

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 41

Santiago de Cali, abril veintitrés (23) de dos mil veintiuno (2021).

Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicación	76001333300520150025900
Demandante	OLMER EDILSON FERNÁNDEZ TORRES Y STELLA ÁLVAREZ BASTIDAS
Demandado	MUNICIPIO DE CALI – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN DEL MEDIO AMBIENTE – DAGMA Y CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE VALLE DEL CAUCA - CVC
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de reparación directa, instaurado a través de apoderado judicial por parte de OLMER EDILSON FERNÁNDEZ TORRES Y STELLA ÁLVAREZ BASTIDAS, en contra del MUNICIPIO DE CALI – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN DEL MEDIO AMBIENTE – DAGMA Y CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE VALLE DEL CAUCA - CVC
MUNICIPIO DE CALI – SECRETARÍAS DE TRÁNSITO Y DE INFRAESTRUCTURA VIAL¹.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. DECLARAR extracontractualmente responsable al MUNICIPIO DE CALI – MUNICIPIO DE CALI – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN DEL MEDIO AMBIENTE – DAGMA Y CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE VALLE DEL CAUCA – CVC, por los PERJUICIOS causados a los demandantes con motivo de lesiones causadas el domingo 25 de enero de 2015 a la altura de la Calle 16 con Carrera 83 C.

¹ Folios 1 al 27 Cuaderno 1

- 1.2.** CONDENAR a los demandados a pagar a los demandantes PERJUICIOS MORALES, a razón de OLMER EDINSON FERNÁNDEZ TORRES – 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; STELLA ÁLVAREZ BASTIDAS – 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes y para los menores LINETH DAYANA FERNÁNDEZ BASTIDAS y MARÍA CAMILA FERNÁNDEZ BASTIDAS 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- 1.3.** CONDENAR a los demandados a pagar a título de lucro cesante los salarios y las prestaciones sociales que durante el período de incapacidad generada por los hechos de la demanda, sufriera el demandante OLMER EDISON FERNÁNDEZ TORRES.
- 1.4.** CONDENAR a los demandantes a pagar la suma de \$10.168.734 por arreglos a vehículo de propiedad del demandante, \$3.000.000 por costos de transporte y actualización de sumas de dinero al momento de fallar el asunto, según indemnización consolidada y futura.

2. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda para el caso que nos ocupa, se sintetizan así:

- 2.1.** El 25 de enero de 2015, en la Calle 16 con Carrera 83 C, cuando iba el demandante OLMER EDISON FERNÁNDEZ TORRES, conduciendo el vehículo de su propiedad Marca NISSAN de PLACAS CKF 857, le cayó un árbol y le produjo lesiones e incapacidad al conductor y trauma a sus menores hijos y cónyuge, debiendo intervenir el Cuerpo de Bomberos para retirar las ramas del árbol que afectaron al vehículo y permitir dar vía libre a quienes allí se encontraban. Los arreglos del vehículo costaron \$10.168.734.
- 2.2.** El Estado debe garantizar los derechos fundamentales a la salud y al trabajo y responder por los daños que le sean imputables causados por omisión, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, máxime cuando hay comportamiento irregular de la Policía Nacional (sic).

- 2.3.** Hay un daño antijurídico causado a los demandantes que ha producido perjuicios materiales y morales con relación de causalidad entre el daño y los perjuicios.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

El apoderado de la parte actora enuncia como fundamentos de derecho los artículos 13, 28, 85, 90, 188 y demás concordantes de la Constitución Política; Ley 1437 de 2011 y Decreto 01 de 1984, artículos 34, 82, 86 y 140 y concordantes; Ley 153 de 1887 artículos 4, 5 y 6.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- 4.1.** La Corporación Autónoma Regional de Valle del Cauca CVC, señala que no le asiste legitimación en la causa por pasiva, por cuanto es responsabilidad del Departamento Administrativo de Gestión del Medio Ambiente DAGMA la administración de los recursos naturales en el Municipio; además cumplió con la intervención de árboles solicitada por el Municipio a través del DAGMA según Contrato CVC 408 de 2014, para cuyos efectos cita por apartes la Ley 136 de 1994 artículos 3 numerales 2, 4, 6 y 10; 31, 63, 65 y 66 de la Ley 99 de 1993 y Ley 523 de 2012, en armonía con el Decreto 203 de 2002 artículos 109, 110 y 112, emitido por la Alcaldía Municipal de SANTIAGO DE CALI, que contemplan la administración y defensa de los recursos naturales renovables incluidos los programas de arborización, cuidado y mantenimiento de zonas verdes a cargo de dicha entidad territorial².
- 4.2.** El Municipio de SANTIAGO DE CALI³ manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas, por cuanto considera que la responsabilidad de la administración planteada en la demanda se soporta en la tesis de la falla del servicio, soportada en un hecho o culpa de la administración, la producción de un daño antijurídico y la relación de causalidad existente entre los dos anteriores, frente a lo cual cuestiona por defecto, la ausencia de prueba que comprometa al Municipio de SANTIAGO DE CALI y por

² Folios 42 al 109 Cuaderno 1

³ Folios 110 al 131 Cuaderno 1

el contrario la existencia de una causal de exoneración de responsabilidad como lo es la FUERZA MAYOR por un hecho de la naturaleza y las excepciones de INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL y la INNOMINADA. No existe prueba de que el daño a la salud sufrido por el demandante sea grave que permita una indemnización de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por cuanto la incapacidad sufrida no supera los 15 días. Tampoco existe prueba de la relación afectiva entre STELLA ÁLVAREZ BASTIDAS y el demandante OLMER EDILSON FERNÁNDEZ TORRES, ni del costo de los daños sufridos al automotor conducido por el demandante y las fotos allegadas no tienen ningún valor probatorio.

