

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CAL

Santiago de Cali, siete (07) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 76001-33-31-013-2020-0093-00
Demandante: Benedito Andrés Montenegro Cabezas y Otros
Demandado: Distrito Especial de Santiago de Cali y Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca
Medio de Control: Reparación Directa
Expediente Electrónico: [76001333300420200009300](#)

SENTENCIA

Procede el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, a proferir la correspondiente sentencia en el medio de control de reparación directa, instaurado por Benedito Andrés Montenegro Cabezas y Otros en contra del Municipio de Santiago de Cali y Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca

I. ANTECEDENTES

1.1 Declaraciones y Condenas

- Que se declare administrativamente responsables al DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI y a la CORPORACION AUNTONOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA, de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes, con ocasión a la muerte del menor Anyelo Adrián Montenegro por ahogamiento en el humedal Isaías Duarte Cancino, acaecida el día 11 de febrero de 2018.
- Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las entidades demandadas a pagar las sumas que a continuación se sintetizan:

1.1.1 A título de perjuicios materiales

- Lucro Cesante

El apoderado de la parte demandante indicó que, se determina este perjuicio teniendo en cuenta que al momento de los hechos el menor contaba con 11 años de edad, con una expectativa de vida de 52.9 años, arroja como liquidación total la suma de \$371.480.252, por concepto de daños materiales.

1.1.2 A título de perjuicios morales

La suma de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV), para los demandantes ANYELO ADRIAN MONTENEGRO CORTES, BENEDITO ANDRES MONTENEGRO CABEZAS, LUZ MARY CORTES PEREZ, y cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (50 SMLMV), para LEIDY KATHERINE MONTEGRO CORTES, ANDRES FELIPE MONTENEGRO CORTES, FABIAN DAVID MONTENEGRO CORTES, y JUAN CARLOS CORTES PEREZ

- Que se condene en costas y agencias en derecho.

-Que se paguen a los demandantes la totalidad de los intereses que se causen, desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia hasta el momento de su cancelación.

-Que la entidad demandada de cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y 193 del CPACA.

1.2 Hechos

La causa petendi en la cual la parte actora sustenta sus peticiones se resumen de la siguiente manera:

El día 11 de enero de 2018, el niño ANYELO ADRIAN MONTENEGRO, murió ahogado en el humedal Isaías Duarte Cancino de la ciudad de Cali, producto de múltiples negligencias del Estado, por cuanto el día de la ocurrencia de los hechos el humedal se encontraba desprotegido sin seguridad de muros o mallas que impidieran el ingreso de personal alguno, tampoco contaba con guardabosques.

Indica que, el colegio Isaías Duarte Cancino, omitió advertir al menor de tan solo 10 años de edad, de los peligros de dicho humedal, a sabiendas que el menor Montenegro y otros niños utilizaban el mismo para actividades recreativas, como nadar y otras, mencionando que, el menor venía de un hogar de bajos recursos y era un forma de esparcimiento para los niños, por cuanto no le quedaba más opciones al ver el escaso control de las entidades quienes solo tomaron cartas en el asunto cuando ocurrió la catástrofe.

1.3.- Contestaciones de la Demanda

1.3.1 La apoderada de la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA contestó la demanda¹ realizando una manifestación expresa sobre los hechos y oponiéndose a las pretensiones propuestas, aduciendo que las circunstancias de hecho por las que ocurrió la muerte del menor Ányelo Adrián Montenegro no fueron demostrados. Agrega que la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, es autoridad ambiental, pero también, la norma determina la creación

¹ Visible Archivo 07Contestación Demanda CVC del expediente digital

en los grandes centros urbanos de entidades con igual equivalencia y funciones para la gestión del medio ambiente, limitando la jurisdicción de las Corporaciones Autónomas Regionales, como la CVC.

En este sentido, concluye que la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA, no tiene competencia para intervenir en los asuntos ambientales del Municipio de Cali, pues se estaría extralimitando en sus funciones, es por eso que, en los hechos y pruebas aportados por el demandante, se evidencian intervenciones relacionadas directamente con el Municipio de Santiago de Cali a través del DAGMA y otras de sus dependencias, y no con la CVC porque no tiene competencia sobre el Humedal Isaías Duarte Cancino, evidenciándose la falta de legitimación en la causa por pasiva de la CVC. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.3.2 El apoderado del Distrito Especial de Santiago de Cali – Departamento Administrativo de Gestión del Medio Ambiente “DAGMA” ejerció su derecho de defensa², oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, señalando que el DAGMA no tiene entre sus funciones ejecutar acciones de vigilancia y control, como si fuera la policía, pues su función principal radica en vigilar y controlar un espacio desde el punto de vista medio ambiental y no construir muros o mallas. Expone que en el presente caso existió un debido cuidado por parte de los padres y familiares del menor Ányelo, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron un día domingo, por lo tanto, si bien existió un daño, éste no es atribuible al Distrito Especial de Santiago de Cali, por haber operado la causal de exoneración de la culpa exclusiva de la víctima al realizar la imprudente actividad. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de responsabilidad a cargo del Distrito de Santiago de Cali.

