, los que se generen a partir de la ejecutoria de la sentencia. De conformidad con el artículo 1653 del C.C. todo pago se imputará primero a intereses.

Las sumas de dinero liquidadas a favor de los demandantes, devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, como lo determinó la Corte Constitucional en sentencia C-188 de 1999.

4. Que se condene en costas a las demandadas.

5. Las entidades demandadas darán cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su ejecutoria, de conformidad con lo reglado en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

II. RESPUESTA DE LAS DEMANDADAS Y DE LOS LLAMADOS EN GARANTÍA

De conformidad con la constancia secretarial obrante a folio 444 cdno. 1-1, los demandados municipio de Pereira y Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., presentaron sendos escritos de respuesta, así:

A folios 101 y siguientes acudió el **municipio de Pereira** por medio de apoderada judicial admitiendo que la señora María Melva Flórez fue a caer a la brecha existente en la calle 16 bis con carrera 15 en cercanías de la Cruz Roja de la ciudad, cuando la señora Aleyda Misas se precipitó sobre ella, pero niega que ello se haya producido porque ésta última se le haya doblado uno de sus pies “por virtud de los escombros existentes en el lugar” y refiere a informe suscrito por el ingeniero Héctor Serna Bedoya, director de obra del consorcio Alcantarillado de Pereira, y dirigido al ingeniero César Augusto Tbaquirá en su calidad de Coordinador de Proyectos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., en el que en resumen se señala que el 24 de enero de 2003, aproximadamente a las 7:00 p.m. en la calle 16 bis No. 15-

29, en cual se encuentra una distribuidora de comestibles denominada “La Ricura” se acercaron dos señoras y una de ellas en compañía de su hija y nieto para comprar rellena en dicho lugar; como el local está en un segundo piso subieron a realizar la compra y al regresar bajando las escalas una de ellas tropezó (se mareó) inclinando bruscamente su cuerpo contra la señora María Melva Flórez Cardona, quien debido al impacto cayó accidentalmente a la brecha por donde pasan las excavaciones del Plan Maestro, realizadas por el consorcio Alcantarillado de Pereira.

En ese informe se dice que ya en el hospital la trabajadora social indagó al señor Carlos Alberto Misas, quien al ser cuestionado por el parentesco con la lesionada dijo que eso no le importaba y una hija de la señora lesionada le comentó a la trabajadora que su tía es hipertensa y se maluquió (sic), discutiendo el señor Misas con ésta persona por el interrogatorio que hacía. Alude en la respuesta que iniciando el informe se dejó constancia que siempre existió personal encargado de la señalización y de “realizar la limpieza de la obra” y se mencionada que uno de los encargados de estas labores era el señor Héctor Darío Isaza Obando, quien se quejaba porque se la pasaba todo el día en ese trabajo.

Agrega que el informe está acompañado por el relato de algunas personas que presenciaron el accidente, de lo que se puede concluir: que la señora Aleyda Misas sí fue la persona que empujó a la señora María Melva Flórez, de tal forma que cayó a la brecha abierta por el consorcio Alcantarillado de Pereira en ejecución de la instalación de la tubería en un tramo del plan maestro de acueducto de Pereira. Que la señora perdió el equilibrio porque se maluquió (sic) como lo afirmó su sobrina en el Hospital, debido a que es hipertensa y no porque existieran escombros en el lugar. Los empleados del establecimiento “La Ricura” coinciden en que la señora Aleyda Misas resbaló al bajar las escalas y que no habían escombros en el lugar.

Además, dice que el constructor utilizó no sólo las colombinas reflectivas sino también las cintas reflectivas y avisos sobre la construcción, y designó personal a su cargo para que mantuviera la señalización en perfecto estado para prevenir accidentes y esas personas se encargaban de mantener limpio de escombros.

La obra no fue contratada por el municipio de Pereira sino por la Empresa Aguas y Aguas que contrató una interventoría externa para la ejecución de la misma en cumplimiento de la Ley 80 de 1993, y los interventores son responsables de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría como por los hechos y omisiones que le fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades. Admite que el municipio es propietario de la vía, pero replica que en la vía se estaba realizando mantenimiento permanente por parte del constructor que ejecutaba la obra, y de esta circunstancia se dejó constancia en el informe del siniestro a la compañía de seguros Cóndor S.A. Propone las siguientes excepciones:

Falta de legitimación por pasiva: La demanda no debió dirigirse contra el municipio de Pereira ya que esta entidad no ejecutó la obra, esta se realizó por el consorcio Alcantarillado de Pereira por encargo que le hiciera la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., y además la empresa de acueducto contrató para la vigilancia de la obra del plan maestro que debía ejecutar tal consorcio la interventoría externa con la firma ACI Proyectos por contrato 071 de 2002. En la cláusula 10 de este contrato se dice que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. participaría designando un coordinador de proyectos, que sería el encargado de coordinar las relaciones contractuales y técnicas entre el interventor y la empresa y tendría acceso a los trabajos que realicen el interventor y el contratista.

Falta de configuración de la falta o falla del servicio por parte del municipio de Pereira: El municipio de Pereira no ha incurrido en falla o falta del servicio, por acción u omisión, ya que la obra que debió ejecutar la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. la contrató con un tercero, y la vigilancia de la obra la contrató con una firma que haría la interventoría externa.

Hecho de un tercero: La señora María Melva Flórez cayó a la brecha abierta por el consorcio Alcantarillado de Pereira, obra sobre la que ejercía interventoría externa la firma ACI Proyectos S.A. porque la señora Aleyda Misas la empujó sobre la mismas cuando perdió el equilibrio bajando las escalas y no porque existieran escombros.

Se opone a las pretensiones de la demanda.

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. contestó por medio de escrito visible a folios 285 y siguientes del cuaderno 1-1, no admite la mayoría de hechos, y explica que para probarse la responsabilidad extracontractual de la Empresa se necesario que se configuren los presupuestos de la falla del servicio o de la administración como son el hecho generador de la falla, el daño cierto y la relación de causalidad entre el daño y el hecho. Propone las siguientes excepciones:

Genérica: solicita se decida en la sentencia toda excepción de fondo que se encuentre probada.

Falta de relación de causalidad: debido a que no se puede vincular a los hechos sucedidos a una actuación de ese ente, en razón a que la obra en cuestión estaba siendo realizada por el consorcio Alcantarillado de Pereira.

Respecto del rompimiento del nexo causal expone que no existe relación de causalidad entre la ocurrencia de los hechos y la actuación u omisión de la empresa. Agrega que del proceso debió conocer la jurisdicción ordinaria.

Culpa exclusiva de la víctima: la vía se encontraba con una obra en construcción y la obligación es transitar con sumo cuidado, observando la señalización que se instala para tal fin.

Culpa exclusiva de un tercero: Debido a un hecho ocurrido fuera de la voluntad, tanto de la persona accidentada, María Melva Flórez Cardona, como de quien propicio el accidente, Aleyda Misas, se produjo el hecho que trajo consigo la muerte de la primera de las nombradas.

Ahora bien, en lo referente a los **llamados en garantía** se tiene que, con arreglo al informe secretarial del folio 613 del cuaderno 1-2, La Previsora S.A. Compañía de Seguros contestó dentro del término, pero ACI Proyectos, Horacio Mendoza Martínez y EPSILON, lo hicieron extemporáneamente por lo que sólo se referirá a la respuesta de la primera de las mencionadas.

La Previsora S.A. Compañía de Seguros con escrito visible a folios 456 y siguientes del cuaderno 1-1 dijo en síntesis:

No puede atribuirse responsabilidad al municipio de Pereira por estarse realizando la obra en una de sus calles, pues las obras fueron contratadas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. y adelantadas por el Consorcio Alcantarillado de Pereira, con la suficiente idoneidad y gozando de la respectiva interventoría. Si se prueba que la fallecida fue empuja, sin culpa, por su acompañante, la actividad peligros que desarrollaba el consorcio constructor deja de tener la importancia con la que se presenta y constituye una cuestión secundaria. Se opone a las pretensiones de la demanda,

Igualmente se opone a las pretensiones del llamamiento y formula las siguientes excepciones contra el llamamiento:

No cubrimiento del seguro responsabilidad civil No. 1001361 con relación a los hechos de la demanda, al haberse estipulado expresamente que se excluían reclamaciones por muerte o lesiones ocasionadas en obras civiles: por cuanto dentro de las condiciones particulares de la póliza se excluyen las reclamaciones por muerte o lesiones ocasionadas en obras civiles y demolición. De demostrarse que el fallecimiento de la señora María Melva Flórez Cardona se originó al caer a una brecha abierta en desarrollo del contrato No. 061-2002, relacionado con el suministro de tuberías de alcantarillado y obra civil para la construcción de interceptores quebradas grupo A-1 Grupo Licitación No. 01 Interceptores 1-2-3-3, es una situación que fue objeto de exclusión como ya se indicó.

Límite al valor asegurado: La Previsora S.A. Compañía de Seguros expidió a favor del municipio de Pereira, en calidad de asegurado, el seguro de responsabilidad civil No. 1001361, para la vigencia comprendida entre el 12-11-2002 hasta el 12-11-2003, con una cobertura de \$1.000.000.000.oo y deducibles del 15% del valor de la pérdida mínimo \$20.000.000.oo toda y cada pérdida. La compañía ha realizado todas las reservas para atender las posibles condenas, en varios procesos de reparación directa, por lo que en caso de condenarse al municipio debe declararse que la aseguradora sólo debe responder sobre lo que reste del valor asegurado una vez hechas las deducciones que por pagos de otros siniestros presentados durante la vigencia afectada haga o tenga que hacer, atendiendo siempre al deducible pactado.

III. LA SENTENCIA APELADA

En la sentencia objeto de la alzada el Juez de primera instancia resolvió:

“1. Se declaran no probadas las excepciones formuladas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

2. Se declara administrativa y patrimonialmente responsable a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., de los perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de la muerte de la señora María Melva Flórez Cardona ocurrida dentro de las circunstancias de que da cuenta esta providencia y por las razones aquí señaladas.

3. Como consecuencia de lo anterior, se condena a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. a pagar a los actores o a quienes sus derechos representen, por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas, conforme a lo expuesto en la parte motiva:

3.1 Para Hernando Misas Hurtado (compañero permanente), Juan Pablo Misas Flórez, Magda Carolina Misas Flórez, Julián Andrés Misas Flórez (hijos) y Gabriel Flórez Aguirre (padre) el equivalente para la fecha de ejecutoria de la presente sentencia a cien (100) S.M.M.L.V. para cada uno de ellos.

3.2 Para Julio César, Alba Libia, Uriel de Jesús, Luís Carlos, Martha Lucía, Gloria Diva, María Irma y María Danelia, todos de apellidos Flórez Cardona (hermanos), el equivalente para cada uno a cuarenta (40) S.M.M.L.V para la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

4. Se exonera a los llamados en garantía: Epsilon S.A. Ingenieros Civiles y Eléctricos en reestructuración, el ingeniero Horacio Mendoza Martínez y A C I Proyectos S.A. de la obligación de reembolsar suma alguna de dinero a la demandada, por lo razonado en esta decisión.

5. Se deniegan las demás súplicas de la demanda.

6. La entidad estatal demandada y condenada le dará cumplimiento al presente fallo en el término referido en el Artículo 176 del C.C.A. De no atenderse a ello, se observará lo dispuesto en el Artículo 177 y 178 de la misma obra. Para lo anterior se enviará la copia respectiva del mismo a la Procuraduría Regional de Risaralda.

7. No se condena en costas, atendiendo lo señalado en la parte considerativa.

8. Expídanse a costa de los interesados las copias que fueren solicitadas, precisando cuál presta mérito ejecutivo, la cual será entregada a la apoderada de la parte actora.

*9. Una vez **ejecutoriada** la presente decisión, por Secretaría de ser solicitado procédase con la devolución a la parte demandante de los remanentes de la cuota de gastos a que hubiere lugar y con el archivo del expediente.*

*10. Si no es apelada esta sentencia **súrtase el grado jurisdiccional de consulta** en el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, conforme a lo señalado en el numeral 9 de las consideraciones de esta sentencia.*

En sustento de la antedicha decisión dejó consignada entre otras consideraciones las que se reseñan, así:

El Juez Primero Administrativo de Pereira manifestó inicialmente que el municipio de Pereira carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que las empresas de servicios públicos pueden ejecutar obras enderezadas a la construcción, operación y modificación de sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos y para el efecto pueden intervenir las vías públicas de propiedad de las entidades territoriales, sin que ello constituya una extralimitación de sus funciones sino que por el contrario es una actividad que se enmarca en su objeto social, debe seguirse de lo anterior que es la

respectiva empresa de servicios públicos domiciliarios la que corra con los riesgos inherentes a esa actividad y responda directamente por el daño que cause a terceros en virtud de las obras que ejecute y por no tomar las medidas de protección que tales obras demandan, sin que sea haga menester que el municipio tenga que adoptar otras medidas adicionales a las que deba desplegar la empresa de servicios domiciliarios para proteger la vida e integridad física de los transeúntes, como corolario de las obras que ejecuta y de la correlativa obligación de protección que frente a terceros adquiere.

