

452  
323

**República de Colombia**  
**Rama Judicial**



**Tribunal Administrativo del Valle del Cauca**

Santiago de Cali, veintisiete (27) de febrero de dos mil quince (2015).

**EXPEDIENTE:** 76001-23-31-000-2011-01372-00  
**DEMANDANTE:** MARIA MIRYAM DE HORTUA Y OTROS  
**DEMANDADO:** DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA Y OTRO  
**MEDIO DE CONTROL:** ACCIÓN DEREPARACIÓN DIRECTA (ARTÍCULO 86 CCA)  
**SENTENCIA No.** VEINTICUATRO (024)  
**ACTA DE DISCUSIÓN:** 4 de 27 de Febrero de 2015

**MAGISTRADA PONENTE: MARIA ANDREA TALEB QUINTERO**

Los señores Hernando Turriago Rincón, María Miryam Toro Vergara, María Jasleidi, Sandra Patricia, Jhon Alexander Turriago Toro, Lucelly Toro Vergara y Dolores Toro de Zapata, mediante apoderado demandan a través de la acción de Reparación Directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. al Departamento del Valle del Cauca, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y ACUAVALLE S.A. – ESP., para que se les declare administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados por la muerte de la menor Mallerline Turriago Toro.

Como consecuencia de ello, requiere se condene a las entidades demandadas al pago a favor de los demandantes por los siguientes conceptos y valores:

**PERJUICIOS MATERIALES**

A favor de los señores Hernando Turriago Rincón y María Miryam Toro Vergara: por concepto de daño emergente y lucro cesante: la suma de \$717.642.351

**PERJUICIOS INMATERIALES:**

**PERJUICIOS MORALES:**

A favor de todos los demandantes, por el monto equivalente a 100 SMLMV, para cada uno.

**1. ANTECEDENTES**

La parte actora señala como **hechos fundamento de la demanda** los que a continuación se extraen del texto de la misma, así:

La menor Mallerline Turriago Toro, falleció el día 11 de agosto de 2009, a las 19:00 horas en el embalse de Huacas perteneciente al sistema SARA-BRUT del

Municipio de Bolívar, Valle y como causa de muerte aparece insuficiencia respiratoria por ahogamiento en medio líquido.

El embalse de Huacas del Municipio de Bolívar Valle, no cuenta con mallas o algún sistema de restricción para la entrada de particulares y siendo un sitio donde acuden tantas personas, no tiene allí un funcionario, ni los medios adecuados para resolver con éxito un accidente o emergencia como la que se presentó el 11 de agosto de 2009, que le costó la vida a la menor Mellerline Turriago Toro.

### 1.1 CONTRADICCIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue presentada el 12 de septiembre de 2011, la cual fue admitida por esta Corporación por auto del 23 de septiembre de 2011<sup>1</sup>, ordenando su notificación a las entidades demandadas y al Ministerio Público, entre otras resoluciones.

La **Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A., E.S.P. – ACUAVALLE** presentó escrito de contestación a la demanda<sup>2</sup> dentro de la oportunidad legal, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, diciendo que el embalse no sólo cuenta con vallas de información preventiva referente a la prohibición de tránsito y demás actividades al interior del mismo, sino que posee con un acceso único vigilado, afirmando que la menor de edad ingresó al embalse trasgrediendo la propiedad privada de algunos predios colindantes, en horas de la noche, a una distancia considerable de su lugar de residencia, sin ningún tipo de acompañamiento, supervisión y control por parte de sus padres.

Propone como excepciones las denominadas:

**Culpa Exclusiva de la Víctima:** Las circunstancias que llevaron al deceso de la menor Mellerline Turriago Toro son producto de falta de custodia, control y supervisión por parte de sus padres, quienes no ejercieron el debido cuidado que un padre debe adoptar frente a sus hijos, y que este caso le permitió a la menor adoptar una conducta irresponsable, negligente e imprudente al desplazarse a varios kilómetros de sus residencia, ingresar de manera ilegal y violatoria de las prohibiciones y avisos preventivos al embalse a altas horas de la noche.

La menor Mellerline Turriago Toro, al momento de su muerte tenía 16 años de edad, lo que la ubica como una menor-adulta, que perfectamente podría entender y prever acerca del peligro que para ella generaba el ingresar de manera ilegal al embalse, a altas horas de la noche, violando todas advertencias y prohibiciones que en el lugar se encuentran.

**Inexistencia del nexo o vínculo de causalidad:** No existe nexo de causalidad entre la muerte de la menor Mellerline Turriago Toro y conducta alguna por parte de ACUAVALLE S.A. E.S.P., como quiera que la causa eficiente del daño (la muerte de la menor) no fue producto de la falta de medidas de protección del embalse sino por la exposición imprudente al riesgo que ella misma se sometió, así como por la conducta negligente, descuidada e imprudente por parte de sus padres.

<sup>1</sup>Folios 134 a 135 del cuaderno 1.

<sup>2</sup>Folios 150 a 157 del cuaderno 1.

La **Corporación Autónoma y Regional del Valle C.V.C.** presentó escrito de contestación a la demanda<sup>3</sup> dentro de la oportunidad legal, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, diciendo que sí existen varias vallas informativas y preventivas, que manifiestan prohibición de entrar al embalse, además de la prohibición de pescar, nadar, etc., así mismo está rodeado de posteadura con alambre de púa, alrededor del embalse.

Las personas que entran sin el debido permiso al espejo de agua y a sus alrededores, entran por cuenta y riesgo de cada persona.

Propone como excepciones las denominadas:

**Inexistencia del nexo de causalidad entre los hechos de la demanda y la acción u omisión de la Corporación.** No hay nexo de causalidad entre los hechos ocurridos y la corporación, pues en el hipotético caso de existir alguna responsabilidad administrativa por falla del servicio de vigilancia y seguridad en el embalse de Guacas, estaría en cabeza de ACUAVALLE S.A. ESP., por ser operador y responsable del cuerpo de agua del sistema de abastecimiento de agua proyecto SARA-BRUT.

**Culpa Exclusiva de la Víctima.** La responsabilidad recae en los familiares (padres) de la menor por no haber tenido las precauciones elementales de quien debe responder por la conducta de sus hijos y permitir la salida de la misma sin cerciorarse de la actividad que iba a desarrollar y de los peligros que podía correr al desplazarse al embalse de Guacas a más de 10 kilómetros de su domicilio, a altas horas de la noche, sin saber que actividades estarían haciendo y en compañía de quien.

Llamada en Garantía **Empresa de Seguridad Vigilancia Santaferense & Cía LTDA.**, presentó escrito de contestación a la demanda<sup>4</sup> dentro de la oportunidad legal, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, diciendo que analizado el contrato de prestación de servicio de vigilancia No. 08-09 de abril 1 de 2009, las circunstancias de tiempo, modo y lugar no se ajustan a la realización de dicho contrato, en cuanto al modo de fallecimiento de la menor se produjo por su imprudencia (culpa exclusiva de la víctima), quien ingresó al embalse de forma arbitraria, sin que nadie supiera, aseveración que se hace toda vez que el embalse cuenta con una sola entrada la cual permanece vigilada las 24 horas sin que exista reporte que autorizara el ingreso, en cuanto al tiempo, como se pudo establecer en el certificado de defunción y en la constancia emitida por la fiscalía del municipio de Bolívar Valle, el deceso se produjo a las 19 horas, 7 de la noche, hora y sitio en donde por ninguna circunstancia tendría que haber guarda de seguridad ya que el contrato no lo contemplaba, en cuanto al lugar, el embalse no es un sitio turístico en donde podríamos encontrar personal capacitado de socorro y con mucha vigilancia, es un sitio que por sus características no es apto para la recreación en especial la actividad de nadar ya que el agua es profunda, por tal motivo existen vallas que informan sobre el peligro o riesgo que se corre al penetrar al embalse.

Propone como excepciones de mérito: Inexistencia del nexo o vínculo de causalidad y culpa exclusiva de la víctima.

<sup>3</sup>Folios 203 a 209 del cuaderno 1.

<sup>4</sup>Folios 265 a 268 del cuaderno 1

La Llamada en Garantía **La Previsora S.A., Compañía de Seguros**, presentó escrito de contestación a la demanda<sup>5</sup> dentro de la oportunidad legal, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, diciendo que al momento del siniestro la menor Mallerline Turriago Toro, contaba con 16 años de edad, por lo tanto tenía la capacidad de prever el peligro que implicaba entrar en una propiedad privada con restringida a particulares y aventurarse a ingresar en el embalse, por lo tanto fue su propia imprudencia la causante del fatal accidente que causó la muerte; se presenta el eximente de responsabilidad culpa de la víctima.

Frente a los hechos de la demanda propone las siguientes excepciones:

**Inexistencia de responsabilidad administrativa de las entidades demandadas por ausencia de los elementos estructurales.** La responsabilidad del estado por falta o falla del servicio requiere: i) una falta del servicio por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio, ii) un daño que implique lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo etc., con todas las características generales es decir que sea cierto, determinado o determinable, referido a una situación jurídicamente protegida, iii) que exista una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falla o la falta del servicio, no habrá lugar a indemnización. Concluyendo que en el caso no se presenta el nexo causal.

**Culpa exclusiva de la víctima.** La menor Mallerline Turriago Toro, al momento de la ocurrencia del accidente tenía 16 años por lo tanto era capaz de cometer culpa, situación que se extiende a los padres de la menor que tienen la obligación de cuidado y protección.

La menor de edad tuvo una incidencia en la ocurrencia del accidente pues violó la propiedad privada y se expuso imprudentemente al peligro que generaba el embalse de Huacas sistema SARA BRUT.

Frente al llamado en garantía propuso las siguientes excepciones:

El amparo de contratistas y subcontratistas independientes opera en exceso de sus respectivas pólizas. Por lo tanto en caso de resultar condenado el asegurado al pago de una indemnización por responsabilidad civil extracontractual del contratista o subcontratista independiente y posteriormente en exceso la presente póliza de responsabilidad civil suscrita y expedida por la Previsora S.A.

**Límite del valor asegurado y deducible.** La suma asegurada indicada en las condiciones particulares, representan la cifra máxima por la cual el asegurador será responsable por todo concepto de indemnización conforme a los límites de cobertura indicados en dicha condición particular. Términos establecidos en los artículos 1089 y 1079 del Código de Comercio.

La entidad demandada **Departamento del Valle del Cauca**, guardó silencio y mediante auto No. 66 de abril 4 de 2013, se tuvo por no contestada la demanda<sup>6</sup>.

## 1.2. Periodo probatorio

<sup>5</sup>Folios 281 a 289 del cuaderno 1

<sup>6</sup>Folio 291 a 295 del cuaderno 1.