Hace referencia al marco normativo y jurisprudencial acerca de la responsabilidad patrimonial del estado, derivada de los perjuicios causados por la acción u omisión de sus autoridades, aduciendo que se debe configurar un daño y que mismo debe tener relación de causalidad adecuada con el actuar negligente de la administración, para cuyos efectos igualmente cita textualmente apartes del pronunciamiento referido.

- 4.3. El llamado en garantía SEGUROS LA PREVISORA⁴, plantea situaciones similares a las planteadas por la demandada MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI, en cuanto la ausencia de prueba de los perjuicios reclamados, la existencia de un fenómeno natural como causante de los daños producidos y la ausencia de prueba de los elementos que configuran la responsabilidad estatal, en particular de la relación de causalidad entre el daño y el hecho atribuido ya que el accidente fue producto de un fenómeno natural y no de acción u omisión atribuible a la entidad demandada.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue repartida el 6 de agosto de 2015⁵ a este Juzgado, que mediante providencia de octubre 13 de 2015⁶, admitió la demanda, al cumplir con los requisitos legales para ello.

⁴ Folios 31 al 40 Cuaderno 1

⁵ Folio 20 Cuaderno 1

⁶ Folios 29 y 30 Cuaderno 1

Posteriormente, mediante auto de abril 25 de 2017, se admitió el llamamiento en garantía a LA PREVISORA S. A. COMPAÑÍA DE SEGUROS⁷, destacando que la demanda fue notificada a las entidades demandadas y demás sujetos procesales (incluyendo llamado en garantía el 24 de mayo de 2017) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA⁸. Mediante auto de abril 26 de 2018 se ordena practicar audiencia inicial⁹.

La audiencia inicial se llevó a efecto el 22 de mayo de 2018, dentro de la cual se dispuso además la orden de práctica de pruebas¹⁰, allegadas en lo posible en diligencia de junio 26 de 2018¹¹, dentro de la cual se dispuso igualmente, correr traslado para alegar de conclusión.

6.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. El apoderado de la **parte demandante** señala en su escrito de alegatos de conclusión que el testigo citado al proceso (PEDRO PABLO LESMES), describió la forma como se produjo el accidente, que el árbol que cayó sobre el vehículo de propiedad era un árbol descuidado y viejo que al momento de transitar por el lugar se encontraba inclinado y ello dio lugar a que la Administración interviniera varios árboles localizados en el sector donde se han producido diversos accidentes por las mismas causas, lo cual según el escrito, desvirtúa lo afirmado por la demandada MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI y llamado en garantía LA PREVISORA S. A. SEGUROS.

También precisa que con la prueba documental (FOTOGRAFÍA Y VIDEO) se establece además como ocurrió el accidente.

6.2. Municipio de SANTIAGO DE CALI dentro del término oportuno presentó alegatos de conclusión¹². Señala que de conformidad con el material probatorio allegado al proceso, se configura la excepción de fuerza mayor por cuanto sería un árbol lo que originaría el accidente; no obstante precisa que de conformidad con la historia clínica podría darse colisión del automotor con un objeto fijo que sería el

⁷ Folios 18 y 19 Cuaderno 2

⁸ Folios 35 al 38 Cuaderno 1 y 25 y 26 Cuaderno 2

⁹ Folios 137 frente y vuelto Cuaderno 1

¹⁰ Folios 139 al 142 frente y vuelto y cd a folio 150 Cuaderno 1

¹¹ Folios 152 y 153 frente y vuelto y cd a folio 155 Cuaderno 1

¹² Folios 166 al 171 Cuaderno 1

árbol. Las fotografías no son allegadas con certeza de cuándo fueron captadas, ni su origen, ni el lugar. El testimonio no ofrece razones de credibilidad al no exponer la razón del dicho para afirmar que el árbol se cayó a causa de falta de mantenimiento.

La entidad encargada de cubrir el valor de la incapacidad que se otorgó por el término de 15 días es la EPS a la cual estaba adscrita la víctima y no al SOAT ni a la entidad demandada.

No hay prueba de vínculo entre OLMER EDILSON FERNANDEZ TORRES y STELLA ÁLVAREZ BASTIDAS.