Frente al régimen de responsabilidad aplicable, indicó que según la reciente jurisprudencia si la parte actora aduce falla del servicio, debe el juez en primer lugar entrar a establecer si de verdad se produjo y en caso de no lograrse ello eventualmente podría mirarse si el asunto se maneja por medio de otros regímenes de imputación, y en consonancia con ello el despacho así lo abordará.

Después de citar algunos de los testimonios obrantes en el plenario, concluyó que la señora María Melva Flórez Cardona no cayó directamente a la brecha que abrió el consorcio contratista de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. para ejecutar las obras de cambio de las tuberías de alcantarillado concretamente en el sector de la calle 16 bis con carrera 15 de esta ciudad, sino que ello aconteció al ser empujada por la señora Aleyda Misas, desde luego sin intención de ésta, quien al descender por unos escalones de una casa dedicada a la venta de comestibles perdió el equilibrio con tan mala suerte que fue a dar contra la humanidad de la fallecida que como consecuencia del golpe cayó y rodó, y fue a dar al fondo de la brecha abierta con ocasión de las obras lo que desencadenó su muerte.

Concluyó también que las pruebas testimoniales y documentales reflejan una mala práctica de señalización y cubrimiento de las brechas con material que impidiera caer al vacío, falta de personal que evitara el paso peligroso de transeúntes en horas de la noche y cuando no se trabajaba, así como elementos para sacar a las personas de la brecha, todo lo cual pone de presente la falla del servicio imputada, apareciendo claro igualmente que la muerte de la mencionada señora ocurrió como consecuencia de tales lesiones y por ello procede la decisión condenatoria contra el centro de imputación legitimado por pasiva.

Así pues, respecto a los perjuicios causados aseguró que pueden considerarse suficientes, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, y las declaraciones referidas para tener demostrado el daño moral reclamado por los mencionados demandantes, no obstante, el monto del perjuicio moral a indemnizar, conforme a las probanzas que obran dentro del plenario sobre la intensidad de dicho perjuicio y al prudente juicio de este Juez, no se hará en la forma deprecada en el libelo, sino teniendo como base las pautas fijadas por el H. Consejo de Estado, donde ha señalado que en aquellos casos donde el perjuicio moral se presenta en su mayor grado se reconoce la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes (S.M.M.L.V), al momento de la sentencia

Ahora bien, con relación al llamamiento en garantía que hiciera la entidad demandada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, debe recordarse que por auto del 18 de mayo de 2005 se negó (fls. 445 s.s. cdno. 1-1) y respecto de los integrantes del Consorcio Alcantarillado de Pereira, cuyo documento de conformación aparece a folios 309 y siguientes del cuaderno 1-1, se tiene que lo integraban Epsilon S.A. “Ingenieros Civiles y Eléctricos” y el ingeniero Horacio Mendoza Martínez; igualmente se llamó en garantía a la firma A C I Proyectos S.A.

Finalmente, respecto del llamamiento que hiciera la accionada a la firma A C I Proyectos S.A., pese a que fue admitido por auto del 18 de mayo de 2005 (fls. 445 s.s. cdno. 1-1), esta decisión no ata al juez al momento de la sentencia y es lo cierto que en el llamamiento que con fines de repetición que se le hizo apenas se señaló que “...es de forzosa intervención de la firma A.C.I. PROYECTOS S.A., empresa cuyas obligaciones y exigencias se establecen en el Contrato 071 de 2002 –Interventoria (sic)- y se relacionan con la Interventoria (sic) del contrato 061 del año 2002, ejecutado por el Consorcio Alcantarillado de Pereira.” (fl. 296 cdno. 1-1), donde no hay indicación ni concreción de cuáles fueron los hechos y razones concretas por las cuales se efectuó el llamamiento ni el señalamiento del dolo o culpa grave del llamado al tenor de los artículos 1°, 2°, 4° y 5° de la Ley 678 de 2001. Igual predicamento realizó el a-quo respecto de los integrantes del consorcio Alcantarillado de Pereira: Epsilon S.A. Ingenieros Civiles y Eléctricos en reestructuración (fl. 315 cdno. 1-1) y el ingeniero Horacio Mendoza Martínez, donde apenas se les llama en garantía por cuanto fue “...la firma que ejecuto (sic) y realizo (sic) la obra y abrió (sic) la brecha donde ocurrió (sic) el

accidente” (fl. 296 cdno. 1-1), amén que si el consorcio no es una persona jurídica al tenor del artículo 7° de la Ley 80 de 1993 no puede hacer una acusación a la “firma” sino a cada uno de sus integrantes y también en términos concretos.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

Según constancia secretarial visible a folio 731 del cuaderno 1-2, **la parte demandada Empresa de Acueducto y alcantarillado de Pereira S.A. ESP** impugnó el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pereira, con fundamento en lo siguiente:

Aseguró que no hay evidencia que demuestre que las brechas no estaban en la distancia adecuada y que no existe ninguna norma que obligue al contratista a que cuando se esté trabajando en una obra, éstas deben ser cubiertas. Del mismo modo, aseveró que el hecho generador del accidente fue el desmayo de la señora porque sufría de hipertensión, más no que la señora se tropezó y cayó con ocasión de la obra, afirmó que esto le pudo ocurrir en cualquier parte pero nadie tiene la culpa de eso, la obra estaba en su lugar pero la caída no fue por ninguna omisión de la empresa contratista y menos de la contratante, porque el análisis sería si al tener todas las brechas cubiertas y la señora se desmaya y se cae al piso y sufre también conmociones, entonces también sería culpa del contratista?.

Agregó el recurrente que existe un desconocimiento de los verdaderos responsables de los hechos, es decir, cómo puede un juez desconocer quién era el encargado de la vigilancia y ejecución de una obra, ya que para eso se contrato esos servicios y se les pago por unas obras y por una interventoría, cualquier anomalía o cualquier circunstancia que se ocasione durante la obra es responsabilidad del contratista, entonces para qué la empresa contrata si cuando sucede un hecho ya directamente ella es responsable sin ni siquiera hacerle un juicio de responsabilidad al directamente implicado y responsable y que estaba ejecutando un objeto contractual para el cual fue contratado.

En lo referente a los llamados en garantía, aseveró que la empresa para ejercer su defensa debe llamar a los implicados al juicio para que ellos expliquen las circunstancias en las que se generó el hecho y además sustenten la responsabilidad, la empresa de aguas es un actor pasivo en este

hecho ya que ella es dueña de la obra pero no es el ejecutante ni el interventor, existe delegación de estas funciones y son los contratistas los que deben responder, si una vez en el juicio se demuestra que si hubo responsabilidad del contratista y que por ende por responsabilidad solidaria la empresa debe responder entonces, pero no se entiende como se puede imputar responsabilidad a una entidad del estado que es pasiva de un hecho, que no fue generador del hecho dañino, a que pague sola toda la responsabilidad sin que ni siquiera exista un juicio a los contratistas ni siquiera se evaluó su acción u omisión en los hechos, ni siquiera se solicitó de oficio su intervención para que explicarán los hechos, y sin ellos es muy difícil condenar a la empresa dueña de la obra.

Finalmente, afirmó que una vez surtido el accidente, no existe un reporte de ninguna autoridad competente para que diga cómo se ocasionó el accidente. En qué circunstancias de tiempo, modo y lugar, simplemente los testigos que estaban en una tienda de morcilla, que no conocen de los protocolos de seguridad son los testigos de este caso, cuyos testimonios carecen de idoneidad para la comprobación del hecho y de la responsabilidad de la entidad pública.

De conformidad con lo anterior, solicitó la revocatoria de la sentencia y que en su lugar se declare que no existe responsabilidad de la entidad demandada o que en su defecto existe una culpa compartida entre el contratista y la víctima. Subsidiariamente, solicitó la revocatoria del fallo y que se modifique el mismo, en el sentido de que la responsabilidad imputada al demandado corresponde a las condenas impuestas en la sentencia recurrida, en virtud de presentarse una culpa compartida entre el demandante y el demandado y que los perjuicios causados, no fueron probados en las cuantías en las cuales se reconocen en la sentencia.

Ahora bien, **la parte actora** se adhirió al recurso de apelación presentado por la demandada en contra de la sentencia del 27 de julio de 2011, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del circuito de Pereira, suplicando su confirmación y revocatoria parcial en lo que desfavorece a la parte demandante, con fundamento en lo siguiente:

En primer lugar aseveró que la carencia de argumento del recurso de apelación daría la posibilidad para que se hubiese inadmitido, por cuanto su estructura no cumple con la técnica, ya que el escrito está encaminado a reprochar al Juez de primera instancia que la señalización de la obra fue deficiente y que nada imposibilita recubrir estas brechas con material de diversa índole. Luego no estructuró un discurso serio destinado a derrumbar la presunción de acierto de la sentencia, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico.

En segundo lugar, aseguró que la regulación de los daños y perjuicios fue estructurada a espaldas del precedente jurisprudencial, por cuanto se fijaron sumas inferiores a los estándares. Destacó que la sentencia al cuantificar el daño, está colocando a la parte desfavorecida en serias dificultades para defender su perspectiva jurídica, pues no se vislumbra por parte alguna cuál fue la razón para apartarse del precedente jurisprudencial, que en sentido vertical orienta no solo las decisiones del mismo Juzgado Primero – Administrativo de Pereira y desde luego la posición del Honorable Tribunal Administrativo de Risaralda; y, de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado.

Después de realizar un amplio análisis jurisprudencial, concluyó el recurrente que el parentesco quedó demostrado con prueba documental y testimonial, luego se imponía que se accediera a indemnizar con los patrones jurisprudenciales de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno, sin que pueda aceptarse como argumento, que por el grueso número de hermanos, el dolor es menor. Por consiguiente, suplica la revocatoria de la sentencia en lo atinente a los daños y perjuicios morales para los hermanos, para que se aumente la indemnización de 40 a 50 SMLMV para cada uno de ellos.

Agregó también que, una brecha con 04 metros de profundidad y un metro de ancho, ameritaba una verdadera medida de protección, pues no podía pensarse que para un niño, constituía el cumplimiento del deber de señalización la colocación de la cinta reflectiva. Adicionalmente, no puede olvidarse que la obra duró alrededor de 10 meses, tiempo durante el cual el peligro fue latente. Un contrato de esta magnitud, de tantos millones de pesos, imponía que el Consorcio ejecutor, colocara una pantalla de madera de un

escaso metro con veinte de altura, con una buena estructura, para que propios y extraños por cualquier razón, no se precipitaran en la cavidad.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

A la convocatoria debida, la que se dio con auto del 13 de octubre de 2011 (fl. 803 cd. 1-2) concurren las partes así:

La parte demandada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. acudió mediante escrito visible a folios 805 y s.s. del cuaderno 1-2, reiterando lo expresado en la sustentación del recurso de alzada.

La Previsora S.A. acudió mediante escrito visible a folios 816 y s.s. del cuaderno 1-2, señalando en síntesis que sí la forma en que se presentó el accidente no acredita la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero como exonerantes de responsabilidad, si ameritan, rebajar el quantum indemnizatorio, pues es un hecho cierto y probado que la señora María Melva Flórez Cardona fue empujada hacia la brecha por un tercero, con o sin intención, y nadie puede asegurar, como lo hace el juzgado, que de haber estado la brecha cubierta no se hubiera presentado su deceso, pues conforme a lo probado, la forma en que se operó su caída al momento de ser empujada y antes de su ingreso a la brecha, fue bastante traumática para la señora María Melva Flórez Cardona.

Por consiguiente, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia o en su defecto la rebaja del monto de las condenas impuestas a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P.

Por su parte, **La Procuradora Judicial II No. 38 en asuntos administrativos**, a folios 823 y s.s. del cuaderno 1-2 emitió concepto considerando que de conformidad con el artículo 101 de la Ley 769 de 2002 – Código Nacional de Tránsito Terrestre, es obligación de quienes ejecutan la construcción de una obra en la vía pública ubicar señales transitorias, preventivas, reglamentarias e informativas de ello, obligación que se alude en la demanda no fue cumplida por quien ejecutaba la obra; consideró el Ministerio Público que los elementos

probatorios que militan en el expediente no ofrecen certeza acerca de ausencia de tales elementos, pues la prueba testimonial existente sólo es concordante en precisar que en la zona había una cinta reflectiva alrededor del hueco, sostenida con bombones. Tales elementos resultan a la luz de la legislación vigente insuficientes para satisfacer los requerimientos que a nivel de señalización de obras públicas se exigen, circunstancia que encierra una falla en el servicio que viabiliza la indemnización deprecada.