1.3.3 La llamada en garantía MAFRE SEGUROS no contestó la demanda.

II.- Actuación Procesal

Recibida la demanda por reparto³, este Despacho a través de Auto Interlocutorio Nro. 381 del 05 de octubre de 2020⁴ procedió a su admisión, siendo notificadas las entidades demandadas mediante mensaje dirigido al correo electrónico institucional el día 25 de mayo de 2021⁵.

Las entidades demandadas ejercieron su derecho de defensa oportunamente y el Distrito Especial de Santiago de Cali llamó en garantía a Mafre Seguros de Colombia, por auto interlocutorio No. 612 de 2021 se admitió el llamamiento en garantía propuesto, siendo notificada el 22 de febrero de 2022⁶.

Mediante Auto del 05 de diciembre de 2022⁷, se prescindió de la audiencia inicial, se decretaron pruebas documentales y corrió traslado para alegar de conclusión.

² En escrito obrante en archivo 08Contestación Demanda expediente digital

³ Véase folio 60 Archivo 000 Expediente digital

⁴ Archivo 001 Expediente Digital

⁵ Archivo 06 Expediente digital

⁶ Archivo 14NotificaciónLLamamiento Expediente digital

⁷ Archivo15AutoCorre traslado Expediente digital

III. Alegatos de Conclusión

3.1 Parte demandante⁸: Señaló que está plenamente probada la falla del servicio por parte de las entidades demandadas, ya que el deceso del menor ocurrió por la negligencia por parte las entidades demandas, se originó por la falta de seguridad implementada en el humedal, por cuanto se encuentra al lado de un colegio de primaria donde el menor se encontraba matriculado, sin contar que donde está ubicado el humedal es uno de los barrios más marginales de la ciudad.

3.2 Parte demandada – Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca⁹: La mandataria judicial se ratificó en los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda, alegando como causal de eximente de responsabilidad, la falta de legitimación en la causa pasiva de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, por cuanto el Decreto Extraordinario No. 0203 DE 2001, atribuyó al Departamento Administrativo de Gestión del Medio Ambiente – DAGMA, la competencia y jurisdicción de los asuntos ambientales del Municipio de Santiago de Cali.

3.3 Parte Demandada – Municipio de Santiago de Cali¹⁰: Señala que el Departamento Administrativo de Gestión del Medio Ambiente - DAGMA no tiene la responsabilidad de guardar y cuidar la vida e integridad de las personas que pudieran visitar el humedal, menos apremiarlo para la construcción de muros o mallas que prohibieran el acceso al mismo (humedal), indicando que el deceso del menor Ányelo Adrián Montenegro no se debió a falla en el servicio sino a culpa exclusiva de la víctima por la negligencia o descuido en la atención de los padres.

3.4 El Ministerio Público, no presentó concepto dentro del presente asunto.

IV.- CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

El Despacho es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda de reparación directa de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹¹.

4.2 Problema Jurídico

De conformidad con el litigio planteado en audiencia inicial y para poder adoptar una decisión de fondo en el presente asunto, le corresponde al Juzgado establecer si el Distrito Especial de Santiago

⁸ Archivo 17 Expediente digital

⁹ Archivo 16 Expediente Digital

¹⁰ Archivo18 Expediente digital

¹¹ **Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia.** “Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

6. De los reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes...”

de Cali y la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca son administrativa y patrimonialmente responsables por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión al fallecimiento del menor Anyelo Adrián Montenegro, en el humedal Isaías Duarte Cancino el día 11 de febrero de 2018; y si con ocasión a ello, hubo un daño antijurídico que haga procedente a cargo de las demandadas, la obligación de indemnizar los perjuicios morales solicitados en la demanda.

Para resolver el problema jurídico antes planteado, el Despacho realizará el siguiente esquema de resolución: **i)** Estudio sobre la responsabilidad del Estado (marco general); **ii)** jurisprudencia sobre la posición de garantes de los padres frente a sus hijos **iii)** caso concreto; y, **iv)** Finalmente se decidirá si es procedente acceder o no al reconocimiento de los perjuicios reclamados.