6.3. El llamado en garantía precisa frente a la responsabilidad aducida, que la prueba testimonial no es presencial de los hechos ocurridos, sino posterior a la ocurrencia de los mismos y que según la prueba documental, el vehículo del demandante es el que colisiona con el árbol, razón por la cual existiría culpa de la víctima y no hay prueba adicional que clarifique cómo pudo haber ocurrido el accidente del cual si es verdad que cae el árbol sería entonces eximente de responsabilidad la fuerza mayor.

La CVC no presentó alegatos de conclusión.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control y teniendo en cuenta la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, debe el Juzgado determinar si es responsable administrativa y extracontractualmente el Municipio de SANTIAGO DE CALI y la CVC y eventualmente LA PREVISORA S. A. SEGUROS, por los daños causados al demandante, con ocasión de accidente de tránsito debido al mal estado de un árbol que golpea el vehículo conducido por el demandante señor OLMER EDILSON FERNÁNDEZ TORRES.

7.1. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

7.1.1. Realizar un análisis sobre la responsabilidad extracontractual del Estado en general, el daño antijurídico y su imputabilidad al mismo;

- 7.1.2. Estudiar las causales eximentes de responsabilidad, enfocándose en la culpa exclusiva de la víctima;
- 7.1.3. Efectuar un análisis del acervo probatorio; y,
- 7.1.4. Con base en el análisis probatorio, determinar si en el **caso concreto**, a los demandantes le asiste o no el derecho reclamado.

7.1.1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO – DAÑO ANTIJURIDICO E IMPUTABILIDAD.

Como primera medida, obligatorio es recordar que el artículo 90 de la Constitución Política, establece un principio general de responsabilidad patrimonial extracontractual en cabeza del Estado, principio que a su vez está fundamentado en la noción de daño antijurídico, (entendido éste como aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar) y la imputabilidad del mismo al Estado.

Cada uno de los títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, valga decir, *falla del servicio*, *riesgo excepcional* y *daño especial*, emanan de actuaciones estatales diferentes, y por ende se desarrollan de distinta forma y poseen reglas y requisitos distintos para su configuración. Cada una de estas formas mediante las cuales se desarrollan, constituyen los denominados regímenes de imputación, que bien pueden ser objetivos o subjetivos.

El régimen objetivo, es aquel en el cual no se evalúa la conducta estatal para determinar su responsabilidad, sino que lo determinante es el daño y su antijuridicidad, siendo atribuible a los títulos de imputación de *daño especial* y *riesgo*.

El régimen subjetivo, es aquel en el cual sí es determinante la conducta estatal, pues solo existirá responsabilidad cuando esta sea fallida, tardía, imprudente, irregular, valga decir, reprochable; razón por la cual, el elemento esencial para establecer responsabilidad, cuando estamos frente al régimen subjetivo, es la estructuración de la culpabilidad, por parte del agente estatal bajo el título de falla del servicio.

Sobre la aplicación de los títulos de imputación, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha manifestado¹³:

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

“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia” (Se resalta).

En este orden de ideas, de conformidad con el acontecer fáctico y la jurisprudencia reseñada, considera el Despacho que el título de imputación que resulta aplicable al presente asunto, es el de falla en el servicio, siendo este el título de imputación preferente, aunado a que la parte actora pretende el resarcimiento de los daños presuntamente ocasionados por la conducta omisiva y negligente del Municipio de SANTIAGO DE CALI, al omitir el deber que le asistía de velar por el buen mantenimiento de los árboles a su cargo, así como la CVC y el llamado en garantía LA PREVISORA S. A. SEGUROS.

De otra parte, los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño y su imputación a la administración; siendo el daño el primero de ellos y por tanto, es necesario aclarar que este debe tener el carácter de antijurídico. Sobre este tema, el Consejo de Estado ha Considerado¹⁴:

“(…) El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inócuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

*“Así las cosas, **el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”**¹⁵*

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-00405-01(30648), C.P. Mauricio Fajardo Gomez.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014. Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590), C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁵ ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: “El daño es la lesión a un interés jurídico.”

“(…) es pertinente señalar, que la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Se resalta).

Sobre la antijuridicidad del daño, esta misma providencia puntualizó:

“(…) La antijuridicidad¹⁶ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”¹⁷, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”¹⁸, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño¹⁹.

“En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero²⁰, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable.

“Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de ROBERTO VÁSQUEZ FERREYRA, “la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos²¹ (...)”²².

En síntesis, el daño objeto de reparación se configura cuando:

- i) Tiene el carácter de antijurídico;
- ii) Se trasgrede un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento; y
- iii) Posee una connotación cierta, valga decir, que se pueda apreciar materialmente y no sea un simple supuesto.

Existe entonces responsabilidad estatal, cuando se configura un daño de carácter antijurídico, atendiendo a que el sujeto que lo sufre, no tiene el deber jurídico de

¹⁶ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

¹⁷ BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

¹⁸ Nota del original: “Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>”. BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

¹⁹ Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

“Gschnitzer entiende por antijuridicidad “una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores”.

“En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad –injusto- como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”

²⁰ BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

²¹ Nota del original: “así lo expusimos en nuestra obra La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo, ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en El daño injusto y la licitud..., ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, Daños y perjuicios derivados del divorcio, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106.”

²² VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

soportar el perjuicio, y una vez verificada la ocurrencia de un daño de esta índole, surge el deber de indemnizarlo plenamente, siempre y cuando este sea imputable al Estado, aclarando además que el resarcimiento debe ser proporcional al daño sufrido.

Sobre la imputabilidad, basta mencionar que se trata del componente que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En el caso concreto, se acusa a la administración en cabeza del Municipio de SANTIAGO DE CALI y a la CVC, por falla en el servicio al no atender el deber de mantenimiento de los árboles que integran dicha entidad territorial.

En conclusión, según la argumentación planteada, inicialmente tenemos que entrar a definir si es responsabilidad o no del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI y la CVC, mantener en buen estado y señalar las vías que lo conforman; para entrar a su vez a establecer si le asiste o no el deber de reparar económicamente a los demandantes o personas que sufran daños o perjuicios a consecuencia de accidentes de tránsito, cuando estos se originen por árboles en mal estado; todo lo cual se traduce en la necesidad de brindar a la comunidad las condiciones de seguridad vial.

7.1.2. CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA

Adicionalmente el Despacho considera prudente enunciar que existen situaciones mejor conocidas como causales que eximen de responsabilidad al Estado, a pesar de configurarse un daño antijurídico y de existir un nexo causal entre este y el actuar activo o pasivo de la administración, a saber:

- i) El caso fortuito (a excepción del título de imputación de riesgo)
- ii) La fuerza mayor
- iii) El hecho exclusivo y determinante de un tercero y,
- iv) Culpa exclusiva de la víctima.

Estas circunstancias, dan lugar a que sea imposible imputar jurídicamente responsabilidad al Estado por los daños ocasionados objeto de la controversia judicial. Sobre el tema de la fuerza mayor y caso fortuito, la Corte Constitucional²³ haciendo referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado, señala:

²³ SU 449 de 2016. Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

“(…) El artículo 64 del Código Civil Colombiano establece que “se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

“La anterior definición ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia civil, y es entendida bajo el concepto de la teoría unitaria de la causa extraña, en la cual se acepta la identidad entre ambas nociones, caso fortuito y fuerza mayor.

“En la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a diferencia de lo anterior, la aplicación y el tratamiento de ambas figuras no ha sido monista sino dual, esto es, bajo la consideración dividida e independiente de cada una de esas figuras jurídicas hasta el punto de considerar que de éstas sólo la fuerza mayor es causal eximente de la responsabilidad del Estado.

“Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia del 29 de enero de 1993, Exp 7365, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, señaló:

““Si bien la ley ha identificado los fenómenos de fuerza mayor y de caso fortuito, la jurisprudencia nacional ha buscado distinguirlos: en cuanto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo concierne, dos concepciones se han presentado: la de considerar que el caso fortuito como el suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa daño, mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad y la que estima que hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida”.

“Por su parte, en la Sentencia proferida el 16 de marzo de 2000, Exp. 11.670, C.P. Alir Eduardo Hernandez Enriquez, se dijo:

““Debe tenerse en cuenta, además, la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, adquiere su mayor interés, dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisto, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”

“En lo que respecta a la comprobación de la fuerza mayor, la Sala en Sentencia de 15 de junio de 2000, Exp 12423, C.P. María Elena Giraldo Gómez, evocando a lo establecido en la doctrina; dijo:

““la fuerza mayor sólo se demuestra: ‘...mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña) (...) lo que debe ser imprevisto e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias

““() En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no solo debe ser irresistible sino también imprevisto, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa.

““() además de imprevisto e irresistible debe ser exterior al agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito; no provenir de su culpa () cuya causa no le es imputable al demandado, y en cuyo daño no ha existido culpa adicional por parte de este”(páginas 334, 335 y 337^[56])”

“A su vez, en la Sentencia del 26 de febrero de 2004, Exp 13833, C.P. German Rodríguez Villamizar, la Sección tercera del Consejo de Estado precisó frente a los sucesos constitutivos de fuerza mayor:

““Para efectos de la distinción, y de acuerdo con la doctrina^[57] se entiende que la fuerza mayor debe ser:

“”1) **Exterior:** esto es que “está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor”.

“”2) **Irresistible:** esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho”

“”3) **imprevisible:** cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo^[58].

“A su vez, el caso fortuito debe ser interior, no porque nazca del fuero interno de la persona, sino porque proviene de la propia estructura de la actividad riesgosa, puede ser desconocido y permanecer oculto, En tales condiciones, según la doctrina se confunde con el riesgo profesional y por tanto no constituye una causa de exención de responsabilidad.^[59]”

“(…)Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño.”

“(…) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado la fuerza mayor del caso fortuito, en tanto la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño (…)

Sobre el ejercicio de actividades peligrosas la misma providencia de la Corte Constitucional precisa:

“(…) No procede cuando la actividad peligrosa es ejercida por la misma víctima y no se acredita la falla del servicio (…)

Sobre la causal de exoneración de responsabilidad denominada “culpa exclusiva de la víctima”, el Consejo de Estado ha dicho²⁴:

“(…) Desde la mirada de la responsabilidad de la administración, para que opere la causal de hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima como eximente de responsabilidad, en cada caso concreto se debe verificar, si el proceder —activo u omisivo— de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño, no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, su reparación estará rebajada en proporción a la participación de la víctima²⁵.” (Se resalta).

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014. Radicación número: 41001-23-31-000-1993-07062-01(22597), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 9 de mayo de 2011, rad. 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976), actor: Valentín José Oliveros y Otros, demandado: Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Gladys Agudelo Ordoñez, sentencia de 26 de enero de 2011, rad. 66001-23-31-000-1998-00241-01(18429), actor: María Doris Henao y otros, demandado: Nación- Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

Se concluye de lo anterior, que para la configuración de la culpa exclusiva de la víctima o exoneración por fuerza mayor o caso fortuito como causal de exoneración de la Administración, esta deberá acreditar que el comportamiento de la persona afectada (valga decir, su propio hecho) o la circunstancia invocada como fuerza mayor o caso fortuito, fueron decisivos, determinantes y exclusivos o únicos en la producción del daño cuya reparación se solicita.

8. ANÁLISIS DEL MATERIAL PROBATORIO ALLEGADO AL PROCESO

De cara a las pruebas de este proceso, es menester indicar que fueron decretadas y practicadas conforme a las reglas contenidas en el Código General del Proceso, entre mayo 22 de 2018²⁶ y junio 26 de 2018²⁷; por consiguiente, serán valoradas de acuerdo a los parámetros fijados en dicha norma procedimental.

Así las cosas, de conformidad con lo señalado en los artículos 244 y 246 del Código General del Proceso, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que obra en el proceso en su gran mayoría en copia simple, y que surtidas las etapas de contradicción, no fueron cuestionadas en su veracidad por las partes. Además, porque ello es concordante con los planteamientos realizados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de **Sentencia de Unificación** de agosto 28 de 2013, con ponencia del Consejero: Enrique Gil Botero, Radicación N° 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022)²⁸.

Por lo anterior, los documentos aportados con la demanda, así como los recaudados a lo largo del proceso a solicitud de las partes y que en casi su totalidad reposan en

²⁶ Fecha en la que se decretaron las pruebas en audiencia inicial (folios 139 al 142 frente y vuelto y cd a folio 150 Cuaderno 1)

²⁷ Fecha de última diligencia de audiencia de pruebas según folios 152 y 153 frente y vuelto y cd visible a folio 155 Cuaderno 1

²⁸ “Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.”

copia simple en el expediente, prestan el suficiente mérito probatorio y así serán valorados para tomar la presente decisión de fondo.

A continuación se relacionan las pruebas recaudadas, y que cumplen los requisitos para ser valorada, especialmente por su utilidad, conducencia, pertinencia y relevancia para emitir la presente decisión de fondo:

8.1.1.1. Registros civiles de nacimiento de LINETH DAYANNA y MARÍA CAMILA FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, hijas de STELLA ÁLVAREZ BASTIDAS y OLMER EDILSON FERNÁNDEZ TORRES²⁹;

8.1.1.2. Copias de Historia Clínica ante la CLINICA COLOMBIA de OLMER EDILSON FERNÁNDEZ TORRES, identificado con cédula de ciudadanía No. 87.027.284, quien el día 25 de enero de 2015 a las 6 44 pm, dice sufrir accidente de tránsito como conductor del auto que colisiona con objeto fijo con posterior trauma a nivel facial. Con la misma historia se aporta certificación en la cual se especifica que el accidente obedece a caída de árbol encima de automóvil, con herida a nivel del dorso nasal, bordes irregulares, crepitación leve, no signos de irritación peritoneal, abrasiones leve a nivel de mano y en muñeca izquierda, dolor a la palpación.

Diagnóstico herida de la nariz, traumatismo de cabeza, contusión de codo y dedo de la mano izquierda, por colisión con objeto fijo o estacionado. En la misma fecha y después de tratamiento y procedimientos de atención consistentes en lavado de herida, plastia en dorso nasal, reducción cerrada de fractura nasal, y analgésicos, se menciona politraumatismo por accidente de tránsito, TCE leve, trauma facial y trauma nasal. Sin lesiones intra craneanas – tac normal o fracturas faciales – estudio negativo. Manejo antibiótico y analgésico.

Para enero 25 de enero de 2015 ya se menciona herida en el tabique cubierta con micro poro con paciente calmado y atento a las ordenes y para el 26 de enero solo se aduce pendiente definir conducta. La incapacidad se confiere entre el 26 de enero de 2015 y el 9 de febrero de 2015, acompañada de medicación ordenada, de manera tal que la afectaciones de 16 días en total por haber ocurrido el accidente el 25 de enero de 2015³⁰.

²⁹ Folios 2 y 3 Cuaderno 1

³⁰ Folios 4 al 11 Cuaderno 1

8.1.1.3. Fotografías de vehículo³¹ que se percibe ruptura del vidrio panorámico, sin identificación del autor de las fotografías, la fecha de realización o que permita identificar las placas del automotor en forma clara, aunque se alcanza a percibir ramaje de árbol afectando dicho vidrio panorámico en unas fotografías y en otras no.

8.1.1.4. Copias de tarjeta de propiedad o licencia de tránsito del vehículo NISSAN de placas CKF 857, SOAT del mismo y copias de cédula de OLMER EDILSON FERNÁNDEZ TORRES³².

8.1.1.5. Original de cotización de arreglo a vehículo de Placas CKF 857 por valor de \$10.168.734³³.

8.1.1.6. CD contentivo de fotos y video del accidente. En el video se identifica al vehículo de PLACAS CKF 857 impactado por un árbol en el lado derecho de la vía y a una distancia aproximada de 10 metros, con la presencia de agentes de policía, de tránsito (N. 140) y del cuerpo de bomberos que retiran las ramas del árbol de la parte delantera del vehículo cuyo vidrio panorámico se afecta en el lado del conductor³⁴.

8.1.1.7. Acta de conciliación extrajudicial surtida ante la Procuraduría 19 Judicial II para Asuntos Administrativos³⁵;

8.1.1.8. Estudios previos de contratación, Contrato CVC 408 de 2014 y Relación de árboles intervenidos por la CVC a pedido del DAGMA CALI³⁶.

8.1.1.9. Póliza de responsabilidad extracontractual 1009672 vigente de 1 de enero a 28 de marzo de 2015 y certificado de existencia y representación legal de LA PREVISORA³⁷.

Aunque en el video se percibe al agente de tránsito No. 140 tomando fotos y medidas para realizar el croquis del accidente del vehículo CKF 857, este no fue allegado al proceso, ni solicitado por las partes para aducirlo al mismo.

³¹ Folios 12 al 16 Cuaderno 1

³² Folio 17 Cuaderno 1

³³ Folios 18 y 19 Cuaderno 1

³⁴ Folio 20 Cuaderno 1

³⁵ Folios 21 al 22 Cuaderno 1

³⁶ Folios 46 al 109 Cuaderno 1

³⁷ Folios 2 al 17 y 41 al 54 Cuaderno 2

9. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

Como en el presente asunto se debate la omisión del Municipio de SANTIAGO DE CALI en el mantenimiento de los árboles que integran los andenes de la ciudad de SANTIAGO DE CALI que colinda con la vía pública de su jurisdicción calle 16 con carrera 83 C y que ésta es la causa del accidente donde resultó lesionado OLMER EDILSON FERNÁNDEZ TORRES, quien al ir coconduciendo el vehículo de placas CKF 957 fue impactado por un árbol sembrado en el andén que cae sobre la vía pública en la cual transitaba dicho automotor.

En principio como se cuestiona la omisión en el mantenimiento adecuado de los árboles que integran la ciudad de SANTIAGO DE CALI, el régimen de responsabilidad aplicable al caso es el subjetivo, a través del título de imputación de falla del servicio, en el cual deben los actores demostrar los elementos de la responsabilidad propios de este régimen, como son:

- 9.1. La existencia de un daño antijurídico que configure la lesión o perturbación de un bien jurídicamente protegido;
- 9.2. La existencia de un hecho que configure una falla del servicio de la entidad, sea por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia del mismo y,
- 9.3. El nexo causal entre el hecho dañoso y la falla o la falta del servicio deprecada.

Según lo expuesto, deberá el Despacho analizar, uno a uno, los diferentes elementos integradores del régimen de responsabilidad a aplicar; advirtiendo desde ya, que en caso de no lograrse acreditar cualquiera de ellos, por parte de los demandantes, se denegarán las súplicas de la demanda, sin que se haga necesario continuar con el estudio de los restantes elementos.

8.1. Daño Antijurídico

Como ya se explicó, el daño antijurídico ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado como aquel daño que se produce a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir, que no es justificado, por lo tanto, no todos

los daños son susceptibles de ser indemnizados y solamente es indemnizable el daño que supere los mínimos de tolerancia de las personas en la sociedad.

En consecuencia, sólo puede entenderse como antijurídico el daño que causa un perjuicio personal y cierto a los derechos de la víctima, restringido con intromisiones intolerables, esto es, que es limitado de forma tal que excede la obligación jurídica de soportarlo.

Con base en el enunciado de las pruebas relatadas y lo afirmado al respecto por las partes en desarrollo del trámite del proceso, en principio se puede afirmar que no existe discusión acerca del hecho de las lesiones sufridas por el señor OLMER EDILSON FERNÁNDEZ TORRES, quien fue atendido en la CLÍNICA COLOMBIA de la ciudad de SANTIAGO DE CALI en la cual debió soportar 16 días de incapacidad, contando la fecha del accidente 25 de enero de 2015 y que se originan en un accidente mientras conducía vehículo de su propiedad³⁸.

No existe evidencia ni del croquis del accidente, ni de trámite eventual de proceso penal con ocasión de las lesiones causadas a la víctima del accidente.

Se recepcionó el testimonio al señor PEDRO PABLO LESMES CELIS³⁹, quien manifestó que el accidente ocurre por falta de mantenimiento del árbol por cuanto había buen tiempo, no había viento ni lluvia y se cayó sobre el vehículo PLACAS CKF 857 NISSAN color gris, produciendo daños en su capó, puerta y vidrio delantero.

8.2. Hechos u omisiones constitutivas de falla del servicio.

De conformidad con la información allegada al proceso, que no fuera tachada de falsedad, la cual comprende entre otros, copia de los estudios realizados para elaborar el Contrato CVC 408 de 2014 igualmente aportado al proceso, suscrito con el Municipio de SANTIAGO DE CALI, a través de los cuales se expresa que existían 27.000 solicitudes de intervención silviculturales, tales como poda, y tala por riesgo de volcamiento, seco, enfermos o daño a infraestructura, situación que a lo largo de los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, generaron diversas emergencias, que implicaron el volcamiento de más de 229 árboles que en su momento impactaron a

³⁸ Folios 4 al 11 Cuaderno 1

³⁹ Folios 152, 153 frente y vuelto y CD visible a folio 155 Cuaderno 1

los vehículos, edificaciones, redes de transmisión de energía, servicios públicos, generaron obstaculización de vías y destrucción de canales de aguas lluvias.

El apoyo que la CVC brinda al DAGMA en la gestión que cumple, se debe ejecutar en las 22 comunas que integran la ciudad, para cuyos efectos se acordó en cuanto al mantenimiento (11.715 especies por poda) y tala de árboles (34 especies) y manejo fitosanitario 495 especies.

El contrato es suscrito el 17 de octubre de 2014, por parte de la CVC y CONSORCIO CIUDAD VERDE en cumplimiento a la Licitación Pública 2 de 2014, de manera tal que desde el punto de vista formal, se reconoce procesos de coordinación y articulación institucional entre DAGMA suministrando lugar y número de especies a intervenir y CVC contratando por licitación pública la obra requerida de acuerdo a la información suministrada por el DAGMA⁴⁰, con un plazo de ejecución de cuatro (4) meses, por un valor de \$499.834.110, por lo menos para los fines de los artículos 79 sobre derecho a gozar de un ambiente sano y 209 sobre coordinación interinstitucional, de nuestra Carta Política.

No existe copia de la fase de ejecución contractual, que permitiría demostrar que efectivamente se adelantaron las labores contratadas, no obstante como medidas administrativas asumidas implica tanto para la CVC como para el DAGMA, la realización de actividades tendientes a mitigar o manejar el probable efecto nocivo de los árboles existentes en la ciudad, que no habían sido objeto de mantenimiento (poda y manejo fitosanitario o tala según el caso).

Desde el punto de vista indicado, la circunstancia de que no se haya identificado uno de los árboles llamados a ser intervenidos por la administración a través del contrato de obra referenciado, no implica desatención de los deberes funcionales que le asisten tanto a la CVC como al DAGMA frente al manejo de los recursos naturales renovables existentes en el Municipio, o por lo menos no se anexó prueba de que se hubiera solicitado la intervención y de que la misma fue rehusada realizar por parte de la administración, para los fines de la Ley 136 de 1994 artículos 3 numerales 2, 4, 6 y 10; 31, 63, 65 y 66 de la Ley 99 de 1993 y Ley 523 de 2012, en armonía con el Decreto 203 de 2002 artículos 109, 110 y 112.

Aunque la CVC dice que no le asiste Legitimación en la Causa por pasiva, la verdad es que de conformidad con la documentación aportada existen elementos

⁴⁰ Folios 48 al 105 frente y vuelto Cuaderno 1

suficientes para afirmar que ha venido coadyuvando el proceso de intervención de las especies arbóreas del Municipio de SANTIAGO DE CALI y por ello no se aceptará la argumentación planteada como sustento de esta excepción.

8.3. Ausencia de Nexo Causal

Admitiendo en gracia de discusión que la falla del servicio se hubiere presentado por omisión de la autoridad en especificar e intervenir la especie arbórea que causó el accidente, el Despacho considera que no hay conducta por acción o por omisión predicable de la CVC que se limitó a brindar apoyo a un proyecto para mitigar los efectos de la naturaleza, pero nunca para erradicarlos en su totalidad.

Al respecto se aclara que el nexo causal se compone de la conexión existente entre los hechos causantes de la falla del servicio y el perjuicio padecido por los demandantes y como en el presente asunto es preciso determinar si el daño antijurídico, generador de perjuicios a los demandantes se produjo con ocasión de un accidente de tránsito generado por el inadecuado mantenimiento del árbol en cuestión, diremos que la prueba allegada no se orientó en determinar porqué se originó el accidente (caída de árbol), sino que se limitó a decir que se produjo el accidente y que el mismo le produjo daños al accionante, todo lo cual no permite configurar los elementos que soportan la responsabilidad estatal atribuible tanto al Municipio de SANTIAGO DE CALI, como a la CVC.

En tal sentido, el Juzgado considera que no existe claridad acerca de que la causa fehaciente del accidente que nos ocupa se deba a causa de la existencia de un árbol que no recibió el mantenimiento adecuado, por cuanto no se probó que esa fuera la causa de la caída del árbol, ni ninguna otra y aunque el testigo la afirme con sustento en que las condiciones climáticas no eran adversas, la realidad es que según el estudio que aportó la CVC el exceso de lluvias y la configuración de los terrenos es la causa por virtud de la cual se están produciendo la caída de las especies arbóreas en diversos lugares, es decir se deriva de un fenómeno natural y no omisivo de determinada autoridad administrativa, que no obstante adelantó labores a efectos de evitar que su impacto se siguiera presentando, razón por la cual para el Juzgado aparece claramente definida la excepción de fuerza mayor, teniendo en cuenta lo siguiente:

Se trata de un hecho exterior por cuanto la lluvia tiene un efecto demoledor sobre las especies, el cual tiene la connotación de irresistible e imprevisible⁴¹ y ella tiene la posibilidad de continuar afectando un territorio aunque durante determinada fecha de la ocurrencia de un siniestro, no se presente el fenómeno, como lo demuestra el comportamiento del fenómeno entre los años 2010 y 2014.

De otra parte, existe deficiencia de tipo probatorio, en cuanto a las circunstancias modales del accidente de tránsito que dio origen al presente proceso, por cuanto a pesar de que el agente de tránsito No. 140 tomó medidas, fotos del lugar de ocurrencia del accidente y estuvo presente al arribo del cuerpo de bomberos, el croquis del accidente nunca se adujo al proceso y ello es una carga que le asistía al accionante, de quien sabemos por Historia Clínica que recibió un golpe que le afectó su vehículo por cuerpo contundente.

Igualmente la entidad demandada aduce que no existe prueba suficiente que permita realizar un juicio de casualidad física y jurídica del daño, y que acredite que el daño sufrido por la víctima hubiese sido ocasionado por el presunto mal estado del árbol, ya que en el presente caso se debe aplicar la causal de exoneración como es la fuerza mayor explicada.

Lo anterior, porque con las pruebas allegadas al proceso no se logra establecer de manera clara, cómo ocurrió el accidente y por el contrario surgen indicios que permiten deducir la fuerza mayor al conducir el vehículo la víctima de las lesiones personales al momento de ocurrir el accidente. Es decir, se rompe el nexo causal entre la falla del servicio invocada y el presunto daño antijurídico producido.

Además, cuando se atribuye un daño a la Administración por una posible omisión en sus obligaciones, el Consejo de Estado ha manifestado que no sólo debe estar probada la supuesta omisión, sino que también se debe acreditar la relación causal entre ésta y la producción del daño⁴².

En el presente caso, se encuentra que brillan por su ausencia las pruebas que acrediten que las lesiones sufridas por el señor OLMER EDILSON FERNÁNDEZ TORRES hayan sido por falla del servicio por parte del Municipio de SANTIAGO DE CALI o la CVC; lo cual evidencia que se incumplió con la carga que le asiste, de conformidad con lo plasmado en el artículo 167 del Código General del Proceso.

⁴¹ Folio 50 al 52 frente y vuelto

⁴² Consejo de Estado, fallo del 3 de febrero de 2010 con ponencia de la Doctora Myriam Guerrero De Escobar.

“Art. 167.- Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

Al respecto, la sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 20 de febrero de 2014, con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo puntualizó:

“(…) De conformidad con la regla onnus probando incumbit actori, le correspondía a la parte demandante, en los términos señalados en el artículo 177 del C.P.C., pues quien pretende derivar de los hechos que alega consecuencias patrimoniales a su favor y a cargo de quien convoca al proceso, le incumbe demostrar esos supuestos fácticos(…)”

De acuerdo con lo expuesto, como no existe prueba que corrobore el nexo de causalidad existente entre el daño producido el demandante y la falla del servicio de la Administración del Municipio de SANTIAGO DE CALI y de la CVC, el Despacho negará las pretensiones del libelo, en cuanto no se acreditan los presupuestos que exige el artículo 90 de nuestra Carta Política, para que se determine que corresponde al Estado resarcir el daño “*antijurídico*” invocado en la demanda y que ello obedezca a la acción u omisión de una de sus autoridades.

9. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.⁴³, entre otras cosas, establece que:

“(…) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…).”

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación⁴⁴:

*“(…) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (…)**.” (Se resalta).*

⁴³ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas (...)

“8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de FUERZA MAYOR, formulada por el Municipio de SANTIAGO DE CALI y el llamado en GARANTÍA.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda y las demás excepciones en su contra, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente proveído.

TERCERO: SIN CONDENA en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motivada de esta sentencia.

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia **LIQUIDAR** los gastos del proceso, si hubiere remanentes se ordena a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - División de Fondos Especiales y Cobro Coactivo, proceder a su devolución, conforme al procedimiento establecido en la Resolución No. 4179 de 2019, expedida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial o en las normas internas que modifiquen o sustituyan el precitado acto administrativo y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'C' followed by a smaller 'E' and a long horizontal stroke.

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez