



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01372 01 (54293)
Demandantes: Hernando Turriago Rincón y otros

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

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Reparación directa
Radicación: 76001-23-31-000-2011-01372 01 (54293)
Demandantes: Hernando Turriago Rincón y otros
Demandados: Acuavalle S.A. E.S.P. y otros

Tema: Responsabilidad del Estado. Se confirma la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda porque está probada la culpa exclusiva de la víctima.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 27 de febrero de 2015 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda.

La Sala es competente para dictar esta providencia porque resuelve un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia de un tribunal administrativo. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca conoció el proceso en primera instancia en razón a la cuantía estimada en la demanda.

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue admitido mediante auto del 12 de mayo de 2015. Las partes alegaron de conclusión y el Ministerio Público guardó silencio¹.

I. ANTECEDENTES

A. Posición de la parte demandante

1.- El 5 de julio de 2011, los familiares de Mallerline Turriago Toro (o víctima directa) presentaron demanda de reparación directa en contra de Acuavalle S.A.

¹ Cuaderno 1, Folio 502.



E.S.P. (en adelante Acuavalle), la Corporación Autónoma Regional de Valle del Cauca y el Departamento de Valle del Cauca, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que [las entidades demandadas] son administrativamente responsables por los perjuicios materiales y morales causados [a los demandados] por FALLA DEL SERVICIO, en el deber de tener todos los cuidados necesarios para salvaguardar las personas que visitan y transitan por el EMBALSE DE GUACAS que hace parte del Sistema de Abastecimiento Regional de Agua SARA BRUT (...) pues al no existir las debidas medidas de precaución ni funcionarios responsables de salvaguardar la vida de las personas que allí acuden, falleció el día 11 de agosto del año 2009 la menor MALLERLINE TURRIAGO TORO a causa de ahogamiento como consta en el acta de defunción correspondiente y en el acta de levantamiento del cadáver.

2. Los perjuicios reclamados se resumen así:

Tipo de perjuicio	Valor
Materiales	\$717.642.351 por concepto de lucro cesante.
Morales	100 salarios mínimos para para cada uno de los demandantes”.

Las pretensiones se fundaron en las siguientes afirmaciones:

1.- El 11 de agosto de 2009 a las 7:00 p. m., Mallerline Turriago Toro, de dieciséis años, murió ahogada en un embalse operado por Acuavalle mientras recorría el lugar con sus amigos.

2.- A pesar de ser un sitio concurrido, el embalse no tenía mallas, restricción a la entrada de particulares, vigilantes ni salvavidas, lo que impidió que el accidente en el que murió la niña se evitara.

B. Posición de la parte demandada

3.- Acuavalle contestó la demanda y se opuso a las pretensiones.

3.1. Señaló que el daño fue causado por la culpa exclusiva de la víctima. La adolescente creó un riesgo cuando ingresó al embalse por predios colindantes y desconoció la propiedad privada y los avisos de peligro.

3.2.- Indicó que el lugar solo tenía una entrada autorizada con vigilancia privada permanente, que estaba cercado con postes y alambre de púas y que alrededor del embalse existían vallas que prohibían transitar, nadar y pescar. Negó que fuera un sitio concurrido.

4.- Llamó en garantía a Vigilancia Santaferena y Cía. Ltda., encargada del servicio de seguridad privada del embalse, y a la Compañía de Seguros Previsora S.A.



4.1.- Vigilancia Santaferena propuso la excepción de culpa exclusiva de la víctima. Indicó que no era un sitio abierto al público y que los hechos ocurrieron de noche, a 3.5 kilómetros de la caseta de vigilancia de la entrada principal. El contrato de vigilancia estipulaba que la supervisión del tanque debía hacerse dos veces en horario diurno.

4.2.- La Previsora S.A. también propuso la excepción de culpa exclusiva de la víctima, pues ésta tenía dieciséis años y ya era consciente del riesgo que implicaba ingresar a un embalse que no era abierto al público y hacerlo en horas de la noche.