4.3 Asunto previo, valoración del material fotográfico.

La parte actora aportó once fotografías¹² con el libelo introductorio, por su parte, el Consorcio Barriales 2013 aportó registro fotográfico en 17 imágenes¹³, con el objeto de acreditar los supuestos de hecho relatados en la demanda y su contestación.

Sobre el valor probatorio de las fotografías, en pronunciamiento de la H. Corte Constitucional, se señaló:

“(…) 3.7.1 La fotografía es un medio probatorio documental de carácter representativo. Es un objeto que muestra un hecho distinto a él mismo, el cual emerge del documento sin que tenga que hacerse un ejercicio de interpretación exhaustiva de su contenido. Esto significa que la representación debe ser inmediata, pues si a simple vista la fotografía muestra una variedad de hechos posibles, “ella formará parte de la prueba indiciaria, ya que está contenida en la mente de aquél (el intérprete), y no en el objeto que la documenta”¹⁴.

“3.7.2 Al igual que el dictamen pericial, la fotografía es un medio que el juez está en obligación de valorar dentro del conjunto probatorio partiendo de las reglas de la sana crítica. No obstante, la jurisprudencia ha establecido unos parámetros específicos para su correcta apreciación. En primer lugar, como es tradición tratándose de un documento, debe verificarse su autenticidad conforme a la normatividad correspondiente, dependiendo de si las imágenes fotográficas aportadas al proceso constituyen un documento público o privado.

Pero superado este examen, el Consejo de Estado ha sostenido que las fotografías por si solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse a través de ellas. Debe tenerse certeza de la fecha en la que se capturaron las imágenes y, para ello, corresponde al juez efectuar un cotejo de las fotografías con testimonios, documentos u otros medios probatorios:

¹² Folios 13-17 archivo 000DemandaAnexos del expediente digital

¹³ Folios 164-171 Cdn. 1

¹⁴ Parra Quijano, op. cit. p. 543. (Cita interna)

(...) “3.7.3 En este orden de ideas, el valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa los hechos que se le atribuyen, y no otros diferentes en razón del tiempo, del lugar o del cambio de posición de los elementos dentro de la escena capturada. Para ello, el juez debe valerse de otros medios probatorios, apreciando razonablemente el conjunto”¹⁵.

Atendiendo el precedente jurisprudencial en cita, resalta el Despacho que las fotografías son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado los requisitos formales para la valoración de ese tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar. Conforme lo dicho, las fotografías aportadas no podrán ser valoradas toda vez que no hay certeza sobre la persona que las realizó, ni sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que fueron tomadas y que determinarían su valor probatorio.

4.4 Estudio sobre la responsabilidad estatal (marco general)

De acuerdo con la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de ésta Jurisdicción y los artículos 90 de la Constitución Política y 140 del CPACA, se establece que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Entiéndase como **daño antijurídico**, la lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial que se inflige a uno o a varios individuos y que debe ser **cierta y determinada o determinable**; para que exista responsabilidad Estatal, el referido daño debe ser imputable a una autoridad pública, de conformidad con el régimen de responsabilidad respectivo en cada caso concreto.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, ha concluido que dicha noción alude a la lesión que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar, esto es, que lo de **antijurídico** es una “*calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”*”; asimismo, para que el mencionado daño resulte indemnizable, se hace menester que éste afecte o se concrete en un derecho subjetivo o en un interés legítimo del cual sea titular la víctima, derecho o interés que, por consiguiente, han de estar situados dentro de la tutela estatal, bien porque expresamente el ordenamiento así lo dispone, ora porque no existe prohibición jurídica alguna que imposibilite su válida consecución por parte de la víctima ni su protección por parte de las autoridades.

Así pues, el primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad es la existencia del daño, el cual, además debe ser antijurídico, como quiera que éste constituye un elemento necesario de la responsabilidad, de allí la máxima “**sin daño no hay responsabilidad**” y sólo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de imputación del mismo al Estado¹⁶.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia del 29 de marzo de 2012. Expediente T-269. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de febrero de 2003. Exp. 12625. C.P Germán Rodríguez Villamizar.

En otros términos, un daño es indemnizable cuando sea antijurídico, es decir que no sea un simple supuesto, y que atente contra un bien jurídicamente tutelado. En caso de que no se logre acreditar dicho elemento, el juez queda relevado de entrar a analizar el otro elemento constitutivo de responsabilidad, que corresponde a la **imputabilidad**, según el cual, el daño debe ser atribuible a un determinado sujeto, como a la administración.

