

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Por muerte de niño menor encontrándose en ejecución contrato de obra / DAÑO ANTIJURIDICO - Indígena Wayüu de cinco años murió ahogado en Municipio de Riohacha Barrio José Antonio Galán al caer en excavación inundada por la lluvia, perforación realizada por la empresa contratista I C G Limitada para ejecutar contrato 241 de 2000, suscrito con el Departamento de la Guajira para la construcción de alcantarillado sanitario de Riohacha

Muerte “del niño LUIS MANUEL PUSHAINA URIANA ocurrida el tres (3) de Septiembre del 2001 en el Municipio de Riohacha, en la calle 11 A entre carrera 19 y 20 del Barrio José Antonio Galán al ahogarse en una excavación de tres (3) metros de profundidad hecha por la empresa contratista I.C.G. Ltda., para ejecutar el Contrato No. 241 del 2000, en el cual el Departamento es el Contratante y consistía en la construcción de línea de impulsión – primera fase para el alcantarillado sanitario de Riohacha”.

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA - Título de imputación / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑOS OCASIONADOS EN EJECUCION DE OBRA PUBLICA - Título de imputación objetivo. Reiteración jurisprudencial

El título objetivo de imputación es el que en principio resulta aplicable, en relación con los daños causados a terceros durante la ejecución de una obra pública. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la responsabilidad del Estado por daños causados por ejecución de obras públicas, consultar sentencia de 29 de enero de 2009, Exp. 16689, MP. Myriam Guerrero de Escobar

CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Eximente de responsabilidad / CULPA EXCLUSIVA DE INDIGENA MENOR DE EDAD - No se probó que la muerte del niño ocurriera por conductas endilgadas a sus comportamientos

En el presente caso se desconocen las circunstancias específicas de ocurrencia del accidente materia de este proceso, dado que ninguno de los testigos estuvo presente en el momento exacto en que ocurrió el fatal suceso, motivo por el cual no es posible establecer la participación del menor en el accidente sufrido y con ello si la conducta de la víctima fue finalmente la causa adecuada del daño, ausencia probatoria que impide tener por configurada la ocurrencia de una causa extraña alguna, en especial del hecho exclusivo de la víctima. Se agrega, además, como ya se expuso, que para que opere alguna causa de exoneración de responsabilidad –incluidas por su puesto la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero-, en el supuesto de hecho correspondiente no debe concurrir la culpa del demandado –entiéndase en el presente caso una falla en el servicio-, puesto que, en este caso, los efectos dañinos del fenómeno respectivo resultarán atribuibles a su comportamiento culposo y no al advenimiento del anotado suceso. (...) Se concluye que en el presente caso no se dan los presupuestos que configuren la culpa exclusiva de la víctima, ni el hecho de un tercero, como causa de exoneración de responsabilidad de los entes demandados.

FALLA EN EL SERVICIO DEL ESTADO Y EMPRESA PRIVADA - Por incumplimiento del Departamento de la Guajira y la empresa I C G Limitada en adoptar medidas para advertir riesgo que implicaba la obra objeto del contrato / FALLA EN EL SERVICIO DE CONTRATISTA Y CONTRATANTE - Por no advertir a la comunidad el peligro de las excavaciones realizadas en el barrio José Antonio Galán Municipio de Riohacha, pese a solicitudes por varias entidades estatales y particulares

Hubo un incumplimiento en el deber de adoptar las medidas necesarias, suficientes y eficaces para advertir a las personas acerca del riesgo y peligro que implicaba la construcción de la obra objeto del contrato No. 241 de 2000. Ciertamente, existe prueba de los riesgos que representaba la construcción del alcantarillado objeto del acuerdo contractual antes referenciado, puesto que había necesidad de realizar excavaciones en un terreno que por sus condiciones y características era fácilmente anegable ante las lluvias que se presentaran, lo cual generaba, en consecuencia, que las aludidas excavaciones se inundaran. Asimismo existe constancia de que a pesar del peligro al cual se hizo referencia, no se tomaron las medidas necesarias, adecuadas y suficientes para advertir a la comunidad acerca de estas circunstancias, a pesar de que, de manera reiterada, se instó para que se adoptaran. (...) que contrario a lo expuesto por el Departamento de la Guajira, en el presente caso no era predicable una conducta "especial" de protección por parte de los padres respecto del menor fallecido, teniendo en cuenta que ellos conocían del peligro que involucraba la obra que se estaba desarrollando, comoquiera que fue de tal entidad y prolongación el descuido de la entidad demanda en relación con adopción de las medidas necesarias, adecuadas y eficientes de precaución y seguridad de la construcción, que hay lugar a concluir que la comunidad afectada se acostumbró de tal forma a esas condiciones, que desafortunadamente la construcción se tornó en un "paisaje" normal y natural del entorno físico del sector para sus habitantes. Ciertamente, según consta en el expediente, la obra consistió principalmente en la realización de excavaciones "al borde" de las viviendas, circunstancia que pesar de constituir un peligro inminente como se advirtió en varios oficios suscritos por la interventoría del contrato, el Municipio de Riohacha y la Personería Municipal, lo cierto es que no se adoptaron las medidas que se requerían, situación que al prolongarse en el tiempo, sin duda alguna, determinó que la comunidad se acostumbrara y asumiera en su cotidianidad los peligros inherentes a la obra en cuestión, a tal punto que el diario vivir, entre eso, el juego de los niños, la entrada y salida de las personas de sus viviendas, el tránsito por las calles, tuvo que ajustarse al peligro cierto e inminente generado por el desarrollo de la construcción en comento.

CONCAUSA - No se dieron los requisitos para su declaración / CONCAUSA - La víctima contribuye a la causación de su propio daño / CONCAUSA - Su declaración reduce el quantum indemnizatorio / REDUCCION DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO - No hay lugar a reducir el monto a reconocer a la madre porque el supuesto incumplimiento de su deber de custodia frente a su hijo menor no se probó

En el mismo sentido tampoco hay lugar a declarar la existencia de una concausa, en la medida en que no se dan los requisitos para ello. En relación con la figura de la concausa, esta Sección del Consejo de Estado ha sostenido que el comportamiento de la víctima que habilita al juzgador para reducir el quantum indemnizatorio (art. 2.357 Código Civil) es aquel que contribuye, de manera cierta y eficaz, en la producción del hecho dañino, es decir cuando la conducta de la persona participa en el desenlace del resultado, habida consideración de que la víctima contribuyó realmente a la causación de su propio daño. (...) En el presente caso, se reitera, dado que se desconocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrió el accidente y, con ello, resulta imposible establecer si la participación de la víctima resultó cierta, eficaz y determinante en la producción del daño, no hay lugar a declarar la concausa para efectos de reducir el quantum indemnizatorio. En el mismo sentido, comoquiera que no son claras las condiciones en las cuales sucedió el accidente, tampoco hay lugar a reducir el

monto de la indemnización que se va a reconocer a favor de la señora Narly del Carmen Pushaina, por el supuesto incumplimiento de sus deberes de custodia y cuidado en relación con su hijo, dado que tal circunstancia no fue probada en el proceso, carga que, por demás, le correspondía a la parte demandada. (...) la circunstancia de que los pobladores “conocieran” los peligros que representaba la obra, de manera alguna puede considerarse como una situación que pudiere dar lugar a reducir el monto de la indemnización a favor de la madre de la víctima, comoquiera que un argumento en ese sentido implicaría el traslado de las consecuencias negativas de la materialización de un riesgo a una persona que en principio no contribuyó a la producción de ese peligro. (...) no podía exigírsele a la madre una conducta de custodia y protección diferente a la que -en las condiciones en las que se vio obligada a vivir y convivir de conformidad con el panorama impuesto por la obra materia de la presente discusión y de acuerdo con las mismas costumbres, creencias y comportamientos que se derivan de su propia cultura- finalmente desplegó en el presente caso o, por lo menos, en el expediente no hay constancia de una falta de tal entidad que desconociera los deberes mínimos y esenciales que se deben predicar de un padre respecto de su hijo, más aún cuando el riesgo se produjo por un actuar negligente y por completo ajeno a los ahora demandantes.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 2357

NOTA DE RELATORIA: En relación con la figura de la concausa, consultar sentencia de 2 de mayo de 2002, Exp.13050, MP. María Elena Giraldo Gómez

INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO DE RIOHACHA - Por estar contratadas las obras únicamente por el Departamento de la Guajira quien debía ejercer la labor de vigilancia y control de la actividad contractual establecida / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO DE RIOHACHA - Por advertir por escrito los peligros que conlleva la ejecución de la obra y no tener injerencia como parte en el contrato suscrito

Para el caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, si bien las obras con ocasión de cuya ejecución sucedió el fatal accidente encontraron fundamento en el aludido convenio, lo cierto es que, como también está probado en el proceso, tales obras fueron contratadas, de manera única y exclusiva, por el Departamento de la Guajira, ente público que también tuvo a su cargo, además, la contratación de la empresa que cumplió, finalmente, las labores de interventoría. Así las cosas, se encuentra que el Municipio de Riohacha no tuvo injerencia alguna –o por lo menos esa participación no se encuentra probada- en el procedimiento administrativo de licitación pública, en la suscripción, el perfeccionamiento, la ejecución y/o la interventoría del Contrato No. 241 del 2 de noviembre de 2000, motivo por el cual, en los términos de la Ley 80 de 1993 – artículos 4, 12, y 14-, al Departamento de la Guajira le correspondía ejercer las labores de control y vigilancia en la actividad contractual por ella emprendida. Con todo, hay constancia de que el Municipio de Riohacha realizó actuaciones tendientes a advertir al Departamento de la Guajira de los peligros que representaba la obra que se venía ejecutando, tal como lo evidencia el oficio No. 138 del 23 de agosto del 2001, motivo por el cual no hay motivo alguno para atribuirle el hecho dañoso al citado demandado. De conformidad con lo anterior, el Municipio de Riohacha no está llamado a responder por la condena que mediante la presente providencia se impondrá.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 4 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 12 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 14 /

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR HECHOS DE SUS CONTRATISTAS - Reiteración jurisprudencial. Es posible imputar a entidades daños causados cuando contrata a un tercero para la ejecución de obra / CONTRATO ESTATAL EJECUTADO POR TERCERO - Responsabiliza al Estado como si la entidad ejecutara el contrato directamente / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Solidariamente responden Departamento de la Guajira y Sociedad I C G Limitada / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA - Por muerte de indígena menor por omitir control y vigilancia de obras ejecutadas por la sociedad I C G Limitada / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR CELEBRACION DE CONTRATO - Por daño ocasionado por terceros

De tiempo atrás la jurisprudencia del Consejo de Estado ha puntualizado que es posible imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, puesto que se tiene suficientemente establecido y jurisprudencialmente averiguado que cuando la Administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra a través de la cual va a prestar un servicio público, es tanto como si la referida entidad la ejecutara directamente. (...) en cuanto la ejecución del “Plan Maestro del Alcantarillado Sanitario de Riohacha – Construcción Línea de Impulsión Primera Fase”, constituyó objeto contractual pactado por el Departamento de la Guajira, por encontrarse dentro de sus funciones y obligaciones como entidad pública para beneficio de la colectividad y en aras de la satisfacción del interés general, el hecho de que esa tarea hubiere estado a cargo de particulares y no directamente de servidores públicos de la planta de personal de la Entidad Territorial demandada, no deja de hacer responsable al Estado por los daños antijurídicos que se causen a raíz de la construcción de las obras públicas en dichas condiciones materializadas, puesto que la referida ejecución fue acometida por cuenta del Departamento en mención. Así las cosas, se concluye que no hay lugar a excluir al Departamento de la Guajira de la condena que mediante esta providencia se va a proferir. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por contratistas, consultar sentencia de 13 de febrero de 2003, Exp. 12654, MP. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

PERJUICIOS MORALES - Indemnización a madre y hermana de la víctima / PERJUICIOS MORALES - No se reconocen a demás familiares por aportar registros civiles que acreditaban parentesco en etapa procesal cerrada

Se encuentra acreditada la muerte del menor Luis Manuel Pushaina Uriana, todo lo cual produjo a los demandantes, sin duda, una afección moral que debe ser indemnizada. Según los registros civiles de nacimiento que obran en copia auténtica en el proceso, se tiene establecido que la señora Narly del Carmen Pushaina era la madre del occiso y la señora Sharon Maile Pushaina Uriana era la hermana de la víctima, circunstancias que permiten la aplicación de la presunción de ocurrencia de este tipo de perjuicios, tratándose de los parientes cercanos de la víctima. En cuanto al monto de la reparación de este tipo de perjuicios, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación y según lo expuesto con anterioridad, en el sentido de que no hay lugar a reducción alguna en la suma que se impondrá a título de indemnización, se reconocerá la suma equivalente a 100 SMLMV para la madre y 50 SMLMV para la hermana. (...) hay lugar a concluir que si se pretendía acreditar la legitimación por activa de aquellas personas que acudieron al proceso en condición de demandantes, ellos debieron aportar o solicitar como prueba el recaudo de los documentos idóneos a través de los

cuales se pudiere acreditar dicha calidad dentro de la oportunidad procesal prevista para ello en primera instancia, esto es como anexo a la demanda o como solicitud de prueba en el mismo escrito, sin embargo, la parte actora dejó transcurrir dicho término sin realizar las labores necesarias para obtener que se incorporen al proceso los registros civiles de los demás demandantes que pretendieron acudir al proceso en calidad de parientes cercanos de la víctima, por lo cual resulta evidente que tales demandantes dejaron que la oportunidad contemplada por la ley para estos efectos precluyera, siendo improcedente, por ello, que se pida su incorporación en segunda instancia –como en su momento lo advirtió esta Corporación- y mucho menos que se pretenda trasladar esa carga al juez de conocimiento invocando para ello sus facultades oficiosas en materia probatoria.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 44001-23-31-000-2001-00706-01(25640)

Actor: NARLY DEL CARMEN PUSHAINA URIANA Y OTROS

Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA Y OTROS

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación formulados por las partes, contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de la Guajira, el día 10 de julio de 2003, mediante la cual se dispuso:

“1. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, de acuerdo con las precedentes motivaciones.

2. Declarar administrativamente responsable en forma solidaria al Departamento de la Guajira, al Municipio de Riohacha y a la sociedad I.C.G., Limitada, de la muerte del menor Luis Manuel Pushaina Uriana, ocurrida el día 3 de septiembre de 2.001, en la ciudad de Riohacha, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.

3. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, CONDENAR en forma solidaria al Departamento de la Guajira, al Municipio de Riohacha y a

la sociedad I.C.G., Limitada, a pagarle a la señora Narly del Carmen Pushaina Uriana en condición de madre de la víctima cincuenta salarios mínimos legales mensuales e igual cantidad para su menor hija Sharon Maile Pushaina Uriana, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

4. *Denegar las demás súplicas de la demanda.*

5. *Dar cumplimiento a esta providencia en los términos de los artículos 177 y 178 del C.C.A.*

6. *Sin costas en la instancia”.*

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.

En escrito presentado el día 24 de octubre de 2001 (fl. 21 c 1), los ciudadanos Narly del Carmen Pushaina Uriana, en nombre propio y en el de sus hijos Sharon Maile y Hernán David Pushaina Uriana; Rubén, José, Oscar y Carmen Uriana; Hernán Ipuana Epiayú y Nelson Uriana Epiayú, a través de apoderado judicial formularon demanda en ejercicio de la acción de reparación directa, contra el Departamento de la Guajira, el Municipio de Riohacha y a la sociedad I.C.G. Ltda., con el fin de que se les declarara administrativamente responsables por el daño a ellos ocasionado, como consecuencia de la muerte *“del niño LUIS MANUEL PUSHAINA URIANA ocurrida el tres (3) de Septiembre del 2001 en el Municipio de Riohacha, en la calle 11 A entre carrera 19 y 20 del Barrio José Antonio Galán al ahogarse en una excavación de tres (3) metros de profundidad hecha por la empresa contratista I.C.G. Ltda., para ejecutar el Contrato No. 241 del 2000, en el cual el Departamento es el Contratante y consistía en la construcción de línea de impulsión – primera fase para el alcantarillado sanitario de Riohacha”.*

En este sentido, se solicitó en la demanda el reconocimiento de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales.

2.- Los hechos.

La parte demandante, entre otros, narró los siguientes hechos:

“2.1. El niño LUIS MANUEL PUSHAINA URIANA, indígena wayúu, nació el 3 de julio de 1995, registrado sólo por su madre, conforme a los usos y costumbres de la cultura wayúu, quien en igual condiciones concibió a SHARON MAILE PUSHAINA URIANA el 9 de abril de 1998.

(...)

2.5.- El día tres (3) de septiembre de 2001 la señora NARLY PUSHAINA salió de la casa a las 12:00 a.m., con sus hijos para donde su hermana Carmen, quien vive a una cuadra. El niño LUIS MANUEL estaba jugando con su hermanita SHARON en la calle como lo hacían todos los días después de almorzar. Siempre acostumbrada a jugar desde la casa de la abuela hasta la casa de la tía Carmen.

2.6. Más tarde, Narly regresa a la casa en donde convive con su madre y se percató de la ausencia del niño porque no lo veía jugar con sus primos y hermana. Inmediatamente lo comenzó a buscar dentro de la rancharía y en la casa de los amiguitos sin encontrar ninguna respuesta, hecho que le pareció muy extraño porque él siempre jugaba cerca de su casa. Al notar que pasaba el tiempo y no regresaba decidió avisarle a los tíos, con los que convive en la misma rancharía, que el niño no aparecía y entre todos comenzaron su búsqueda sin resultados. A las 10:00 p.m., se dirigieron hasta la policía para poner en conocimiento la pérdida del niño y éstos le manifestaron que actuarían al día siguiente a primera hora, momento que sería demasiado tarde porque precisamente al día siguiente a primera hora fue encontrado “Peneco” dentro de una excavación hecha por la sociedad I.C.G. Ltda., contratada por el Departamento para la instalación del Plan Maestro del Alcantarillado de Riohacha en ejecución del contrato No. 241 del 2000.

2.7.- El niño fue encontrado a las 6:00 AM dentro de la excavación ubicada en la calle 11 A con carrera 20, boca abajo por su primo LEONARDO FRANCISCO URIANA PUSHAINA, en presencia de Carmen Uriana y de Narly Uriana cuando se disponían nuevamente a su búsqueda.

2.8.- Según Protocolo de Necropsia No. 100-1185, el niño LUIS MANUEL murió aproximadamente a las 2:00 p.m., el día tres de septiembre de 2001, hora que se desapareció de su casa cuando salió a jugar y en el mismo informe la víctima fallece por Anoxia por sumersión.

2.9.- Las obras en este frente de trabajo estaban suspendidas desde el 28 de Agosto del año 2001, por el contratista I.C.G Ltda., en ejecución del contrato No. 241 del 2000 en la construcción línea de impulsión primera fase del Plan Maestro de Alcantarillado. Después de ese día no se volvió a trabajar en la obra y dejaron esa excavación abierta sin ninguna señalización o medida preventiva, muy a pesar de la solicitud hecha al interventor, al Gobernador, al Secretario de Obras Municipal por la Personería Municipal de Riohacha (...), Doctora MONICA ROMERO GUTIERREZ, el día 15 de Agosto del presente año, estimulada por la inquietud de los habitantes del Barrio José Antonio Galán debido a que los trabajos de excavación se estaban haciendo muy cercanos al borde de sus viviendas gozando de un peligro inminente cuando llegaran las lluvias, como evidentemente ocurrió con la muerte del niño indígena wayúu LUIS MANUEL de tan sólo cinco años”.

3.- Contestación de la demanda.

3.1. Departamento de la Guajira.

Propuso la siguiente situación fáctica, a la cual denominó "excepción":

"El Departamento mal puede responder por el lamentable accidente que dio origen a este proceso, por cuanto los hechos de que se derive una responsabilidad extracontractual deben estar encuadrados dentro del marco de los artículos 2347 o 2356 del Código Civil, en los cuales no está incluido el caso que nos ocupa, puesto que al DEPARTAMENTO no puede imputársele ninguna negligencia, ya que ésta se radicaría en cabeza del CONTRATISTA, conforme lo prevenido en las cláusulas 9ª, 14ª y 15ª del contrato suscrito entre el DEPARTAMENTO y la sociedad denominada I.C.G., LIMITADA, que dio presumiblemente origen a la iniciación de la construcción de la línea de impulsión, primera fase, para el alcantarillado de Riohacha y según el cual el CONTRATISTA responde ante terceros por los daños que se ocasionen.

(...)

Lo transcrito me da suficiente fundamento para afirmar que sí debe indemnizarse a la familia del niño accidentado, esta indemnización debe correr a cargo del CONTRATISTA, o sea, la firma denominada I.C.G., LTDA".

3.2. Sociedad I.C.G. Ltda.

Expuso como razones de defensa las siguientes:

"El posible daño causado con la muerte del niño LUIS MANUEL PUSHAINA URIANA, en las circunstancias narradas en los hechos de la demanda, tuvo como causa la actividad desarrollada por terceros, residentes del barrio donde se ejecutaban las obras, que ante las inundaciones provocadas por las fuertes lluvias de la época, procedieron a abrir canales de desagües de patios y calles, siendo removido el relleno de las excavaciones por las fuertes corrientes de agua provenientes de los desagües, lo cual hizo que se empozaran las aguas lluvias, poniendo en peligro a los vecinos del barrio y demás transeúntes. Estas circunstancias tipifican la causal de exoneración de responsabilidad conocida como culpa exclusiva y determinante de terceros, la cual deberá declararse en la sentencia que ponga fin a esta contención, exonerando de toda responsabilidad a mi representada, con fundamento en las pruebas, que para demostrar dichas circunstancias, se alleguen al expediente.

Además, si alguna responsabilidad cabe por la muerte del mencionado menor, ella ha de endilgarse a las entidades o autoridades competentes".

3.3. Municipio de Riohacha.

Expuso que la excavación en la cual sucedieron los hechos no tenía nexo de causalidad alguno con acciones u omisiones del Municipio demandado, motivo por el cual no se configuraba la responsabilidad que se alegó en la demanda.

Indicó que a pesar de que el Municipio no fue parte en el contrato de obra No. 241 de 2001, suscrito entre la empresa I.C.G. Ltda. y la Gobernación de la Guajira, por medio del cual se iniciaron las obras en las cuales finalmente sucedió el fatal accidente, lo cierto es que dicha parte sí ejerció las labores que le correspondían dentro de su competencia, dado que en el oficio externo No. 138 del 23 de agosto de 2001, se hicieron recomendaciones al Secretario de Obras Públicas Departamental, con el fin de que se tomaran precauciones en relación con la obra que se estaba construyendo en la calle 11b con carrera 21.

Con todo, propuso la excepción de ausencia de legitimación en la causa por pasiva, comoquiera que el ente demandado no tuvo participación alguna en el contrato antes citado, *“cuyo objeto es la construcción de la línea de impulsión primera fase del Plan Maestro de alcantarillado y en el cual la entidad que represento no tiene ni puede tener injerencia alguna”*.

4.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

4.1.- La parte demandante.

Sostuvo que existe legitimación en la causa por pasiva, comoquiera que la obra que habría producido el accidente del menor se desarrolló con ocasión del contrato de obra No. 241 del 2000, suscrito entre el Departamento de la Guajira y la empresa contratista I.C.G. Ltda., cuyo objeto lo constituyó la prestación del servicio de alcantarillado *“que por mandato de la Constitución Nacional en su artículo 311 y artículo 2 inciso 3 de la Ley 60 de 1993, le corresponde al Municipio asegurar su prestación”*.

Agregó que estaba probada la falla en el servicio, consistente en la omisión del deber de adoptar las medidas necesarias para advertir a las personas que transitaban y se movilizaban junto a la obra del peligro manifiesto que

representaba la respectiva excavación.

Indicó que en el expediente había prueba de que los entes demandados conocían las condiciones riesgosas en las cuales se estaba ejecutando la obra y la ausencia de medidas preventivas para advertir del peligro.

4.2. La sociedad I.C.G. Ltda.

Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda.

4.3. Departamento de la Guajira.

Argumentó que en el evento en que se encontrara probada la falla en el servicio, quien estaba llamado a responder era el contratista, en virtud de los artículos 52 y 58 de Ley 80 de 1993.

Agregó que si se tenía conocimiento de la ausencia de seguridad en la obra, los vecinos de la zona debieron extremar las medidas para evitar la ocurrencia de accidentes, en especial la custodia de los menores.

Sostuvo que no podían tenerse en cuenta las fotografías que obran en el proceso, comoquiera que no reúnen los requisitos para su valoración, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

4.4. El Ministerio Público.

Para el representante del Ministerio Público, los testimonios rendidos por varios funcionarios que prestaban sus servicios a la sociedad I.C.G. Ltda., deben “*tacharse de falsos*” comoquiera que resultaba evidente, a partir del análisis de otros medios probatorios que obran en el expediente, que los declarantes faltaron a la verdad en relación con las afirmaciones según las cuales, la obra contaba con las medidas de prevención necesarias y que ordenaba la ley.

Así las cosas, concluyó:

“Se acogen totalmente los alegatos de la parte actora y se reitera que se compulse copia a la Fiscalía General de la Nación para que investigue la conducta de los testimonios tachada. Nos encontramos ante el cercenamiento del derecho fundamental de la vida de un menor, cuya responsabilidad es sólo vivir hasta ser objeto de obligaciones.”

Por consiguiente al demostrar que el accidente que tuvo el menor con el resultado ya conocido, es la consecuencia de la ejecución de un trabajo público o del Estado de la obra pública, que no tenía ninguna clase de señalización con excavaciones abierta (trampa para el ser humano inclusive); no hay necesidad de demostrar la culpa de la parte de la víctima. No demostraron las partes demandadas exclusión de responsabilidad, por lo que la súplica de la demanda debe prosperar”.

El Municipio demandado guardó silencio.

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante sentencia proferida el 10 de julio de 2003, accedió, de manera parcial, a las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que la muerte del menor Luis Manuel Pushaina Uriana obedeció a que en la zona donde se venía realizando la construcción de un acueducto, presentaba varias excavaciones abiertas que no contaban con las medidas de seguridad adecuadas por medio de las cuales se previniera a las personas residentes en ese lugar acerca de los riesgos y peligros allí existentes.

Agregó que se probó que en el lugar donde pereció el menor no existía alcantarillado pluvial, circunstancia que no permitió la evacuación rápida e inmediata de las aguas lluvias lo cual ocasionó inundaciones “que llevaron a las personas moradoras del sector, a hacer canalización o zanjas para evacuar el agua represada, lo que a la postre produjo la remoción del material de relleno, agrandándose la zanja en que luego cayó el menor y pereció.

Indicó que en la producción del daño había intervenido el accionar de un tercero, por las siguientes razones:

“También se alude en el plenario, entre otras piezas, en los testimonios inmediatamente aludidos, que terceros desde una cancha de fútbol que había en el sector donde pereció el menor, abrieron zanjas, utilizando palas manuales para hacer correr el agua lluvia estancada o represada, orientando la corriente hacia la excavación que ya había sido compactada y en consecuencia se removió el material allí dispuesto. Este juicio es congruente con el emitido por los señores peritos en cuanto se trata de un terreno de nivel bajo fácilmente inundable en caso de lluvias y se ilustra la situación del terreno y el drenaje manualmente realizado, en las fotografías allegadas tanto con la experticia como en el expediente por las partes. Por consiguiente, la Sala en cuanto a este aspecto, le otorga credibilidad a los testimonios en comentario y por ello los asume como fundamento de la

intervención concurrente de la acción de terceros en la producción del daño ocasionado a los demandantes”.

Finalmente el Tribunal a quo encontró acreditada también la que denominó “culpa exclusiva de la víctima”, con fundamento en los siguientes argumentos:

“En el caso concreto en estudio, el menor falleció cuando sólo tenía escasamente cinco (5) años de edad, conforme copia del registro civil de nacimiento visto a folio 36 del expediente; vale decir, se encontraba bajo patria potestad. Por consiguiente y de acuerdo con las normas que han quedado reseñadas, resulta evidente que el referido menor ante las circunstancias temporales de invierno que se tenía en la fecha y horas de su deceso, debía encontrarse bajo la protección, cuidado y afecto de sus padres y no como ocurrió, si se quiere abandonado y expuesto a condiciones de riesgo y violencia, como en efecto aconteció. A contrario sensu, si los padres hubieran actuado conforme a las reglas legales, el hecho lamentable seguramente no se habría dado. Por tanto, para el Tribunal, la omisión de cuidado de los padres respecto del menor, también constituyó una concausa para la obtención del resultado dañino. En verdad, no se concibe que durante la caída de un aguacero o lluvia, de la magnitud certificada por el IDEAM se encuentre deambulando por las calles y solitario, un infante de escasos 5 años”.

En cuanto a la reparación de los perjuicios, sólo reconoció aquello que solicitaron por las personas que acudieron en calidad de madre y hermana del menor fallecido, puesto que respecto de los demás demandantes, el registro civil a través del cual pretendieron demostrar el parentesco con la víctima se aportó en copia simple.

6.- La apelación.

6.1. La parte demandante.

Alegó que no era cierto que se hubiera probado que la conducta de la víctima hubiere sido determinante en la producción del daño, comoquiera que no se acreditó que el menor en el momento de los hechos “*se encontraba deambulando por las calles solitario*”, al tiempo que tampoco era cierto que ese día estuviera lloviendo, dado que, según certificación del IDEAM, el aguacero ocurrió el día anterior.

Al respecto concluyó:

“Con relación a lo anteriormente reseñado no podemos afirmar que la madre

no cumplió con su deber de cuidado, ya que esto no significa que deba estar con el menor en todo momento. La vigilancia de los padres sobre los hijos puede hacerse en forma relativa; en la sociedad actual no es concebible que los padres puedan acompañar en forma permanente a sus hijos para controlar sus movimientos por que se estaría sobreprotegiendo a sus hijos menores causándoles un enorme daño a la personalidad. Los padres tienen que darles cierto margen de libertad a sus hijos menores para que estos incorporen en su personalidad el concepto de deber.

El hecho culposo y concausal de la víctima para la producción de su propio daño, como afirmación fáctica del demandado es definida y, por consiguiente, requería de demostración

(...)

Hay que tener en cuenta que cualquier persona pudo haber sufrido el daño, independientemente que fuera menor o no, por la magnitud de la excavación y por las condiciones en que los demandados habían dejado el lugar, es decir, con los rellenos al lado de la zanja que igual impedía el normal tráfico peatonal y vehicular por la vía generando la situación de peligro como evidentemente ocurrió y que se puede constatar en los folios 122 y 123 del cuaderno principal y en el video que fue anexado como prueba, en la que se demuestra el riesgo desproporcionado como es dejar una excavación de tal magnitud sin señalización ni prevención a los habitantes de la zona que por cierto pertenecen a la cultura Wayúu”.

Respecto de la falta de acreditación del grado de parentesco de algunos de los demandantes, expuso que el Tribunal *a quo* debió ejercer de sus facultades oficiosas con el fin de que se aportara al proceso la copia auténtica de los registros civiles de nacimiento respectivos.

Con todo, con el recurso de apelación aportó copia auténtica de los referidos registros civiles de nacimiento.

6.2. El Municipio de Riohacha.

Indicó que no existe en el ordenamiento regla alguna que disponga una obligación de los municipios consistente en la *“coordinación, control, ejecución y vigilancia de las obras públicas que se realicen dentro de su jurisdicción, para la prestación de servicios públicos, cualquiera sea el nivel u orden de la entidad que los ejecute o programe”*, en la medida en que, de conformidad con la Ley 80 de 1993, la labor de vigilancia y control de la contratación le corresponde a la entidad contratante, en este caso al Departamento de la Guajira, razón por la cual era este último ente el llamado a responder patrimonialmente por el daño ocasionado.

Con todo, afirmó que no se había probado conducta contraria a derecho por parte del Municipio, en la medida en que, por intermedio del Secretario de Obras se puso en conocimiento, a su vez, al Secretario de Obras Públicas Departamentales las fallas y las posibles consecuencias que se podrían derivar en relación con la obra en la cual se produjo el accidente, tal como consta en un oficio de fecha 23 de agosto de 2001.

6.3. Departamento de la Guajira.

Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión de primera instancia, al tiempo que agregó que a pesar de que encontró acreditada la culpa de los padres del menor, declaró responsables a los demandados, generándose una contradicción en este sentido.

Finalmente expuso:

“Es conveniente recordar que nadie está obligado a lo que según el diario discurrir constituye un imposible. En este caso que el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, con tantísimos frentes que atender, tenga que responder por las consecuencias de un hueco que un contratista o vecinos de una obra que se ejecuta por su cuenta hicieron y que por lluvia se llenó de agua y al cual fue a caer un niño de sólo cinco años por descuido de sus padres. No, sinceramente, creo que no es justo derivarle responsabilidad alguna a mi procurado, muy especialmente si la propia ley lo facultaba para pactar con el contratista, como efectivamente lo hizo, que éste respondería por los riesgos que implicara ejecución de las obras”.

La sociedad I.C.G. Ltda., guardó silencio.

7. Pruebas en segunda instancia.

En auto del 2 de julio de 2004, el Magistrado Ponente de la época denegó el decreto como prueba la copia auténtica de los registros civiles de nacimiento aportados por la parte demandante junto con el recurso de apelación, comoquiera que no se ajustaban a las previsiones del artículo 214 del C.C.A., dado *“que la parte actora no las presentó en la forma debida y en la oportunidad de ley, por lo que dicha deficiencia no puede ser subsanada en esta instancia”.*

8.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

8.1. Sociedad I.C.G Ltda.

Expuso lo siguiente:

“Está aceptado en la decisión de primera instancia, que la progenitora de la víctima, por tener el derecho de la patria potestad sobre el menor, a su vez tenía la obligación de cuidado y atención de las acciones del mismo, agregando que para el día en que ocurrieron los hechos que nos ocupan, el menor se encontraba fuera del hogar bajo un torrencial aguacero, sin que hubiera una persona que lo cuidara, es decir desprotegido y abandonado a su suerte.

Igualmente se aceptó por el Tribunal que los vecinos del barrio tuvieron injerencia directa en el insuceso, al haber canalizado las aguas hacia la tubería que se estaba colocando para el alcantarillado, lo que ocasionó que éstas buscaran salida, la cual fue precisamente por el sitio donde falleció del menor LUIS MANUEL PUSHAINA URIANA.

Entonces, si se sopesa el valor de las dos causales señaladas (...) frente a la forma como se estipuló el quantum indemnizatorio no es posible aceptar que en la tasación de responsabilidad se le asigne una cuota tan elevada a los demandados, por cuanto ello no concuerda con la teoría que se pretende aplicar.

En la decisión en comento, se omitió determinar con exactitud la incidencia de las dos razones que aceptó el A Quo, así como el valor que a cada una de ellas le dio para llegar a concluir que debía condenar con 50 salarios mínimos legales a los demandados, desconociendo con ello los dos principios elementales de la lógica jurídica que dominan esta materia: uno referido a que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo y el segundo a que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro.

(...)

Por último se considera que la responsabilidad que le corresponde a cada una de las partes que integran la litis por pasiva, no debe ser propuesta en forma solidaria e igualitaria, toda vez que el grado de participación en la culpa es diferente para cada uno de ellos, atendiendo que en el evento de tenerse como responsable a la firma I.C.G. Ltda., la carga que se le debe imponer ha de ser menor, frente a la responsabilidad que le cabe al municipio de Riohacha”.

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia, comoquiera que se trata del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida en primera instancia¹ por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

2.- Caducidad de la acción.

Se encuentra que la demanda se presentó dentro los dos años siguientes al hecho que habría dado origen a la presunta responsabilidad del ente demandado, dado que la muerte del menor Luis Manuel Pushaina Uriana ocurrió el 3 de septiembre de 2001 (fl. 4 c 1) y la demanda se formuló el 24 de octubre del año 2001 (fl. 21 c 1).

3.- Material probatorio susceptible de valorarse.

- Copia auténtica del registro civil de defunción, en el cual consta que el menor Luis Manuel Pushaina Uriana falleció el día 3 de septiembre de 2001.

- Copia auténtica del Contrato de Consultoría No. 10 suscrito el 13 de junio de 2000, entre el Departamento de la Guajira en calidad de contratante y la firma Estudios Técnicos y Construcciones Ltda., como contratista cuyo objeto consistió en que el segundo de los nombrados realizara la INTERVENTORIA DE LA CONSTRUCCION DE LA LINEA DE IMPULSION PRIMERA FASE, según programación y metodología presentada en la propuesta anexa que hace parte de este contrato.

- Copia auténtica del Contrato de Obras Públicas No. 241 suscrito el 2 de noviembre de 2000, entre el Departamento de la Guajira en calidad de contratante y la sociedad I.C.G. Ltda., como contratista, el cual tuvo por objeto la *“Construcción Línea de Impulsión – Primera Fase Para el Alcantarillado Sanitario*

¹ La cuantía del proceso supera la exigida para que esta Corporación pueda conocer en segunda instancia de un proceso de reparación directa, de conformidad con el Decreto 597 de 1988 -\$ 26'390.000-, teniendo en cuenta que la demanda se presentó en el año 2001 y la cuantía del proceso se estimó en la suma de \$ 28'600.000 –equivalentes a 100 salarios mínimos legales vigentes a la fecha de presentación de la demanda-.

de Riohacha”.

- Copia auténtica del Acta No. 001 de iniciación de obra del Contrato No. 241 de fecha 12 de febrero de 2001.

- Copia auténtica del oficio No. IT-ARLI-006 del 21 de abril del 2001, suscrito por la firma interventora del Contrato No. 241 de 2001 y dirigido y recibido el 23 de abril de 2001 al contratista I.C.G. Ltda., a través del cual se informó lo siguiente:

“La presente tiene por objeto recordarles NUEVAMENTE que dentro de la ejecución de la obras se deben tener en cuenta las siguientes precauciones:

- 1. Mantener señalización permanente en la totalidad de los frentes de trabajo.*
- 2. Retirar y/o extender el material sobrante de la excavación.*
- 3. Por ningún motivo se deberán tener excavaciones abiertas.*

Es de anotar, que cualquier accidente que se presente en el sitio de los trabajos por no atender las recomendaciones de la interventoría, será de su entera responsabilidad”.

- Copia auténtica del oficio No. GP-AR-FF-193 del 4 de septiembre del 2001, suscrito por la firma interventora del Contrato No. 241 de 2001 y dirigido y recibido el 5 de septiembre de 2001 al Gobernador del Departamento de la Guajira, a través del cual se informó lo siguiente:

“Estudios Técnicos y Construcciones Ltda. como firma interventora de las obras del Plan Maestro de Alcantarillado Sanitario de Riohacha, se permite informarle del suceso lamentable ocurrido el día 4 de septiembre de 2001, [en] donde uno de los frentes de trabajo apareció muerto el menor de 5 años de edad, identificado como Luis Manuel Pushaina Uriana.

El caso se presentó a la altura de la calle 11 con carrera 20 en el Barrio José Antonio Galán, donde la firma Constructora I.C.G. Ltda., adelanta las obras de construcción de la línea de impulsión en tubería GRP diámetro 42”, que evacuarán las aguas servidas desde la Estación de Bombeo No. 3 a las futuras lagunas de estabilización.

Al respecto nos permitimos aclarar los siguientes puntos:

- Las obras en este frente de trabajo se encuentran paralizadas temporalmente desde el 28 de agosto de 2001, por problemas en el suministro de tubería.*

- Como medida preventiva y precisamente con el fin de evitar algún tipo de accidente, la Interventoría le solicitó al Contratista en términos generales para toda la obra, rellenar las zanjas y la colocación de cinta preventiva en los sitios donde existieran excavaciones abiertas.
- Estas instrucciones, además de estar contempladas en las especificaciones técnicas de construcción, reiteradamente se le han manifestado al Contratista en el transcurso del contrato tanto verbal como por escrito, como se puede constatar en el libro de obra y en las comunicaciones que al respecto se le han remitido.
- Particularmente, en la calle 11 con carrera 20 y debido a las fuertes lluvias caídas en la zona el 2 de septiembre de 2001, ocasionó que los terrenos baldíos aledaños al sitio donde se suspendió la instalación de la tubería y, que se encuentran debajo del nivel de la vía, se inundaran.
- Igualmente, las aguas de escorrentía originaron una socavación en la zona de relleno (ver fotos).
- Debido a las inundaciones personas ajenas a la obra efectuaron un canal o zanja a la zona socavada, con el fin de evacuar por la tubería instalada las aguas represadas en los terrenos aledaños al sitio de la obra, lo cual ocasionó la remoción del material de relleno, en forma rápida y sin control, ocasionando que la zanja se agrandara (ver fotos).
- El trabajo realizado por estas personas, no fue autorizado ni supervisado por el Contratista o la Interventoría.
- Es de anotar que el sector en referencia carece de alcantarillado pluvial, lo cual no permitió la evacuación de las aguas lluvias de una manera inmediata y eficiente.
- Las circunstancias y causas de la muerte del menor, deberán ser aclaradas por la autoridad competente y por lo tanto la interventoría se abstiene de emitir concepto alguno al respecto.

Por último, le manifestamos que una vez se aclaren los hechos con respecto a la muerte del menor, la firma contratista I.C.G. Ltda., ha manifestado su interés en acatar lo que determine la autoridad competente; igualmente, la Interventoría estará atenta a resolver cualquier inquietud sobre los hechos mencionados anteriormente”.

- Copia auténtica de los oficios de fecha 15 de agosto de 2001, suscritos por la Personera Municipal de Riohacha, dirigidos y recibidos el 16 y 21 de agosto de

2001 por el Gerente – Interventor del proyecto Plan Maestro de Alcantarillado y el Gobernador de la Guajira, respectivamente, a través de los cuales informó lo siguiente:

“Es la inquietud de los moradores del barrio JOSE ANTONIO GALAN, de esta ciudad como la nuestra, de los trabajos que se han venido realizando en la calle 11B de esta ciudad con Kras 21 en adelante con motivo de la instalación de la tuberías del PLAN MAESTRO DE ALCANTARILLADO, que para el desagüe de las aguas (Colector) que de la central de BOMBEO No. 3 han de llegar hasta el emisario final. Preocupación ésta que se manifiesta en que dichos trabajos de excavación por la poca amplitud de la calle permite que éstos se hagan casi al borde de las viviendas gozando ésta del peligro eminente que cuando vengan las lluvias torrenciales éstas se socaven a causa del agua conllevando a su paso el deslizamiento de la base y con ello las viviendas provocando las consecuentes desgracias, pérdidas materiales o lo que es peor aún vidas humanas, por lo que estamos a tiempo de prevenir.

Con esto no hemos querido ser adivinos ni partícipes de una premonición de mal agüero, ya que no presumimos de técnicos ni mucho menos de Ingenieros para dar un concepto de tal naturaleza sólo sugiero muy respetuosamente que ordene a quien corresponda se tomen todas las precauciones pertinentes que éstos trabajos conllevan, que se realicen las interventorías correspondientes que aún estamos a tiempo de corregir fallas que permitan garantizar un trabajo a años y no de meses en los cuales los dineros invertidos se pierden sin que nadie responda por ellos”.

- Copia auténtica del oficio GP-AR-FF-181 del 31 de agosto de 2001, mediante el cual el Coordinador de Gerencia de la firma interventora del contrato No. 241 dio respuesta al oficio presentado por la Personería Municipal, en el siguiente sentido:

“En atención a su solicitud realizada mediante oficio en la referencia, me permito informarle que se realizó con el contratista una visita de carácter técnico el día 22 de Agosto del 2001, al sitio de las obras y así adelantar de una manera rápida y eficiente las acciones necesarias para lograr solucionar de manera práctica y positiva las diferentes fallas que se presentan y así poder garantizar que los trabajos sean beneficiosos para el Departamento, para el contratista y ante todo para la comunidad del sector”.

- Documento que al parecer contiene las reseñas que varios medios de comunicación habrían publicado acerca del accidente ocurrido en la obra materia de este proceso.

En relación con la valoración probatoria de los recortes de periódicos o de prensa, en reciente oportunidad la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

puntualizó²:

“Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental³. Sin embargo, en principio sólo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez.⁴

*En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas “...son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia”, y que si bien “...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) **no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen**”⁵.*

Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos.

Consecuentemente, a las noticias o informaciones que obtengan los medios de comunicación y que publiquen como reportaje de una declaración, no pueden considerarse por sí solas con el carácter de testimonio sobre la materia que es motivo del respectivo proceso.

En relación con este último punto el Consejo de Estado ha indicado que “...las informaciones publicadas en diarios no pueden considerarse dentro de un proceso como prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio de prueba, en particular porque no

² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de mayo de 2012. Expediente 2011-01378-00. MP: Susana Buitrago Valencia (e).

³ Esta Corporación ha reiterado que los artículos publicados en la prensa escrita pueden apreciarse por el juez como prueba documental solo para tener“(...) certeza sobre la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido”. Sobre el mérito probatorio de las publicaciones de prensa como prueba en los procesos se encuentran también las siguientes providencias: sentencia de 27 de junio de 1996, rad. 9255, C. P. Carlos A. Orjuela G.; sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 10 de noviembre de 2000, rad. 18298, actor: Renata María Guadalupe Lozano, C. P. Ricardo Hoyos Duque, y sentencia del 16 de enero de 2001, aad. ACU-1753, C. P. Reinaldo Chavarro; sentencia de 25 de enero de 2001, rad. 3122, C. P. Alberto Arango Mantilla; sentencia de 6 de junio de 2002, rad. 739-01, C. P. Alberto Arango Mantilla.

⁴ En sentencias de 15 de junio de 2000 y de 25 de enero de 2001, al igual que en auto de noviembre diez de 2000, según radicaciones 13338, 11413 y 8298, respectivamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expuso una tesis según la cual una versión periodística aportada al proceso sólo prueba que la noticia apareció publicada en el respectivo medio de comunicación.

⁵ Sentencia de 6 de junio de 2007, expediente AP-00029, M. P. María Elena Giraldo Gómez. Sección Tercera.

son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho...” por cuanto es sabido que el periodista “...tiene el derecho de reservarse sus fuentes.”⁶

En este sentido, ha sostenido que las declaraciones que terceros hacen a los medios de comunicación “...tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información (...) por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial...”⁷.

Lo anterior, debido a que en sí mismas las publicaciones periodísticas representan “...la versión de quien escribe, que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso”, condición que no permite otorgarles valor de plena prueba debido a que “...son precisamente meras opiniones...”⁸.

Por lo anterior, la Subsección tendrá en cuenta el citado medio probatorio, únicamente, en cuanto permite acreditar la existencia de la noticia allí contenida y de su inserción en medio periodístico representativo.

- La parte actora, la sociedad I.C.G. Ltda., y los peritos, con el fin de acreditar varios de los hechos, aportaron al proceso varias fotografías, que no serán valoradas en esta instancia, comoquiera que carecen de mérito probatorio, pues sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas y menos se tiene certeza sobre el sitio que en ellas aparece. Lo anterior sin perjuicio de aquellas que de manera expresa fueron ratificadas por varios testigos cuyas declaraciones obran en el proceso⁹.

⁶ Sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 13338, M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sección Tercera.

⁷ Sentencia de 2 de marzo de 2006, expediente 16587, M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sección Tercera.

⁸ Sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 13338, M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sección Tercera.

⁹ En este sentido, la Sala ha expuesto: “Debe advertirse que para acreditar los daños ocasionados a la vivienda se aportaron con la demanda unas fotografías (fls. 12-17 c. 1 y 177-185 c. de pruebas), las cuales, sin embargo, no tienen mérito probatorio porque no existe certeza de que correspondan a los daños causados al inmueble de que se trata en este proceso, es decir, sólo son prueba de que se registró una imagen, pero no es posible determinar su origen, ni el lugar y la época en que fueron tomadas, dado que no fueron reconocidas por los testigos ni cotejadas con otros medios de prueba dentro del proceso.” (Sección Tercera. Sentencia de 5 de diciembre de 2006. Exp. 28.459.)

Sobre el valor probatorio de las fotografías, véase las sentencias 12.497 de 2 de marzo de 2000, AP-263 del 21 de agosto de 2003, y 13.811 de 25 de julio de 2002. Ver también sentencia del 3 de febrero de 2010. Exp. 18034. MP: Enrique Gil Botero.

- Copia auténtica del oficio No. 138 del 23 de agosto del 2001 suscrito por el Secretario de Infraestructura y Transporte Municipal del Municipio de Riohacha, dirigido al Secretario de Obras Públicas Departamental de la Guajira, a través del cual informó lo siguiente:

“Por medio de la presente me permito comunicarle que en este despacho han manifestado su preocupación los moradores del Barrio JOSE ANTONIO GALAN y más exactamente los que habitan la calle 11B con carrera 21 en razón a los trabajos pertenecientes al Plan Maestro de Alcantarillado que se adelantan en el sector antes mencionado, debido a que el colector perteneciente al Alcantarillado que se está instalando, se está localizando en algunos puntos al borde de las viviendas, generando la misma un peligro inminente para quienes las habitan, sobre todo que se nos avecina una época de invierno y las mismas aguas pueden generar socavaciones que desestabilicen las mismas viviendas.

Recomiendo se tomen las precauciones del caso a fin de corregir oportunamente fallas y de la misma manera garantizar los trabajos que la Administración Departamental adelanta para alcanzar el propósito común como lo es la correcta construcción del Alcantarillado Sanitario de la ciudad de Riohacha”.

- Copia auténtica del Protocolo de Necropsia No. 100-1185 correspondiente al menor Luis Manuel Pushaina Uriana, documento respecto del cual se destaca la siguiente información:

<i>“Sitio de los hechos: Calle 11 A Carrera 19</i>	
<i>Fecha de los hechos: 010903</i>	<i>Hora: 14:00 horas, aprox.</i>
<i>Fecha de hallazgo: 010904</i>	<i>Hora: 08:05 horas</i>
<i>Sitio de defunción: Calle 11 A Carrera 19</i>	
<i>Fecha de ingreso: 010903</i>	<i>Hora: 14:00 horas, aprox.</i>

(...)

CONCLUSION:

Hombre infante que fallece por anoxia por sumersión. Mecanismo de muerte compatible con accidente”.

- Copia auténtica del oficio GP-AR-FF-184 del 31 de agosto de 2001, mediante el cual el Coordinador de Gerencia de la firma interventora del contrato No. 241 dio respuesta al oficio presentado por la Alcaldía, en el siguiente sentido:

“Atendiendo su recomendación expresada en el oficio de fecha 23 de Agosto

de 2001 (...) le informamos que la Gerencia de Proyecto delegó una comisión para que verificara la información que usted nos está suministrando y se produjera como resultado un informe de campo, el cual servirá de base para tomar los correctivos pertinentes con respecto al contratista y a la obra”.

- Declaración del señor Wilmer Iguarán Ipuana.

“PREGUNTADO. Diga al despacho si usted conoció acerca de la existencia del hueco donde dice que cayó el niño sufriendo de ahogamiento, con anterioridad a la fecha en que murió el menor, atendiendo que su residencia está ubicada muy cerca del lugar donde falleció el menor (...). CONTESTO. Si tengo conocimiento como una semana antes. PREGUNTADO. Diga al despacho si el hueco a que ha hecho referencia tenía señalización o alguna protección que previniera a las personas acerca del peligro que este representaba. CONTESTO. No tenía ninguna señalización (...). El niño cayó en la tarde y nosotros lo sacamos al día siguiente, la tarde era lluviosa, era época de invierno (...). El hueco sí era visible, le faltaban algunos centímetros para llenarse completamente (...). El niño tenía más o menos no sé la edad exacta, cinco años y medio y no sé si estaba acompañado el día que cayó al hoyo (...) PREGUNTADO. Sírvase informar al despacho cuáles son las características que presentaba el hueco a que hace usted alusión. CONTESTO. Tenía aproximadamente tres metros de diámetro, de profundidad tenía como tres metros también, tenía lomas de barro alrededor, cuya altura era de un metro alrededor (...). Estaba en todo el medio de la calle 11 entre carreras 20 y 21 tengo entendido que el hueco lo dejaron porque hasta ahí llegaba el tubo que continuaba y dejaron de trabajar el sábado para reanudar actividad el lunes”.

- Testimonio del señor René Antonio Montaña Escorcía.

Sí, cuando me llegó la citación, me di cuenta que era por la muerte de un niño que se había ahogado en una obra que estábamos haciendo, fue más o menos a mediados de septiembre, eso fue un domingo que cayó un aguacero, al lado había una cancha de fútbol que se inunda cuando llueve y la gente, los vecinos de por allí, no sé quien cogieron e hicieron una zanja a mano a pala para evacuar el agua de la cancha y la tiraron hacía donde teníamos nosotros la excavación que estaba tapada y compactada, usted sabe que el agua siempre tiende a salir por lo más bajo y lo más bajo era la excavación que está allí, de la muerte del niño me enteré el día lunes, eso lo supe por la radio, porque teníamos la obra paralizada en esos días, la obra tenía como 7 u 8 días que estábamos esperando una tubería (...) CONTESTO: Allí en las obras siempre se coloca un cinta reflectiva, preventiva y estaba colocada y además de las cintas habían una vallas que decían peligro, hombres trabajando, esas vallas se colocaban y las cintas y la gentes las quitaban para llevárselas (...). PREGUNTADO: Qué equipos herramientas o elementos utilizaban para compactar las zanjas que tapaban luego de instaladas las tuberías. CONTESTO: Ahí se utilizaban pizones, dos rana y un vibrocompactador, el pizón es manual, la rana es un vibrocompactador pequeño que va montado sobre una plancha e impulsado por un motor de 8 caballos, el vibrocompactador es un rodillo de mayor capacidad que pesa más o menos tonelada y media. PREGUNTADO. Puede usted precisar en qué sitio exacto del tramo de la tubería que había sido

instalada se ahogó el niño Luis Manuel Pushaina Uriana. CONTESTO. Como la obra se había suspendido por falta de tubería, el niño se ahogó al final de la tubería donde suspendimos, donde se paró la obra. PREGUNTADO: Diga el declarante al despacho en forma clara y precisa si el agua que informa destapó la zanja que habían compactado al momento de suspender los trabajos, por falta de tubería, corría por dentro de los tubos que ya se encontraban instalados o por fuera de éstos, en esta última hipótesis, diga por dónde. CONTESTO: Si estaba tapada, el tubo que venía instalado al suspenderse los trabajos estaba tapado en ambos extremos, pero las tapas no son unas tapas herméticas, sino unas tapas provisionales que permiten filtración de agua, al llenarse el tubo el agua busca por donde salir. El agua de por siempre (sic) tiende a bajar la zanja, por muy compactada que estuviera, eso estaba terraplanado y compactado, que siempre se trabaja con los equipos de compactación.

- Testimonio del señor Jaime Daniel Montaña Escorcía.

“Si sé, o sea por el incidente que ocurrió en el sitio de trabajo, supe que murió el niño ahogado en las aguas que nosotros habíamos hecho unas zanjas, se taparon, se compactaron, el día que llovió, estábamos metiendo unas tuberías del alcantarillado, nosotros todas las tardes tapábamos y compactábamos y quedaban totalmente tapadas las zanjas y con sus respectivas cintas reflectivas y avisos, el día del hecho que llovió estaban totalmente tapadas, pero la comunidad al frente tenía un lote que se le llenaba el agua y abrieron unas zanjas hacia el sitio donde ocurrió el hecho, eso se llenó de agua y abrieron unas zanjas hacia el sitio donde ocurrió el hecho, eso se llenó de agua por la excavación que ellos hicieron, eso ocurrió un domingo y el día lunes que llegamos allá ya encontramos lo sucedido. PREGUNTADO. Diga al despacho si al regresar el día lunes por acción de las aguas lluvias se había descubierto la tubería que se encontraba instalada y que había sido tapada y compactada. CONTESTO. El tubo con las aguas no se destapó, la comunidad hizo la zanja hacia donde estaba el tubo y fue donde se hizo el charco, porque no fue que el tubo se veía ni nada sino que se hizo un charco allí (...). El pozo más o menos de ancho tenía como dos metros y de profundidad como 50 centímetros (...). La tubería tiene de grueso 42 pulgadas y de largo tiene 12 metros, eso iba enterrado a una profundidad de 2.50 metros”.

- Declaración del señor Jaime Francisco Tarifa.

“Sí, de acuerdo (sic) a la muerte de un niño que se ahogó en una zanja, nosotros estábamos trabajando y dejamos de trabajar porque se nos escaseó la tubería, trabajábamos con el señor Fernando Garantivá, él es el patrón mío, la empresa estaba metiendo una tubería de impulsión de agua del alcantarillado que va de la estación No. 3 hacia la Laguna, aquí en Riohacha, el barrio donde ocurrió el hecho se llama José Antonio Galán, la calle no la recuerdo, eso fue como el 3 de septiembre más o menos del año 2001, entonces nosotros habíamos dejado de trabajar hacía como 8 días, eso se dejó bien compactado y tapado, se le puso un palo, la tapa era de una lámina de zinc y se tapó, yo personalmente compacté eso bien compactado y los otros obreros pusieron las cintas y cubrieron todo lo que había quedado donde se compactó, como a los 8 días cayó un aguacero y

hay un solar allí que se llena de agua y como llovió duro entonces los mismos señores del barrio abrieron para que corriera el agua por la tubería, que cuando sucedió el caso yo fui uno de los que fui a darme cuenta del caso y entonces miré y habían abierto una zanja con pala para que corriera el agua por la tubería, habían movido la tapa para que entrara el agua, después de eso yo me fui para Valledupar y no me di cuenta de qué más pasó (...). Se habían puesto los avisos correspondientes, las cintas con sus respectivos avisos, latas con leyendas que dicen peligro y a los lados se le colocaban las cintas que dicen peligro. Eso se le puso las cintas preventivas, a los lados de todo lo que ocupaba el tubo más o menos de un metro, se le pasaron cuatro rondas de cintas para darle seguridad y por más prevención se le puso la lata que dice peligro. En este estado de la diligencia pregunta el Procurador Judicial así: PREGUNTADO. Sírvase informar a este despacho, cuáles son las características de la tapa a que usted hace referencia, qué función desempeñaba y qué sostenía dicha tapa. CONTESTO: Las características son de lata, la tapa coge todo el ancho del tubo, esa tapa se pone, después se le pone un palo largo y se le echa tierra, y con un pisón se pisa y el palo sostenía la tapa y entonces los obreros con un pisón de mano y una rana compactan ese pedazo de tierra para que la tapa quede firme. PREGUNTADO. Con lo anterior quiere decir o da a entender usted que por dentro estaba el hueco. CONTESTO: El hueco que había estaba tapado, porque el único hueco que había era del tubo y se compactó porque no sabíamos qué día íbamos a trabajar. PREGUNTADO: a folio 122 y 123 se encuentran dos fotografías, donde la primera se refleja un hueco grande con cierta profundidad con un contenido de agua encharcada y a su alrededor unas lomas de tierra que de acuerdo a la visión y mi concepto sin ser experto en la materia se ve como compacta y con cierto tiempo de estar ahí, a un lado contrario de la montaña de tierra a que hice referencia se ve un vestigio como si hubiese una zanja, en el folio 123 la percepción es un poco más clara y se nota de que dicha zanja conduce al lado donde está el poste, contrario a donde están las lomas de tierra, donde se ven claramente 4 vértices de picos inclusive casi llegando a la acera contraria donde está localizado el hueco, la pregunta exacta con esa pequeña descripción o radiografía que se le hace a las dos fotos radica en cómo se explica si el hueco estaba sellado y compactado aparecen las lomas de tierra en situación contraria a donde está la zanja y llegando a la acera contraria a la ubicación del hueco si presuntamente la tierra de lo que podía ser una zanja están a su lado en armonía con el poste. CONTESTO: El agua corre del lote que está ahí y penetra hacia donde estaba el hueco y ellos abrieron para que no les encharcaran los patíos de allí. En este estado de la diligencia el Magistrado sustanciador le solicita al declarante responder concretamente la pregunta formulada en la medida en que lo declarado no resuelve el interrogante que le ha hecho el señor Procurador. CONTESTO: La respuesta mía es que el agua como estaba lleno ese solar allí, ese hueco lo hizo el agua, porque es que había una fuente de agua en el lote y al llenarse ellos la única solución que vieron más fácil fue abrirle por allí para que se fuera por el tubo”.

- Declaración del señor Humberto Rafael Mercado Medina.

“Si supe, supe que se había ahogado un niño, pero nosotros no hemos dejado un hueco, nosotros como todo lo rellenamos con el material de excavación, el material sobrante. PREGUNTADO: Con base en su respuesta anterior diga al despacho si el lugar donde presumiblemente ocurrieron los

hechos materia de este proceso, es decir ahogamiento del menor Luis Manuel Pushaina, corresponde al representado en la fotografía obrante a folio 122 y 123 del expediente y que se le pone de presente. De ser afirmativa su respuesta, cómo se explica que en la foto del folio 123 alrededor del hueco que se ilustra en esta existan varios pilones de tierra, presumiblemente extraído del hueco que allí está representado. CONTESTO: El material que se ve es un material sobrante en el cual la capacidad de la tubería, o sea el diámetro da para que quede cantidad de material sobrante, la fotografía sí corresponde al lugar donde estaba trabajando (...). CONTESTO: La compactación se venía haciendo con un equipo que estaba diseñado para ese tipo de excavación, con vibrocompactador. PREGUNTADO. Usted anteriormente manifestó que había quedado un charco en ese lugar puede explicar las condiciones de ese charco. CONTESTO: Lo hicieron unos moradores para sacar unas aguas de unos lotes, lo que básicamente alcancen a cavar con una pala. En este estado de la diligencia ante la pregunta formulada y no encontrándose consignada en las respuestas anteriores la declaración que se postula en la misma como respuesta, el testigo ratifica así: Nosotros no hemos dejado charco. (...). CONTESTO: Entre la suspensión de los trabajos y el aguacero, [transcurrieron] aproximadamente 3 días y entre el aguacero y el ahogamiento del niño 1 día”.

- Copia auténtica del pliego de condiciones correspondiente a la Licitación Pública No. 014/2000, cuyo objeto fue la “Construcción Línea de Impulsión – Primera Fase”.

- Acta de inspección judicial de fecha 23 de abril de 2002, practicada en el lugar de los hechos por el Tribunal a quo, diligencia de la cual se destaca lo siguiente:

“[P]uede observarse que actualmente en este lugar no se encuentran trabajos relativos a excavaciones para la instalación de la tubería de alcantarillado, en la intersección indicada, se encuentra ubicado un manjol aparentemente instalado en forma reciente, con su correspondiente tapa de hierro y concreto, al lado derecho de éste se observa un poco de agua presumiblemente residuos de una lluvia (...) charca sobre la cual se encuentran las huellas o trillas de llantas de automóvil, pero en todo caso, se anota que esa cantidad de agua no implica riesgo o peligro alguno para el ahogamiento de personas. Según información de moradores del sector, el hueco o zanja donde presumiblemente cayó el menor Luis Manuel Pushaina, hoy no existe porque fue recubierto con tierra, fue compactado (...).”

- Copia auténtica del convenio No. 52-1999 de apoyo financiero suscrito entre el Ministerio de Desarrollo Económico, el Departamento de la Guajira y el Municipio de Riohacha, suscrito el 30 de diciembre de 1999, el cual tuvo como objeto “*aunar esfuerzos para llevar a cabo la ejecución del proyecto SEGUNDA ETAPA DEL PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE RIOHACHA*”.

Dentro de las obligaciones que asumieron el Departamento y el Municipio, se

destacan las siguientes:

“A) Aportar la suma indicada en la cláusula sexta del presente convenio de Apoyo Financiero, en las obras definidas para ellos, en el tiempo y monto establecido en el plan financiero aprobado por el MINISTERIO para el mismo (...) E) Constituir, a través de un contrato, un Esquema de Administración y Gerencia, en adelante el ADMINISTRADOR, que se encargue de realizar, entre otras, las siguientes actividades: 1- administrar la totalidad de los recursos aportados 2- llevar a cabo la gerencia integral del proyecto objeto del presente convenio. 3- destinar los recursos de apoyo financiero en forma exclusiva mediante contratos de obra, mano de obra o suministro, según se requiera, de acuerdo con lo dispuesto en la ley. 4- desarrollar el proyecto objeto del presente Convenio de Apoyo Financiero de conformidad con el presupuesto y el plan de inversiones del proyecto presentado por el MUNICIPIO y el DEPARTAMENTO, debidamente viabilizado y aprobado por el MINISTERIO (...). SEXTA. APORTES Y FORMA DE PAGO. (...) B) EL MUNICIPIO aporta como contrapartida al presente convenio la suma de tres mil millones de pesos (\$3.000'000.000) de la vigencia del año 2.000 (...) C) El DEPARTAMENTO aporta como contrapartida al presente convenio la suma de TRES MIL MILLONES DE PESOS (...). El MUNICIPIO y el DEPARTAMENTO garantizarán la oportunidad y disponibilidad de los recursos comprometidos según el plan financiero del proyecto (...). OCTAVA. PROPIEDAD DE LOS BIENES. Los bienes que sean adquiridos o construidos con recursos de apoyo al Gobierno Nacional, pertenecerán al MUNICIPIO y a ellos se les aplicará lo dispuesto por el Numeral 87.9 del Art. 87 de la Ley 142 de 1994. NOVENA. DISEÑOS E INTERVENTORIA DEL PROYECTO. Los diseños y la interventoría del proyecto serán responsabilidad del ADMINISTRADOR, el cual se encargará de velar para que la calidad de las obras que se ejecuten cumplan con las especificaciones técnicas y de ingeniería mínimas requeridas”.

- Copia auténtica del otrosí número 1 al convenio No. 052-1999. Se destaca el siguiente clausulado:

“B) Que teniendo en cuenta los recursos disponibles, se acordó dividir el proyecto Segunda etapa del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de Riohacha en dos fases funcionales, la primera de las cuales se ejecutaría en el año 2.000 y la segunda en el año 2001; ésta última incluye un mayor alcance del proyecto, el que fue aprobado por el MINISTERIO. C) Que la fase I se ejecutó en el año 2.000 con aportes del MINISTERIO y del DEPARTAMENTO cubriendo éste último los aportes del MUNICIPIO para dar cumplimiento al pari-passu establecido (...).”

- Testimonio del señor Leonardo Uriana Pushaina.

“Sí, me llama para hacer unas declaraciones acerca del niño Luis Manuel Pushaina, sucedió el 3 de septiembre lunes, murió ahogado en una zanja que hicieron en el barrio donde vivimos, llovió el día domingo, el lunes él desaparece como a las 2:00 de la tarde, yo llegué con mi tía empezamos a buscar en todo el barrio, y no aparecía fuimos a la policía pusimos la denuncia y nos dijeron que esperaríamos el día siguiente haber si aparecía,

yo lo encontré como a las 6:00 de la mañana, boca abajo en la zanja que estaba hecha, no tenía cinta de seguridad yo pasé y lo encontré y lo reconocí por el pelo y el cuello de la camisa blanca que tenía puesta; la zanja tenía como tres metros de profundidad y lo saqué y me lo llevé para la casa, ya después que lo sepultamos llegaron y taparon la zanja como si nada había pasado y se fueron. PREGUNTADO. Diga la despacho (...) que usted se encuentra ligado a través de parentesco consanguíneo con la señora Narly Pushaina Uriana y demás grupos de personas que integran la parte demandante. CONTESTO: Sí yo soy sobrino de ella”.

- Copia auténtica del libro de bitácora correspondiente al mes de septiembre de 2001 correspondiente al contrato No. 241/2000. Cabe resaltar las siguientes anotaciones, las cuales inician desde el día 4 de septiembre de 2001:

“Sept – 04 - /001

En el día de hoy no se laboró en la obra por motivo de que se agotó la tubería.

Sept – 05 - /001

La interventoría deja constancia que no se está laborando en la obra, el contratista manifiesta que no le ha llegado la tubería. En las dos horas de la tarde se le hizo el recibimiento de obra a la tubería de 10”, 12”, 8”, 6”.

Sept – 06 - /001

En el día de hoy no se laboró en la obra por motivo de que la tubería no le ha llegado.

Nota: Nuevamente se le recuerda al contratista que es su responsabilidad mantener dentro de la obra la señalización preventiva necesaria con el fin de evitar cualquier tipo de accidentes que se puedan presentar, por lo tanto se le reitera nuevamente la colocación de la cinta preventiva en los sitios donde existan excavaciones abiertas.

Sept – 07 - /001

En el día de hoy no se realizó ninguna actividad en la obra por motivo de que la tubería no ha llegado.

Nota: Se le recuerda nuevamente al contratista que es su responsabilidad mantener dentro de la obra la señalización preventiva necesaria con el fin de evitar cualquier tipo de accidentes que se puedan presentar, por lo tanto se le reitera nuevamente la colocación de la cinta preventiva en los sitios donde existan excavaciones abiertas.

Sept – 08 - /001

En el día de hoy el contratista mandó a rellenar totalmente las excavaciones abiertas. La tubería no le ha llegado”.

- Concepto del antropólogo Weilder Guerra Curvelo acerca de la compensación

material en la sociedad Wayúu.

- Copia auténtica del libro de bitácora correspondiente al mes de septiembre de 2001 respecto del contrato No. 241/2000. Cabe resaltar las siguientes anotaciones, las cuales inician desde el día 12 de febrero de 2001:

Julio – 19 - /001

En el día de hoy se comenzó a laborar en la obra con la excavación e instalación de 26 mts de tubería G.R.P. de 42" se continuó colocando el hierro para el atraque; ancho de zanja 5,6 [ilegible].

Nota: La comunidad se ha venido quejando por las montañas de arena que tienen en la calle y la excavación donde se encuentran fundiendo el atraque de la tubería; ellos manifiestan que esto representa un peligro para los niños como para los grandes.

Julio – 21 - /001

En el día de hoy se comenzó a laborar en la obra con la excavación e instalación de la tubería de G.R.P., de 42" el contratista mandó a tapar la excavación que se encontraba abierta por el atraque de la tubería en el A 4036 el cual la gente se le quejaba; se continuó fundiendo el atraque del A 2080; se continuó haciendo las conexiones domiciliarias del acueducto (...).

Julio – 26 - /001

En el día de hoy el contratista comenzó a laborar en la obra con la excavación para sacar la tubería del acueducto de 3" con el tramo No. 518. Se continuó fundiendo cajas de inspección.

La interventoría le recuerda al contratista que no se deben tener excavaciones abiertas sin su señalización preventiva.

(...)

Julio – 30 - /001

Se le recuerda al contratista que es su responsabilidad mantener dentro de la obra la señalización preventiva necesaria con el fin de evitar cualquier tipo de accidentes que se puedan presentar. Por lo tanto se le reitera nuevamente la colocación de la cinta preventiva en los sitios donde existan excavaciones.

Se le hace notar a la interventoría que la cinta preventiva que se ha colocado alrededor de las excavaciones ha sido arrancada por las personas aledañas o circundantes a la obra en mención.

(...)

Agosto – 14 - /001

En el día de hoy el contratista realizó la siguiente actividad en su obra: se continuó con la fundición en concreto al atraque ubicado en el A 2620.

Nota: Se le recuerda al contratista que es su responsabilidad mantener dentro de la obra la señalización preventiva necesaria con el fin de evitar cualquier tipo de accidentes que se puedan presentar, por lo tanto se le reitera nuevamente la colocación de la cinta preventiva en los sitios donde existan excavaciones abiertas.

Agosto – 15 - /001

(...)

Nota: En el atraque ubicado en el delta A 4036 faltaron 4,50 m por fundir; razón por la cual no se pudo hacer por ser el terreno muy suelto, se formaba un ancho de zanja muy grande poniendo en riesgo las viviendas que se encuentran alrededor, el contratista decidió tapar la excavación y dejar ese atraque hasta donde quedó 23,3 ml y a la vez le hizo saber a la interventoría por medio de un oficio.

(...)

Agosto – 28 - /001

Se iniciaron labores con la fundición del pavimento en el A 2958; se terminó de fundir el atraque ubicado en el A 2937 con una longitud de 13,08 ml.

Nota: Se le recuerda al contratista que es su responsabilidad mantener dentro de la obra la señalización preventiva necesaria con el fin de evitar cualquier tipo de accidentes que se puedan presentar, por lo tanto se reitera nuevamente la colocación de la cinta preventiva en los sitios donde existan excavaciones abiertas.

(...)

Agosto – 31 - /001

En el día de hoy se iniciaron labores con la instalación de tubería novafort de 8" al tramo No. 517 se hizo la excavación para instalar el Manjol No. 2937
(...)

Sept – 01 - /001

En el día de hoy el contratista no laboró en la obra, en razón de que se agotó la existencia de tubería (...)

Sept – 03 - /001

En el día de hoy el contratista no laboró en la obra, en razón de que se agotó la existencia de tubería.

- Dictamen pericial rendido por los señores Francisco Márquez Deluque y Edgar Robles Toncel, del cual se desprenden las siguientes conclusiones:

“PREGUNTA 1:

Realizar un levantamiento topográfico con relación al sitio donde ocurrieron los hechos.

RESPUESTA:

Nosotros los peritos consideramos que no es técnicamente representativo hacer el levantamiento topográfico solicitado porque desde la fecha en que sucedieron los hechos a la fecha practicar el peritazgo las condiciones topográficas del terreno han cambiado considerablemente, ya que gran parte del lote donde se formaba la laguna ha sido rellenado, por unas construcciones que se están ejecutando en la actualidad y el resto del lote lo ocupaban materiales para la construcción de las mismas; además la calle por donde se instaló la tubería sufrió modificaciones al subir el nivel por causa del material sobrante de las excavaciones que le sirvió de relleno.

Para determinar el estado topográfico de los sitios donde ocurrieron los hechos. Recurrimos a la investigación de los planos fotográficos del Plan Maestro del Alcantarillado Sanitario del Municipio de Riohacha, obtenida esta información en las oficinas de Proyecto y Diseño de Estudios Técnicos y Construcciones (E.T.C. Ltda.) quienes tienen a su cargo la interventora (sic) de esta obra.

En las copias de los planos 1 de 4, planta y perfil que se anexan, entre los pozos 2728 y 2620 tramo del sitio donde ocurrió el hecho vemos en el perfil el área sombrada en rojo, que nos indica la zona inundable; lo cual nos da una visión más real del sitio en la fecha en que sucedieron los hechos.

(...)

PREGUNTA 3:

Determinen los Señores Peritos, si en el sector de la calle 11 con carrera 20 del Barrio José Antonio Galán, existe o no Alcantarillado Pluvial y si el mismo es necesario y por qué razón?

RESPUESTA:

1. En la dirección del Barrio mencionada en la pregunta no existe Alcantarillado Pluvial.

2. En este sitio, por desniveles, se nota que las aguas lluvias concurren a este lugar sin tener salida y por eso anegándolo; es necesario evacuar esta agua por medio de un Alcantarillado Pluvial, para evitar inundaciones en precipitaciones pluviométricas de intensidad moderada que produzcan daños a los moradores del sector.

PREGUNTA 4:

Que digan los señores peritos, si después de haber caído un torrencial aguacero, por más de 4 horas, es posible que hubiera causado inundaciones en los lugares aledaños al sitio donde había sido instalada y tapada la tubería del Barrio Galán.

RESPUESTA:

Si es posible porque hubiese causado inundaciones, porque en el sitio donde se estaba instalando la tubería no existe Alcantarillado Pluvial que permite la evacuación rápida de las aguas lluvias y las calles no tienen una buena superficie y desnivel que permitan la evacuación rápida de esa agua lluvia.

PREGUNTA 5:

Que determinen los Peritos si al encausar un volumen considerable de agua por una tubería que ha sido tapada provisionalmente en el lugar donde termina la tubería, esas aguas buscan o no salir por ese sitio.

RESPUESTA:

Toda agua encausada sale por el sitio más fácil, en el caso que nos ocupa, la existencia de agua en la tubería, a pesar de estar tapada provisionalmente, se debió al encausamiento que se le hizo a la zanja, como se aprecia en las fotos 1, 2 y 3 que anexamos, obtenidas de los informes de investigación, ejecutada para evacuar la zona inundable adyacente, y esta agua se acumuló en la tubería y no pasó por los desniveles que presenta ésta según los perfiles en el pozo 2751 donde sucedió el hecho la cota clave es 3.24 y a 295 metros aproximadamente está la misma cota clave, lo que nos lleva a determinar, que por el principio de vasos comunicantes los puntos tienen la misma presión, por lo tanto el mismo nivel y el agua no podía seguir sino que se acumuló en la entrada donde abrieron la zanja para que evacuara.

PREGUNTA 6.

Qué consecuencias pueden producir grandes precipitaciones de aguas lluvias teniendo en cuenta los niveles y condiciones del terreno en una zona urbana subnormal, carente de colectores y redes para la conducción de aguas lluvias.

RESPUESTA:

En zonas urbanas subnormales con terrenos de bajo nivel y carente de salida de las aguas lluvias, bien sea por desnivel natural o por falta de sistema de Alcantarillado Pluvial, producen inundaciones cuando se presentan precipitaciones de moderada y alta intensidad.

Las inundaciones traen como consecuencia daños materiales, enfermedades y hasta pérdidas de vidas humanas especialmente en la población infantil”.

- Certificación del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, a través del cual se hizo constar lo siguiente:

“Que el comportamiento diario de la precipitación, durante el período comprendido entre el 25 de agosto y el 5 de septiembre de 2001, con base en la información obtenida en la estación meteorológica aeropuerto

Almirante Padilla – Riohacha (coordenadas geográfica 11° 32' de latitud norte, 72° 56' de longitud oeste, elevación: 4 metros), fue el siguiente:

*ESTACION AEROPUERTO ALMIRANTE PADILLA
PRECIPITACION (mm)
AGOSTO-SEPTIEMBRE DE 2001*

DIA	SEP
01	0.0
02	48.9
03	0.0
04	0.0
05	0.0

Un milímetro (mm) de precipitación equivale a un litro de agua por metro cuadrado de superficie o a diez (10) metros cúbicos de agua por hectárea”.

5. Los recursos presentados por el Departamento de la Guajira, el Municipio de Riohacha y la parte demandante.

Por razones de metodología, de conformidad con los recursos de apelación presentados por la parte demandante y el Departamento de la Guajira, la Sala se ocupará de estudiar la participación de la víctima en los hechos ocurridos con el fin de determinar si en el presente caso hay lugar a la configuración de una causa de exoneración de responsabilidad, una concausa o una responsabilidad completa de los entes demandados.

Posteriormente, la Sala se ocupará de analizar el argumento propuesto por el Departamento de la Guajira consistente en que debe ser el contratista el único ente responsable en el presente asunto y las razones de inconformidad alegadas por el Municipio de Riohacha.

6. La participación de la víctima en los hechos materia del presente proceso.

Para el Departamento de la Guajira estaba probada la culpa de los padres del menor fallecido, puesto que el mismo debía encontrarse bajo la protección y cuidado de sus progenitores, teniendo en cuenta la temporada de invierno que se venía presentando en la zona, de manera que no había lugar a declarar la responsabilidad de los demandados, al probarse la configuración de una causa de exoneración de responsabilidad.

De igual forma expuso que resultaba contrario a Derecho que el Departamento se viera obligado a responder “*por las consecuencias de un hueco que un contratista o vecinos de una obra que se ejecuta por su cuenta hicieron y que por lluvia se llenó de agua y al cual fue a caer un niño de sólo cinco años por descuido de sus padres. No, sinceramente, creo que no es justo derivarle responsabilidad alguna a mi procurado, muy especialmente si la propia ley lo facultaba para pactar con el contratista, como efectivamente lo hizo, que éste respondería por los riesgos que implicara ejecución de las obras*”.

De conformidad con lo anterior, si bien las argumentaciones del impugnante no son del todo claras, para la Sala el recurso de apelación del Departamento de la Guajira se encuentra dirigido a que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto considera que se demostró que en el presente caso la configuración de una causal de exoneración de responsabilidad consistente en la falta de cuidado de los padres en relación con el menor fallecido.

Por su parte, el demandante alegó que no se habían probado los supuestos de hecho que darían lugar a declarar la concausa, en la medida en que no se acreditó que el menor se encontraba sólo al momento en que ocurrió el fatal accidente, al tiempo que no era cierto, como lo afirmó el Tribunal *a quo*, que ese día se encontraba lloviendo.

Para resolver las anteriores argumentaciones, resulta pertinente realizar algunas consideraciones en relación con el régimen aplicable al presente asunto.

6. El título jurídico de imputación aplicable a los eventos en los cuales se examina la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la producción de daños derivados de la ejecución de obras públicas.

La jurisprudencia reiterada de la Corporación ha sostenido lo siguiente, cuando se trata de la producción de daños originados por la ejecución de obras públicas:

*“Tratándose de la ejecución de obras públicas la jurisprudencia ha manejado distintos regímenes de responsabilidad según sea la calidad de la víctima que sufre el daño, el operador, es decir la persona que ejecuta la obra, el usuario o el tercero, bajo el entendido que si se trata del operador que ejecuta una obra pública en beneficio de la administración, el régimen aplicable sería el de la responsabilidad subjetiva bajo el título de imputación de la falla del servicio. **En cambio, por regla general, un tratamiento***

distinto operó si la víctima del daño era el usuario o el tercero, porque en estos casos el régimen adecuado sería el de la responsabilidad objetiva, y en este escenario, en algunas oportunidades privilegió el título de imputación del riesgo creado y en otros casos habló del daño especial por el rompimiento del principio de igualdad antes las cargas públicas.

La Sala en sentencia de 8 de noviembre de 2007¹⁰, sostuvo que la calificación de una actividad como “peligrosa” tiene incidencia para establecer el criterio de imputación aplicable en relación con los daños que se deriven de la misma, distinguiendo entre quienes ejercen la actividad y los terceros ajenos a ésta. En el primer caso, cuando quien ejerce una actividad peligrosa sufre un daño originado en ésta, la decisión sobre el derecho a ser indemnizado debe gobernarse en desarrollo de la tesis de la falla del servicio prestado”¹¹.

De conformidad con lo anterior, el título objetivo de imputación es el que en principio resulta aplicable, en relación con los daños causados a terceros durante la ejecución de una obra pública, evento en el cual:

“[A]l actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima”¹².

De igual manera, resulta pertinente reiterar lo afirmado por la Sala Plena de la Sección Tercera en sentencia del 19 de abril de 2012¹³, en torno a la aplicación de los títulos de imputación decantados por la jurisprudencia; en la providencia en comento se consideró:

“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

¹⁰ Sentencia de 8 de noviembre de 2007, Expediente 15967. Consejero Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2009. Expediente 16689. MP: Myriam Guerrero de Escobar.

¹² Sentencia de 14 de junio de 2001, exp. 12.696; Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; sentencia de abril 27 de 2006, exp. 27.520; Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2012, Exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

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”.

En relación con los presupuestos necesarios para la configuración de las denominadas causales de exoneración de responsabilidad, la Sala ha dicho:

“Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad - fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- constituyen eventos que dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, se insiste, 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. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que proceda admitir su configuración: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad respecto del demandado, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido lo siguiente:

“En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en 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—.

Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable, como lo indica la doctrina:

«La imposibilidad de ejecución debe interpretarse 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»¹⁴.

En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia"¹⁵, toda vez que "[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación"¹⁶, entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.

Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de "imprevisto" de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil¹⁷ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual "[I]mprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia"¹⁸. La recién referida acepción del vocablo "imprevisible" evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.

No está de más señalar, en cualquier caso, que la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concorra la culpa del demandado, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento culposo y no al advenimiento del anotado

¹⁴ Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, *Les responsabilites*, Bruselas, 1981, p. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 19.

¹⁵ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 noviembre de 1989, *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, Bogotá, Legis, p. 8.

¹⁶ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 mayo de 1936, *Gaceta Judicial*, tomo XLIII, p. 581.

¹⁷ Nota original en la sentencia Citada: Cuyo tenor literal es el siguiente: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

¹⁸ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, *Gaceta Judicial*, tomo CLXV, p. 21.

suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente.

Así pues, 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. En la dirección señalada marcha, por lo demás, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha matizado la rigurosidad de las exigencias que, en punto a lo "inimaginable" de la causa extraña, había formulado en otras ocasiones:

(...)

Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado 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 resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración —al menos con efecto liberatorio pleno— de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual 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 accionada¹⁹.

Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, 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 respecto de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima no sólo sea causa del daño, sino que constituya 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

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente No. 16.530.

rebajada en proporción a la participación de la víctima^{20,21}.

Con todo, la configuración del hecho exclusivo de la víctima como eximente de responsabilidad no se edifica única y exclusivamente o por sí sola, en el incumplimiento de normas jurídicas por más reproche que esto merezca, puesto que, para que ello sea así, se reitera, se requiere probar que la conducta de la víctima sea tanto la causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir que se trate de la causa adecuada, al tiempo que se impone acreditar su irresistibilidad, su imprevisibilidad y su exterioridad respecto del demandado.

En el presente caso se desconocen las circunstancias específicas de ocurrencia del accidente materia de este proceso, dado que ninguno de los testigos estuvo presente en el momento exacto en que ocurrió el fatal suceso, motivo por el cual no es posible establecer la participación del menor en el accidente sufrido y con ello si la conducta de la víctima fue finalmente la causa adecuada del daño, ausencia probatoria que impide tener por configurada la ocurrencia de una causa extraña alguna, en especial del hecho exclusivo de la víctima.

Se agrega, además, como ya se expuso, que para que opere alguna causa de exoneración de responsabilidad –incluidas por su puesto la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero-, en el supuesto de hecho correspondiente no debe concurrir la culpa del demandado –entiéndase en el presente caso una falla en el servicio-, puesto que, en este caso, los efectos dañinos del fenómeno respectivo resultarán atribuibles a su comportamiento culposos y no al advenimiento del anotado suceso.

En este caso, como lo indicó el Tribunal *a quo* –afirmaciones que no fueron controvertidas por los impugnantes y que encuentran sustento en el abundante material probatorio que hace parte del encuadramiento- hubo un incumplimiento en el deber de adoptar las medidas necesarias, suficientes y eficaces para advertir

²⁰ En la anotada dirección, ha sostenido la Sala: “El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva “consigo 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 culposos 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. Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, pags. 332 y 333”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo dos (02) de dos mil siete (2007); Expediente número: 190012331000199800031 01; Radicación: 24.972.

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de mayo de 2009. Expediente. 17196.

a las personas acerca del riesgo y peligro que implicaba la construcción de la obra objeto del contrato No. 241 de 2000.

Ciertamente, existe prueba de los riesgos que representaba la construcción del alcantarillado objeto del acuerdo contractual antes referenciado, puesto que había necesidad de realizar excavaciones en un terreno que por sus condiciones y características era fácilmente anegable ante las lluvias que se presentaran, lo cual generaba, en consecuencia, que las aludidas excavaciones se inundaran. Asimismo existe constancia de que a pesar del peligro al cual se hizo referencia, no se tomaron las medidas necesarias, adecuadas y suficientes para advertir a la comunidad acerca de estas circunstancias, a pesar de que, de manera reiterada, se instó para que se adoptaran.

Prueba de lo anterior lo constituyen las siguientes piezas procesales:

- Oficio No. IT-ARLI-006 del 21 de abril del 2001, suscrito por la firma interventora del Contrato No. 241 de 2001.
- Oficios de fecha 15 de agosto de 2001, suscritos por la Personera Municipal de Riohacha.
- Oficio No. 138 del 23 de agosto del 2001 suscrito por el Secretario de Infraestructura y Transporte Municipal del Municipio de Riohacha.
- Anotaciones de la Bitácora de fechas: julio 19, 26 y 30, agosto 14, 15, 28 y, aún después de ocurrido el accidente, las anotaciones de fecha 5 y 7 de septiembre.
- Testimonio del señor Wilmer Iguarán Ipuana.

Así las cosas, se concluye que en el presente caso no se dan los presupuestos que configuren la culpa exclusiva de la víctima, ni el hecho de un tercero, como causa de exoneración de responsabilidad de los entes demandados.

En el mismo sentido tampoco hay lugar a declarar la existencia de una concausa, en la medida en que no se dan los requisitos para ello.

En relación con la figura de la concausa, esta Sección del Consejo de Estado ha

sostenido que el comportamiento de la víctima que habilita al juzgador para reducir el *quantum* indemnizatorio (art. 2.357 Código Civil²²) es aquel que contribuye, **de manera cierta y eficaz**, en la producción del hecho dañino, es decir cuando la conducta de la persona participa en el desenlace del resultado, habida consideración de que la víctima **contribuyó realmente** a la causación de su propio daño²³. Al respecto la Sala ha señalado:

“b.4. Como para el Tribunal la conducta de la víctima tuvo participación eficiente, más no única, en la producción y para los demandantes ello no es así jurídicamente, se estudiará con mayor precisión ese punto, porque de ser así como lo concluyó el a quo habría lugar a que en la apreciación del daño éste estuviera sujeto a reducción. Al respecto el Código Civil enseña: “Artículo 2.357. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

*Sobre este particular la Sala precisa que el comportamiento de la víctima que habilita al juzgador para reducir el quantum indemnizatorio, como lo señala el citado artículo 2.357 Código Civil, es el que contribuye en la producción del hecho dañino (concausa); es decir, cuando la conducta de la persona dañada participa de manera cierta y eficaz en el desenlace del resultado fatal. Se hace esta afirmación en atención a que no es de recibo a términos del artículo 90 de la Constitución Política, reducir los alcances de la cláusula general de cobertura de responsabilidad, so pretexto de meras conductas culposas, que no tienen **incidencia causal** en la producción del daño, pues por esa vía se reduciría el sentido y el alcance del valor normativo, contenido en dicho precepto constitucional. Téngase en cuenta que tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado, una vez configurados los elementos estructurales de ésta - **daño antijurídico, factor de imputación y nexo causal** -, la conducta del dañado solamente puede tener relevancia como factor de aminoración del quantum indemnizatorio, a condición de que su comportamiento tenga las notas características para configurar una **co causación del daño**. En esta dirección puede sostenerse que no es de recibo el análisis aislado o meramente conjetural de una eventual imprudencia achacable a la víctima, si la misma no aparece ligada co - causalmente en la producción de la cadena causal.*

*Bien se ha dicho sobre el particular que la reducción del daño resarcible, con fundamento en el concurso del hecho de la víctima, responde a una razón de ser específica, cual es que la víctima haya contribuido realmente a la causación de su propio daño, caso en el cual esa parte de perjuicio **no deviene antijurídico** y por ende no tiene la virtud de poder ser reconducido al patrimonio de quien se califica de responsable. Por consiguiente, cuando hay derecho a la disminución, ésta ha de analizarse en función de la **relación de causalidad**, que es el ámbito propio en donde tiene operancia dicho elemento **con causal** y no en el denominado plano de la*

²² “Artículo 2357. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

²³ Sentencias del 13 de septiembre de 1999, exp. 14.859, del 10 de agosto de 2005, exp. 14.678. M.P. María Elena Giraldo Gómez y del 17 de marzo de 2010, exp. 18.567.

*compensación de culpas*²⁴.

En el presente caso, se reitera, dado que se desconocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrió el accidente y, con ello, resulta imposible establecer si la participación de la víctima resultó cierta, eficaz y determinante en la producción del daño, no hay lugar a declarar la concausa para efectos de reducir el *quantum* indemnizatorio.

En el mismo sentido, comoquiera que no son claras las condiciones en las cuales sucedió el accidente, tampoco hay lugar a reducir el monto de la indemnización que se va a reconocer a favor de la señora Narly del Carmen Pushaina, por el supuesto incumplimiento de sus deberes de custodia y cuidado en relación con su hijo, dado que tal circunstancia no fue probada en el proceso, carga que, por demás, le correspondía a la parte demandada.

Se agrega, además, que contrario a lo expuesto por el Departamento de la Guajira, en el presente caso no era predicable una conducta "*especial*" de protección por parte de los padres respecto del menor fallecido, teniendo en cuenta que ellos conocían del peligro que involucraba la obra que se estaba desarrollando, comoquiera que fue de tal entidad y prolongación el descuido de la entidad demanda en relación con adopción de las medidas necesarias, adecuadas y eficientes de precaución y seguridad de la construcción, que hay lugar a concluir que la comunidad afectada se acostumbró de tal forma a esas condiciones, que desafortunadamente la construcción se tornó en un "*paisaje*" *normal y natural* del entorno físico del sector para sus habitantes.

Ciertamente, según consta en el expediente, la obra consistió principalmente en la realización de excavaciones "al borde" de las viviendas, circunstancia que pesar de constituir un peligro inminente como se advirtió en varios oficios suscritos por la interventoría del contrato, el Municipio de Riohacha y la Personería Municipal, lo cierto es que no se adoptaron las medidas que se requerían, situación que al prolongarse en el tiempo, sin duda alguna, determinó que la comunidad se acostumbrara y asumiera en su cotidianidad los peligros inherentes a la obra en cuestión, a tal punto que el diario vivir, entre eso, el juego de los niños, la entrada y salida de las personas de sus viviendas, el tránsito por las calles, tuvo que

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2002. Expediente: 13050. MP: María Elena Giraldo.

ajustarse al peligro cierto e inminente generado por el desarrollo de la construcción en comento.

Así las cosas, la circunstancia de que los pobladores “*conocieran*” los peligros que representaba la obra, de manera alguna puede considerarse como una situación que pudiere dar lugar a reducir el monto de la indemnización a favor de la madre de la víctima, comoquiera que un argumento en ese sentido implicaría el traslado de las consecuencias negativas de la materialización de un riesgo a una persona que en principio no contribuyó a la producción de ese peligro.

En este sentido, no podía exigírsele a la madre una conducta de custodia y protección diferente a la que -en las condiciones en las que se vio obligada a vivir y convivir de conformidad con el panorama impuesto por la obra materia de la presente discusión y de acuerdo con las mismas costumbres, creencias y comportamientos que se derivan de su propia cultura- finalmente desplegó en el presente caso o, por lo menos, en el expediente no hay constancia de una falta de tal entidad que desconociera los deberes mínimos y esenciales que se deben predicar de un padre respecto de su hijo, más aún cuando el riesgo se produjo por un actuar negligente y por completo ajeno a los ahora demandantes.

Ahora bien, dado que en este caso hay lugar a condenar de manera total, esto es sin que haya lugar a la reducción del monto indemnizatorio, la Sala estudiará los argumentos propuestos por el Municipio de Riohacha y el Departamento de la Guajira, tendientes, el primero, a que la responsabilidad debe atribuírsele al Departamento y, el segundo, a que la indemnización debe ser asumida únicamente por el contratista.

La responsabilidad del Municipio de Riohacha.

Ese ente territorial expuso que en los términos de la Ley 80 de 1993 la labor de vigilancia y control de la contratación le corresponde a la entidad contratante, en este caso al Departamento de la Guajira, razón por la cual era este último el llamado a responder patrimonialmente por el daño ocasionado.

Para la Sala está probada la suscripción de un convenio administrativo entre el Ministerio de Desarrollo Económico –hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo- el Departamento de la Guajira y el Municipio de Riohacha, cuyo objeto

fue el de *“aunar esfuerzos para llevar a cabo la ejecución del proyecto SEGUNDA ETAPA DEL PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE RIOHACHA”*.

No obstante, para el caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, si bien las obras con ocasión de cuya ejecución sucedió el fatal accidente encontraron fundamento en el aludido convenio, lo cierto es que, como también está probado en el proceso, tales obras fueron contratadas, de manera única y exclusiva, por el Departamento de la Guajira, ente público que también tuvo a su cargo, además, la contratación de la empresa que cumplió, finalmente, las labores de interventoría.

Así las cosas, se encuentra que el Municipio de Riohacha no tuvo injerencia alguna –o por lo menos esa participación no se encuentra probada- en el procedimiento administrativo de licitación pública, en la suscripción, el perfeccionamiento, la ejecución y/o la interventoría del Contrato No. 241 del 2 de noviembre de 2000, motivo por el cual, en los términos de la Ley 80 de 1993 – artículos 4, 12, y 14-, al Departamento de la Guajira le correspondía ejercer las labores de control y vigilancia en la actividad contractual por ella emprendida.

Con todo, hay constancia de que el Municipio de Riohacha realizó actuaciones tendientes a advertir al Departamento de la Guajira de los peligros que representaba la obra que se venía ejecutando, tal como lo evidencia el oficio No. 138 del 23 de agosto del 2001, motivo por el cual no hay motivo alguno para atribuirle el hecho dañoso al citado demandado.

De conformidad con lo anterior, el Municipio de Riohacha no está llamado a responder por la condena que mediante la presente providencia se impondrá.

La responsabilidad del Departamento de la Guajira.

Para el Departamento demandado, comoquiera que la dirección, administración y control de la obra en la cual sucedió el accidente, estaba a cargo de la sociedad I.C.G. Ltda., dicho contratista era el llamado a responder por el daño alegado en la demanda.

Al respecto, de tiempo atrás la jurisprudencia del Consejo de Estado ha puntualizado que es posible imputar a las entidades estatales el daño causado por

el hecho de sus contratistas, puesto que se tiene suficientemente establecido y jurisprudencialmente averiguado que cuando la Administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra a través de la cual va a prestar un servicio público, es tanto como si la referida entidad la ejecutara directamente.

En este sentido, la Sala ha manifestado:

“De tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha venido reiterando la posibilidad de imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, en el entendido de que la actividad realizada por éstos en ejecución de convenio celebrado con una entidad pública, debe ser analizada como si hubiere sido desplegada directamente por ésta a efectos de establecer si debe deducirse responsabilidad extracontractual al Estado.

En tal sentido, ya desde la sentencia proferida el 9 de octubre de 1985²⁵, esta Corporación expresó:

«Fueron unánimes tanto la doctrina extranjera como la nacional, así como la jurisprudencia, en sostener que el trabajo no dejaba de ser público por el hecho de que lo ejecutara un contratista particular a nombre de la entidad pública. En sentencia de 20 de marzo de 1956, esta Corporación destacó entre los elementos tipificantes de esos trabajos públicos que éstos fueran efectuados por cuenta del Estado, "ya directa o indirectamente" y que el trabajo tuviera una finalidad de interés público o social.

No tendría sentido alguno la afirmación de que cuando esa indemnización se refiera a daños en la propiedad inmueble o a su ocupación transitoria, la persona responsable pueda ser la entidad pública así haya ejecutado directamente el trabajo o a través de un contratista suyo, pero cuando la lesión recaiga en otros derechos de mayor significación (la vida o la integridad personal, por ejemplo) sólo responde por lo que haga directamente. Lo planteado carecería de significación ética. Además, donde existe la misma razón debe existir similar disposición, según enseña una regla de interpretación racional.

Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; sentencia de octubre nueve (9) de mil novecientos ochenta y cinco (1985); Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Referencia: Expediente N°. 4556; Actora: Gladys Mamby de Delgado.

el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del cocontratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.

En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las personas vinculadas a su servicio.

Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a éstos» (subrayas fuera del texto original)^{26,27}.

Bastan las anteriores consideraciones, que aquí se acogen y reiteran, en cuanto la ejecución del “Plan Maestro del Alcantarillado Sanitario de Riohacha – Construcción Línea de Impulsión Primera Fase”, constituyó objeto contractual pactado por el Departamento de la Guajira, por encontrarse dentro de sus funciones y obligaciones como entidad pública para beneficio de la colectividad y en aras de la satisfacción del interés general, el hecho de que esa tarea hubiere estado a cargo de particulares y no directamente de servidores públicos de la planta de personal de la Entidad Territorial demandada, no deja de hacer responsable al Estado por los daños antijurídicos que se causen a raíz de la

²⁶ En similar dirección puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de trece (13) de febrero de dos mil tres (2003); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 66001-23-31-000-1994-2605-01(12654); Actor: María Luciola Montenegro Calle y otros; Demandado: Municipio de Pereira.

²⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de junio de 2007. Expediente: 16089.

construcción de las obras públicas en dichas condiciones materializadas, puesto que la referida ejecución fue acometida por cuenta del Departamento en mención.

Así las cosas, se concluye que no hay lugar a excluir al Departamento de la Guajira de la condena que mediante esta providencia se va a proferir.

7. Indemnización de perjuicios.

Acerca de los daños causados por la muerte de una persona, resulta necesario precisar que con la simple acreditación de la relación de parentesco mediante los respectivos registros civiles de nacimiento, se presume que tanto los padres como los hermanos del occiso sufrieron un perjuicio de orden moral. Igual presunción resulta aplicable en relación con aquellas personas que acuden al proceso en calidad de esposo(a) o compañero(a) permanente de la víctima. En efecto, la simple acreditación de tal circunstancia, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos, nietos, esposos o compañeros permanentes, cuando alguno de estos hubiere fallecido o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política²⁸ y de las máximas de la experiencia, es posible inferir que los actores en el presente caso han sufrido el perjuicio por cuya reparación se demanda.

En efecto, es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando se produce la muerte de un ser querido; asimismo, la tasación de este perjuicio, de carácter extrapatrimonial, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual el juzgador, con fundamento en su prudente juicio, debe establecer, en la situación concreta, el valor que corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y gravedad de la aflicción y sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso.

En este caso, se encuentra acreditada la muerte del menor Luis Manuel Pushaina Uriana, todo lo cual produjo a los demandantes, sin duda, una afección moral que

²⁸ *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”.*

debe ser indemnizada.

Según los registros civiles de nacimiento que obran en copia auténtica en el proceso (fls. 36 a 38 c 1º), se tiene establecido que la señora Narly del Carmen Pushaina era la madre del occiso y la señora Sharon Maile Pushaina Uriana era la hermana de la víctima, circunstancias que permiten la aplicación de la presunción de ocurrencia de este tipo de perjuicios, tratándose de los parientes cercanos de la víctima.

En cuanto al monto de la reparación de este tipo de perjuicios, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación²⁹ y según lo expuesto con anterioridad, en el sentido de que no hay lugar a reducción alguna en la suma que se impondrá a título de indemnización, se reconocerá la suma equivalente a 100 SMLMV para la madre y 50 SMLMV para la hermana.

En relación con el argumento de la parte demandante, según el cual la circunstancia de que los registros civiles de los demás demandantes, a través de los cuales se pretendía demostrar la calidad en la que acudían al proceso, no era óbice para reconocer los perjuicios solicitados, en la medida en que el Tribunal debió ejercer sus facultades oficiosas para recaudar tales medios probatorios, para la Sala resultan pertinentes las siguientes consideraciones:

De conformidad con el artículo 177 del C. de P. C., le corresponde a la parte probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ella persigue, lo cual quiere indicar, en lo que a la prueba documental se refiere, que le incumbe a la parte interesada satisfacer la carga probatoria en el proceso, para cuyo efecto le corresponde allegar con la demanda los documentos que se encuentren en su poder o solicitar que éstos sean incorporados al expediente, en caso de que se encuentren en poder de su contraparte o de un tercero, so pena, precisamente, que tal omisión le impida hacer valer el derecho sustancial pretendido.

Claro está, dicho aporte o solicitud para el decreto o práctica de aquellos medios probatorios, debe realizarse dentro de las oportunidades procesales y con los requisitos que taxativamente el código contempla, de tal manera que si en los momentos en que la ley lo habilita se dejan de aportar o solicitar los respectivos

²⁹ Ver entre otras, Sentencia del 24 de marzo de 2011. Expediente: 19032.

medios probatorios o, aún habiéndose allegado, no se hace con *las formalidades o presupuestos necesarios para su valoración o eficacia probatoria*, no se podrá ejercer esta facultad en situaciones posteriores que la ley no permite, en la medida en que éstas etapas son preclusivas, de acuerdo con los artículos 118 y 184 del C. de P. C., a cuyo tenor:

*“Artículo 118.- **Perentoriedad de los términos y etapas procesales.** Los términos y oportunidades señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario.”* (Subrayas fuera del texto).

Por su parte, en lo que en materia probatoria se refiere:

*“Artículo 184.- **Modificado. D.E. 2282/89, art. 1° num. 90. Oportunidad adicional para la práctica de pruebas a instancia de parte y preclusión.** Si se han dejado de practicar sin culpa de las partes que las pidió, el término señalado para tal efecto se ampliará a petición de aquella, hasta por otro igual que se contará a partir de la notificación del auto que así lo disponga. Vencido el término probatorio o el adicional en su caso, precluirá la oportunidad para practicar pruebas y el juez deberá, so pena de incurrir en falta disciplinaria respectiva, disponer sin tardanza el trámite que corresponda.”*

De manera que sólo durante ciertas etapas previstas taxativamente en la ley, se permite que las partes puedan aportar o solicitar medios probatorios, los cuales en la medida en que reúnan los requisitos necesarios, puedan ser decretados y practicados por el juez competente para que sean incorporados al expediente, de manera que por fuera de estas etapas, resulta improcedente que las partes alleguen, soliciten o modifiquen esos medios de acreditación –incluyendo su mérito probatorio– dado que la oportunidad se encontrará precluida –principio de comunidad de la prueba–, sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de desistir de las mismas en los términos del artículo 344 del C. de P. C.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, hay lugar a concluir que si se pretendía acreditar la legitimación por activa de aquellas personas que acudieron al proceso en condición de demandantes, ellos debieron aportar o solicitar como prueba el recaudo de los documentos idóneos a través de los cuales se pudiere acreditar dicha calidad dentro de la oportunidad procesal prevista para ello en primera instancia, esto es como anexo a la demanda o como solicitud de prueba en el mismo escrito, sin embargo, la parte actora dejó transcurrir dicho término sin

realizar las labores necesarias para obtener que se incorporen al proceso los registros civiles de los demás demandantes que pretendieron acudir al proceso en calidad de parientes cercanos de la víctima, por lo cual resulta evidente que tales demandantes dejaron que la oportunidad contemplada por la ley para estos efectos precluyera, siendo improcedente, por ello, que se pida su incorporación en segunda instancia –como en su momento lo advirtió esta Corporación- y mucho menos que se pretenda trasladar esa carga al juez de conocimiento invocando para ello sus facultades oficiosas en materia probatoria.

Finalmente, tampoco reposa en el expediente prueba alguna que permita tener a los aludidos demandantes como directos damnificados.

8. Condena en costas.

Comoquiera que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A :

PRIMERO: Modifícase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de la Guajira, el día 10 de julio de 2003, la cual quedará así:

“1. Declarar administrativamente responsable en forma solidaria al Departamento de la Guajira y a la sociedad I.C.G., Limitada, de la muerte del menor Luis Manuel Pushaina Uriana, ocurrida el día 3 de septiembre de 2.001, en la ciudad de Riohacha, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.

2. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, CONDENAR en forma solidaria al Departamento de la Guajira y a la sociedad I.C.G., Limitada, a pagarle a la señora Narly del Carmen Pushaina Uriana en condición de madre de la víctima cien salarios mínimos legales mensuales y cincuenta salarios mínimos legales mensuales para su menor hija Sharon Maile Pushaina Uriana, de conformidad con las consideraciones de esta

providencia..

3. DENEGAR las demás súplicas de la demanda.

4. Sin condena en costas.

5. Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

7. Expídanse a la parte actora las copias auténticas de esta sentencia con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil”.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ CARLOS ALBERTO ZAMBRANO
BARRERA.**