Agregó que casos como éste están gobernados por el régimen de responsabilidad objetivo, de conformidad con los lineamientos del honorable Consejo de Estado, de este modo, se tienen cumplidos los elementos exigidos para la configuración de la responsabilidad estatal a título objetivo, toda vez que se encuentra probado el daño y la imputación jurídica del mismo a la administración, toda vez que se concretó el riesgo creado por ésta – al abrir la brecha -, en la ejecución de una obra pública, por lo que consideró que la sentencia debe ser confirmada.

Ahora bien, en lo referente a la denegación de responsabilidad de la firma llamada en garantía, afirmó que no están dados los presupuestos necesarios para la prosperidad de las pretensiones respecto de quienes ejercieron la interventoría del contrato de obra en ejecución del cual se abrió la brecha en donde cayó la señora Flórez Cardona, toda vez que dentro del proceso no se acreditó vínculo contractual que obligara a quienes ejercieron la interventoría de ese negocio jurídico a indemnizar a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. en el evento en que resultaren condenados judicialmente por hechos como el que aquí se ventila, pues su función se concretaba a la correcta realización del contrato de obra propiamente dicho, aspecto que no compromete su responsabilidad por los daños extracontractuales irrogados a terceros con ocasión del desarrollo de esa obra pública.

Agregó que tampoco están dados los presupuestos necesarios para la prosperidad del llamamiento en garantía con fines de repetición, en la medida que tal como lo reflexionó el juez de primera instancia no se encuentra acreditado dentro del proceso comportamiento doloso o gravemente culposos

de quienes ejercieron la labor de interventoría, ni que con su acción y omisión hubieren contribuido de manera eficiente a la causación del daño, presupuestos necesarios para que esa figura salga avante.

Finalmente, manifestó que en lo que a la tasación de perjuicios se refiere, se deben seguir las pautas establecidas por el Consejo de Estado, y por ende debe incrementarse el monto reconocido a los hermanos de la víctima, el que debe ser estimado en 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y no en 40 como lo tasó el Juez de instancia.

Por lo expuesto, solicitó confirmar la sentencia apelada, modificando lo correspondiente al monto de los perjuicios reconocidos a los hermanos de la víctima, tasándolos en el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Revisados los presupuestos procesales de la acción y del procedimiento, y por cuanto no se observa causal alguna que pueda dejar sin valor lo que hasta aquí se ha surtido, se procede a decidir el asunto litigado materia de la apelación.

2. Problema Jurídico: Procede la Sala a realizar el análisis del fallo recurrido, circunscribiendo el estudio respecto de la orden impartida por la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional el 26 de junio de 2014 mediante sentencia de tutela (radicado: T-4.201.200), en la que dispuso:

***“PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de tutela del 10 de octubre de 2013 proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó el fallo de primera instancia dictado el 28 de febrero de 2013 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el sentido de negar el amparo solicitado por los familiares de la señora María Melva Flórez Cardona.*

SEGUNDO: *En su lugar, **CONCEDER** la protección del derecho fundamental al debido proceso invocado por los familiares de la señora María Melva Flórez Cardona y, por lo tanto, **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia dictada el 7 de junio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Risaralda en la que se exoneró de responsabilidad a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., y el Municipio de Pereira.*

TERCERO: ORDENAR *al Tribunal Administrativo de Risaralda que profiera una nueva sentencia siguiendo los parámetros establecidos en esta providencia.”*

3. En la decisión proferida por la Corte Constitucional dentro de la acción de tutela mencionada, se dejó precisado que:

“(...) esta Corporación incurrió en un defecto sustantivo al momento de establecer la naturaleza del riesgo que se creaba con la excavación, derivado de desconocer que el artículo 2º de la Ley 769 de 2002, “por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones”, establece expresamente que en las vías públicas de una ciudad no solo existe tránsito de vehículos, sino también de personas y animales, y que de hecho la vía es además utilizada por los peatones para cruzar la calle de un lado a otro en lugares como semáforos o cebras. Esta consideración resulta trascendental en la decisión adoptada por el Juez Contencioso Administrativo, toda vez que de haber tenido en cuenta dicha normativa hubiera llegado a la conclusión de que debían ser adoptadas medidas adicionales de seguridad en aras de evitar accidentes trágicos en la circulación de personas, como el ocurrido en el caso de la señora María Melva Flórez Cardona. Bajo tales premisas, la entidad accionada debió evaluar si en el caso concreto se habían adoptado las medidas necesarias, o si por el contrario se había configurado una falla en el servicio.”

Igualmente se precisó que el este Tribunal incurrió en un defecto sustantivo al no tener en cuenta las disposiciones normativas aplicables en materia de medidas de seguridad en obras en vías públicas, indicando:

“(...) para la Corte resulta claro que al momento de estudiar si El Acueducto había cumplido con las exigencias en materia de señalización, el Tribunal accionado no solo no tuvo en cuenta las disposiciones legales y reglamentarias que indicaban la forma en la que debía realizarse la señalización, sino que desconoció que la finalidad

última de dichas normas es garantizar la integridad de los administrados en general, especialmente de quienes son sujetos de especial protección. Con lo anterior es claro que el Tribunal de Risaralda inobservó la normativa aplicable y sus finalidades, incurriendo así en un defecto sustantivo que termina por desconocer que la actividad de los jueces es reglada y debe someterse al imperio de la ley.

Por lo anterior determinó que,

“(i) Dadas las definiciones contenidas en el artículo 2 de la Ley 769 de 2002, “por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones”, en las vías públicas de una ciudad no solo existe tránsito de vehículos, sino también de personas y animales. Por ello, no es posible considerar que una brecha de 10 metros de largo, 4 de profundidad y 1 de ancho, localizada a una distancia de 2.5 metros del andén en una calle densamente poblada de Pereira, solo implica riesgo para los vehículos y no para las personas.

(ii) Según los artículos 101 y 110 de la misma Ley 769 de 2002, y las disposiciones reglamentarias aplicables, en particular las referidas por las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 4 de septiembre de 2003 expediente 11615 y del 20 de septiembre de 2007 expediente 21322, citadas por el Tribunal Administrativo de Risaralda, para mitigar los riesgos de una obra como la del asunto bajo estudio no es suficiente ubicar colombinas y cintas refractivas. Por el contrario, según tales disposiciones las señales adoptadas deben incluir conos reflectivos o delineadores, barricadas, canecas, conos de guía, mecheros y listones, las cuales además deben estar iluminadas en horas nocturnas.”

4. Régimen de responsabilidad aplicable en el caso concreto

El presente proceso tuvo su origen en el ejercicio de la acción de reparación directa contemplada en el artículo 86 del C.C.A., el cual dispone que el interesado podrá demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

Sea lo primero referenciar un caso similar al que ocupa ahora la atención de la Sala, en el cual el Consejo de Estado, en providencia del 19 de octubre de

2011, Consejera ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz, Actor: Ana Oliva Corredor de Zabala Y Otros; señaló:

“En los casos en que la administración incumple su obligación de señalización con ocasión de la ejecución de una obra, tradicionalmente se ha abordado su estudio bajo el régimen de responsabilidad subjetiva por falla del servicio.”

Así lo ha considerado esta Sala:

“La Sala ha reiterado la obligación que tiene la Administración en la debida y adecuada señalización cuando adelanta obras públicas, por el riesgo que pueda generar para quienes transitan por el lugar. Para la Sala, no es de recibo el argumento según el cual pueden emplearse cualquier tipo de señales para prevenir a los conductores sobre la existencia de obras en la vía, puesto que las normas reglamentarias establecen exigencias distintas. Además no puede aceptarse como señal preventiva un “montón de tierra” obstaculizando el camino, pues antes que prevenir, resulta peligrosa para quien transite en inmediaciones de la obra pública. En el caso concreto no queda duda de que el INVIAS no cumplió con el deber de colocar la señalización adecuada. En estas condiciones, los hechos probados configuran un típico caso de responsabilidad patrimonial, bajo el entendido de que el factor de imputación que compromete la responsabilidad del ente demandado está configurado por una falla del servicio consistente en la omisión en que incurrió la entidad encargada del mantenimiento y conservación de la vía, de una parte y, por la otra la inobservancia de las obligaciones reglamentarias referidas a la correcta, oportuna y adecuada señalización que ha debido adoptarse en el lugar donde se presentó el accidente¹”. Negrilla y subraya de la Sala)

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 14 de 2005, rad 15630; C.P. Ramiro Saavedra Becerra

Así pues, la responsabilidad del Estado por los daños causados como consecuencia de la falta de señalización o aviso de los obstáculos e imperfecciones que pongan en peligro la integridad de los ciudadanos con ocasión de la ejecución de una obra, corresponde al régimen ordinario de la **falla del servicio**, de tal suerte que concierne al demandante acreditar, además del daño, la existencia de la circunstancia que se constituyó en la causa del mismo, así como la relación de causa a efecto entre uno y otra y su imputabilidad al ente demandado.

5. La demostración del daño

5.1. La muerte de la señora María Melva Flórez Cardona, accidentada el 24 de enero de 2003 y fallecida el 9 de febrero del mismo año, en el municipio de Pereira, Risaralda, se acreditó con el certificado del registro civil de su defunción (fl. 17 del Cd. 2).

5.2. El carácter de compañeros permanentes de la señora María Melva Flórez Cardona (fallecida) y el señor Hernando Misas Hurtado quedó acreditado mediante los testimonios rendidos por la señora Melva Lucía García Valencia (fls. 85 y 86 del cd. 2) y el señor Leopoldo Gallo Clavijo (fls. 87 y 88 del cd. 2).

5.3. De conformidad con los registros civiles de nacimiento obrantes de folios 1 a 6 del cuaderno No. 2, quedó acreditado que los señores Juan Pablo Misas Flórez, Carolina Misas Flórez y Julián Andrés Misas Flórez, efectivamente son hijos de la señora María Melva Flórez Cardona (fallecida) y del señor Hernando Misas Hurtado.

5.4 El señor Gabriel Flórez Aguirre demostró ser el padre de la fallecida. Así consta en el certificado del registro civil del nacimiento de ésta (fl. 8 del cd. 2).

5.5 Los señores Julio César, Alba Libia, Uriel de Jesús, Luís Carlos, Martha Lucía, Gloria Diva, María Irma y María Daniela Flórez Cardona demostraron ser hermanos de la fallecida. Así consta en los registros civiles de nacimiento de éstos (fls. 9 a 16 del cd. 2).

Teniendo por demostrado el parentesco entre los demandantes y la víctima y de conformidad con el amplio material probatorio obrante en el plenario y aplicando las reglas de la experiencia, se infiere el dolor moral que aquéllos sufrieron por la muerte de ésta.

6. La responsabilidad patrimonial del Estado en el caso concreto

Sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se produjo el accidente que ocasionó la muerte de la señora María Melva Flórez Cardona, el acervo probatorio está integrado por aquellas pruebas documentales aportadas directamente por las partes, las arrimadas al expediente por disposición del *a quo* y las testimoniales practicadas en el proceso.

Sea lo primero resaltar que las fotografías obrantes de folios 34 a 41 del cuaderno 1 aportadas por la parte demandante corresponden al lugar de los hechos donde resultará accidentada la señora María Melva Flórez Cardona, tal y como lo manifiestan los testigos, así:

“PREGUNTADO: El despacho le pone de presente a la testigo las fotos obrantes de folios 34 a 41 del cuaderno 1 para que informe si corresponden al lugar del accidente. **CONTESTÓ:** Sí corresponde. Era la calle 16 bis No. 15-28, era en la casa color café que aparece a folio 39.” (Testimonio rendido por Claudia Milena Marín obrante de folios 43 a 45 del cuaderno 2)

“PREGUNTADO: El despacho le pone de presente a la testigo las fotos obrantes de folios 34 a 41 del cuaderno 1 para que informe si las mismas corresponden al lugar del accidente. **CONTESTÓ:** Sí corresponden. (...) **PREGUNTADO:** Al ponérsele de presente las fotografías del lugar de los hechos, indíquele al despacho cuál fue el sitio exacto donde sucedieron. **CONTESTÓ:** La testigo señala la foto de folio 39 y dice que la señora cayó bajando de las escalas en las cuales en la foto aparece una bicicleta recostada. Iban bajando juntas, me parece que Doña Melva iba primero.” (Testimonio rendido por Rolady Mejía de Herrera obrante de folios 46 a 48 del cuaderno 2)

“PREGUNTADO: El despacho le pone de presente a la testigo las fotos obrantes de folios 34 a 41 del cuaderno 1 para que informe si corresponden al lugar del accidente. **CONTESTÓ:** Sí señor, pero esas fotos fueron tomadas no en el momento cuando nosotros la dejamos listas porque una cosa es cuando está la gente trabajando, uno deja la obra señalizada de una manera cuando ya la gente no está trabajando, cuando ya se cierra, toda organizada. Y las fotos fueron tomadas ya en horas de trabajo.” (Testimonio rendido por Héctor Darío Isaza Obando obrante de folios 72 a 74 del cuaderno 2)

“PREGUNTADO: El despacho le pone de presente a la testigo las fotos obrantes de folios 34 a 41 del cuaderno 1 para que informe si corresponden al lugar del accidente. **CONTESTÓ:** Sí corresponden al lugar del accidente.” (Testimonio rendido por Luisa Marina Alzate Santa obrante de folios 126 a 129 del cuaderno 2)

“PREGUNTADO: Poniéndole de presente las fotografías, indique el lugar exacto donde aconteció el accidente. **CONTESTÓ:** **CONSTANCIA:** la testigo escoge el folio 41 de este comisorio y señala como lugar del accidente las escalinatas que se encuentran al lado de la bicicleta y explica: Esas escaleras eran las que daban para entrar a la casa. Por ahí había más escombros. **PREGUNTADO:** Sobre la fotografía del folio 37 explique a qué distancia se encuentran a la puerta donde tuvo lugar el accidente. **CONTESTÓ:** Esta cas(sic) es diagonal a la casa donde hubo el accidente **CONSTANCIA:** La testigo señala la casa que está frente a la máquina (folio 37 del comisorio) como diagonal a la suya. Esto se confirma con el folio 40. Agrega: antes había escombros y en la foto ya no hay nada de escombros.” (Testimonio rendido por Carmenza Herrera Naranjo obrante de folios 106 a 107 del cuaderno 2)

De conformidad con lo anterior, se infiere que dichas fotografías gozan de mérito probatorio, toda vez que fueron debidamente reconocidas en el proceso y por lo tanto, pueden cotejarse con los otros medios de prueba que obran en el

expediente.

Seguidamente, se permite este Tribunal citar parte del reporte de accidente de la señora María Melva Flórez Cardona, dirigido a la compañía de seguros Cóndor S.A. por parte del director de la obra del Consorcio Alcantarillado de Pereira, del residente de Interventoría, de la trabajadora social del consorcio y de la profesional en salud ocupacional (fls. 119 y ss. del cd. 1), así:

“(...) Es de aclarar que las únicas personas que se encontraban en el lugar de los hechos a la hora del accidente son las siguientes:

<i>Carmenza Herrera</i>	<i>c.c. 34'052.438 de Pereira</i>
<i>Javier Arturo Herrera</i>	<i>c.c. 10'114.312 de Pereira</i>
<i>Roslady Mejía</i>	<i>c.c. 42'064.434</i>
<i>Claudia Milena Marín</i>	<i>c.c. 42'228.488”</i>

Así pues, se hace necesario referenciar lo expresado por los aludidos testigos presenciales en lo concerniente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon la muerte de la señora María Melva Flórez Cardona, así:

i.) Carmenza Herrera Naranjo (fls. 106 y s.s. del cdno. 2), refirió lo siguiente:

“En la ciudad de Pereira mi mamá tenía un negocio de venta de morcilla y tamales, la señora entró a comprar morcilla, cuando salió se resbaló en unos escombros. Cuando se resbaló empujó a la señora que se fue al hueco. PREGUNTADO: Cómo era la señalización del lugar? CONTESTÓ: Pues allá había una cinta como advertencia, pero señalización así no había. PREGUNTADO: Indique el lugar preciso en donde se registró el hecho. CONTESTÓ: Eso fue en la calle 16 bis con carrera 15, barrio La Arenosa. PREGUNTADO: Cuál fue la causa para que la señora MARIA MELBA (sic) FLOREZ CARDONA cayera al hueco. CONTESTÓ: Yo creo que ahí debía haber una medida como de prevención mejor porque esos huecos tan demasiados grandes eran muy peligrosos y los andenes muy angostos. El era por ahí de 3 metros de hondo y 2 metros de ancho, estaban haciendo cambio de tubería. PREGUNTADO: A qué horas se registró el accidente. CONTESTÓ: Eso fue por ahí a las 6 y 6 y

media de la tarde. PREGUNTADO: *Cómo era la iluminación del lugar para el momento del accidente.* CONTESTÓ: *Allí prácticamente no había iluminación, era muy oscuro, había una lámpara que era la de la esquina, que siempre quedaba muy retirada, como a 50 metros.* PREGUNTADO: *Indique qué medidas de prevención y protección existía en el lugar del accidente.* CONTESTÓ: *Allí no había sino una cinta y yo creo que eso no es protección para unos huecos tan grandes.(...)* PREGUNTADO: *Recuerda Usted si después del accidente fijaron algunas medidas de prevención o protección?* CONTESTÓ: *Después del accidente colocaron unas tablas, después de que había pasado eso. (...)* PREGUNTADO: *¿Cuál fue la causa de la caída de la señora MARIA MELBA (sic) FLOREZ CARDONA.* CONTESTÓ: **La causa fue que la familiar de ella se resbaló en unos escombros y la empujó.** *Como había una cinta ahí, se fue directamente al hueco.* PREGUNTADO: *Qué espacio de la vía ocupaban dichos escombros o material suelto en la vía.* CONTESTÓ: **Pues prácticamente el andén y el espacio por donde uno transitaba mantenía lleno de escombros.** PREGUNTADO: *Sabe usted al cuánto tiempo fueron removidos los escombros, después del accidente?* CONTESTÓ: **Al otro día empezaron a recoger escombros, ya no dejaban escombros por ahí.** PREGUNTADO: *Poniéndole de presente las fotografías, indique el lugar exacto donde aconteció el accidente.* CONTESTÓ: CONSTANCIA: *la testigo escoge el folio 41 de este comisorio y señala como lugar del accidente las escalinatas que se encuentran al lado de la bicicleta y explica: **Esas escaleras eran las que daban para entrar a la casa. Por ahí había más escombros.*** PREGUNTADO: *Sobre la fotografía del folio 37 explique a qué distancia se encuentran a la puerta donde tuvo lugar el accidente.* CONTESTÓ: *Esta cas(sic) es diagonal a la casa donde hubo el accidente* CONSTANCIA: *La testigo señala la casa que está frente a la máquina (folio 37 del comisorio) como diagonal a la suya. Esto se confirma con el folio 40. **Agrega: antes había escombros y en la foto ya no hay nada de escombros.*** PREGUNTADO: *Explique detenidamente cómo sucedió lo del empujón a la señora MARIA MELBA (sic) FLOREZ CARDONA.* CONTESTÓ: *Ellas estaban saliendo, la señora que se resbaló en los escalones tropezó a la que*

se fue al hueco. La cinta era como una advertencia, estaba pegada de ese poste metálico que se ve y el se caía con un viento fuerte.”
(Negrillas y subrayas de la Sala)

ii.) En lo referente al señor Javier Arturo Herrera identificado con la cédula de ciudadanía No. 10´114.312 de Pereira, resalta esta Corporación que ya había fallecido al momento de la interposición de la presente acción de reparación directa, por lo que únicamente será referenciado el testimonio contenido en el video Anexo No. 01, del que se puede extraer que el señor Javier Arturo Herrera se encontraba en el establecimiento comercial la Ricura cuando escuchó a su hermana pedir auxilio, por lo que bajó corriendo a auxiliar la señora que había caído a la brecha, aseguró también que todo el tiempo estuvo con ella hasta que llegó la Cruz Roja, él en ese momento ponía la mano en la cara y le preguntaba como estaba, agregó que la señora estuvo inconsciente aproximadamente de 2 a 3 minutos, luego volvió en sí y le dijo que se llamaba Melva Flórez y que era de la Pradera.

iii.) Rolady Mejía de Herrera (fls. 46 y s.s. del cdno. 2), refirió lo siguiente:

“Ella fue a comprar morcilla con la hermana, no recuerdo el nombre de la señora. Yo me bajé porque ya nos íbamos a ir para la casa, yo bajé donde estaba mi cuñada, me puse a conversar con ella, entonces en esos momentos ya bajaban las señoras a la calle, las dos señoras bajaron el andén, cuando yo miré ya la señora estaba en esos tubos, nosotros nos pusimos a gritar ahí. Mi cuñado fue el que la auxilió, el ya no vive, mi cuñado se llamaba Javier Arturo Herrera. Entonces ya llamaron a la Cruz Roja y la auxiliaron ellos. Eso es lo que me acuerdo.

(...)**PREGUNTADO:** *El despacho le pone de presente a la testigo las fotos obrantes de folios 34 a 41 del cuaderno 1 para que informe si las mismas corresponden al lugar del accidente. **CONTESTÓ:** Sí corresponden. **PREGUNTADO:** Recuerda usted cómo se produjo la caída al hueco por parte de la señora María Melva Flórez. **CONTESTÓ:** Ella iba a dar el paso para bajar, y como que se prendió de la hermana y no se alcanzó como a prender y ella se fue de*

espaldas. **PREGUNTADO:** Aclárenos quién tropezó primero. **CONTESTÓ:** Yo creo que fue la que se fue al hueco fue la que tropezó, habían piedras y escombros. **PREGUNTADO:** Cuando tropezó la señora ya había bajado las escalas. **CONTESTÓ:** Si ya había bajado el andencito y no alcanzó a prenderse de la hermana. **PREGUNTADO:** Dígale al despacho si el hueco donde cayó la señora María Melva Flórez estaba adyacente al establecimiento de comercio La Ricura. **CONTESTÓ:** Sí, porque ahí habían unos tubos inmensos, porque supuestamente iban a pavimentar por ahí. **PREGUNTADO:** Dígale al despacho si el lugar donde estaba haciendo los trabajos sobre la vía tenía señalización permanente o no. **CONTESTÓ:** Sí, tenían esa cinta amarilla. **PREGUNTADO: Qué tipo de escombros había sobre la vía. CONTESTÓ: Piedras (...)** **PREGUNTADO:** Recuerda usted a qué hora más o menos ocurrió el accidente. **CONTESTÓ:** Ya estaba como oscuro pero no sé la hora. (...) **PREGUNTADO:** Al ponérsele de presente las fotografías del lugar de los hechos, indíquele al despacho cuál fue el sitio exacto donde sucedieron. **CONTESTÓ:** La testigo señala la foto de folio 39 y dice que la señora cayó bajando de las escalas en las cuales en la foto aparece una bicicleta recostada. Iban bajando juntas, me parece que Doña Melva iba primero.(...)” (Negrillas y subrayas de la Sala)

iv.) Claudia Milena Marín Herrera (fls. 43 y s.s. del cdno. 2), refirió lo siguiente:

“En el momento de ese accidente, del accidente de la señora, no sé el nombre de la señora porque ella fue una persona que entró a comprar. Yo laboraba en la Ricura, una distribuidora de comidas, una empresa familiar, era de mi abuelita. La señora fue con una hermana, la hija y un bebé, fueron a comprar morcilla, la señora, la difunta y la hija con el bebé se quedaron en la calle, sólo subió la hermana. Cuando la señora bajo, ella bajando por las escaleras se tropezó y se calló (sic), ella para no dejarse caer se fue a sostener de la hermana y la empujó, la señora estaba mal parada y ella se fue a ese hueco. Mi tía y la esposa de un tío estaban en la calle y llamaron a un tío mío a que auxiliáramos a la señora, a tratar de sacarla de allá. Pero la señora calló (sic) en una posición muy mal

y fuimos a buscar a la Cruz Roja para que fueran ellos los que la sacaran de allá, los de la Cruz Roja la sacaron, le pusieron cuello ortopédico y en una camilla la sacaron. A la hermana le dio una crisis nerviosa, se desmayó. Y la hija gritaba, se pusieron muy mal.”