Mediante auto No. 66 de abril 4 de 2013, decretó la apertura del periodo probatorio, siendo recaudado los siguientes elementos de convicción:

- 1 Registro civil de defunción de Mallerline Turriago Toro (fl.11)
- 2 Registro civil de nacimiento de María Jasleidi Hortua Toro (fl.12)
- 3 Registro civil de nacimiento de Jhon Alexander Turriago Toro (fl.13)
- 4 Registro civil de nacimiento de Sandra Patricia Hortua Toro (fl.14)
- 5 Registro civil de nacimiento de Mellerline Turriago Toro (fl.15)
- 6 Registro civil de nacimiento de María Dolores Toro Vergara (fl.16)
- 7 Registro civil de nacimiento de María Mirian Toro Vergara (fl.17)
- 8 Registro civil de nacimiento de Lucelly Toro Vergara (fl.18)
- 9 Declaración extrajuicio de Edinson Páez ante la Notaria única de Roldanillo (fl.19)
- 10 Resolución No. 0532 de julio 1 de 1999, por la cual se otorga por parte del Ministerio de Medio Ambiente licencia ambiental a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C., para llevar a cabo la ejecución del proyecto del sistema abastecimiento regional de agua potable del norte del Valle del Cauca, en el Departamento del Valle del Cauca. (fl. 21-33)
- 11 Resolución No. 0715 de agosto 30 de 1999, por la cual el Ministerio de Medio Ambiente, modifica algunos considerandos de la resolución No. 532 de julio 1 de 1999. (fl. 34-35)
- 12 Resolución No. 0306 de abril 9 de 2002, por la cual el Ministerio de Medio Ambiente modifica parcialmente la resolución No. 0532 de julio de 1999. (fl. 36-48)
- 13 Resolución No. 1405 de julio 18 de 2006 y 720 de abril 26 de 2007, del Ministerio de Medio Ambiente, sin rubrica. (fl. 49-80)
- 14 Acta de compromiso entre CVC y ACUAVALLE S.A. E.S.P. para la pre-operación del proyecto denominado sistema de abastecimiento regional de agua SARA-BRUT, para los municipios de Bolívar, Roldanillo, La Unión, Toro, Zarzal, La Victoria y Obando y el corregimiento de Ricaurte. (fl. 81-88)
- 15 Ficha operativa No. 1 del Embalse SARA – BRUT (fl. 89-94)
- 16 Registro Fotográfico (fl.95)
- 17 Oficio 0780-04143-2010-01 de Marzo 29 de 2010, expedido por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca por medio del cual responde petición efectuada por la señora Gladis Salazar. (fl. 96-97)
- 18 Liquidación de perjuicios correspondientes a la presentación de la demanda realizada por la parte demandante (fl. 98-103)
- 19 Contrato de prestación de servicio de vigilancia No. 088-09 de abril 2009, suscrito entre Vigilancia Santaferreña y Cía. Ltda., y ACUAVALLE S.A. E.S.P. (fl. 158-165)
- 20 Póliza de responsabilidad civil No. 1005915 de agosto 25 de 2009, expedida por La Previsora (fl. 178-195)
- 21 Póliza de responsabilidad civil No. 1006299 de noviembre 22 de 2011, expedida por La Previsora (fl. 213-220)
- 22 Oficio de Mayo 26 de 2014, por medio del cual ACUAVALLE remite copia de los siguientes documentos: i) memorando DCID-734, ii) nota interna DGSA-218, iii) oficio VSTH.14 de vigilancia Santaferreña & Cía Ltda. iv) informe de novedad represa SARA BRUT, presentado por vigilancia Santaferreña & Cía. Ltda., v) copia del correo electrónico enviado a vigilancia Santaferreña & Cía. Ltda., vi) copia del registro de vigilancia correspondiente al día de los hechos. (fl. 344-351)
- 23 Oficio F24S-50000-27-0112 de junio 13 de 2014, por medio del cual el Fiscal 24 Seccional de Roldanillo, remite copia autentica de la carpeta que contiene la

- investigación penal por el presunto delito de homicidio, donde aparece como occisa la menor Mallerline Turriago Toro. (fl. 352-382)
- 24 Despacho comisorio No. 03 APGV de enero 13 de 2014, proveniente del Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar – Valle, mediante el cual se recepcionaron los testimonios de los señores Hector Fabio Mazo Vergara y Pedro Molina Nieto (fl. 418-422)
- 25 Oficio No. UBR-DSVLLC-0085-2014 de febrero 20 de 2014, por medio del cual el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Roldanillo, remite copia del informe pericial de patología forense radicado SIRDEC 2009010176622000086 realizada al cadáver de la menor Mallerline Turriago Toro el 12/08/2009. (fl. 1-4 c2)
- 26 Despacho comisorio No. 01 APGV de enero 13 de 2014, por medio del cual el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, recepciono los testimonios de los señores Luz Mary Molina Franco, Jhon Jairo Hernández Rojas, Álvaro Hernando Robledo Franco. (fl. 6-59 c2)
- 27 Despacho comisorio No. 319 APGV de diciembre 10 de 2013, por medio del cual el Juez Promiscuo Municipal de Bolívar Valle, efectuó los interrogatorios a los señores María Mirian Toro de Hortua, Sandra Patricia Hortua Toro. (fl. 105-108 c2)
- 28 Despacho comisorio No. 05 APGV de enero 13 de 2014, por medio del cual el Juez Promiscuo Municipal de Bolívar Valle, efectuó la inspección judicial al proyecto Sara-Brut. (fl. 142-170 c2)

### 1.3. ALEGACIONES:

La Aseguradora **La Previsora Compañía de Seguros cuyo asegurado es ACUAVALLE S.A. ESP.**, presenta sus alegaciones de conclusión<sup>7</sup> en los siguientes términos:

De la carpeta de la investigación penal por el presunto delito de homicidio en donde aparece como occisa la menor Mallerline Turriago Toro, por parte de la fiscalía 24 seccional de Roldanillo Valle, se extrae de la entrevista realizada al padre de la menor en la cual informa que su hija Mallerline salió junto con otros familiares para la represa a pescar y pasarían la noche del día 11 de agosto en la represa, al parecer se metieron al agua y se encontraron con un barranco y su hija se hundió. De lo anterior se deduce que la menor se encontraba en predios del señor Marcelino Peña (propiedad privada) y se encontraba bañando en la orilla de la represa SARA BRUT Embalse de Huacas.

De la inspección judicial realizada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar Valle, al embalse de Huacas se puede concluir que sí habían avisos que previenen que es zona de alto riesgo, que no se puede nadar, que no se puede bañar en el lago y que en muchos tramos existen alambres de púas y que tanto el sitio de la represa como el de la familia Peña son propiedad privada.

De los testimonios recepcionados y del informe de novedad de la vigilancia de la represa SARA BRUT se puede establecer que estas personas no ingresaron por el lugar de vigilancia sino que utilizaron una vía alterna, ya que está totalmente prohibido el ingreso de personal ajeno a las instalaciones.

<sup>7</sup> 425 a 436 del cuaderno 1

En el presente caso se configura la eximente de responsabilidad administrativa denominada culpa exclusiva de la víctima, pues la causa del accidente está en el actuar imprudente de la propia víctima Mallerline Turriago Toro y no en falla imputable a las entidades demandadas.

La **parte demandante** presenta sus alegaciones de conclusión<sup>8</sup> en los siguientes términos:

Después de realizar un recuento de los hechos y pretensiones de la demanda, así como de la transcripción de apartes jurisprudenciales del H. Consejo de Estado, la parte demandante hace el siguiente análisis del material probatorio recaudado.

Dentro de las pruebas decretadas y practicadas se encuentran los testimonios de los señores Luz Mary Molina Franco, Jhon Jairo Hernández Rojas, Alvaro Hernando Robledo Franco, María Miriam Toro de Hostua y Sandra Patricia Hortua Toro, quienes afirmaron que acudían constantemente a la represa Sarabrut de paseo familiar, a pescar y a bañarse, que ingresaban sin ninguna restricción y que en las varias ocasiones que asistieron a este sitio nadie, esto es, ningún funcionario o autoridad les impidió el ingreso, que inclusive en algunas ocasiones ingresaban por la entrada principal con el permiso del portero, que solo habían mallas y cercas por la entrada principal, pero que el resto de la represa no tenía ni mallas ni cercas que impidieran el ingreso, igualmente manifiestan los testigos que el día en que ocurrió el fallecimiento de la menor Mallerline no había persona de seguridad en la represa que hubiera podido sacarla del agua y evitar el ahogamiento.

En la inspección judicial practicada obra un registro fotográfico y en el mismo se pueden observar personas y familias de paseo en las orillas, bañándose y paseando inclusive en canoa en la represa y así mismo se observan personas practicando la pesca. Que de las declaraciones de los señores Fabio Mazo Vergara y Pedro Molina Nieto, recepcionadas a solicitud de ACUAVALLE, se manifestó que la represa Sarabrut es y ha sido un sitio turístico al cual acuden personas a pescar e igualmente manifiestan que existen sitios dentro de la misma represa sin vigilancia y a la cual los vigilantes no van.

La **Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca** presenta sus alegaciones de conclusión<sup>9</sup> en los siguientes términos:

Asegura que con todo el material probatorio es evidente la imprudencia e irresponsabilidad, por parte de los padres y hermanas de la menor Mallerline Turriago Toro, que permitieron que la menor entrara al espejo de agua, el día que acaeció la muerte de ella, sabiendo que Mallerline no sabía nadar.

De la inspección judicial realizada al sitio donde acaecieron los hechos que dio como resultado la muerte lamentable de la menor Mallerline Turriago Toro, se logró determinar con certeza, concordante con el registro fotográfico que se recogió, lo siguiente:

- Existen elementos de prevención (vallas), a todo alrededor del embalse de Guacas, donde se enseña la prohibición de pescar, nadar, etc., y evidente por los

<sup>8</sup> 437 a 443 del cuaderno 1

<sup>9</sup> 444 a 450 del cuaderno 1

predios de la familia Peña, por donde presuntamente pasaron la menor Mallerline y sus acompañantes, violentando la propiedad privada.

- Existe a todo alrededor del embalse de Guacas, cercas en alambre de púas, cercas eléctricas, puertas, que demuestran restricciones de acceso al espejo de agua del embalse de Guacas, de propiedad de ACUAVALLE S.A. E.S.P.
- Que existe una entrada principal al embalse de Guacas, que el que entre al espejo de agua del embalse de Guacas, por sitio diferente, lo hace por cuenta y riesgo y de manera ilegal.
- Que el embalse de Guacas proyecto Sarabrut, es de propiedad de la sociedad ACUAVALLE S.A. E.S.P., por lo que, la vigilancia y control del espejo de agua le corresponde a dicha sociedad, de hecho es la que contrato la vigilancia privada.
- Los permisos de acceso al embalse de Guacas, los da la propietaria del proyecto SARA BRUT, que es ACUAVALLE S.A. E.S.P.

El daño causado por la conducta imprudente e irresponsable de las víctimas era irresistible para las entidades demandadas en la medida en que no tenía la posibilidad de evitar dicho comportamiento, porque, de acuerdo a los testimonios, los interrogatorios de parte, y lo que se evidenció en la inspección judicial, la menor Mallerline y sus acompañantes, se metieron a predios ajenos, por cuenta y riesgo de ellos.

## 1. CONSIDERACIONES:

### 2.1 Presupuestos Procesales

Encontrándose el presente proceso a despacho para fallo, se observa que se cumplen los presupuestos procesales para dictar sentencia: Los presupuestos procesales de forma, esto es: a) demanda en forma y cumplimiento del requisito de procedibilidad<sup>10</sup> de la acción, de la conciliación prejudicial, tal como consta a folios 4 a 9 del expediente., b) capacidad procesal de las partes, y c) competencia de esta Corporación, pues por la calidad del asunto y la cuantía de la totalidad de los perjuicios reclamados, superior a los 500 SMLMV de conformidad con los artículos 134E adicionado por la Ley 446 de 1998, vigentes para la época de la presentación de la demanda y correspondía en primera instancia al Tribunal Administrativo, según lo establece el numeral 6° del artículo 132; así también los presupuestos procesales de fondo o materiales o condiciones de la acción: a) existencia del derecho al que se contrae la pretensión procesal, b) legitimidad para obrar, c) interés para obrar, y d) que no existe caducidad de la acción ya que la demanda fue presentada en tiempo<sup>11</sup>, amén de ello el trámite procesal se ha surtido conforme a la normatividad procesal pertinente, sin que existan causales de nulidad que invaliden lo actuado.

<sup>10</sup> En cumplimiento de las siguientes disposiciones: Artículo 65A de la Ley 23 de 1991, adicionado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, compilado por el artículo 60 del Decreto 1818 de 1998, el artículo 24 de la Ley 640 de 2001, amén de las disposiciones contenidas en el Decreto 1716 de 2009, que reglamentan los artículos 13 de la Ley 1285 de 2009 y 75 de la Ley 446 de 1998, el Capítulo V de la Ley 640 de 2001, inciso 5 del artículo 35 de la Ley 640 del 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, derogado a su vez por el artículo 626 de la Ley 1564 de 2012.

<sup>11</sup> De acuerdo con el artículo 136 numeral 8 del CCA y teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron el 11 de agosto de 2009 y la demanda presentada el 12 de septiembre de 2011, la conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación presentada el 16 de noviembre de 2010 y expedida la correspondiente constancia el 2 de febrero de 2011 (folio 4).



## Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer si la muerte de la menor Mallerline Turriago Toro, por ahogamiento en el embalse de Guacas proyecto Sarabrut, hechos ocurridos el día 11 de agosto de 2009 constituyen un daño antijurídico imputable a las entidades demandadas.

## MARCO NORMATIVO

Se ejerce en este proceso la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, que es la que corresponde a toda persona interesada para demandar la reparación de todo daño originado en los hechos, omisiones u operaciones de la Administración Pública, o en la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos.

Esta acción tiene hoy su fundamento constitucional en los artículos 2º inciso segundo y 90 de la Constitución Política inciso primero. El primero de ellos preceptúa:

*“las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”*

El segundo impone al Estado la obligación de indemnizar todo daño originado en la actividad administrativa cuyos efectos los asociados no tengan el deber legal de soportar, y a la letra dice:

*“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

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

Sobre los presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, se ha señalado por el H. Consejo de Estado que en el artículo 90 de la Constitución, se establece cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, la cual tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo, debiendo precisarse que con la constitucionalización de la responsabilidad del Estado, se marca en la actualidad una tendencia a la imputación objetiva que *“parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”*; no obstante precisa que se otorga al juez el deber realizar una motivación razonada al momento de establecer la atribución jurídica, esto es, al momento de fijar el título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, debiendo examinar si corresponde el de la falla en el servicio, de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, se examina si procede en el daño

especial o, si encuadra en el riesgo excepcional, dijo la alta Corporación<sup>12</sup>:

*"Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización"<sup>13</sup> de la responsabilidad del Estado<sup>14</sup> y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados<sup>15</sup> y de su patrimonio<sup>16</sup>, sin distinguir su condición, situación e interés<sup>17</sup>. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la "acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos"<sup>18</sup>. Como bien se sostiene en la doctrina, la "responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad"<sup>19</sup>; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público"<sup>20</sup>.*

*Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>21</sup> tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la*

<sup>12</sup> Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, enero 30 de 2013, Radicación número: 73001233100020000073701(22455)

<sup>13</sup> En la jurisprudencia constitucional se indica: "El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>14</sup> La "responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización". Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política "consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos". Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

<sup>15</sup> Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos "son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. La "responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder". MARTIN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

<sup>16</sup> "La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>17</sup> La "razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal". Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d'une théorie general de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

<sup>18</sup> RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. "Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français", en Revue de Droit Public, 1951, p.685; BÉNOIT, F. "Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique", en Juris Classeur Publique, 1954. T.I, V.178.

<sup>19</sup> "La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos". MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

<sup>20</sup> MIR PUIGPELAT, ob., cit., p.120-121.

<sup>21</sup> "3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado". Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

imputación del mismo a la administración pública<sup>22</sup> tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo<sup>23</sup>, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012<sup>24</sup> y de 23 de agosto de 2012<sup>25</sup>.

En cuanto a la imputación, exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica<sup>26</sup>, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal–; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”<sup>27</sup>.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad<sup>28</sup>, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica<sup>29</sup>. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”<sup>30</sup>.

<sup>22</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes: 10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

<sup>23</sup> “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

<sup>24</sup> Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente: 21515. MP: Hernán Andrade Rincón.

<sup>25</sup> Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente: 23492. MP: Hernán Andrade Rincón.

<sup>26</sup> “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

<sup>27</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

<sup>28</sup> En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libre) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>29</sup> El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>30</sup> “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la



En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que "parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones"<sup>31</sup>. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la "atribución", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta"<sup>32</sup>.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de "excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar"<sup>33</sup>. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no<sup>34</sup>. Es más, se sostiene doctrinalmente "que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños"<sup>35</sup>.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad<sup>36</sup> es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un

imputación objetiva en el derecho penal", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [http://criminet.urg.es/recpc], p.6 y 7.

<sup>31</sup> "El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre". GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, p.77 ss.

<sup>32</sup> MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

<sup>33</sup> LARENZ, K. "Hegelszurechnungslehre", en MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

<sup>34</sup> JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (...) No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia". Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente: 14170.

<sup>35</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

<sup>36</sup> "El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: "ley de la ponderación" (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.



ejercicio de la ponderación<sup>37</sup> que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro"<sup>38</sup>.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que "el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección<sup>39</sup> frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible<sup>40</sup>. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano"<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> "La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: "... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la "estricta prioridad" característica de los "puntos de vista normativos". HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: "... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado". Para concluir que: "La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta". HABERMAS, Jürgen. "Reply to Symposium Participants", en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

<sup>39</sup> Deberes de protección que es "una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos". CASAL H, Jesús María. Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

<sup>40</sup> Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

<sup>41</sup> "En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad<sup>41</sup>, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo

335  
465

*En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predica: le tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante*<sup>42</sup>.

*Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal*<sup>43</sup>, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a "una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales"<sup>44</sup>, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho<sup>45</sup>.

*Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado*<sup>46</sup>, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede aplicar la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos<sup>47</sup>, que en muchas ocasiones no se

amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2. Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss)". Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la "posición de garantía" debe modularse: "(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas". JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>43</sup> "La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales". LEGUINA VILLA, Jesús. "Prólogo", en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

<sup>44</sup> MIR PUIGPELAT, ob., cit., p.204.

<sup>45</sup> "el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho". MARTÍN REBOLLO, ob., cit., p.308.

<sup>46</sup> Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente: 23492.

<sup>47</sup> Merkl ya lo señaló: "El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración". MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: "Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de

464  
336

*reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:*

*"(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación"<sup>48</sup>.*

*Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo<sup>49</sup> que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada..."*

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme al anterior esquema, se analizará el caso a resolver.

### **De la prueba trasladada**

De conformidad con el artículo 168 del C.C.A., *"En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración"*.

---

referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones", ob., cit., p.311.

<sup>48</sup> "En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado". Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515 y 23 de agosto de 2012, expediente: 24392.

<sup>49</sup> "En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo "(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.



469  
337

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 185 señala que: *"Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella"*.

#### 4. Hechos probados

De conformidad con el acervo probatorio se tendrán como hechos probados los siguientes:

- 1 Aproximadamente a las 6:30 p.m., del día 11 de agosto de 2009, la menor de 16 años Mallerline Turriago Toro transitaba junto con algunos familiares alrededor de las aguas de la represa Sara-brut, embalse la Guaca, cuando cayó al agua perdiendo la vida<sup>50</sup>.
- 2 La menor Mallerline Turriago Toro falleció insuficiencia respiratoria por ahogamiento en medio líquido<sup>51</sup>.
- 3 La menor Mallerline Turriago Toro era hija de los señores Hernando Turriago Rincon y Miriam Toro Vergara<sup>52</sup>, y hermana de Jhon Alexander Turriago Toro, María Jasleidi Hortua Toro<sup>53</sup>, Sandra Patricia Hortua Toro<sup>54</sup> y sobrina de Lucelly Toro Vergara<sup>55</sup> y Dolores Toro de Zapata<sup>56</sup>.
- 4 Que la represa SARA BRUT para la fecha de los hechos contaba con vigilancia privada, así mismo que toda el área del embalse estaba delimitada con sus respectivas cercas y avisos alusivos ha prohibido la pesca, caza, nadar o bañarse en el lago por toda el área del embalse<sup>57</sup>.
- 5 Que la menor Mallerline Turriago Toro y sus acompañantes el día 11 de agosto de 2009, fecha de su fallecimiento ingresó a la represa Sara- Brut, por el predio del señor Peña, propiedad privada que limita con la represa y al cual para ingresar era necesario quitar el broche que detiene el ganado<sup>5859</sup>.
- 6 Que la menor Mallerline Turriago Toro, no sabía nadar<sup>60</sup>.

#### 5. El daño antijurídico

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que *"ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario"*<sup>61</sup>. En este sentido se ha señalado que *"en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico"*<sup>62</sup>.

<sup>50</sup> Fl. 360 del cuaderno 1

<sup>51</sup> Fl. 371 del cuaderno 1

<sup>52</sup> Fl. 15 del cuaderno 1.

<sup>53</sup> Fl. 12 del cuaderno 1.

<sup>54</sup> Fl. 14 del cuaderno 1

<sup>55</sup> Fl. 18 del cuaderno 1

<sup>56</sup> Fl. 16 del cuaderno 1

<sup>57</sup> Fl. 418-422 cuaderno 1 – Testimonio del señor Héctor Fabio Mazo Vergara.

<sup>58</sup> Declaración del señor Jhon Jairo Hernández Rojas (Fl.40 del C2)

<sup>59</sup> Declaración de la señora Sandra Patricia Hortua Toro (fl. 106 del c2)

<sup>60</sup> Interrogatorio absuelto por la señora María Mirian Toro (madre de la menor) (fl.105 C2)

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, C.P.: Mauricio Fajardo. Exp. 13168.

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000, C.P.: Alirio Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.



468  
338

Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado *"responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables"*, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como *"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"*<sup>63</sup>, en otros términos, aquel que se produce a pesar de 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"*<sup>64</sup>.

De tal definición fácilmente se extraen las siguientes dos consecuencias, a saber: *"a. Solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad"*<sup>65</sup> y b. *"Que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución)"*<sup>66</sup>.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala encuentra suficientemente acreditado el daño consistente en la muerte de la menor Mallerline Turriago Toro en hechos ocurridos el 11 de agosto de 2009 como consecuencia de su ahogamiento en la represa Sara-brut, embalse la Guaca ubicado en el corregimiento primavera al del municipio de Bolívar Valle. En efecto, en el caso concreto sí existe daño consistente en las consecuencias que se desprenden del deceso de un ser querido.

No obstante, debe determinarse si existe imputación jurídica a las entidades demandadas a efecto de determinar su antijuridicidad.

## 6. La Imputación

Es preciso resaltar que la jurisprudencia nacional<sup>67</sup> ha reconocido la existencia de cuatro causales que impiden la imputación de responsabilidad a la administración, a saber: *fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero y hecho de la víctima*. En efecto, los aludidos eventos *"dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo"*<sup>68</sup>.

### 6.1. Hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad

<sup>63</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10867, entre otras. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

<sup>65</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 5 de diciembre de 2005, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 12158. Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-832 de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, y C-043 de 2004, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>66</sup> Ibidem. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 4 de junio de 2008, C.P.: Myriam Guerrero De Escobar. Exp. 15657.

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de mayo de 2010, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18800 y 26 de enero de 2011, C.P.: Gladys Agudelo Ordoñez. Exp. 18429, entre otras.

<sup>68</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de mayo de 2010, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18800. Cfr. GOLDENBERG, Isidoro H. "La relación de causalidad en la responsabilidad civil" Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1989, págs. 141 y ss."

El hecho de la víctima es, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado<sup>69</sup>. Tales elementos han sido definidos por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en los siguientes términos.

En primer lugar, la irresistibilidad alude a la *"imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados—"*<sup>70</sup>

La irresistibilidad no supone que la mera dificultad se erija en imposibilidad total, no obstante, *"ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano"*. Así, en cada caso el Juez deberá interpretar *"La imposibilidad de ejecución (...) de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida"*<sup>71</sup>.

Por su parte, la imprevisibilidad de la causa extraña alude a la condición de imprevista de la misma, con lo cual será requisito indispensable que se trate de *"de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia"*<sup>72</sup>. En este sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que *"resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia"*<sup>73</sup>.

En tercer lugar, la exterioridad de la causa extraña respecto del demandado *"se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que (se) invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente (...) la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada"*<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de abril de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16235. Cfr. Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, págs. 332 y 333. El hecho de la víctima trae como consecuencia "la absolución completa" cuando "el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima" (...)"Para constituir una causa ajena, un acontecimiento, ya se trate de acontecimiento anónimo (caso de fuerza mayor stricto sensu), del hecho de un tercero o de una culpa de la víctima, debe presentar los caracteres de la fuerza mayor (lato sensu); es decir, ser imprevisible e irresistible."

<sup>70</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16.530, y Sentencia de 26 de mayo de 2010, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18800.

<sup>71</sup> Nota original en la sentencia Citada: Robert, André, Les responsabilités, Bruselas, 1981, pág. 1039, citado por Tamayo Jaramillo, Javier, Tratado de responsabilidad civil, cit., pág. 19.

<sup>72</sup> Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, pág. 21.

<sup>73</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16.530.

<sup>74</sup> Ibidem. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de mayo de 2010, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18800.

A su vez, en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha reconocido que procede la declaratoria del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad aun tratándose de menores de edad y dementes. En este sentido, dicha corporación ha señalado que *"la valoración sobre la intervención causal de la víctima se puede declarar aun tratándose de menores de 10 años y de los dementes, quienes si bien no son susceptibles de cometer culpa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2346 del Código Civil, su actuación puede exonerar de responsabilidad a la entidad demandada cuando sea causa exclusiva del daño"*<sup>75</sup>.

Por último, es preciso resaltar que siempre que la actuación de la víctima sea la causa única, exclusiva o determinante del daño, resulta innecesario valorar el elemento subjetivo en la atribución de responsabilidad a la administración<sup>76</sup>.

De otra parte, si bien la jurisprudencia ha desarrollado las anteriores definiciones de los elementos **del hecho exclusivo de la víctima** como causal de exoneración de responsabilidad, el Consejo de Estado ha reconocido que deberán examinarse por el Juez en cada caso concreto de conformidad con el material probatorio allegado al expediente<sup>77</sup>.

### 6.1.1 Del caso concreto

Analizada la totalidad de las piezas que componen el acervo probatorio del presente asunto, para la Sala deviene forzoso concluir que el resultado dañoso se concretó a partir de la decisión de la menor Mallerline Turriaga Toro de acceder a la represa Sara – Brut del embalse las Guacas para recrearse y dedicarse a la pesca como lo afirmaron sus acompañantes. *"la señorita Mallerilene que era mi novia con quien me iba a casar, me dijo que las hermanas de ellas querían ir a pasear un rato a la represa, entonces yo les dije que sí que fuéramos que yo había traído la atarraya y que si alguna cosa yo la llevaba para ponerme a pescar por ahí por la orilla"*<sup>78</sup>. Ahora, si bien es cierto, que los acompañantes de la menor fallecida señalan: *"ella se resbaló y se cayó allá"* refiriéndose al espejo de agua de la represa, se encuentra acreditado que el ingreso a la misma se hizo vulnerando la propiedad privada del señor Peña, *"pues allá a nadie se le pedía permiso porque por ahí caminaban las demás personas, incluso atrás de la casa de mi mamá al lindero de Peña hay un broche por donde la gente y la otras personas bajan para allá"*<sup>79</sup>, propietario del lote de terreno que colinda con la represa y que de acuerdo a las declaraciones de los testigos presenciales contaba con un broche para imposibilitar el acceso del ganado a la represa broche que retiraron para ingresar, así mismo hicieron caso omiso todas las señales de advertencia ubicadas en la represa Sara Brut y que avisan a los transeúntes a fin que no ingresen y así no pongan su vida en peligro, *"Las medidas de seguridad que se pueden observar son, hay un aviso pequeño en mal estado sobre la vía o talud que dice "proyecto sarabrut c.v.c prohibido nadar o bañarse en el lago" (...) " en este primer tramo de la presa hay tres avisos en el frente, dos al lado de la garita de la entrada principal de ingreso, donde dice en uno de ellos lo siguiente "embalse Guacas-sara-brut no*

<sup>75</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de febrero de 2010, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 17179, entre otras.

<sup>76</sup> Ibidem.

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 1996, C.P.: Carlos Betancur. Exp. 9616. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 2011, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18940. Entre otras.

<sup>78</sup> Declaración del señor Jhon Jairo Hernández Rojas

<sup>79</sup> Declaración de la señora Sandra Patricia Hortua.



ponga en riesgo su vida zona de alto riesgo y hay símbolos de prevención borrosos" y el otro establece "esta agua es para beber no para nadar" (...) "prohibido pescar con trasmayo corposnova C.V.C."<sup>80</sup>, señales que no atendieron ni los acompañantes ni la víctima fatal quien además no sabía nadar, situación que potencializaba aún más el riesgo dado que la intensión desde el primer momento era dedicarse a la pesca, por tanto considera esta Sala que se encuentran configurados los elementos de irrisitibilidad, imprevisibilidad y externalidad propios del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad de la Administración. En efecto, para la entidad demandada resultaba inevitable el acaecimiento del daño, así como de sus nefastas consecuencias, éstas se encontraban en una situación de imposibilidad normalmente insuperable en relación con la muerte de la occisa en las condiciones acreditadas en el presente asunto, toda vez que no es usual, que en una represa a las seis de la tarde acudan un grupo de personas, quienes ni siquiera accedieron a la represa por la puerta principal, la que de acuerdo con la inspección judicial realizada dentro del debate probatorio se encuentra perfectamente delimitada, al querer pescar tal como se hizo referencia en las declaraciones de los testigos, constituyéndose un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional y de rara ocurrencia, el cual en todo caso resulta imprevisible para la Administración. Y por último, claramente las entidades demandadas no tienen el deber jurídico de responder patrimonialmente por los perjuicios derivados de la muerte de quien voluntariamente accede a una represa a querer dedicarse a la pesca y al baño, sin atender las señales de peligro ubicadas por todo el embalse, teniéndose en cuenta que los visitantes eran personas del sector que conocen claramente la finalidad de la represa y sus peligros.

En los anteriores términos, la Sala encuentra acreditada la excepción del hecho exclusivo de la víctima, lo cual impide que el daño demostrado en el presente asunto sea imputable a la Administración y, en consecuencia, que esté llamada a reparar los perjuicios causados como consecuencia del mismo.

## 6. COSTAS

En cuanto a la condena en costas, de acuerdo con el artículo 171 del C.C.A. modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, la condena se subordina a la conducta asumida por las partes, en consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes del proceso, no se impondrá.

## 7. DECISIÓN.

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

### RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

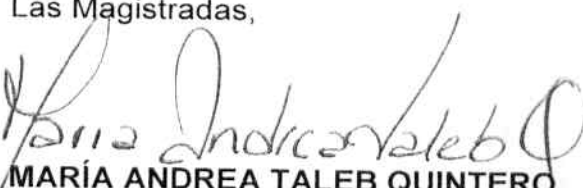
<sup>80</sup> Inspección Judicial adelantada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar Valle.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

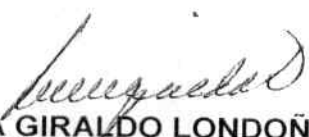
TERCERO: En firme esta decisión, procédase a su archivo.

Notifíquese y Cúmplase.

Las Magistradas,

  
MARÍA ANDREA TALEB QUINTERO  
Magistrada Ponente

  
LUZ STELLA ALVARADO OROZCO  
Magistrada

  
MELBA GIRALDO LONDOÑO  
Magistrada

52TC0127-032015-0-04

NOTIFICACIÓN:

En la fecha notifico la providencia que  
antecede al señor(a) procurador(a) J. No. 18

Cali, 10 MAR 2015.

NOTIFICADO(A) \_\_\_\_\_

SECRETARIO(A) \_\_\_\_\_

Nota: puesto a mi disposición hoy 10 marzo 2015

CERTIFICO: Para notificar a las partes la anterior providencia  
se fijo EDICTO en lugar publico de la Secretaria del Tribunal  
de lo Contencioso Administrativo por el termino de tres dias  
habiles, hoy 06 MAR 2015 a las ocho de la mañana

El Secretario (a) Dary González  
Sección Segunda: taria