En el ordenamiento jurídico existen diversas teorías referentes a la responsabilidad del Estado, se destaca las de carácter objetivo, como riesgo excepcional y daño especial; y de carácter subjetivo, entre las cuales está la más común que refiere a la falla del servicio, la cual se analizará en el sub lite, específicamente como “*falla del servicio por omisión*”.

4.5 posición de garantes de los padres frente a sus hijos

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha puntualizado que los primeros llamados al cuidado, protección y seguridad de los menores, son los padres, quienes deben velar por la materialización de sus derechos, de manera que, cuando quien tiene la posición de garante, incumple su obligación, generando con esta omisión un hecho nocivo para la integridad psicofísica del menor, viola su obligación legal y constitucional de cuidado personal. Específicamente, la alta corporación consideró que:

“Tanto en el ordenamiento jurídico interno como en el de Derecho internacional, “los niños han concentrado la atención de los Estados y de los organismos internacionales, que han consagrado en diversos instrumentos de Derecho Internacional su protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado, por su falta de madurez y consiguiente vulnerabilidad o indefensión, la necesidad de garantizarles un proceso de formación o desarrollo en condiciones adecuadas y ser quienes representan el futuro de los pueblos”¹⁷

En concordancia con las normas del Derecho Internacional Público, la Constitución Política colombiana de 1991 consagró la protección especial de los niños, al disponer en su artículo 44 que son derechos fundamentales de los mismos la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, y estableció que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el artículo 44 constitucional antes mencionado, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, es decir, “los niños, niñas o adolescentes tienen un estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses, debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna”¹⁸.

Así las cosas, “al adquirir los menores el estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, la satisfacción de ese deber, se constituye en el objetivo primario de toda actuación -particular u oficial- que les concierna”¹⁹; frente a lo cual debe preverse que los padres son los primeros llamados a satisfacer los derechos de los menores y, en consecuencia, son garantes de la vida, la integridad y la libertad de sus hijos, junto con todo el catálogo de deberes y derechos que esto comporta, pues, “los padres por el hecho de serlo asumen frente a sus hijos una serie de derechos y obligaciones, los

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 23 de julio de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-075 de 14 de febrero de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-884 de 24 de noviembre de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

cuales se derivan de la llamada autoridad paterna y de la patria potestad. Estos derechos deben ejercerlos conjuntamente los padres, y a falta de uno de ellos le corresponderá al otro”²⁰.

Dentro de las principales obligaciones de los padres, derivadas tanto del ordenamiento internacional como nacional – constitucional y legal – deben preverse las obligaciones de cuidado y custodia de los padres sobre sus hijos, contenidas en el Código Civil Colombiano y los correspondientes códigos de menores, los cuales, a su vez se desprenden de la autoridad paterna.

“En ese conjunto de derechos que conforman la autoridad paterna, está el cuidado personal del hijo, que consiste, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en “el oficio o función, mediante la cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el filio, en el educando, en el incapaz de obrar o de autorregular en forma independiente su comportamiento. Este cuidado personal hace parte integral de los derechos fundamentales del niño, consagrados en el artículo 44 de la Constitución. Por tal razón, esta Sala sostiene que, en principio, esos derechos, en especial el del cuidado personal, no pueden delegarse en terceros, ya que ellos nacen de la especialísima relación que surge entre padres e hijos”²¹.

Igualmente, sobre las obligaciones de los padres para con sus hijos menores, tenemos que el Código de Infancia y Adolescencia que en su artículo 23, dispone:

“ARTÍCULO 23. CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.”

La normatividad que precede impone a los padres y terceros que ejerzan la custodia y el cuidado personal del menor una posición de garantes frente a sus hijos, que los coloca en la obligación de intervenir para evitar la concreción de los daños y peligros a los que se encuentran expuestos los menores.

“La posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido”²².

Al respecto puede agregarse que el numeral 1º del artículo 25 de Ley 599 de 2000, en sus numerales 1º y 2º estableció como constitutivas de la posición de garante, aquellas situaciones en las que se asuma voluntariamente la protección real de una persona o en las que existe una estrecha comunidad de vida entre personas, como es el caso de las relaciones entre padres e hijos²³.

4.6 Caso concreto

4.6.1 El daño

Para resolver el problema jurídico planteado, el despacho analizará la demostración del daño, toda

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-500 de 29 de octubre de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía:

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-500 de 29 de octubre de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía:

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de julio de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 19 de julio de 2017, Rad. 68001-23-31-000-2002-00150-01 (37685)

vez que se trata del primer elemento que debe estudiarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado. Una vez establecida la alegada afectación de los intereses de la parte demandante, se entrará a determinar la posibilidad de imputarla a las demandadas.

En el caso concreto, el daño alegado por la parte demandante es el generado con ocasión al fallecimiento del menor Ányelo Adrián Montenegro, en el humedal Isaías Duarte Cancino el día 11 de febrero de 2018, el cual se encuentra acreditado con el correspondiente registro civil de defunción²⁴.

Concurrieron al proceso BENEDITO ANDRES MONTENEGRO CABEZAS, LUZ MARY CORTES PEREZ (padres), y LEIDY KATHERINE MONTEGRO CORTES, ANDRES FELIPE MONTENEGRO CORTES, FABIAN DAVID MONTENEGRO CORTES, y JUAN CARLOS CORTES PEREZ en calidad de hermanos del menor, lo que se acredita con los registros civiles de nacimiento obrantes en el archivo 00Demanda Anexos Expediente digital, hechos a partir de los cuales se infiere que padecieron un daño como consecuencia de las lesiones sufridas por su hijo y hermano respectivamente.

en ese orden se estudiaran las circunstancias de tiempo, modo y lugar, para determinar si efectivamente aquellas resultan imputables a las entidades demandadas y a la llamada en garantía.

4.6.2 imputación

A efectos de verificar si la muerte del menor Anyelo Adrián Montenegro es atribuible a las entidades demandadas, es necesario establecer las circunstancias en las que se produjo el deceso para lo cual el Despacho se remitirá a lo relatado en los hechos de la demanda, en donde se señaló que el menor se encontraba nadando y jugando en humedal Isaías Duarte Cancino, el domingo 11 de febrero de 2018 sin la vigilancia y acompañamiento de un acudiente.

Ahora bien, según los hechos de la demanda y las pruebas aportadas, al momento del deceso el menor ANYELO ADRIAN MONTENEGRO tenía 11 años de edad (nació el 27 de julio de 2006)²⁵, cursaba 4° de primaria en la Institución Educativa Nuevo Latir, sede Isaías Duarte Cancino y los hechos ocurrieron el día 11 de febrero del 2018.

Conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado, la falla del servicio, criterio de imputación principal para establecer la responsabilidad del Estado, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos- como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado; sostiene el alto Tribunal que, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título de ejemplo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración.

²⁴ Folio 24 Archivo 00Demanda Anexos del Expediente digital

²⁵ Vease folio 49 cuaderno principal.

Para el demandante, la falla del servicio radica en la falta de muros que impidieran el acceso al humedal, alega también que no se contaba con guardabosques o de educación en el colegio sobre los cuidados a tener en el humedal, sin embargo, no allega prueba alguna de como esas falencias incidieron o fueron la causa única del deceso, limitándose simplemente a su señalamiento, omitiendo así su carga probatoria por lo que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

A lo anterior, debe agregarse que el menor Anyelo Montenegro, falleció un día domingo (11 de febrero de 2018), por lo que su guarda y custodia radicaba en cabeza de sus padres, sin embargo, nada se dice de donde se encontraban en ese momento o porque no lo acompañaron al humedal o mejor aún, porque no impidieron su desplazamiento hasta el lugar, pues se insiste, sólo contaba con 11 años, de donde se desprende que esa causa y no otra, fue la determinante del lamentable suceso final, el cual no puede ser endilgado a Entidad alguna.

Era entonces la labor de vigilancia y cuidado del menor, depositada en sus padres la que adelantada diligentemente pudo prevenir el resultado dañoso y no la falta de muros o delegar la custodia del hijo en guarda parques o docentes, como parece entenderlo el demandante.

Al respecto, el Consejo de Estado ha considerado en su jurisprudencia, que los padres y demás integrantes del núcleo familiar, son los responsables del cuidado de los menores, por ostentar la posición de garantes, de modo que una actuación despreocupada y negligente en la protección de su vida e integridad, es imputable a los mismos acudientes ya referenciados. Puntualmente, en sentencia del 19 de julio de 2017²⁶, la alta corporación de lo contencioso Administrativo señaló que:

“Al respecto la Sala prevé que, efectivamente, como lo encontró probado el tribunal de primera instancia, el menor Daniel Felipe Chávez Rondón se encontraba solo en el momento en que fue sorprendido por el objeto que le causó la muerte, de manera que pese a su corta edad y a que se trataba de un parque público que, per se, genera una serie de riesgos para los menores de edad, Daniel Felipe se encontraba sin la supervisión de un adulto que pudiera prever los riesgos y alejarlo de los peligros que este espacio abierto conlleva para la seguridad de los infantes.