*(...) **PREGUNTADO:** El despacho le pone de presente a la testigo las fotos obrantes de folios 34 a 41 del cuaderno 1 para que informe si corresponden al lugar del accidente. **CONTESTÓ:** Sí corresponde. Era la calle 16 bis No. 15-28, era en la casa color café que aparece a folio 39. **PREGUNTADO:** Dígale al despacho si el hueco donde calló (sic) la señora María Melva Flórez estaba adyacente a la entrada del establecimiento de comercio La Ricura. **CONTESTÓ:** Ahí conforme está en la foto a folio 39. **Mirando la foto de folio 39 dice la testigo que la difunta estaba parada donde está la piedra que no estaba en el momento del accidente, había tierra, escombros.** Y la hermana que fue la que se tropezó bajaba el último escalón que en la foto corresponde a donde está la bicicleta. La señora se fue allá, no sé cómo. Eso estaba señalado, pero las cintas estaban más en el borde del hueco, primero calló (sic) la cinta y después se fue la señora. La señalización en ese momento estaba de cerca al hueco como aparece a folio 41. **PREGUNTADO:** La señora que primero tropezó alcanzó a caer al suelo. **CONTESTÓ:** No recuerdo. Creo que ella sí cayó arrodillada, pero no estoy segura. Ella después del accidente se desmayó. **PREGUNTADO:** Para llegar al establecimiento donde usted trabajaba era necesario superar algún obstáculo como un hueco. **CONTESTÓ:** No, el hueco era donde se muestra en la foto. **PREGUNTADO:** Dígale al despacho aproximadamente cuánto tiempo hacia que habían empezado los trabajos en la calle donde ocurrió el accidente. **CONTESTÓ:** No recuerdo. **PREGUNTADO:** Dígale al despacho si el lugar donde estaban haciendo los trabajos tuvo permanente señalización o no. **CONTESTÓ:** Sí señor. Antes de ese accidente era muy a la orilla. Inclusive los niños les gustaba mucho jugar en esa zona, les gustaba meterse por ahí. **PREGUNTADO:** Díganos en qué consistía las señalizaciones que se pusieron en el sector. **CONTESTÓ:** Sólo la cinta de peligro, estaba sostenida sobre esos bloques de cemento. La testigo señala la foto del folio 41. Siempre*

fue así como aparece en la foto mencionada. (...)PREGUNTADO: Indique cómo era la visibilidad para el momento de la caída de la señora Melva. CONTESTÓ: Ya se estaba oscureciendo, era más bien poca. Eso fue más o menos a las seis y media, había una luz pero era diagonal a la casa y era sólo una lamparita, el sector era más bien oscuro. PREGUNTADO: A (sic) señalado usted que la señora que se fue a caer tropezó y esa fue la razón para que se fuera encima de la señora Melva, indique si lo recuerda, con qué elementos tropezó la señora en mención. CONTESTÓ: No lo recuerdo porque yo no la vi tropezar.” (Negrillas y subrayas de la Sala)

De conformidad con lo anterior y con la finalidad de establecer la causa del accidente acaecido el día 24 de enero de 2003, resulta imprescindible citar en lo pertinente los siguientes testimonios, así:

Magda Carolina Misas Flórez (fls. 109 y s.s. del cdno. 2), refirió lo siguiente:

*“Los hechos ocurrieron el 24 de enero de 2003, fuimos a comprar una morcilla Aleida Misas que es mi tía, Andrés Felipe Misas que es mi sobrino y mi mamá Maria Aleida Florez Cardona, eran las seis y diez seis y cuarto más o menos de la tarde, entramos y estuvimos allá más o menos media hora no sé exactamente cuánto tiempo estuvimos ahí, cuando salimos yo bajé adelante con mi sobrino y atrás de nosotros venían mi mamá y mi tía, cuando ya habíamos salido de la casa mi mamá le iba a dar la mano a mi tía para que bajara una escala, **como había escombros de esa obra y ya estaba oscuro y no había buena iluminación en el escombro que había mi tía se tronchó o se doblo un pie y como mi mamá estaba adelante esperando a que ella bajara para darle la mano, mi tía se cayó y se fue encima de mi mamá, y mi mamá perdió el equilibrio y se cayó a un hueco que había ahí en la calle, creo que era una obra de Aguas y Aguas estaban cambiando los tubos del acueducto o del alcantarillado, cuando ella se cayó me puse a gritar como una loca, y cuando me asomé la vi a ella en ese hueco, mi sobrino salió corriendo al verme tan desesperada y yo no sabía que hacer si coger al niño o a mi mamá, habían (sic) gente de por***

ahí de esas casas y un señor se metió al hueco a sacarla, ya luego llegó la Cruz Roja que queda ahí a la vuelta y ellos la sacaron en camilla para llevarla al Hospital. ...**PREGUNTADO: Díganos respecto de las mencionadas fotografías folios 39 y 40 del cuaderno uno, en qué lugar de las escaleras estaban los escombros que usted nos relata. CONTESTÓ: La testigo dice que donde se dobló el pie es el lugar donde está la bicicleta correspondiente a los mencionados folios, pero en los peldaños había cascajo, es decir había piedritas, el escombros estaba donde está la bicicleta. (...) **PREGUNTADO: Concrétele al despacho cuál fue la razón para que su tía se tronchara un pie como usted lo ha afirmado en esta declaración. CONTESTÓ: La razón son los mismo escombros de los que estaba hablando anteriormente, ella bajó y al bajar se dobló un pie...**" (Negrillas y subrayas de la Sala)**

Aleida Misas Hurtado (fls. 112 y s.s. del cdno. 2), refirió lo siguiente:

"Fui con la señora Melba a comprar una morcilla en un sitio llamado La Ricura ubicado por la Cruz Roja, subimos las escalas compramos morcilla, salimos como personas normales al llegar al último escalón tropecé con escombros y al caer la señora Melba mi cuñada cayó al hueco, igual caí quedando mi cabeza al borde del hueco, al darme cuenta de ello me desmayé, eso ocurrió aproximadamente a las seis y cuarenta y cinco minutos, resbalé por los escombros por la oscuridad del sitio, cayendo por falta de seguridad en el sitio, había una simple señalización consistente en una franja amarilla, donde hubiera habido seguridad no hubiera sucedido lo que ocurrió. (...) **PREGUNTADO: Respecto de las fotos visibles a folios 39 y 40 del cuaderno uno nos dirá con exactitud el lugar donde usted dice tropezó con los escombros lo que produjo su caída. CONTESTÓ: Donde aparece la bicicleta en la foto.** (...) **PREGUNTADO: Díganos si usted al momento del accidente sufría de hipertensión en caso positivo dirá si le ha generado algún tipo de consecuencias. CONTESTÓ: Sufro de hipertensión hace quince años y la mantengo controlada con medicamentos, mas nunca me he visto hospitalizada.**

PREGUNTADO: *Cuando ustedes fueron al sitio a comprar la morcilla qué tipo de dificultades se encontraron en el camino para acceder al establecimiento de comercio. **CONTESTÓ:** Había cascajo, piedras, guaduas.” (Negrillas y subrayas de la Sala)*

Continuando con el desarrollo fáctico, es menester citar el protocolo de necropsia No. 2003P-00090 obrante a folios 30 y s.s, del anexo 2, así:

“ANALISIS DEL CASO

*Mujer adulta de 41 años de edad reconocida de forma fehaciente por sus familiares, casada, ama de casa, **quien fallece en la unidad de cuidados intensivos de la clínica Risaralda donde había ingresado (sic) tres días antes remitida del hospital San Jorge de pereira (sic) donde a su vez había ingresado (sic) el día 25 de enero de 2003 despues de haber sufrido severo traumatismo craneoencefálico al caer accidentalmente a un hueco, ingreso a dicho hospital en relativas buenas condiciones presentando posteriormente progresivo deterioro neurológico por lo cual requirio craneotomía quedando en estado de coma por lo cual fue remitida a cuidados intensivos donde continuo su deterioro neurológico hasta llevarla a la muerte.***

En la necropsia se encontró cadáver en estado de desnutrición, con el cabello rasurada, señales de multiples venopunciones en extremidades, herida en región temporal derecha y herida quirúrgica con craneotomía parietotemporal izquierda; hematoma subdural extenso hemicraneano izquierdo, laceración del lóbulo temporal izquierdo del cerebro y signos de hipertensión endocraneana severa con herniación del cerebro y el cerebelo, presentando lesión de golpe (temporal derecha) y contragolpe (lesiones intracraneanas en el lado izquierdo); también se encontró gastritis hemorragica que es comun en este tipo de pacientes.

Los hallazgos de la necropsia son compatibles con lo narrado en el acta y la historia clínica recibida, presentando lesiones traumaticas

en proceso de resolución en el muslo derecho que corroboran la tesis de una caída.

EXAMENES DE LABORATORIO:

LABORATORIO DE BIOLOGIA: Se solicita hemoclasificación.

LABORATORIO DE TOXICOLOGIA: Se toman 15 cc de sangre para alcoholemia la cual es reportada como negativa para alcohol etílico y 5 cc de orina la cual es reportada como negativa para cocaína, opiáceos y cannabinoides.

Se tomaron fotografías digitales.

CONCLUSIONES:

Mujer de 41 años de edad que sufre trauma encefalocraneano severo con hematoma subdural secundario, hipertensión endocraneana severa con herniación de cerebro y cerebelo y shock neurogenico secundario que le produjo la muerte.

MECANISMO DE MUERTE: SHOCK NEUROGÉNICO

CAUSA DE MUERTE: TRAUMA ENCEFALOCRANEANO SEVERO CON HEMATOMA SUBDURAL, CONTUSIÓN DEL LOBULO TEMPORAL IZQUIERDO E HIPERTENSIÓN ENDOCRANEANA SEVERA.

MANERA DE MUERTE: PRESUNTAMENTE ACCIDENTAL.

TIEMPO DE MUERTE: Antes de la necropsia 10 horas.

EXPECTATIVA DE VIDA: Aproximadamente 29 años.” (Negrilla de la Sala)

La realidad recogida a través de los diversos medios de prueba demuestra los siguientes hechos:

1. Que el día 24 de enero del año 2003, entre las 6:00 y 6:30 de la tarde, la señora María Melva Flórez Cardona se dirigió a un establecimiento dedicado a la venta de comestibles, denominado “La Ricura”, ubicado en la Calle 16 bis con carrera 15, acompañada de su hija Magda Carolina Misas Flórez, de la señora Aleida Misas Hurtado y del menor Andrés Felipe Misas.

2. Una vez obtenido el comestible, al momento de descender del mencionado establecimiento, lo hicieron en el siguiente orden: inicialmente bajó la señora Magda Carolina con el menor Andrés Felipe Misas, acto seguido descendió la señora María Melva Flórez (fallecida), en el momento en que la señora Aleida Misas intenta descender también, se dobla un pie en los escombros existentes en el lugar, por lo cual pierde el equilibrio y cae sobre la señora María Melva Flórez (fallecida) que le estaba dando la mano para que se sostuviera, quién como consecuencia del golpe cayó y rodó hasta la oquedad abierta con ocasión de las obras públicas que se estaban desarrollando en el sector por el consorcio contratista de la Empresa de Acueducto Y Alcantarillado de Pereira S.A E.S.P.
3. Ocurrido el accidente, la señora María Melva Flórez Cardona fue auxiliada por la Cruz Roja que queda al lado, inmediatamente la trasladaron al Hospital San Jorge, estuvo en la Unidad de Urgencias hasta el miércoles 5 de febrero de 2003, día en el cual fue enviada a la Unidad de Neurocirugía, donde fue operada de urgencias.
4. El viernes 7 de Febrero del año 2003 a las 8 de la noche, la señora María Melva Flórez Cardona fue trasladada a la Unidad de cuidados intensivos de la Clínica Risaralda donde falleció el 9 de febrero del mismo año a las 2:10 a.m.
5. El fallecimiento de la señora María Melva Flórez Cardona fue ocasionado por un trauma encefalocraneano severo con hematoma subdural, contusión del lóbulo temporal izquierdo e hipertensión endocraneana severa.

Así las cosas, en el *sub lite* la Sala encuentra que se demostró la falla en el servicio atribuida a la entidad demandada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., por cuanto está acreditado que el fallecimiento de la señora María Melva Flórez Cardona fue consecuencia del accidente ocurrido el día 24 de enero de 2003 en la calle 16 bis con carrera 15 de la ciudad de Pereira, sector en que se adelantaba el *suministro de tuberías de alcantarillado y obra civil para la construcción de los interceptores de*

*quebradas grupo A-1. Grupo de licitación No. 1. Interceptores 1,2,3,4. (...)*², cuyo mantenimiento y control correspondía a la aludida entidad pública, sin que en el cumplimiento de tal función se hubieren adoptado las previsiones necesarias para evitar accidentes como el que causó la muerte de la señora Flórez Cardona.

En este orden de ideas, se hace necesario hacer alusión a la teoría de la causa eficiente del daño, esbozada por el Honorable Consejo de Estado en sentencia del veinte de abril de dos mil cinco, Radicación número: 76001-23-31-000-1994-00151-01 (14699), Actor: José Marcial Gómez Narváez y Otros, así:

“Causa eficiente del daño:

La doctrina ha señalado que la causa eficiente es lo que se considera como fundamento u origen de algo; basta la verificación de la relación antecedente-consecuente para que pueda sostenerse que un hecho es productor y otro el producido, uno el engendrante y otro el engendrado. No interesa en la consideración meramente física si el encadenamiento es próximo o remoto, cercano o alejado en el tiempo o en el espacio: basta que ocurra, que exista, que se dé. “Cualquier suceso natural o hecho humano es susceptible de generar repercusiones que se expanden por todo el ámbito social al entrelazarse con otros hechos o acontecimientos que son, a su vez, consecuencia de sucesos anteriores. Esta expansión en el espacio y en el tiempo ocurre en círculos concéntricos, parecidos a los que produce una piedra al caer en el agua tranquila de un estanque; cuanto más alejados están del lugar del impacto, más débiles o imperceptibles se tornan por lo regular tales efectos”³

De conformidad con lo anterior, se tiene que en las declaraciones rendidas por Magda Carolina Misas, Aleida Misas, Rolady Mejía de Herrera, Claudia Milena Marín y Carmenza Herrera Naranjo, únicos testigos presenciales del hecho, se da cuenta de que el accidente acaecido el 24 de enero de 2003, tuvo como causa eficiente del daño la presencia de escombros en la vía, toda vez que

² Folio 233 cd. 1.

³ OSSET ITURRASPE, “Responsabilidad por daños” Tomo VIII, Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, pág. 401

fueron estos, los que hicieron que la señora Aleida Misas se doblara un pie y perdiera el equilibrio, cayendo sobre la humanidad de la señora María Melva Flórez Cardona, quién como consecuencia del golpe cayó y rodó hasta la oquedad abierta con ocasión de las obras públicas que se estaban desarrollando en el sector por el consorcio contratista de la Empresa de Acueducto Y Alcantarillado de Pereira S.A E.S.P.

Era tal el riesgo que representaba la profundidad de la oquedad sumada a los escombros en la vía, que conforme lo narró la testigo Carmenza Herrera Naranjo *“(...)Después del accidente colocaron unas tablas, después de que había pasado eso. (...) Al otro día empezaron a recoger escombros, ya no dejaban escombros por ahí (...)”*

En síntesis, bien porque la fallecida se hubiera tropezado ella misma con los escombros existentes en el lugar y hubiese caído en la oquedad, o bien porque quién se tropezó fue su cuñada y cayó sobre la señora Flórez Cardona empujando a ésta última contra la oquedad con las consecuencias que se conocen, el daño es imputable a quien tenía el deber de mantenimiento de esa obra, es decir, a la entidad pública Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., toda vez que el hecho de que los escombros estuvieren situados en un espacio destinado exclusivamente al tránsito peatonal fue la causa para que la víctima sufriera el accidente que le produjo su muerte.

Así pues, discrepa este Tribunal de lo argumentado por el Fallador de instancia en lo referente a la causa eficiente de daño, y reitera que dicha causa en el caso de marras, está configurada categóricamente por la presencia de escombros en la vía, toda vez que, de conformidad con el amplio material probatorio obrante en el dossier, fueron estos los que ocasionaron que la señora Aleida Misas Hurtado perdiera el equilibrio y fuera a dar contra la humanidad de la señora María Melva Flórez Cardona, hoy fallecida.

Se hace necesario resaltar que la responsabilidad de la entidad demandada empresa de Acueducto de Alcantarillado de Pereira surge de la **posición de garante** asumida no sólo por la creación del riesgo, sino por haber omitido unas adecuadas **medidas de protección**, bien diferentes a las señales de advertencia de un riesgo o peligro; es necesario diferenciar unas de otras, pues las señales de advertencia, como su nombre bien lo indica, previenen a los usuarios de un determinado sector o de una malla vial acerca de la existencia

de una obra y de los peligros que ella comporta, mientras que las de protección, están orientadas a evitar la consumación del daño.

Teniendo en cuenta que las obras públicas constituyen **una actividad peligrosa**, máxime si se trata de intervención de la malla vial, es necesario tener en cuenta la magnitud de la obra que se ejecuta y del riesgo que ello comporta para la comunidad.

Para los efectos anteriores, se hace necesario referenciar la Resolución 2413 del 22 de mayo de 1979, mediante la cual fue expedido el “*Reglamento de Higiene y Seguridad para la Industria de la Construcción*”, de la cual, se destaca la siguiente normatividad:

- a. En virtud del numeral 4º del art. 10 el patrono o ejecutor de la obra debe “...realizar visitas a los sitios de trabajo para determinar los riesgos y ordenar las medidas de control necesarias”.
- b. El artículo 17 dispone que “...Cuando las excavaciones **presenten riesgos de caídas de personas, sus bordes deberán ser suficientemente resguardados por medio de vallas.**” Y, durante la noche “...el área de riesgos potencial **deberá quedar señalada por medios luminosos**”.
- c. Los escombros “...**no deberán amontonarse en las proximidades de las zanjas**, sino que estarán depositados lo suficientemente lejos de ellas, para no correr riesgos de que vuelvan a caer en el interior” (art. 20).
- d. El artículo 25 ordena que “...**Todas las excavaciones** y los equipos de excavar **deberán estar bien protegidos por vallas, de tal manera que el público y especialmente los niños no puedan lesionarse; si las vallas no ofrecen protección, es necesario utilizar los servicios de un celador**”.
- e. En el art. 48 se dispone que “...antes de iniciar cualquier trabajo de demolición **deberá hacerse un cuidadoso estudio de la estructura**

que va a ser demolida y sus alrededores, elaborándose un proyecto con su respectivo plan de trabajo”.

- f. El art. 51 reza: “...La edificación que se vaya a demoler para su posterior construcción, **o el terreno (superficie) que se vaya a construir, se encerrará provisionalmente por medio de barreras (valla de tablas), a una altura adecuada, y se colocarán vallas en aquellos lugares en donde puedan desprenderse** bloques de ladrillo, cemento, materiales, etc, para evitar que los escombros, etc, caigan a las vías públicas o andenes con peligro para transeúntes y los vehículos”.
- g. El artículo 60 señala que “...**Todas las aceras y vías públicas que circundan o se encuentren cerca del sitio donde se está construyendo, deberán protegerse con barandas o cercas de madera adecuadas.** En caso de construir temporalmente pasadizos de madera, **más allá en encintado, éstos deberán construirse adecuadamente y protegidos en ambos lados.** Si se usan tablonces para construir aceras o para construir corredores sobre la acera que ofrezcan protección a los peatones, éstos deberán colocarse paralelamente a lo largo del sitio por donde se va a pasar”.

De la normatividad anteriormente reseñada, se puede concluir que la entidad accionada empresa de Acueducto y Alcantarilla de Pereira S.A. E.S.P. **omitió el cumplimiento de un deber legal**, pues no sólo debió coordinar las respectivas visitas a las obras para determinar los riesgos, sino que debió adoptar soluciones efectivas para evitar causar daños a los residentes del sector o a quienes visitaran el lugar por alguna circunstancia.

El deber principalmente omitido consiste en la **protección de los bordes por medio de vallas** (artículos 17 y 25 de la citada Resolución), de tal manera “...que el público y especialmente los niños no puedan lesionarse”, deber que no se cumplió con la simple colocación de unas cintas amarillas de seguridad y colombinas reflectivas, tal como lo admitió la apoderada de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. y la cual se encontraba colocada a un metro de la excavación.

En igual sentido puede citarse la declaración de Luisa Marina Alzate Santa obrante a folio 46 Anexo 2 del proceso penal, en la cual, admite que el sector era demasiado oscuro y que la señalización consistía en cintas y colombinas, expresiones que ratificó luego en el proceso contencioso, admitiendo desconocer las normas que gobiernan la señalización de obras civiles, por encontrarse ésta a cargo de profesionales en salud ocupacional y de ingenieros civiles.

Del mismo modo, los Ingenieros Carlos Hugo Gil Escobar (fls. 49 y 50 Anexo 2), quien pertenecía al Consorcio del Alcantarillado de Pereira, Juan Pablo Sierra Marín (fl. 51 Anexo 2) y el ingeniero de Aguas y Aguas César Augusto Tibaquirá Gómez (fls. 52 y 53 Anexo 2), fueron claros al sostener que para las labores de señalización ordinariamente se utilizan “...*las cintas de señalización apoyadas sobre mástiles en concreto con lámina reflectiva,...*”.

Del material probatorio obrante en el proceso se observa que las medidas de prevención se limitaban a la colocación de cintas reflectivas en las colombinas, muy diferentes a las vallas o barreras exigidas en la norma, tales como canecas, conos de guía, barricadas, los cuales deben estar iluminados en horas de la noche.

Esta Corporación resalta que el lugar donde se desarrolló la obra, es urbano y densamente poblado, lo cual, constituía un gravísimo riesgo para la comunidad, dada la magnitud de la brecha –profundidad y ancho-.

La entidad accionada prescindió de la realización de un cuidadoso estudio de los riesgos que constituía para los moradores del sector la obra, omitiendo así, la colocación de vallas y la evacuación de escombros, hasta el extremo de constituirse en el detonante donde dobló el pie una de las damas para empujar a la otra hacia la brecha.

De conformidad con lo esbozado, se advierte que definitivamente no existe prueba alguna en el plenario que permita afirmar que para la fecha en la que se presentó el accidente, estuviere dispuesta en el sector donde se materializó el siniestro la señalización a una distancia adecuada, ni tampoco que las brechas o zanjas fueran cubiertas cuando no se estuviera trabajando en la obra, medidas éstas que de haberse adoptado habrían impedido la

consumación del daño, más aún si se tiene en cuenta que el hecho se presentó en horas de la noche, cuando las condiciones de visibilidad son inferiores.

De conformidad con el artículo 101 de la Ley 769 de 2002 – Código Nacional de Tránsito Terrestre, es obligación de quienes ejecutan la construcción de una obra en la vía pública ubicar señales transitorias, preventivas, reglamentarias e informativas de ello, obligación que se alude en la demanda no fue cumplida por quien ejecutaba la obra.

Específicamente, respecto de la obligación de señalización vial, corresponde a la empresa que desarrolla las obras de reparación y/o mantenimiento de las redes de acueducto y alcantarillado, dar aviso a los habitantes del sector acerca de la presencia de zanjas o situaciones que alteren la normalidad que se espera en un sector residencial, disponiendo en debida forma y conforme a la técnica las medidas previstas en el Manual sobre Dispositivos para el Control del Tránsito en Calles y Carreteras, adoptado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte mediante Resolución 5246 del 2 de julio de 1985 –por la cual se derogaron las Resoluciones 10.000 del 19 de octubre de 1977 y 10.031 del 20 de noviembre de 1984, expedidas por el mismo ministerio–, y adicionado y modificado mediante Resoluciones 1212 del 29 de febrero de 1988, 11886 del 10 de octubre de 1989 y 8171 del 9 de septiembre de 1987, también del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, disposiciones en las cuales se establecen las especificaciones de diseño de las señales preventivas para los casos de realización de los trabajos de obra o de mantenimiento de la vía, sobre los cuales se debe dar aviso a los transeúntes, así como de la existencia de desperfectos en la vía que habrán de ser objeto de arreglo; tales circunstancias deben ser notificadas en calles y carreteras mediante una gráfica de forma cuadrada, colocada en diagonal, con fondo amarillo y símbolo y orla negros, debiendo ser el lado del cuadrado entre 60 y 75 cm.

Sobre estas disposiciones, el Honorable Consejo de Estado⁴ ha señalado que en cuanto a la ubicación de las señales, se prevé que todas “*se colocarán al*

⁴Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Alir Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 6 de septiembre de 2.001. Radicación: 66001-23-31-000-1996-3160-01(13232-15646). Actor: Belén González Y Otros - William Alberto González y otra. Demandado: L a Nación - Ministerio De Transporte - Instituto Nacional De Vías - Invías-.

lado derecho de la vía, teniendo en cuenta el sentido de circulación del tránsito, en forma tal que el plano frontal de la señal y el eje de la vía formen un ángulo comprendido entre 85° y 90°, para que su visibilidad sea óptima al usuario”, y “En caso de que la visibilidad al lado derecho no sea completa, debe colocarse una señal a la izquierda de la vía”. Además, las señales deben colocarse lateralmente, en la forma que allí mismo se indica, mediante una gráfica, y en zonas urbanas, su altura, medida desde su extremo inferior hasta la cota del borde de la acera, no será menor de 2 mts., y la distancia de la señal, medida desde su extremo interior hasta el borde de la acera, no será menor de 30 cms.

Refiere que respecto de la ubicación de las señales preventivas a lo largo de la vía, dispone el manual que se colocarán “antes del riesgo que traten de prevenir, a una distancia de 60 a 80 metros, en zona urbana.

Prevé, igualmente, la utilización de una señalización especial, para aquellos casos en que se realizan trabajos de construcción y conservación de carreteras. En cuanto a su función y carácter, se dispone en el capítulo III, lo siguiente:

“La función de la señalización de esta etapa es la de guiar el tránsito a través de calles y carreteras en construcción o sometidas a procesos de conservación, donde necesariamente se ha de interrumpir el flujo continuo, el cual debe ser orientado para prevención de riesgos, tanto para los usuarios como para el personal que trabaja en la vía.

Este tipo de señalización es temporal, su instalación será anterior a la iniciación de las operaciones de construcción y conservación, permanecerá el tiempo que duren los trabajos y se eliminará cuando la calle o carretera esté en condiciones de recibir el tránsito”. (Se subraya).

En el aparte correspondiente a “Señales varias”, se prevé, adicionalmente, el uso de **barricadas**, que “estarán conformadas por bandas o listones horizontales de longitud no superior a 3.00 m. y ancho de 0.30 m., separadas por espacios iguales a sus anchos”, cuya altura debe tener un mínimo de 1.50 m. Allí mismo se establece que las bandas horizontales “se pintarán con franjas alternadas negras y anaranjadas reflectivas que formen un ángulo de

45° con la vertical”, y que las barricadas “se colocarán normalmente al eje de la vía, obstruyendo la calzada totalmente, o los canales en los cuales no debe haber circulación de tránsito”. Se prevé, también, que cuando la construcción de barricadas no es posible, se podrán utilizar canecas, que deberán pintarse con franjas alternadas reflectivas negras y anaranjadas de 0.20 m. de ancho, y cuya altura no será inferior a 0.80 m.

En el capítulo III del manual, se establece, en relación con estas señales, en etapas de construcción y conservación de carreteras, que “deben ser reflectivas o **estar convenientemente iluminadas**, para garantizar su visibilidad en las horas de oscuridad”, y en cuanto a su conservación, se prevé lo siguiente:

“Las señales deben permanecer en su posición correcta, suficientemente limpias y legibles en el tiempo de su utilización y ser reemplazadas o retocadas todas aquellas que por acción de agentes externos se deterioren o ya no cumplan con su función”.

Previsiones similares se hacen en la primera parte del mismo manual, que, en relación con la conservación de las señales, prevé adicionalmente lo siguiente:

“Dentro de los programas de conservación se deben reemplazar las señales defectuosas, las que por cualquier causa no permanezcan en su sitio, y retirar las que no cumplan una función específica porque ya han cesado las condiciones que obligaron a instalarlas”.

En el presente caso, reitera el Tribunal que es posible endilgar responsabilidad al Estado, más concretamente a la Empresa de Acueducto de Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., por los hechos acaecidos, toda vez que, como se dijo anteriormente, la causa eficiente del daño está configurada categóricamente por la presencia de escombros en la vía. Aunado a esto, se tiene que aunque se probó la disposición de unas “colombinas reflectivas” que enteraban a los habitantes del sector sobre la existencia de trabajos en la vía, dichas señales no estaban a la distancia adecuada de la brecha, y adicionalmente, como lo manifestó el A-quo, tales brechas o zanjas debían ser cubiertas cuando no se estaba trabajando para evitar accidentes como el acaecido, que pudo ser evitado de haberse actuado con la debida diligencia y cuidado, puesto que

nada imposibilita recubrir estas brechas con material de diversa índole que impida que personas, animales o bienes caigan al fondo y sufran lesiones y daños de gravedad, e incluso aún de acontecer esta situación anómala disponerse los elementos necesarios para sacar a quienes caigan.

7. El daño no es imputable a la víctima

Dado que la entidad demandada invocó como causal de exoneración la culpa exclusiva de la víctima, aduciendo que *“la señora iba por otro lado nada que ver con la obra y ella se desmaya porque sufre de hipertensión y este es el hecho generador del accidente y al desmayarse cayó al sitio”*, se remite la Sala a los lineamientos adoptados por el Consejo de Estado en relación con los elementos integrantes de esa causal de exoneración.

El Honorable Consejo de Estado, a través de sentencia del 26 de mayo de 2010, expediente: 19.043, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, ha señalado en qué circunstancias la conducta de la víctima puede exonerar totalmente de responsabilidad a la entidad demandada y en cuáles, por no ser totalmente ajeno a la administración tal comportamiento, dicha conducta implica una reducción en la valoración del daño y ha precisado que es el hecho de la víctima y no su culpa, el que opera como causal de exoneración de responsabilidad, así:

“Ha considerado la Sala que para que la conducta de la víctima pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, la misma debe ser causa determinante en la producción del daño y ajena a la Administración.

En los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad. Si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue

involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa.

Ahora bien, cuando la intervención de la víctima incide en la causación del daño, pero no excluye la intervención causal del demandado, habrá lugar a la reducción de la indemnización establecida en el artículo 2357 del Código Civil, conforme al cual “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

Sin embargo, cabe advertir que esa noción culpabilista que se proyecta en dicha norma no puede ser trasladada al campo de la responsabilidad patrimonial del Estado, habida consideración de que el criterio de imputación que rige esa responsabilidad, en los términos del artículo 90 de la Constitución, se construye a partir de la verificación de la antijuridicidad del daño y del vínculo causal entre ese daño y la actuación u omisión de la Administración.

Luego, si de la atribución de responsabilidad al Estado están ausentes, como requisito para su estructuración, los criterios subjetivos de valoración de la conducta del autor, tales criterios no pueden ser exigidos cuando se pretenda reducir el valor de la indemnización por la intervención causal relevante de la propia víctima. En pocos términos: en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado la valoración objetiva de la intervención causal tanto de la Administración como de la propia víctima resultan suficientes para determinar si la causa del daño lo fue la actuación del ente demandado o de la víctima, con el fin de establecer si hay lugar a condenar a aquélla o a absolverla por haberse producido una causal excluyente de responsabilidad, o si ambas concurrieron en la producción del daño y, entonces, reducir el valor de la indemnización en proporción directa a la mayor o menor contribución de la conducta de la víctima en su producción.

Por lo tanto, cuando se pretenda reducir el valor de la indemnización que deba pagar la entidad con fundamento en la intervención de la víctima en la causación del daño, habrá de tenerse en cuenta la relevancia de esa intervención en el resultado y no la intensidad de la culpa en la que aquélla hubiera incurrido.

En pocos términos, cuando se produce un daño, debe establecerse si la actividad de la Administración fue causa exclusiva y determinante en su producción, o si esa actividad fue causa eficiente pero concurrió con la actuación de la víctima, o si dicha actividad no fue más que una causa pasiva en la producción de aquél, porque la causa exclusiva y determinante del mismo fue la actuación de la propia víctima.” (Negrilla de la Sala)

De conformidad con la anterior pauta jurisprudencial, considera esta Corporación que la muerte de la señora María Melva Flórez Cardona no es imputable a la propia víctima, porque la causa eficiente del daño no fue una actuación suya sino la omisión de la entidad demandada de realizar el debido mantenimiento de los escombros de la obra.

No está demostrado en el plenario que la señora Flórez Martínez hubiese sufrido un desmayo causado por hipertensión, durante el tiempo en que ocurrieron los hechos materia de demanda.

Finalmente, cabe agregar que el hecho de que la fallecida transitara con frecuencia por el sector no hace que el daño le sea imputable. En primer término, no hay certeza de que conociera la gran profundidad de la brecha y no hay pruebas en el expediente que permitan hacer esa inferencia; pero además, quien transita por una vía pública no tiene por qué asumir los riesgos derivados de omisiones de las autoridades encargadas de mantenerlas en condiciones de brindar seguridad a los peatones y conductores.

8. La indemnización de los perjuicios

Los perjuicios reconocidos por el a quo fueron acreditados con suficiente material probatorio dentro del proceso⁵, pues debe recordarse que, con la simple

⁵ Toda vez que a folios 1 a 17 del cuaderno 2, se encuentran originales y copias auténticas de los respectivos registros civiles de cada uno de los demandantes relacionados en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, así como prueba testimonial respecto de la calidad de compañero permanente de la víctima, señor Hernando Misas Hurtado, pruebas suficientes para tener por acreditada la relación de parentesco existente entre la occisa y las mencionadas personas.

acreditación de la relación de parentesco, se presume que los familiares de la víctima directa sufrieron un perjuicio de orden moral, derivado de la muerte de la señora María Melva Flórez Cardona en las circunstancias acreditadas. Así pues, únicamente se analizará lo que fue objeto del recurso de alzada impetrado por la parte actora, esto es, la solicitud de aumento en el monto de la indemnización por perjuicios morales de 40 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los hermanos de la víctima.

Frente a la presente petitoria de la parte recurrente se hace necesario citar la posición adoptada por el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia del 09 de febrero de 2011, Expediente (19460), Actor: Lilia Montero Viuda de Calderón, así:

“3. El incremento de los perjuicios morales reconocidos a algunos de los demandantes.

Se contrae la protesta de los recurrentes frente al monto indemnizatorio reconocido en su favor, razón por la cual enderezan su pedimento a obtener se incremente dicho monto en cuanto hace a lo reconocido a favor de los hermanos de la víctima a título de indemnización de perjuicios morales que solicitan se eleve al equivalente a 500 gramos de oro para cada uno de ellos.

En relación con tales perjuicios consideró el a quo en la sentencia que los demandantes tenían derecho a la indemnización porque estaba demostrado el vínculo de consanguinidad, pero que, como “...no se demostró la convivencia y continuada relación entre la occisa y sus hermanos”, resultaba procedente el reconocimiento indemnizatorio reclamado en favor de éstos pero reducido a la suma equivalente a 300 gramos de oro, para cada uno.

La jurisprudencia de esta Corporación, vigente al momento de la sentencia de primera instancia, había adoptado como criterio general una indemnización equivalente a 1000 gramos de oro a favor de los padres, hijos y cónyuges de las víctimas, y 500 gramos de oro a favor de los hermanos, en los casos de mayor intensidad del dolor, como viene a ser el que resulta de la muerte o lesiones

invalidantes, indemnización que podía ser reducida o incrementada, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso.

Al respecto, oportuno resulta precisar que, de conformidad con lo expuesto por esta Corporación en sentencia del 6 de septiembre de 2001⁶, el criterio de tasar el monto de los perjuicios morales en gramos de oro se abandonó y se determinó que su reconocimiento deba hacerse con base en el valor del salario mínimo legal mensual vigente para la fecha en que se profiera la sentencia.

Ahora bien, como en el sub judice no aparece demostrado que el daño sufrido por los hermanos de la señora Rocío Calderón Montero haya sido superior al que normalmente se ha considerado que se sufre con el deceso del consanguíneo la Sala, atemperándose a los lineamientos generales que la jurisprudencia ha decantado para casos semejantes, encuentra pertinente ajustar el monto indemnizatorio a reconocer en favor de aquéllos al equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales, para cada uno, tal y como la jurisprudencia de esta Corporación lo tiene hoy establecido.
(Negrilla y subraya de la Sala)

Aunado a lo anterior, en reciente documento proferido por el Alto tribunal, con ocasión a lo ordenado mediante Acta No. 23 del 25 de septiembre de 2013, y con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales, se unificó criterio respecto al monto máximo de indemnización por concepto de perjuicios morales en caso de muerte en los siguientes términos:

“1. TIPOLOGÍA DEL PERJUICIO INMATERIAL

De conformidad con la evolución de la jurisprudencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoce tres tipos de perjuicios inmateriales:

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232 – 15.646.

i) Perjuicio moral; ii) Daños a bienes constitucionales y convencionales. iii) Daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica.

2. PERJUICIO MORAL

El concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

2.1 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE

Para la reparación del daño moral, en caso de muerte, se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv).

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

(...)

6. PRECEDENTE DE UNIFICACIÓN SOBRE REPARACIÓN DEL PERJUICIO INMATERIAL

6.1 RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES

6.1.1 RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES EN CASO DE MUERTE

6.1.1.1 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Actor: Ana Rita Alarcón Vda. de Gutiérrez y otros. Demandado: Municipio de Pereira.

Síntesis del caso: El menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, estuvo internado en el centro de reeducación "Marcelino Ossa" de la ciudad de Pereira, desde el día 7 de diciembre de 1998 hasta el 23 de abril de 2000, cuando murió ahogado en las aguas del río Otún, después de haberse escapado del centro de reeducación, en el cual se encontraba internado.

*Precedente - Perjuicios morales en caso de muerte: (...) procede la Sala a unificar la jurisprudencia en materia de reparación de perjuicios inmateriales; lo anterior, por cuanto la Sección considera necesario y oportuno determinar los criterios generales que se deben tener en cuenta para la liquidación del mencionado perjuicio (...) para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así: Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV. **Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.** Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio. Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio. Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio (...) **Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.***

De lo anterior se observa, que si bien el anterior pronunciamiento se profirió en época ulterior a la ocurrencia del hecho generador de responsabilidad, del mismo se indica que el monto establecido para la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos), continúa correspondiendo a una indemnización equivalente al 50% del tope

indemnizatorio, reforzando así, el criterio con el cual se han venido reconociendo los perjuicios por este concepto.

Ahora bien, es acertado mencionar lo expresado por el a-quo en lo referente a la tasación de los perjuicios morales para los hermanos de la víctima, así:

“...por reglas de la experiencia pueda decirse que no existe simetría en la aflicción que padece un padre frente a la muerte de un hijo que con relación al fallecimiento de un hermano, donde la intensidad del daño es mucho menor sobre todo atendiendo que cada hermano conforma su propia familia generando nexos mucho más profundos con su nueva familia y la progenie, y sobre todo cuando la cantidad de hermanos es mayor que en familias menos numerosas donde el impacto suele ser más contundente...”

De conformidad con la referida pauta jurisprudencial y lo esbozado por el Fallador de Instancia, advierte este Ente Colegiado que disiente de la posición de este último, y se acoge a los lineamientos trazados por el Honorable Consejo de Estado, por lo tanto encuentra acertado ajustar el monto indemnizatorio a reconocer en favor de los hermanos de la víctima, al equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales, para cada uno.

9. Del llamamiento en garantía.

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. llamó en garantía a La Previsora S.A., a los integrantes del Consorcio Alcantarillado de Pereira y a la firma A CI Proyectos S.A., frente a esta figura jurídica es pertinente tener en cuenta lo siguiente:

El llamamiento en garantía es una figura procesal aplicable en algunos de los procesos que se adelantan ante esta jurisdicción, de conformidad con lo señalado por el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo que establece que en los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podrá en el término de fijación en lista denunciar el pleito, llamar en garantía o presentar demanda de reconvencción.

La intervención de terceros en los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en virtud de las figuras de la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía, no cuenta con una reglamentación en el Código Contencioso Administrativo, por lo cual deben aplicarse las disposiciones que sobre la materia contiene el Código de Procedimiento Civil en los artículos 54, 55, 56 y 57, por remisión expresa del artículo 267 del primero de los estatutos referidos.

En conformidad con esa normativa, estas figuras procesales exigen que el escrito en el cual se formulen contenga (inciso 2 del artículo 54 y artículo 55 del Código de Procedimiento Civil):

(i) El nombre del denunciado o llamado y el de su representante si aquél no puede comparecer por sí mismo al proceso.

(ii) La indicación del domicilio del denunciado o llamado, o en su defecto, el de su residencia, o la manifestación de que se ignoran bajo juramento que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.

(iii) Los hechos y fundamentos de derecho que se invoquen como sustento de la denuncia o del llamamiento.

(iv) La dirección donde el denunciante o llamante y su apoderado recibirán notificaciones.

(v) El llamante o denunciante deberá aportar prueba siquiera sumaria del derecho legal o convencional que lo faculta para formular la denuncia del pleito o el llamamiento en garantía y la prueba relativa a la existencia y representación del llamado o denunciado, si es necesario.

De lo anterior se deduce que los requisitos y el procedimiento para la formulación y tramite de la denuncia del pleito y del llamamiento en garantía, son los mismos, con la diferencia de que se originan en derechos materiales diferentes.

Concretamente en lo referente al llamamiento en garantía, el Honorable Consejo de Estado, a través de Providencia de 19 de julio de 2007, exp. 32.931, ha señalado que las entidades públicas pueden llamar en garantía a los terceros frente a quienes les asista un derecho legal o contractual de exigir el reembolso de las sumas que deba pagar a título de indemnización, y también a sus funcionarios, cuando quiera que éstos hubieren incurrido en acciones dolosas o gravemente culposas que hubieren dado lugar a la condena. Expresamente señaló:

“El llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero, para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia. Se trata de una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte principal que lo cita y según la cual aquél debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena en contra del llamante.

El objeto del llamamiento en garantía lo es “que el tercero llamado en garantía se convierta en parte del proceso, a fin de que haga valer dentro del mismo proceso su defensa acerca de las relaciones legales o contractuales que lo obligan a indemnizar o a rembolsar, y al igual del denunciado en el pleito, acude no solamente para auxiliar al denunciante, sino para defenderse de la obligación legal de saneamiento.”⁷

El Código Contencioso Administrativo no regula el tema, por lo que por remisión expresa del inciso 3 de su artículo 146, que señala que en los procesos contractuales y de reparación directa, la intervención de terceros se regirá por los artículos 50 a 57 del C. de P. Civil, es necesario acudir a esta normativa para analizar el tema.

⁷ MORALES Molina Hernando, *Curso de derecho procesal civil*. Editorial ABC, undécima edición, pág. 258. Bogotá. 1991.

El artículo 57 del C. de P. Civil al establecer la figura del llamamiento en garantía, permite que quien tenga un derecho legal o contractual, de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, pueda citarlo al proceso, para que en éste se resuelva sobre tal relación.

Por su parte el artículo 55 ibídem indica los requisitos que debe contener la solicitud de llamamiento en garantía, respecto de los cuales la Sala ya se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, y que son los siguientes:

“i) El nombre de la persona llamada en garantía y el de su representante si aquél no puede comparecer por sí al proceso, ii) La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran (bajo la gravedad de juramento), iii) Los hechos en que se basa el llamamiento en garantía y los fundamentos de derecho que se invoquen y iv) La dirección de la oficina o habitación donde el llamante y su apoderado recibirán notificaciones personales.

Ha entendido la Sala que al escrito en el cual se fundamenta el llamamiento, se debe acompañar la prueba siquiera sumaria del derecho a formularlo y la relativa a la existencia y representación que fueren necesarias, con el fin de garantizar que el uso de este instrumento procesal sea serio, razonado y responsable, además de ser adecuado al derecho de defensa del citado”.⁸

Es decir, es indispensable para la procedencia del llamamiento en garantía, además del cumplimiento de los requisitos formales, que el llamante allegue prueba siquiera sumaria del derecho legal o contractual en que apoya la vinculación del tercero al proceso, dado

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 12 de agosto de 1999. Expediente No. 15.871; Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 27 de enero de 2005. Expediente No. 27.825; Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 16 de marzo de 2005. Expediente No. 28.670.

que dicha vinculación implica la extensión de los efectos de la sentencia judicial al tercero, causándole eventualmente una posible afectación patrimonial.

Igualmente en las acciones indemnizatorias que se adelantan en contra del Estado por los daños causados por sus agentes, la Ley 678 de 2001, en el artículo 19, prevé la posibilidad de llamar al agente responsable cuando éste actuó con dolo o culpa grave, para lo cual el llamante debe allegar prueba siquiera sumaria de dichas conductas con el fin de que prospere el llamamiento. Además, al no contemplar la Ley 678 de 2001 los requisitos para efectuar el llamamiento de los agentes estatales, salvo lo relacionado con la exigencia de la prueba sumaria de la responsabilidad de la persona llamada en garantía, le son aplicables las disposiciones que en materia de llamamiento consagra el Código de Procedimiento Civil en el artículo 55, es decir, el nombre del llamado o el de su representante, la indicación del domicilio del llamado o, en su defecto, el de su residencia o la manifestación de que se ignoran bajo juramento, la prueba de la calidad de funcionario o exfuncionario del llamado, los hechos y fundamentos de derecho en que se soporta el llamamiento y la dirección donde el llamante o su apoderado recibirán notificaciones.

Cabe precisar que la exigencia establecida para el llamamiento de funcionario o exfuncionario, de acompañar el escrito de llamamiento con la prueba aunque sea sumaria de su actuar doloso o gravemente culposo, es lo que le permite al juez establecer la existencia de una relación jurídica que fundamente la vinculación del tercero al proceso como salvaguardia del principio del debido proceso”.

Hechas las anteriores precisiones, este Tribunal encuentra que, tal como lo planteó el a quo, los llamamientos en garantía formulados por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., no están llamados a prosperar, tal como pasa de verse:

En primer lugar, con relación al llamamiento en garantía que hiciera la entidad demandada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, debe recordarse que por auto del 18 de mayo de 2005 dicha solicitud fue negada por la presente Corporación (fls. 445 s.s. cdno. 1-1).

En segundo lugar, respecto del llamamiento que hiciera la accionada a la firma A C I Proyectos S.A., y a los integrantes del consorcio Alcantarillado de Pereira: Epsilon S.A. Ingenieros Civiles y Eléctricos en reestructuración y el ingeniero Horacio Mendoza Martínez, esta Corporación encuentra que tampoco están llamados a prosperar, dado que no hay indicación ni concreción de cuáles fueron los hechos y razones concretas por las cuales se efectuó el llamamiento ni el señalamiento del dolo o culpa grave del llamado al tenor de los artículos 1°, 2°, 4° y 5° de la Ley 678 de 2001.

Aunado a lo anterior, en concordancia con lo indicado por el Fallador de Instancia, se tiene que tampoco procede el llamamiento con fines de repetición por cuanto se propusieron las excepciones de culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero lo cual esta taxativamente vedado por el artículo 19 parágrafo de la Ley 678 de 2001. Por tanto no prosperan los llamamientos en garantía realizados por la accionada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. a las sociedades y personas indicadas.

Ha expresado el Honorable Consejo de Estado⁹, que la solidaridad derivada de la concurrencia de causas en la producción del daño, no legitima a los responsables demandados a llamar en garantía a los demás:

“(...) Con arreglo al art. 57 del C.P.C. la figura procesal de llamamiento en garantía como su nombre lo indica supone la titularidad en el llamante de un derecho legal o contractual por virtud del cual pueda, quien resulte condenado al pago de suma de dinero, exigir de un tercero, la efectividad de la garantía o el reembolso del pago que tuviere que hacer el demandado, como consecuencia de la sentencia de condena. En otras palabras, el derecho sustancial por virtud del cual se le permite a la parte demandada que se vincule al proceso a un tercero, para que, en caso de

⁹ Sentencia de 25 de septiembre de 1997. Expediente radicado al No. 11.514. Consejero Ponente Daniel Suárez H.

sobrevenir sentencia de condena, se haga efectiva la garantía y por lo mismo el tercero asuma sus obligaciones frente al llamante o reembolse el pago a que aquel resultare obligado. Así las cosas, el llamamiento supone la existencia de una relación jurídico sustancial diferente a la que es objeto de las pretensiones contenidas en la demanda aunque entre ambas exista una dependencia necesaria, pues claro resulta que solamente cuando se produzca una sentencia de condena, habrá lugar a estudiar si el llamado debe asumir en virtud de la existencia de la garantía, dichas obligaciones objeto de la condena. Es presupuesto indispensable para poder hacer efectivos los derechos y las obligaciones objeto de la garantía por virtud de la cual se produjo el llamamiento del tercero garante, el que el llamante resulte condenado al pago de la obligación indemnizatoria originada en el daño antijurídico causado.”

En síntesis, considera la Sala que de lo esbozado en la presente providencia se puede concluir que en el caso de marras la responsabilidad patrimonial por la muerte de la señora Mará Melva Flórez Cardona es imputable a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., porque ésta incumplió sus deberes de cuidado y prevención para con los ciudadanos que transitaban a diario por la vía pública objeto de reparación, en la cual ocurrió el accidente; lo cual pudo haber sido prevenido con un adecuado mantenimiento de los escombros y desechos de la obra.

Así las cosas, esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia dando cumplimiento al fallo de tutela de fecha 26 de junio de 2014, proferido por H. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión en el proceso radicado bajo el No. T-4.201.200.

Aunado a lo anterior, respecto a la excepción de la regulación de los perjuicios morales para los hermanos de la víctima, los mismos serán tasados en cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de ellos.

En esta instancia no se condenará en costas a la parte vencida, por cuanto su conducta procesal no tipifica los presupuestos señalados en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII. FALLA

1. Dar cumplimiento al fallo de tutela de fecha 26 de junio de 2014, proferido por la H. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión en el proceso radicado bajo el No. T-4.201.200. Actor: Hernando Misas Hurtado y otros. Demandado: Tribunal Administrativo de Risaralda.

2. **CONFÍRMASE** la sentencia recurrida, proferida el 21 de julio de 2011, por el Juez Primero Administrativo de Pereira, excepción hecha del numeral 3.2, el cual quedará así:

“3.2 Para Julio César, Alba Libia, Uriel de Jesús, Luís Carlos, Martha Lucía, Gloria Diva, María Irma y María Daniela, todos de apellidos Flórez Cardona (hermanos), el equivalente para cada uno a cincuenta (50) S.M.M.L.V para la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.”

3. Sin costas en ésta instancia.

4. Una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE

CARLOS ARTURO JARAMILLO RAMÍREZ
Magistrado

LILIANA MARCELA BECERRA GÁMEZ
Magistrada

OLGA LUCÍA JARAMILLO GIRALDO
Magistrada