5.- La Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca también propuso la excepción de culpa exclusiva de la víctima. Señaló que sus familiares no supervisaron la actividad de la menor en el embalse, la cual era riesgosa.

6.- El Departamento del Valle del Cauca no contestó la demanda.

C. Sentencia recurrida

7.- El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y negó las pretensiones de la demanda.

7.1.- Indicó que la muerte se produjo como resultado de la decisión de la niña de entrar a pescar a la represa, pese a que en el embalse había cercas y avisos que prohibían esa actividad. La víctima directa ingresó al predio por un terreno colindante, cuyo acceso tenía un broche para los semovientes.

7.2.- El hecho de la víctima era imprevisible, irresistible y externo a la entidad, porque no era usual que personas fueran a pescar a una represa a las 6:00 de la tarde, que entraran por un lugar distante de la puerta principal, y que ignoraran los avisos de advertencia.

D. Recurso de apelación

8.- La **parte demandante** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

8.1.- Indica que no se configuró la causal de culpa exclusiva de la víctima, pues el daño se hubiera evitado con la adecuada vigilancia y la existencia de cercas. La inspección judicial acreditó que las señales que prohibían efectuar actividades recreativas en el lugar estaban deterioradas por el sol, y que las cercas divisorias de guadua y alambre de púa estaban caídas. En la diligencia, el juez encontró que varias personas estaban pescando y le manifestaron que lo hacían con permiso del guarda de turno. También se observaron botellas plásticas que demostraban que la gente utilizaba el sitio de forma recreativa.



8.2.- Los vigilantes de la represa declararon que se necesitaba un permiso para entrar a pescar y aceptaron que la represa era “un sitio turístico”. Afirmaron que debían recorrer las periferias del embalse como parte de sus funciones, pero que no siempre lo hacían porque la mayoría de las personas ingresaba por la entrada principal. Esta omisión demostró la falta de diligencia de las demandadas.

8.3.- En el proceso varias personas declararon que las personas ingresaban a la represa por “sitios aledaños, broches o puertas irregulares” que, por estar continuamente a la vista, constituían servidumbres legales en los términos del inciso 3 del artículo 882 del Código Civil.

II.- CONSIDERACIONES

9.- La Sala estudiará de fondo las pretensiones porque la demanda se presentó dentro de los dos años contados desde la ocurrencia del daño. La muerte de la víctima directa ocurrió el 11 de agosto de 2009 y la demanda fue presentada el 5 de julio de 2011, es decir, dentro del término contemplado en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

10.- La Sala confirmará la decisión de primera instancia. Aunque no se discute que la muerte de Mallerline Turriago Toro ocurrió por ahogamiento en el embalse, los medios de prueba que obran en el expediente demuestran la excepción de culpa exclusiva de la víctima propuesta por la demandada y declarada en la sentencia de primera instancia. La víctima directa (i) ingresó a pescar a un embalse privado a las 6:00 de la tarde, a pesar de que dicha actividad no era permitida en el lugar y (ii) entró a través de la puerta de un predio colindante. Y no es cierto que la entidad demandada tuviera la obligación de proveer salvavidas ni guardias de seguridad, en tanto el embalse no era un predio abierto al público.

11.- Los testimonios de las personas que se encontraban con la víctima directa demuestran que estas ingresaron a pescar en la represa en horas de la noche, a través de un predio de propiedad privada y que no solicitaron algún tipo de autorización. Y, que mientras Mallerline y sus hermanas caminaban por la orilla de la represa, ésta se resbaló.

11.1.- Jhon Jairo Hernández, novio de la víctima, admitió que ingresó con ella, sus hermanas y un vecino a pescar en la represa a través de un “broche” ubicado en el terreno del señor Arturo Peña, que “a veces mantiene cerrado, a veces abierto, porque por ahí mantienen pasando el ganado”². También afirmó que los hechos ocurrieron en un lugar bastante retirado de donde se encuentra la finca de Arturo Peña, sitio por el cual ingresaron.

² Cuaderno 1, Folio 72.



11.2.- Lo anterior fue corroborado por Sandra Patricia Hortúa Hurtado, hermana de la víctima, quien admitió que para ingresar a la represa se debía pasar por un terreno privado colindante. La testigo indicó que no habían pedido autorización para el ingreso ese día porque “allá a nadie se le pedía permiso, porque por ahí caminaban las demás personas”³.

11.3.- La madre de la víctima, Sandra Patricia Hortúa, y el vecino, Álvaro Hernando Robledo, reconocieron que esa noche la menor y sus acompañantes ingresaron a la represa a través del predio de Arturo Peña para pescar, y que la víctima directa no sabía nadar.

12.- De otro lado, los testimonios de los trabajadores del embalse y la inspección judicial acreditan que la represa no era un lugar abierto al público y que los agentes de la entidad demandada no aceptaban el ingreso de personas sin el trámite de la respectiva autorización. No obstante, en el expediente no hay prueba de que la víctima o sus familiares hubieran tramitado un permiso para el ingreso a la represa. El hecho de que la víctima directa hubiera ingresado sin la autorización respectiva generó el riesgo y la concreción del daño, especialmente porque lo hizo en horas de la noche.

12.1.- Los testimonios de auxiliares del embalse demuestran que no existía una puerta principal por la que los ciudadanos pudieran ingresar, que en éste no estaba permitida la pesca, y que al mismo iban “colegios y universidades” sólo cuando tramitaban el permiso, lo que denota que no era un sitio abierto al público.

12.2.- Héctor Fabio Mazo Vergara, auxiliar operativo de la represa, sostuvo que el embalse estaba “delimitado con sus respectivas cercas” de alambre de púas y avisos que prohibían la pesca, la caza, nadar o bañarse en el lago; reconoció que el predio tenía seguridad privada permanente para evitar el ingreso de personas “por el área frontal del embalse”. Indicó que quienes ingresaban al lugar, lo hacían a través de un predio vecino de forma irregular.

12.3.- Pedro Molina Nieto, también auxiliar operativo, rindió declaración en términos similares. Sostuvo que para pescar en embalse se requería una autorización de Acuavalle y que quienes ingresaban por el predio colindante lo hacían sin autorización y de forma arbitraria:

“La presa es más que todo un sitio ecoturístico, ya que la CVC y Acuavalle así lo tienen destinado, pues el agua allí almacenada es para consumo humano, y las personas que ingresan allí van es con permisos de colegio y universidades y las otras ingresan por cuenta de ellos arbitrariamente, ya que el embalse cuenta con cercas y alambre de púa y la gente ingresa sin autorización alguna (...) con la extensión tan grande de la presa le es imposible al guarda vigilar su totalidad, ya que hay bosques y terreno”.

³ Cuaderno 1, Folio 101.



12.4.- Estos testimonios son coincidentes con los términos del contrato de prestación de servicios de vigilancia suscrito entre Acuavalle y Vigilancia Santaferña y Cía⁴. El parágrafo primero de la cláusula tercera estipulaba que la vigilancia “al tanque de quiebre localizado a 3,5 kilómetros del centro de control” sería realizada diariamente en dos turnos, en horario diurno. Esa vigilancia era la era suficiente, teniendo en cuenta que la represa no era un sitio abierto al público, y que, por lo tanto, no se requerían varios vigilantes en el lugar.