Es así que, además del material que antecede, los testigos más cercanos a los demandantes y los propios demandantes, coinciden en afirmar que el niño salió de la casa donde residía con su progenitora, abuelos y tíos, sin que ninguno de éstos advirtiera la situación, sólo hasta que se enteraron del accidente.

(...)

Visto lo anterior y descendiendo al caso que ahora nos ocupa los conceptos expuestos sobre los deberes de custodia, cuidado y protección personal del menor, es posible afirmar que la madre de Daniel Felipe Chavez Rondón, así como los demás miembros que integraban su familia, quienes ostentaban la posición de garantes respecto del menor fallecido, actuaron de manera despreocupada y negligente a la hora de proteger la vida e integridad del menor, máxime si se tiene en cuenta que éste, para la fecha de ocurrencia de los hechos, contaba con cinco años de edad²⁷.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Rad. 68001-23-31-000-2002-00150-01 (37685) C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

²⁷ En el mismo sentido, ver: Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010 expediente 19385 y 27.804 de 24 de octubre de 2013, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En este entendido, la Sala comparte los argumentos del A quo, toda vez que encuentra ostensible que la despreocupación de los cuidadores de Daniel Felipe contribuyó, de manera considerable, a la producción del daño antijurídico que ahora alegan, razón por la cual no es posible imputarle responsabilidad a las entidades demandadas, por los hechos que dieron origen al fallecimiento de Daniel Felipe Chávez Rondón.

Nótese que pese a conocer los peligros a que se expone un menor que está fuera de su casa, en un parque público sin acompañamiento ni supervisión de sus padres o de un adulto responsable, los demandantes permitieron que el niño de tan sólo 5 años saliera al exterior, transitara una cuadra y se ubicara en el parque sin, ni siquiera, enterarse, pues solo hasta cuando el accidente ocurrió y el niño estuvo en el hospital, la madre tuvo conocimiento del hecho, se insiste, pese a que toda la comunidad sabía el peligro que la tarima significaba para los niños que transitaban el lugar.”

En las anteriores condiciones, se insiste, las pruebas arrimadas al plenario no determinan la responsabilidad de las entidades en el presente asunto, por el contrario, denotan una desatención de la posición de garante de los acudientes del infante Ányelo Adrián Montenegro que se encontraba en un área de peligro usando el mencionado humedal para esparcimiento sin la supervisión de un adulto responsable, por lo que el despacho denegará las pretensiones de la demanda.

4.7 De las costas y agencias en derecho

El Art. 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que “*Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*”.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que el CPACA introdujo un cambio sustancial en cuanto a la liquidación de las costas procesales, puesto que dejó atrás el criterio subjetivo y pasó a un criterio objetivo de valoración, según el cual en toda sentencia debe decidirse sobre las costas procesales, sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las directrices del CGP, es decir, siempre y cuando se hayan causado, en la medida de su comprobación²⁸.

Por su parte, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, consideró en sentencia del 04 de abril de 2019, Rad. 25000-23-37-000-2015-00339-01(23038), con ponencia del Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez, que “*(...) para decidir sobre las costas en segunda instancia, la Sala observa que en el plenario no se probaron gastos o expensas del proceso ni agencias en derecho, razón por la cual no se encuentran acreditadas las exigencias que hace el ordinal 8.º del artículo 365 del CGP (norma aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA) para que proceda la condena en costas.*”

En ese orden de ideas, considerando que no se encuentran probados los gastos o expensas del proceso ni las agencias en derecho, el despacho se abstendrá de imponer condena en costas en el presente asunto.

²⁸ Consejo de Estado – sentencia de 7 de abril de 2016, expediente N°2013-00022-01. Consejero Ponente William Hernández Gómez.

Radicación: 76001-33-33-004-2020-00093-00
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Benito Andres Montenegro y otros
Demandado: Distrito especial de Santiago de Cali y otro

Página 12 de 12

Por lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

3.- FALLA

PRIMERO.-NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No condenar en costas, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO.- Una vez en firme esta sentencia, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias dejando las constancias del caso, previo al registro el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente por Samai)
LARRY YESID CUESTA PALACIOS
JUEZ

GIGL