13.- La inspección judicial⁵ también demostró que algunas personas accedían al embalse a través de un predio colindante y sin autorización, pese a que en la entrada, donde estaba la caseta de vigilancia, había avisos relativos al riesgo de la zona y la prohibición de nadar y pescar. Esto, en modo alguno, implica que la demandada hubiera aceptado el ingreso de personas, como lo afirma la demandante. En el acta de la inspección judicial se lee:

“Ya en el interior de la entrada principal para dirigirse al Centro de Educación Ambiental hay una cerca en mal estado construida en guaduas y alambre de púas, con una longitud de cien metros más o menos, que separa la entrada principal del centro de educación ambiental Guacas, perdiéndose en este punto, o sea, entre el centro de educación ambiental y el espejo de agua no existe cerca divisoria en este tramo. Más adelante volvemos a encontrar un tramo de cerca, esta cerca está igualmente caída en una parte de adelante frente al espejo de agua, en regular estado construida en guaduas y alambre de púas, aquí nos encontramos 4 personas pescando (...) quienes manifestaron que habían obtenido el permiso con el guarda de turno que está ubicado en la entrada principal y que podían pescar solo con varas y que no podían ingresar al agua. Posteriormente en el recorrido se encontró otra cerca caída de las mismas características que las anteriores, que separa el embalse de la propiedad de la familia Peña (...) En este punto (...) encontramos una puerta de ingreso a la finca de la familia Peña, una puerta metálica hecha en ángulos de color blanco y rojo donde empieza la cerca que separa la propiedad de la familia Peña con el embalse, construida con postes de madera aserrada y alambre de púas en buen estado, se puede evidenciar que en este potrero que hace parte de la familia Peña hay otro aviso que dice ‘Embalse de Guacas Sarabrut No ponga en riesgo su vida, zona de alto riesgo, cuide su vida y la de los demás’. Se está recaudando material fotográfico (...) Se pueden observar cuatro botellas plásticas al parecer de gaseosas tres litros tiradas en el potrero que hace parte del embalse, a unos 20 metros del espejo de agua (...) el otro extremo para ingresar al embalse por la carretera que conduce al cementerio del corregimiento de Primavera y terminando la presa encontramos otro aviso que decía ‘Disfrute el embalse Guacas sin poner en riesgo su integridad física, zona de alto riesgo (...) si respeta las señales de precaución su visita será segura y placentera (...)’. Ya en el interior del embalse (...) hay un aviso que dice ‘Esta es una zona forestal ecológica, no es permitido la caza ni bañarse en el lago, conservemos las especies acuáticas, no pescar’.

14.- Así, contrario a lo afirmado en la demanda, está probado que el embalse no era un sitio abierto al público y no puede compararse, por ejemplo, con una piscina pública a la que los ciudadanos puedan ingresar en un horario regular, y

⁴ Cuaderno 1, Folio 159.

⁵ Folios 142-145 del cuaderno 2.



sin la necesidad de adelantar un trámite específico, y frente a la cual pueda estimarse que se trata de una cosa peligrosa en su estructura, por lo que el riesgo sobre los accidentes que en ella puedan ocurrir está a cargo del Estado.

15.- En consecuencia, Acuavalle no estaba en la obligación de proveer salvavidas, como lo reclama la demanda. Y, en todo caso, no es cierto que el embalse careciera de vallas que previnieran a los ciudadanos frente al riesgo que comportaba el embalse. Tanto los testimonios como la inspección judicial son coincidentes en la existencia de múltiples vallas que prohibían el ingreso de particulares a la zona, y especialmente, el ejercicio de actividades peligrosas como nadar y pescar en la represa.

16.- A partir de lo anterior la Sala concluye que en este caso la demandante no acreditó que la *causa* del daño cuya indemnización reclama fuera la omisión de una obligación de vigilancia que estuviera a cargo de la demandada. Por el contrario, las pruebas evidencian que la actuación negligente de la víctima creó el riesgo que se concretó en el accidente sufrido, y ésta era una persona mayor de diez años en los términos del artículo 2346 del Código Civil. Las pruebas también evidencian que la conducta de la víctima no era previsible ni resistible para la entidad demandada, por lo que debe confirmarse la decisión de primera instancia.

E. Costas

17.- En vista de que no se observa temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 27 de febrero de 2015 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

SEGUNDO: Sin condena en costas.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01372 01 (54293)
Demandantes: Hernando Turriago Rincón y otros

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente a su tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente
Con salvamento de voto

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado