

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio. Muerte de una mujer en caja de aguas lluvias en el municipio de Ibagué / FALLA DEL SERVICIO - Omisión en la prestación del servicio de alcantarillado / FALLA DEL SERVICIO - Falta de atención en las normas de derecho urbanístico por cuenta de los municipios

Está probado que la administración no había colocado avisos que advirtieran que ese costado tuviese prohibido el tránsito peatonal, u ofendículos que impidieran que los habitantes del barrio Piedra Pintada transitaran por allí. (...) Destaca además la Sala, que la administración con posterioridad al accidente en el que la señora ALFARO DE MEJÍA perdió la vida, colocó barandas en el sitio donde ocurrió el infortunio. (...) Ahora bien, en cuanto atañe (...) [a] la pretendida imprudencia de la víctima por no utilizar otras alternativas de ingreso a su domicilio, (...) Los anteriores medios probatorios muestran con claridad (...) que existían para la víctima dos alternativas para lograr el punto de intersección entre la calle 48 con la avenida el Jordán, punto necesario para el ingreso al barrio piedra pintada, donde habitaba (...) Pese a existir estas dos posibilidades no puede endilgársele culpa alguna a la señora Alfaro de Mejía, por cuanto aún tomando la otra vía, la víctima habría tenido que saltar la misma cuneta en la que cayó. En efecto si hubiese tomado esta segunda opción, la persona fallecida necesariamente habría tenido que enfrentar la corriente de agua que la arrastró, en el punto de intersección de la calle 48 con la avenida El Jordán, lugar obligado de ingreso, como se dejó consignado en la inspección judicial practicada, y en el que se dejó constancia que la cuneta no se encontraba canalizada. Lo anterior evidencia que la conducta de la víctima no fue determinante para la ocurrencia del hecho dañoso que le causó la muerte. (...) La Sala estima conveniente determinar que la declaratoria de responsabilidad que se confirmará respecto de las dos entidades demandadas, no tiene únicamente su fuente en la falla en la prestación del servicio de alcantarillado, sino que primeramente se evidencia una falla del municipio en las normas de derecho urbanístico, como pasa a explicarse. (...) La ley 388 de 1997, vigente para la época en que ocurrieron los hechos, en su artículo 3º dispone entre los fines de la Función Pública del Urbanismo: “1. Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructura de transporte y demás espacios públicos... “ 3. Propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades (...) De otra parte, la misma ley en su artículo 8º dispone que los municipios, para el cumplimiento de la Función Pública del urbanismo, deben adelantar la correspondiente acción urbanística y describe entre otras acciones de este tipo: 2. Localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte los servicios públicos domiciliarios...”. Acciones que conforme al parágrafo del mismo artículo: “deberán estar contenidas o autorizadas en los planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que los desarrollen o complementen, en los términos previstos en la presente ley”. (...) La Sala, hace énfasis en que la planificación de la infraestructura vial, supone que la misma sea realizada pensando en que el desarrollo urbano resulte amable al usuario, destinatario final de tal planificación; de forma tal que se permita una serena convivencia de los ciudadanos con su entorno. (...) En el sub lite se evidencia que existen unas vías que resultan agresivas y peligrosas para los habitantes del barrio “Piedra Pintada”, como quiera que estas personas son dejadas por los vehículos de transporte público en sitios que constituyen un grave riesgo para sus vidas. En efecto, la pendiente que tiene la avenida El Jordán ocasiona, en momentos que se presentan lluvias, aunque estas no sean las más intensas, como ocurrió el 26 de febrero de 2000; una fuerte escorrentía, la misma que arrastró el cuerpo de la señora GEORGINA ALFARO DE MEJÍA, ocasionándole la muerte.

PERJUICIOS POR VIOLACION A LA PROTECCION DE BIENES CONSTITUCIONALES O CONVENCIONALES - Perjuicio de carácter extrapatrimonial. Reconocimiento / PERJUICIOS POR VIOLACION A LA PROTECCION DE BIENES CONSTITUCIONALES O CONVENCIONALES - Reconocimiento. Caso de muerte de una mujer en caja de aguas lluvias en el municipio de Ibagué / PERJUICIOS POR VIOLACION A LA PROTECCION DE BIENES CONSTITUCIONALES O CONVENCIONALES - Por vulneración de la garantía a la libre locomoción / DERECHO A LA LIBRE LOCOMOCION - Deber de reparar cuando se vulnera la protección de bienes constitucionales o convencionales

Sin desconocer que en el sub judice se resuelve una pretensión particular; en cumplimiento de la reparación integral en su manifestación de garantía de no repetición del daño, y ante la evidencia de la violación a bienes constitucionales de la víctima; advierte la Sala que esta Corporación ha reconocido, junto al perjuicio moral, otro perjuicio extrapatrimonial, denominado protección de bienes constitucionales o convencionales, cuando los hechos dan cuenta que se han violado garantías constitucionales fundamentales. (...) En el caso sub judice la Sala observa que a la víctima se le vulneró la garantía a la libre locomoción consagrada en el artículo 24 de la Constitución Política (...) Conforme con lo anterior, esa garantía no se cumple cuando pese a que las personas formalmente no se les impide su libre circulación, se les obliga a transitar por vías públicas que esconden verdaderas emboscadas para sus transeúntes, como le ocurrió a la señora GEORGINA ALFARO DE MEJIA. (...) Se debe precisar que este perjuicio no tiene relación alguna con el sufrimiento que fue reconocido en el daño moral, lo que aquí se indemniza es la vulneración de estos derechos fundamentales, que por mandato constitucional el Estado colombiano está obligado a proporcionarles y que por su omisión dejó de hacerlo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 24

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medida de reparación no pecuniaria. Caso de muerte de una mujer en caja de aguas lluvias en el municipio de Ibagué / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Medida de publicación de avisos que adviertan peligrosidad del canal de aguas lluvias / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Medida de construcción de una estructura que conduzca las aguas en forma subterránea / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Medida de garantía de no repetición

Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos). (...) En concordancia con las anteriores consideraciones, la Sala, de oficio, ordenará en la parte resolutive de la sentencia, que el municipio de Ibagué ubique avisos en los que advierta la peligrosidad del canal en época de lluvias y que disponga que las empresas de transporte público no tengan paraderos de sus diferentes rutas en puntos donde la cuneta se encuentra a nivel con la avenida el Jordán, como ocurre en el punto en la que la señora ALFARO DE MEJÍA sufrió el fatal accidente. También se prescribirá que en el término de 6 meses en los sectores del canal adyacente a la avenida El

Jordán que se encuentran a cielo abierto, se construya una estructura que conduzca las aguas de manera subterránea o al menos cubierta para evitar riesgos a los miembros de la comunidad.

**PERJUICIOS MORALES - No modifica la sentencia de primera instancia.
Tasación en salarios mínimos mensuales legales vigentes**

En cuanto atañe a los perjuicios morales, cuya liquidación fue determinada por el Tribunal en salarios mínimos legales mensuales, no habrá lugar a su actualización, dado que dicho parámetro mantiene actualizado el valor de las condenas. Se modificará el fallo en el sentido de adicionar las medidas reparatorias no indemnizatorias anunciadas.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de la consejera Olga Mélida Valle de De La Hoz y salvamento parcial de voto del consejero Enrique Gil Botero. A la fecha, ésta Relatoría no cuenta con los medios físicos ni magnéticos de la aclaración ni del salvamento.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 73001-23-31-000-2000-02654-01(30026)

Actor: GERARDO ERNESTO MEJIA ALFARO Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUE Y OTRO

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 20 de octubre del 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la que se dispuso:

***“Primero.** DECLARAR Administrativamente (sic) y solidariamente Responsables al Municipio de Ibagué y al Ibal, a consecuencia (sic) de la muerte de la señora GEORGINA ALFARO DE MEJIA en hechos ocurridos el 26 de Febrero (sic) de 2000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

Segundo. Como Consecuencia de lo anterior y a título (sic) de restablecimiento del derecho, CONDENASE a pagar de manera solidaria al Municipio de Ibagué y al Ibal las siguientes sumas de dinero ...

Nombre	Cantidad en S.M.L.M.V.	Letras
Gerardo Mejía Alfaro	80	Ochenta
Rubén Darío Mejía Alfaro	80	Ochenta
Jorge Humberto Mejía Alfaro	80	Ochenta
Dora Jeannete Mejía Alfaro	80	Ochenta
Tito Alfaro Jiménez	50	Cincuenta
Fabio Alfaro Jiménez	50	Cincuenta
Mario Alfaro Jiménez	50	Cincuenta
Oscar Alfaro Jiménez	50	Cincuenta
Álvaro Alfaro Jiménez	50	Cincuenta
Mary Alfaro de Holguín	50	Cincuenta
Isaura Alfaro Jiménez	50	Cincuenta
María Leyla Alfaro de González	50	Cincuenta
Sotera Alfaro Jiménez	50	Cincuenta
Hilda María Alfaro Jiménez	50	Cincuenta

Tercero. A este fallo désele cumplimiento en los términos de los Arts. 176 y 177 del C.C.A.

Cuarto. Una vez en firme, archívese el expediente.”¹

ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Presentación de la demanda

El 28 de agosto del 2000, el señor Gerardo Ernesto Mejía Alfaro, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos, Gerardo Andrés Mejía Carrion y Luisa María Mejía Carrion; el señor Jorge Humberto Mejía Alfaro, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos, Juan Diego Mejía Becerra y Gabriela Mejía Becerra; la señora Dora Jeannete Mejía Alfaro, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos, Juan Camilo Rubiano Mejía y Daniela Rubiano Mejía; los señores Rubén Darío Mejía Alfaro, Tito Alfaro Jiménez, Fabio Alfaro Jiménez, Mario Alfaro Jiménez, Oscar Alfaro Jiménez, Alvaro Alfaro Jiménez, actuando en nombre propio; y las señoras Mary Alfaro de Holguín, Isaura Alfaro Jiménez, María Leyla Alfaro de González, Sotera Alfaro Jiménez, e Hilda María Alfaro Jiménez, actuando en nombre propio; mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa

¹ Fls. 245 – 246 del C. Ppal.

prevista en el artículo 86 del C.C.A., presentaron demanda mediante la cual solicitaron que se profirieran las siguientes declaraciones y condenas²:

“1º.- Que el MUNICIPIO DE IBAGUE (Alcaldía) y EL INSTITUTO IBAGUERÑO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE IBAGUE “IBAL” son administrativamente responsables de los daños y perjuicios morales causados a GERARDO ERNESTO ALFARO MEJIA, quien otorga poder en su nombre y en el de sus menores hijos GERARDO ANDRES y LUISA MARIA MEJIA CARRION; JORGE HUMBERTO MEJIA ALFARO, quien otorga poder en su nombre y en el de sus menores hijos JUAN DIEGO Y GABRIELA MEJIA BECERRA; DORA JEANNETE MEJIA ALFARO, quien otorga poder en su nombre y en el de sus menores hijos JUAN CAMILO Y DANIELA RUBIANO MEJIA; RUBEN DARIO MEJIA ALFARO ; en calidad de hijo, (sic) JOSE TITO, FABIO, MARIO, OSCAR, CRISTO ALVARO, MARY, ISAURA, MARIA LEYLA, MARIA SOTERA, HILDA MARIA MARIA ALFARO JIMENEZ en calidad de hermanos de GEORGINA ALFARO DE MEJIA, quien falleció en la ciudad de Ibagué (Tolima) por ahogamiento causado por la imprevisión, negligencia e irresponsabilidad de los funcionarios encargados de la prestación del servicio público de alcantarillado, al no adoptar las medidas pertinentes para la seguridad de los ciudadanos, al no proteger con mallas o rejas, un colector de aguas lluvias localizado en la avenida Jordán frente al Barrio Piedra Pintada, hechos que se narrarán en el acápite pertinente, hecho acaecido el 26 de febrero del año 2000 en la ciudad de Ibagué.

2º.- Que como consecuencia de la anterior declaración y a TITULO DE INDEMNIZACIÓN, se ORDENE AL MUNICIPIO DE IBAGUE Y A LA EMPRESA IBAGUERÑA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO S.A (sic) E.S.P. “IBAL S.A.” a pagar solidariamente a mis mandantes como mínimo la suma de CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL PESOS M/CTE. (\$428.895.000.00), correspondiente a los perjuicios de carácter MORAL, que se les causaron, sin que el señalamiento de la cuantía consituya limitación para que le sean reconocidos perjuicios de la naturaleza y cuantía que resulten probados dentro del proceso.

3º.- La condena respectiva, o sea el monto total de la indemnización será actualizada de conformidad con lo previsto en el Art.178 del C.C.A., mediante la aplicación de los mecanismos, procedimientos y fórmulas adoptadas por el H. Consejo de Estado en diferentes oportunidades, actualización que se hará con sus correspondientes intereses legales desde la fecha de la ocurrencia de los HECHOS dañosos y hasta cuando se de cumplimiento a la Sentencia que ponga fin al proceso o hasta cuando quede ejecutoriado el fallo definitivo.

4º.- Se condene en costas y agencias en derecho a las partes demandadas, por ser procedente y por tratarse de una empresa del Estado como entidad descentralizada, conforme lo dispuso el H. Consejo de Estado, en la consulta No. 795 del 19 de Marzo (sic) de 1996, C.P. LUIS CAMILO OSORIO ISAZA.

5º.- Se servirán ordenar que las partes demandadas le den cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.”

1.2. Fundamento fáctico

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, la Sala los sintetiza así:

² Fls. 97 – 98 del C. 1.

El 26 de febrero del 2000 en la ciudad de Ibagué, Tolima, se presentó una fuerte lluvia, durante la cual la señora Georgina Alfaro de Mejía y el señor Hermógenes Trujillo, mientras se dirigían al domicilio de la señora Alfaro de Mejía, al intentar superar un canal de conducción de aguas, ubicado en la calle 48 de esta ciudad, perdieron el equilibrio y cayeron en este canal, siendo arrastrados por la corriente que los desplazó violentamente. El apoderado de la parte actora sostiene que el canal se encontraba “en condiciones antitécnicas”.

Las personas que pasaban en ese momento por el lugar lograron rescatar al señor Hermógenes Trujillo; sin embargo, no sucedió lo mismo con la señora Georgina Alfaro de Mejía, quien fue arrastrada por la corriente hasta un colector de agua lluvia, ubicado aproximadamente a 150 metros del lugar donde cayó. Se afirma en la demanda que dicho colector no contaba con las medidas de prevención, protección o mantenimiento necesarias, por lo cual se formó un remolino que la absorbió, ahogó y desapareció de manera inmediata, causándole así la muerte. El cuerpo de la señora Georgina Alfaro de Mejía fue encontrado posteriormente en una quebrada de aguas negras ubicada a 7 km del lugar en donde ocurrió el accidente.

De acuerdo con lo afirmado en la demanda, el Coronel Gómez Heredia de la Policía Nacional solicitó a las autoridades los planos del alcantarillado de esa zona, con el fin de servir de apoyo y colaboración para el rescate de la señora Alfaro de Mejía; sin embargo, no se obtuvo respuesta positiva. Lo anterior, a juicio de los demandantes, constituye otra falla en el servicio de las entidades demandadas. Después de los hechos en los que perdió la vida la señora Alfaro de Mejía, la Alcaldía de Ibagué, Tolima y el “IBAL S.A.” destaparon las alcantarillas, colocaron barandas de protección, realizaron limpieza a la cuneta, a sus alrededores y al colector, y cambiaron la tubería de los alrededores.

2. Actuación procesal en primera instancia

2.1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 29 de septiembre del 2000, el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima admitió la demanda y ordenó tramitarla conforme a la

ley³. El auto admisorio fue notificado a las entidades demandadas así: el 6 de octubre del 2000 al Gerente de la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado "IBAL S.A. E.S.P."⁴; y el 10 de octubre siguiente al Alcalde Municipal de Ibagué, Tolima⁵. No hay constancia dentro del expediente de la notificación al Ministerio Público; no obstante, el 20 de noviembre del 2002⁶, el Procurador Judicial 26 en lo Administrativo solicitó el traslado especial previsto en el inciso 2º del artículo 210 del C.C.A., para presentar su concepto escrito.

2.2. Escrito de contestación a la demanda

El 18 de octubre del 2000, el apoderado del Municipio de Ibagué, Tolima, presentó su escrito de contestación a la demanda⁷, en éste se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, para el efecto expuso los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, y manifestó que no se puede determinar o establecer que el Municipio de Ibagué, Tolima, es responsable de la muerte de la señora Georgina Alfaro de Mejía, toda vez que éste no tiene a su cargo la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado.

Propuso la excepción que denominó "falta de legitimación en la causa por pasiva", la cual fundamentó en el Decreto No. 0120 de 1999, que determinó la estructura y organización general del Municipio de Ibagué. En este decreto se establecen, de acuerdo al apoderado de la entidad territorial, las funciones de ésta, dentro de las cuales no se encontraba el mantenimiento de las alcantarillas, desagües, sistemas de acueducto y alcantarillado de la ciudad; pues estas funciones, debido a la descentralización por servicios, se encuentran en cabeza de la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P., que tiene personería jurídica independiente.

Finalmente, aseguró el apoderado del Municipio de Ibagué, que el apoderado judicial de la parte demandante "*deja ver como no le es atribuible al Municipio de Ibagué responsabilidad alguna en el caso*", para lo cual transcribe dos apartes de la demanda en los que se hace referencia al "IBAL" y a los "funcionarios encargados de la prestación de servicios públicos".

³ Fl. 124 del C1.

⁴ Fl. 127 del C.1.

⁵ Fl. 128 del C.1.

⁶ Fl. 207 del C.1. Oficio No. 404 del 20 de noviembre del 2002.

⁷ Fls. 131 - 136 del C.1.

El 25 de octubre del 2000, la apoderada de la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado "IBAL S.A. E.S.P." presentó su escrito de contestación a la demanda⁸, en el cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Propuso las excepciones que denominó, "culpa de la víctima" y "fuerza mayor". La primera de estas excepciones la fundó en la negligencia de la señora Georgina Alfaro de Mejía, por exponerse al peligro del estado del tiempo, y caminar por una vía sin tránsito peatonal, ya que existe en el vecindario acceso y salida peatonales en otros lugares. La excepción de "fuerza mayor", se hizo consistir en las lluvias presentadas el 26 de febrero del 2000, pues según el apoderado, de no haberse presentado éstas, la suerte de la señora Georgina Alfaro Mejía habría sido diferente.

2.3. Traslado y contestación de excepciones

El 27 de octubre del 2000 se corrió traslado a la parte actora de las excepciones propuestas por las entidades demandadas⁹. En escrito presentado el 1 de noviembre del mismo año¹⁰, el apoderado de la parte demandante contestó las excepciones propuestas en los escritos de contestación de la demanda. Sobre las propuestas por la apoderada del "IBAL S.A. E.S.P.", solicitó que la denominada "culpa de la víctima", sea declarada no probada, ya que en el lugar del accidente no existía señalización alguna que estableciera que era zona de tránsito peatonal exclusivamente o que éste estuviera prohibido; y que el "IBAL S.A. E.S.P." fue el creador de lo que denominó "trampas". Para el apoderado, el hecho de que la empresa, luego del accidente, procediera a colocar barandas de protección y realizara limpieza al lugar, constituyó un "reconocimiento explícito" de que estas acciones eran necesarias.

Concluyó el apoderado de la parte actora, frente a la excepción "culpa de la víctima", que en el *sub judice* no se presentó ninguna causal de exoneración de responsabilidad del Estado. En segundo lugar, frente a la excepción que la apoderada de la empresa denominó "fuerza mayor", expresó el apoderado de la parte demandante que se trató de una posición ilógica, pues existió omisión de la empresa encargada del acueducto y alcantarillado en la ciudad de Ibagué, Tolima.

⁸ Fls. 142 - 147 del C.1.

⁹ Fl. 148 del C.1.

¹⁰ Fls. 149 - 153 del C.1.

Por último, frente a la excepción propuesta por el Municipio de Ibagué, Tolima, denominada “falta de legitimación en la causa por pasiva”, manifestó el apoderado de la parte demandante que, al ser el Alcalde Municipal de Ibagué el Presidente de la Junta Directiva de “IBAL S.A. E.S.P.”; y al ser el ente territorial el propietario mayoritario de la empresa encargada del acueducto y alcantarillado, existió concurrencia de culpa entre éstos. Por lo anterior, concluyó que las entidades demandadas son solidariamente responsables de los daños causados con sus acciones y omisiones.

2.4. Periodo probatorio

Por medio del auto del 22 de enero del 2001, el Tribunal Administrativo del Tolima abrió el periodo probatorio y decretó las pruebas pedidas por las partes¹¹.

2.5. Alegatos de conclusión

El 31 de octubre del 2002, el Tribunal Administrativo del Tolima corrió traslado a las partes para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión¹².

El 15 de noviembre del 2002, el apoderado del Municipio de Ibagué, Tolima, presentó su escrito de alegatos¹³, en el cual manifestó que no resulta viable atribuirle responsabilidad al Municipio de Ibagué, Tolima, por la muerte de la señora Georgina Alfaro de Mejía. Lo anterior basado, en primer lugar, en dos factores, por un lado, el aguacero que se presentó ese día; al respecto aseguró que de no haberse presentado, la señora Alfaro de Mejía probablemente habría “sufrido una caída con consecuencias menores”, adicionalmente, manifestó que de ser cierto, como se afirmó en la demanda, que el mantenimiento del tanque del colector era deficiente, éste no habría succionado el cuerpo de la señora Georgina Alfaro de Mejía; por otro lado, afirmó el apoderado del ente territorial, que existió culpa de la víctima, la cual fundó en la negligencia e impericia de la misma, por las siguientes razones: i) la señora Alfaro de Mejía transitaba por una zona no peatonal, lo cual estaba prohibido de acuerdo al decreto 1344 de 1970; ii) la víctima pretendió “sobrepasar de un salto la fuerte corriente de agua”; iii) la señora pretendió saltar la cuneta de conducción de agua; iv) las limitaciones físicas de la señora Georgina Alfaro, debido a su edad.

¹¹ Fl. 154 – 155 del C.1.

¹² Fl. 185 del C.1.

¹³ Fls. 187 – 196 del C.1.

En segundo lugar, advirtió el apoderado del Municipio de Ibagué que a pocos metros del lugar del accidente existía una rampa que permitía pasar con mayor facilidad. En tercer lugar, a juicio del apoderado del ente territorial, la responsabilidad del Estado requiere dos elementos, el daño antijurídico y su imputación, sobre el primero aseguró que tan solo es predicable del núcleo familiar directo; y manifestó que la muerte de la señora Georgina Alfaro de Mejía no configuró un daño antijurídico, toda vez que se produjo por su actuar imprudente. Finalmente, manifestó el apoderado del Municipio que no existió falla del servicio por parte de la entidad que representa, y que no se estableció en cual disposición legal se encontraba contenida la obligación del ente territorial, ni cual fue la acción u omisión de éste.

El mismo día, el apoderado de "IBAL S.A. E.S.P." presentó su escrito de alegatos¹⁴, en el cual manifestó que no existe responsabilidad de la empresa que representa, pues las pruebas que obran en el expediente, especialmente el testimonio del señor Hermogenes Trujillo y la declaración del asesor técnico Fernando Rojas, evidencian en primer lugar, la "culpa de la víctima", por "el afán de la señora de llegar a su residencia y la imprudencia de cruzar la vía en ese momento". A lo anterior, el apoderado de la empresa le agregó el hecho de que se trata de una vía vehicular, no peatonal.

En segundo lugar, se alega el mantenimiento adecuado de la cuneta, y la justificación para no tener barandas de seguridad sobre la misma. Afirmó que la cuneta se ubicó en un sitio apto para su funcionamiento, aislada del paso peatonal. Adicionalmente, arguyó que el aguacero presentado el 26 de febrero del 2000, configuró "fuerza mayor". Por todo lo anterior, el apoderado del "IBAL S.A. E.S.P.", solicitó declarar que no existió responsabilidad de empresa por la muerte de la señora Alfaro de Mejía.

Finalmente, el 19 de noviembre del 2002 el apoderado de la parte actora presentó su escrito de alegatos¹⁵, en éste afirmó que las pruebas que obran en el expediente acreditan la responsabilidad de la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P.; al argumentar hizo referencia a la visita practicada al lugar del accidente, en la cual, de acuerdo al apoderado de los demandantes, se

¹⁴ Fls. 197 – 203 del C.1.

¹⁵ Fls. 204 – 206 del C.1.

solicitó el desarrollo de ciertas obras que ponen en evidencia las fallas en la prestación del servicio, entre otras la de construir un andén en el costado de la vía, que facilite el tránsito de los peatones; se hace referencia también al oficio del 15 de marzo del 2000, suscrito por el Personero Municipal de Ibagué, mediante el cual instó al gerente de IBAL a tomar medidas preventivas. Por último, hizo alusión a los testimonios y al material fotográfico obrantes en el proceso.

El 20 de noviembre del 2002 el Procurador Judicial 26 en lo Administrativo solicitó el traslado del proceso, con el fin de presentar el concepto respectivo¹⁶. El 22 de noviembre del mismo año se corrió traslado al Ministerio Público¹⁷. Acto seguido, el 16 de diciembre siguiente se allegó concepto de fondo¹⁸, en el cual el Procurador Judicial consideró que no debía accederse a las súplicas de la demanda. Para el efecto, afirmó que frente al Municipio de Ibagué, Tolima, debía prosperar la excepción propuesta de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, toda vez que éste, a juicio del agente del Ministerio Público, no tiene a su cargo funciones relacionadas con la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado de la ciudad. Consideró además, que la señora Alfaro de Mejía, en su afán por llegar a su hogar, expuso imprudentemente su vida.

Para el Ministerio Público, el “IBAL S.A. E.S.P.” no incurrió en falla del servicio, pues el lugar del accidente no generaba ningún riesgo para la vida de las personas, dicho riesgo se dio, en este caso, por las fuertes lluvias que se presentaron el día de los hechos y por el actuar negligente de la víctima. Tampoco considera correcto endilgar a la empresa una falla en el servicio por la falta de mantenimiento y señales de advertencia en el lugar, pues, de acuerdo al concepto emitido, profesionales en el tema expresaron que dichas acciones no eran viables.

3. Sentencia de primera instancia

El día 20 de octubre del 2004, el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima profirió sentencia de primera instancia¹⁹, mediante la cual decidió declarar administrativamente responsables al Municipio de Ibagué, Tolima, y al “IBAL S.A. E.S.P.” por la muerte de la señora Georgina Alfaro de Mejía. El Tribunal resolvió no acceder a la excepción propuesta por el Municipio de Ibagué, Tolima, denominada “falta de legitimación en la causa por pasiva”, toda vez que, a la

¹⁶ Fl. 207 del C.1.

¹⁷ Fl. 207 anverso del C.1.

¹⁸ Fls. 208 – 211 del C.1.

¹⁹ Fl. 229 – 246 del C. Ppal.

entidad territorial le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, de acuerdo al artículo 311 de la Constitución Política, lo cual puede ser a través de entidades descentralizadas, como ocurre en el caso del servicio de acueducto y alcantarillado del municipio de Ibagué, a cargo de "IBAL S.A. E.S.P."

De las pruebas recaudadas en el proceso, el Tribunal concluyó que la muerte de la señora Georgina Alfaro de Mejía, fue consecuencia de la falla del servicio en la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, en cabeza del Municipio de Ibagué, Tolima, que fue delegado a la entidad descentralizada "IBAL S.A. E.S.P.". Para el efecto, desarrolló los argumentos expuestos por las partes: en primer lugar, examinó el riesgo que constituía la cuneta en la zona, y determinó que ésta afectaba no solo a los peatones, sino también al tránsito vehicular, debido a su tamaño, ya que permitía el recaudo de grandes cantidades de agua. Luego examinó lo atinente al tránsito exclusivo de vehículos en la zona, que expuso el apoderado del "IBAL S.A. E.S.P.". A este respecto, el Tribunal, por un lado, afirmó que no es cierto, toda vez que se determinó en el proceso la existencia de un paso peatonal en la vía en la cual ocurrieron los hechos; y de otro lado, que de haber sido cierto, no existe ningún tipo de señalización al respecto.

Concluyó el Tribunal A- quo:

"Así entonces, determinado que a consecuencia de la omisión del Municipio de Ibagué como responsable de la prestación de los servicios públicos y de su entidad descentralizada encargada de la prestación y mantenimiento del servicio de agua, acueducto y alcantarillado, se causó el daño ahora reclamado por el grupo demandante, manifiesta la Sala de Decisión que se accederá a declarar responsables administrativa y solidariamente a los entes demandados por los hechos la(sic) relacionados..."

4. Recurso de Apelación

El apoderado de la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P., presentó recurso de apelación el 29 de octubre del 2004 contra la sentencia de primera instancia²⁰, el cual sustentó el 3 de noviembre del 2004²¹. El apoderado de la empresa solicitó que se revoque la sentencia apelada, y que en su lugar se declaren probadas las excepciones de "fuerza mayor" y "culpa de la víctima". Para el efecto, arguyó que éstas no fueron tenidas en cuenta por el a quo al momento de dictar sentencia.

²⁰ Fl. 249 del C. Ppal.

²¹ Fls. 262 – 266 del C. Ppal.

Sobre la denominada “fuerza mayor” manifestó que se dio con el aguacero presentado el 26 de febrero del 2000, ya que de no haberse presentado este fenómeno, no se habría producido la muerte de la señora Georgina Alfaro de Mejía. Frente a la que denominó “culpa de la víctima”, estableció que, la vía por la cual transitó la señora Alfaro de Mejía no era peatonal, sino exclusivamente vehicular; afirmó que en el lugar existen otras entradas a la zona, las cuales eran las adecuadas, por ser de uso peatonal; a juicio del apoderado, las condiciones topográficas del terreno no permitían la construcción de andenes en ese trayecto de la vía. Finalmente, manifestó que de las pruebas que obran en el expediente, se advierte el afán de la señora Alfaro de Mejía por llegar a su residencia, y la imprudencia al momento de cruzar la vía.

El 3 de noviembre del 2004, la apoderada del Municipio de Ibagué, Tolima, presentó y sustentó recurso de apelación contra la sentencia del 20 de octubre del mismo año²², en el cual manifestó que la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en la ciudad, se realizó a través de una entidad descentralizada, con personería jurídica, y autonomía administrativa y presupuestal, es decir, el “IBAL S.A. E.S.P.”, y que de acuerdo con Decreto No. 120 de 1999, el Municipio no tenía a su cargo dicha función. Adicionalmente, afirmó que el hecho de que el *a quo* hubiese declarado la responsabilidad solidaria del Municipio de Ibagué, Tolima, y del “IBAL S.A. E.S.P.”, confirma que se trata de dos personas jurídicas diferentes, de las cuales, a juicio del apoderado, no se puede promulgar una actividad conjunta. Finalmente, el apoderado del ente territorial consideró que se deben declarar probadas las excepciones propuestas por la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P.

Mediante auto del 7 de diciembre del mismo año, el Tribunal Administrativo del Tolima concedió el recurso²³.

5. Trámite de la segunda instancia

El apoderado de la parte demandante, el 7 de junio del 2005, presentó escrito en el cual solicitó inadmitir el recurso de apelación presentado por la parte demandante²⁴. De acuerdo con el apoderado, el proceso no tiene vocación de

²² Fls. 258 – 261 del C. Ppal.

²³ Fl. 267 del C. Ppal.

²⁴ Fls. 273 – 275 del C. Ppal.

doble instancia, toda vez que, en la sentencia del 20 de octubre del 2004, la condena mayor es de 80 salarios mínimos mensuales legales vigentes, que equivalen al momento de la sentencia a \$30'520.000, suma que consideró debía ser tomada en cuenta para fijar la cuantía.

El 24 de junio del 2005²⁵, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió rechazar la solicitud de la parte actora y admitir el recurso de apelación presentado por la parte demandada.

En proveído del 23 de septiembre del 2005²⁶, se dispuso correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por el término de 10 días para que presenten alegatos de conclusión y emita concepto, respectivamente.

El 27 de octubre del 2005, la apoderada del Municipio de Ibagué, Tolima, presentó escrito de alegatos de conclusión en el cual reiteró lo expuesto en su escrito de apelación²⁷.

Las demás partes guardaron silencio.

El 31 de octubre del 2005, el Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó el traslado especial previsto en el artículo 210 del Código Contencioso Administrativo²⁸. El 17 de noviembre siguiente, el Ministerio Público allegó concepto de fondo²⁹, en el cual consideró que debe revocarse la sentencia del 20 de octubre del 2004, y despachar de manera desfavorable las pretensiones de la demanda. Consideró el Procurador Delegado que la excepción propuesta por el Municipio de Ibagué, denominada “falta de legitimación en la causa por pasiva”, debe prosperar, toda vez que, a juicio del Ministerio Público, dicho ente territorial no tiene dentro de sus funciones, el deber de realizar el mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado, de acuerdo con el decreto No. 012 del 1999; dicha función está en cabeza de la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P.

²⁵ Fls. 276 – 277 del C. Ppal.

²⁶ Fl. 279 del C. Ppal.

²⁷ Fls. 280 – 283 del C. Ppal.

²⁸ Fl. 284 del C. Ppal.

²⁹ Fls. 285 – 310 del C. Ppal.

Para el Ministerio Público el daño padecido no resulta antijurídico, puesto que el mismo fue causado por la imprudencia de la víctima. Para el Ministerio Público las pruebas recaudadas en el proceso permiten concluir que no existió falla en el servicio.

El proceso fue reasignado al despacho del Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, mediante acta individual de reasignación el día 23 de septiembre de 2010.³⁰ Acto seguido, en ejercicio de la facultad oficiosa que le otorga el artículo 43 de la ley 640 de 2001, mediante auto del 26 de noviembre de 2012, el despacho fijó el día 7 de febrero de 2013 para realizar una audiencia de conciliación judicial³¹. El 15 de enero del 2013, el apoderado de la parte actora manifestó que a sus poderdantes no les asiste ánimo conciliatorio³².

El 1 de febrero se allegó concepto del Ministerio Público sobre la viabilidad de la conciliación³³, en el cual se afirmó que no es viable un acuerdo conciliatorio en el caso concreto.

El proceso entró al Despacho para elaborar proyecto de sentencia el 12 de febrero del 2013³⁴.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Antes de entrar en el debate del asunto, la Sala establece la vocación de doble instancia del presente proceso. De acuerdo con el artículo 31 de la Carta Política se reconoce el principio de la doble instancia, cuyo carácter debe respetar la garantía de acceso efectivo de la administración de justicia, sin que esto implique su carácter absoluto. Por lo tanto, se precisa tener en cuenta que la jurisdicción y competencia del juez se determinan “con fundamento en la situación de hecho existente en el tiempo de la demanda”, en aplicación de la denominada “perpetuatio jurisdictionis”. En ese sentido, para la época en que se presentó la demanda, 28 de agosto del 2000, la norma procesal aplicable era el decreto 597 de 1988, en atención a lo establecido en el parágrafo del artículo 164 de la ley 446

³⁰ Fl. 325 del C. Ppal.

³¹ Fl. 326 del C. Ppal.

³² Fl. 328 del C. Ppal.

³³ Fls. 329 – 334 del C. Ppal.

³⁴ Fl. 335 del C. Ppal.

de 1998³⁵, de tal manera que la cuantía para que un proceso de reparación directa tuviera una vocación de doble instancia era de \$26'390.000.

Al revisar las pretensiones de la demanda se encuentra que la parte actora solicitó por concepto de daño moral 2.000 gramos oro para cada uno de los demandantes, los cuales al momento de la presentación de la demanda tenían un valor de \$38'824.000. Como se señaló, la cuantía para que se pueda deducir la vocación de doble instancia, en este proceso, es de \$26.390.000, lo que permite que el asunto sí pueda acceder a la doble instancia ante esta Corporación, como se manifestó en el auto que rechazó la solicitud de inadmisión del recurso³⁶.

2. Objeto del Recurso

El análisis de la impugnación se limitará a los argumentos expuestos en los dos recursos de apelación interpuestos por las dos entidades que integran la parte demandada; específicamente se constatará si hay lugar a declarar probada la excepción que falta de "legitimación en la causa por pasiva", propuesta por el Municipio de Ibagué, y aducida también como motivo de inconformidad en el recurso de apelación interpuesto por esta entidad territorial. De otra parte, se ocupará de verificar si existen en el expediente elementos probatorios para declarar la excepciones de fuerza mayor y culpa exclusiva de la víctima propuestas por IBAL S.A. E.S.P., y reiteradas como argumentos del recurso interpuesto por esta empresa.

A fin de tomar la decisión que corresponda, la Sala examinará en primer lugar tres aspectos procesales previos: el valor probatorio de las fotografías, el valor de la prueba trasladada y la legitimación en la causa por pasiva del municipio de Ibagué, dado que esta entidad en su recurso de apelación sostiene no tener dicha legitimación para ser demandada en este proceso; luego analizará los presupuestos para que se configure la responsabilidad del Estado; a continuación se reseñaran los hechos probados, y finalmente, se constatará si en el *sub judice*, se cumplen los requisitos para que operen, como causa de exoneración de responsabilidad, la fuerza mayor y la culpa exclusiva de la víctima.

³⁵ El párrafo del artículo 164 de la ley 446 de 1998 establece: "Mientras entran a operar los Juzgados Administrativos continuarán aplicándose las normas de competencia vigentes a la sanción de la presente ley". Debe tenerse en cuenta que la cuantía es uno de los factores o normas de competencia.

³⁶Fls. 276- 277 c. ppal..

3. Prueba mediante fotografías

La Sala advierte que con la demanda se aportaron al plenario 24 fotografías con las cuales se pretende acreditar la estructura de la cuneta en la que se presentó el accidente en que perdió la vida la señora GEORGINA ALFARO DE MEJIA. Al respecto se observa que, pese a que se trata de documentos meramente representativos, los mismos fueron reconocidas por el testigo Edilberto González González, en cuya declaración se lee:

“[...] PREGUNTADO: Sírvase manifestarle al despacho si el material fotográfico que se le pone de presente que obra en el cuaderno principal entre los folios 76 á (sic) 87, esas alcantarillas y esos colectores al igual que las cunetas y el canal que va paralelo a la cuneta son mantenimiento que está bajo responsabilidad del IBAL y para la época de los hechos bajo la suya directamente como jefe de esa División. CONTESTÓ: Lo que son las cunetas y el canal son obras de drenaje propias de la vía, el cual desemboca a una caja recolectora a la cual el IBAL le realiza el mantenimiento. [...]”³⁷

Así las cosas, para la Sala estos documentos, en la medida en que el testigo no objetó que desconociera los lugares que se apreciaban en esas fotografías, y por el contrario, en su condición de empleado de la empresa IBAL S.A., por la época de los hechos, reconoció que las cunetas formaban parte de la vía; tienen completo mérito probatorio, porque existe certeza de que corresponden al lugar donde ocurrieron los hechos que se investigan y pueden ser cotejadas con otras pruebas, como las fotografías del mismo lugar, tomadas por el perito y entregadas por éste en su experticia.³⁸

4. Prueba trasladada del proceso penal.

En el expediente obra el Oficio No. 2357 del 3 de abril de 2001, suscrito por el Fiscal 24 Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación de Ibagué, con el que se remitió copia de la investigación preliminar adelantada en dicha entidad, por el presunto delito de homicidio, con ocasión de la muerte de la señora GEORGINA ALFARO DE MEJÍA,

³⁷ Fl. 44 del C. De pruebas de la parte demandada.

³⁸ Consejo de Estado, sentencia de 10 de junio de 2009, Exp. 18.108, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

La Sala en relación con la eficacia probatoria de la prueba trasladada, se sostiene en la jurisprudencia de la Sub-sección C de la Sección Tercera de 9 de mayo de 2012 (expediente 20334), según la cual cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla con los presupuestos normativos del artículo 185³⁹ del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el (los) proceso (s) del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia⁴⁰, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción.

Precisamente la Sección Tercera en su dilatada jurisprudencia, al analizar los distintos eventos que pueden presentarse en relación con la prueba trasladada, ha determinado que en tratándose de medios probatorios trasplantados de procesos penales adelantados por la jurisdicción ordinaria, pueden ser valorados sin requisito adicional alguno, siempre que su petición haya sido de común acuerdo; en caso contrario, los documentos tendrán que venir en copia auténtica y los testimonios habrán de ser ratificados.⁴¹

Ahora bien, en el presente caso la Sala advierte, que los 41 folios que integran la investigación preliminar que obra como prueba trasladada, contienen documentos que se encuentran en copia auténtica; por lo anterior éstos serán valorados.

3. Legitimación en la causa.

En la verificación de los presupuestos procesales materiales o de fondo, dentro de los cuales se encuentra la legitimación en la causa, compete a la Sala, antes de considerar las pretensiones planteadas en el libelo introductorio, analizar la legitimidad para obrar dentro del proceso de la parte actora o de quien acude como demandado y su interés jurídico en la pretensión procesal, pues la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras,

³⁹ “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.

⁴⁰ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 19969.

⁴¹ Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607. Si la prueba testimonial trasladada no cumple las condiciones del artículo 185 del CPC está obligada a ser ratificada “salvo que la parte contra la cual se aducen la acepte o acuda a ella para analizar el problema jurídico debatido en las oportunidades de intervención procesal que la ley le otorga (art.229 numeral 1º)”. Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006, expediente 15284.

para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o a las demandadas⁴².

En primer lugar, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la “calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”,⁴³ de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas⁴⁴.

Dentro del concepto de legitimación en la causa, se vislumbra la legitimación de hecho, originada en la simple alegación de esa calidad en la demanda, como lo prevé el artículo 86 del C. C. A., al señalar “*la persona interesada podrá*”, siendo entonces ese interés mínimo, suficiente para accionar y para proponerlo en la instancia procesal de inicio del juicio⁴⁵. La legitimación material se concreta en el evento en que se pruebe realmente la calidad de damnificado para así obtener una sentencia favorable a las pretensiones de la demanda.⁴⁶

Un concepto más reciente ha establecido que

“(...) se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda (...) la legitimación material en la causa, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Consejera Ponente. María Elena Giraldo Gómez, expediente No. 13356. Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

⁴⁴ Consejo de Estado, sentencia de 25 de julio de 2011, Exp. 20.146.

⁴⁵ Consejo de Estado, sentencia de 19 de agosto de 2011, Exp. 19.237.

⁴⁶ Sentencia del 10 de agosto de 2005, Exp. 13444.

*perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño (...)*⁴⁷.

En el caso *sub judice*, el apoderado del municipio de Ibagué manifiesta en el escrito de sustentación del recurso de apelación, que carece de legitimación para ser demandando, puesto que el servicio de acueducto y alcantarillado en esta población la realizaba en la época de los hechos una entidad descentralizada, con personería jurídica, y autonomía administrativa y presupuestal: IBAL S.A. E.S.P.

Para resolver si hay lugar a tener por probada la excepción de falta de legitimación alegada, la Sala procede a examinar la responsabilidad que se puede endilgar a las entidades públicas, derivada de la prestación ineficiente de los servicios públicos, cuando el servicio en particular es prestado por una entidad descentralizada.

En cuanto atañe al régimen municipal, Ley 136 de 1994 (artículos 1 y 3), en desarrollo del artículo 311 de la Constitución, define al municipio como la entidad territorial fundamental de la división político-administrativa del Estado y, en razón de tal calidad, le atribuye autonomía política, fiscal y administrativa, a fin de que pueda lograr el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población en su respectivo territorio.

Para alcanzar dicha finalidad, los municipios, entre otras funciones, tienen a su cargo **la prestación de los servicios públicos que determine la ley**; la construcción de las obras que demande el progreso local; la organización del desarrollo de su territorio; la promoción de la participación comunitaria; el mejoramiento social y cultural de sus habitantes.

Por su parte, el artículo 365 de la Constitución Política establece el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, servicios que estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley y que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero, en todo caso, el Estado se reserva las facultades de regulación, control y vigilancia.

⁴⁷ Sentencia del 11 de noviembre de 2009, expediente: 18163; 4 de febrero de 2010, expediente 17720.

En cumplimiento del referido mandato constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 142 de 1994 -“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”- y en la que se asigna a los municipios (artículo 5 numeral 5) la función de asegurar que se presten a todos sus habitantes, de manera eficiente, los servicios públicos domiciliarios, entre ellos, el servicio de **alcantarillado**. Dichos servicios serán prestados por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo 6° de la misma ley.

En este orden de ideas, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 establece que pueden prestar los servicios públicos:

- “1. Las empresas de servicios públicos.
2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.
3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley.
4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.
5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley.
- 6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo”.**

Así las cosas, en virtud de la descentralización administrativa⁴⁸, en su modalidad de descentralización especializada o por servicios⁴⁹, los **establecimientos públicos**⁵⁰ que gozan de personería jurídica, autonomía administrativa,

⁴⁸ “La descentralización es una forma de organización administrativa propia de los Estados de forma unitaria (como lo es el Estado colombiano), que atenúa la centralización permitiendo la transferencia de competencias a organismos distintos del poder central, que adquieren autonomía en la gestión de las respectivas funciones”. Corte Constitucional, Sentencia C-727 del 21 de junio 2000, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

En relación con el concepto “Administrativa” esta Corporación manifestó lo siguiente: “El concepto de Administración Pública se desenvuelve en un doble aspecto, subjetivo u orgánico, como organización apta para el desarrollo de la actividad administrativa del Estado, y objetivo o material, como actividad o función”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de enero de 2000, radicación No. AI-046, Consejero Ponente Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

⁴⁹ “La definición de descentralización por servicios ha sido señalada por el legislador. Así, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, define como entidades descentralizadas de orden nacional a los establecimientos públicos las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objetivo principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio”. Corte Constitucional, sentencia C-127 del 18 de febrero de 2003, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

⁵⁰La Ley 489 de 1998 los define así: “ARTICULO 70. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y

patrimonial y técnica, autoridades propias y que son objeto de control por parte del sector central, están habilitados por la ley para la **prestación de servicios públicos**⁵¹.

Ahora bien, las entidades descentralizadas pueden ser del orden nacional, caso en el cual se rigen por la Ley 489 de 1998; del orden departamental, y se rigen por el Código de Régimen Departamental (Decreto Ley 1222 de 1986); o del orden municipal, y en este caso su regulación la prevé el Código de Régimen Municipal (Decreto Ley 1333 de 1986). Sin embargo, de conformidad con el párrafo del artículo 2 de la Ley 489 de 1998, las normas relativas a las características y régimen de las entidades descentralizadas previstas en dicha ley se aplican, en lo pertinente, a las entidades territoriales.

Por otra parte, la Constitución Política (artículos 300, numeral 7 y 313, numeral 6) dispone que la autorización o creación de las entidades descentralizadas del orden departamental y municipal corresponde a las asambleas y a los concejos, mediante ordenanzas y acuerdos, respectivamente.

En el caso de las entidades descentralizadas del orden municipal, el Código de Régimen Municipal (artículo 156) prevé que éstas se someterán a las normas que contenga la ley y a las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan los concejos y demás autoridades locales en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de estas y de sus representantes legales.

En cumplimiento de la normatividad citada, se creó la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P. Oficial, constituida mediante escritura

de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características:

a) Personería jurídica;

b) Autonomía administrativa y financiera;

c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes.”

⁵¹ “De los postulados consagrados en los artículos 365 a 370 de la Constitución, pueden deducirse estas características en relación con los servicios públicos: tienen una connotación eminentemente social en la medida en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y por ello deben ser prestados en forma eficiente; constituyen un asunto de Estado y por lo tanto pertenecen a la órbita de lo público, de ahí que deben ser prestados a todos los habitantes; su régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso; por razones de soberanía o de interés social el Estado puede reservarse su prestación previa indemnización a quienes queden privados del ejercicio de esta actividad; su prestación es descentralizada pues descansa fundamentalmente en las entidades territoriales; y, finalmente el pago de los subsidios a los estratos pobres involucra recursos de la Nación y de las entidades territoriales.” “. Corte Constitucional, sentencia C-389 del 22 de mayo de 2002, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

pública No. 2932 del 31 de agosto de 1998, con el objeto de “Operar y explotar los sistemas de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado inicialmente en la ciudad de Ibagué”, según consta en el Certificado de Existencia y Representación, que obra en el expediente.⁵²

Ahora bien, tal y como se mencionó párrafos atrás, en virtud de la descentralización administrativa no desaparecen los controles de la Administración. En otras palabras, la descentralización implica la existencia de una persona jurídica distinta a la Administración, ya sea del nivel nacional o territorial, con autonomía; más no con total independencia.

Así las cosas, en los eventos de descentralización por servicios la Administración central ejerce el llamado control de tutela⁵³ y, en el caso de los municipios dicho control es ejercido por la autoridad o despacho que se indique en las normas locales generales o en las de creación de la entidad, que será normalmente el alcalde, o la secretaría o departamento administrativo correspondiente a la actividad desarrollada por la institución.

Si bien es cierto, el Decreto 0120 expedido por la Alcaldía de Ibagué y que obra en el expediente, no contiene entre las obligaciones de ninguna de sus dependencias el mantenimiento de alcantarillas y desagües; no es menos cierto que con base en las normas constitucionales que se acaban de reseñar, esto no puede significar que la Alcaldía de esta ciudad podía desentenderse de manera absoluta de la forma como se estaba prestando este servicio, so pretexto que el servicio lo prestaba la empresa IBAL S.A. Lo anterior en atención a que, como lo

⁵² Fl. 138 del c.1

⁵³ “La descentralización es una forma de organización administrativa propia de los Estados de forma unitaria, que atenúa la centralización permitiendo la transferencia de competencias a organismos distintos del poder central, que adquieren autonomía en la gestión de las respectivas funciones. No obstante, esta transferencia no implica la ruptura total del vínculo entre el poder central y la entidad descentralizada, sino que, en aras de garantizar el principio de coordinación que gobierna la función administrativa (artículo 209 superior), dicho vínculo permanece vigente a través del llamado control de tutela, existente en nuestra organización administrativa respecto de los entes funcionalmente descentralizados, con definidos perfiles jurídicos, desde la reforma constitucional y administrativa operada en 1968.

De esta manera, la autonomía para la gestión de los asuntos que son de competencia de los entes funcionalmente descentralizados no es absoluta, sino que se ejerce dentro de ciertos parámetros que de un lado emanan de la voluntad general consignada en la ley, y de otro surgen de la política general formulada por el poder central. Así, el control de tutela usualmente comporta el doble aspecto de la legalidad y la oportunidad de la actuación administrativa. Diversos mecanismos hacen posible ejercer este doble control, como pueden ser, entre otros, la capacidad nominadora de las autoridades centrales respecto de los cargos directivos en la entidad descentralizada, la presencia de representantes de este poder en los órganos directivos del ente funcionalmente descentralizado, la operancia del recurso de apelación por la vía gubernativa, el mecanismo del veto mediante la exigencia del voto favorable de la autoridad central, o los demás que el legislador en su libertad configurativa determine o se establezcan en los estatutos de las respectivas entidades.” Corte Constitucional, Sentencia C-727 del 21 de junio 2000, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

establecen los preceptos constitucionales antes citados, en todo caso, el ejercicio de las competencias de los Municipios y las entidades descentralizadas del orden local se rige por los principios de coordinación y armonía, principios que deben estar presentes en las relaciones entre las diferentes entidades públicas.

En esta línea de pensamiento no puede ser de recibo el planteamiento del municipio de Ibagué, que pretendió demostrar la falta de legitimación con un oficio suscrito por la Directora Administrativa de la Secretaría de Recursos Humanos y Control disciplinario de la Alcaldía de esa entidad territorial y dirigido al Tribunal que conoció de la primera instancia, en el que se manifestó:

“[...] me permito informarle que solamente el Instituto Ibaguereño de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P. (Ibal) perteneciente al sector descentralizado del Municipio es la única dependencia que tiene la función de mantenimiento de acueducto y alcantarillado de la Ciudad de Ibagué.”

Aunque las partes no aportaron el acto administrativo que dio creación a la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado, del estudio del régimen jurídico antes señalado, la Sala concluye que el municipio de Ibagué estaba obligado a actuar de manera conjunta y cooperada con la empresa que prestaba el servicio, en cuanto tenía que ver con el mantenimiento y conservación del sistema de alcantarillado ubicado en las vías públicas del casco urbano del municipio de Ibagué.

En concordancia con lo expuesto, la Sala considera que para efectos de investigar la posible responsabilidad que se pueda derivar del accidente en el que perdió la vida la señora GEORGINA ALFARO DE MEJÍA, la administración de ese municipio está legitimada en la causa por pasiva; por lo tanto, se declarará no probada la excepción de falta de legitimación propuesta por el apoderado de esta entidad territorial.

4. Hechos probados

Con fundamento en el acervo probatorio que obra en el expediente, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

- a. Los señores Gerardo Ernesto Mejía Alfaro, Jorge Humberto Mejía Alfaro, Dora Jeannete Mejía Alfaro y Ruben Dario Mejía Alfaro acreditaron su condición de hijos de la señora Georgina Alfaro de Mejía, mediante los siguientes documentos, aportados con la demanda:
- Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento del señor Gerardo Ernesto Mejía Alfaro, expedida en la Notaría Primera de Ibagué, Tolima, el 2 de junio del 2000⁵⁴.
 - Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento del señor Jorge Humberto Mejía Alfaro, expedida en la Notaría Primera de Ibagué, Tolima, el 2 de junio del 2000⁵⁵.
 - Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento de la señora Dora Jeannete Mejía Alfaro, expedida en la Notaría Primera de Ibagué, Tolima, el 2 de junio del 2000⁵⁶.
 - Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento del señor Ruben Dario Mejía Alfaro, expedida en la Notaría Primera de Ibagué, Tolima, el 2 de junio del 2000⁵⁷.
- b. Los señores Gerardo Andrés Mejía Carrión, Luisa Mejía Carrión, Juan Diego Mejía Becerra, Gabriela Mejía Becerra y Daniela Rubiano Mejía acreditaron su condición de nietos de la señora Georgina Alfaro de Mejía, con los siguientes documentos aportados con la demanda:
- Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento del señor Gerardo Andrés Mejía Carrión, expedida en la Notaría Tercera de Ibagué, Tolima, el 19 de febrero de 1998⁵⁸.
 - Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento de la señora Luisa María Mejía Carrión No. 13506043, expedida en la Notaría 26 de Santafé de Bogotá, el 26 de agosto del 2000⁵⁹.
 - Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento del señor Juan Diego Mejía Becerra No. 19484197, expedida en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, el 27 de agosto de 1997⁶⁰.

⁵⁴ Fl. 41 del C. 1.

⁵⁵ Fl. 42 del C.1.

⁵⁶ Fl. 45 del C.1.

⁵⁷ Fl. 48 del C.1.

⁵⁸ Fl. 40 del C.1.

⁵⁹ Fl. 38 del C.1.

⁶⁰ Fl. 44 del C.1.

- Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento de la señora Gabriela Mejía Becerra No. 27833344, expedida en la Notaría 37 de Santafé de Bogotá, el 13 de diciembre de 1999⁶¹.
 - Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento de la señora Daniela Rubiano Mejía No. 18470963, expedida la Notaría Cuarta de Pereira, el 3 de junio de 1999⁶².
- c.** Los señores Tito Alfaro Jiménez, Fabio Alfaro Jiménez, Mario Alfaro Jiménez, Oscar Alfaro Jiménez, Álvaro Alfaro Jiménez, Mary Alfaro Jiménez, Isaura Alfaro Jiménez, María Leila Alfaro Jiménez, Sotera Alfaro Jiménez e Hilda María Alfaro Jiménez acreditaron su condición de hermanos de la señora Georgina Alfaro de Mejía, mediante los siguientes documentos aportados con la demanda:
- Cerificación del Registro Civil de Nacimiento del señor José Tito Alfaro Jiménez, expedida por la Notaría Primero de Ibagué, Tolima, el 4 de mayo del 2000⁶³.
 - Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento del señor Fabio Alfaro Jiménez No. 29931154, expedida en la Registraduría Municipal del Estado Civil de Armero – Guayabal, Tolima, el 23 de mayo del 2000⁶⁴.
 - Copia auténtica del certificado del Registro Civil de Nacimiento del señor Mario Alfaro Jiménez, expedida en la Notaría Primera de Ibagué, Tolima, el 4 de mayo del 2000⁶⁵.
 - Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento del señor Oscar Alfaro Jiménez, expedida en la Notaría Primera de Ibagué, Tolima, el 13 de junio del 2000⁶⁶.
 - Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento del señor Cristo Álvaro Alfaro Jiménez No. 29542488, expedida por la Registraduría Municipal de Falán, Tolima, el 23 de mayo del 2000⁶⁷.
 - Copia auténtica del Certificado del Registro Civil de Nacimiento de la señora Mary Alfaro Jiménez, expedida por la Notaría Tercera de Ibagué, Tolima, el 30 de mayo de 1985⁶⁸.

⁶¹ Fl. 43 del C.1.

⁶² Fl. 47 del C.1.

⁶³ Fl. 49 del C.1.

⁶⁴ Fl. 50 del C.1.

⁶⁵ Fl. 51 del C.1.

⁶⁶ Fl. 52 del C.1.

⁶⁷ Fl. 53 del C.1.

⁶⁸ Fl. 54 del C.1.

- Copia auténtica del Certificado del Registro Civil de Nacimiento de la señora Isaura Alfaro Jiménez, expedida por la Notaría Primera de Ibagué, Tolima, el 4 de mayo del 2000⁶⁹.
 - Copia auténtica del Certificado del Registro Civil de Nacimiento de la señora María Leila Alfaro Jiménez, expedida por la Notaría Primera de Ibagué, Tolima, el 4 de mayo del 2000⁷⁰.
 - Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento de la señora María Sotera Alfaro Jiménez No. 29548462, expedida por la Registraduría Municipal del Estado Civil de Armero – Guayabal, Tolima, el 18 de mayo del 2000⁷¹.
 - Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento de la señora Hilda María Alfaro Jiménez, expedida por la Registraduría Municipal del Estado Civil de Armero – Guayabal, Tolima, el 23 de mayo del 2000⁷².
- d. Se encuentra probada en el proceso la muerte de la señora Georgina Alfaro de Mejía el 26 de febrero del 2000, mediante Copia Auténtica del Registro Civil de Defunción No. 1240162, expedida por la Organización Electoral de la Registraduría Especial del Estado Civil de Ibagué, Tolima, el 7 de marzo del 2000⁷³.
- e. Obra en el expediente el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P. OFICIAL, IBAL S.A. E.S.P., expedido por la Cámara de Comercio de Ibagué, Tolima⁷⁴, el cual fue aportado con la demanda.
- f. Obra en el expediente, como prueba trasladada, copia auténtica de la investigación preliminar No. 10.617, adelantada por la Fiscalía General de la Nación⁷⁵, enviada mediante oficio del 3 de abril del 2001⁷⁶, la cual fue solicitada mediante oficio No. 603 del 1 de febrero de 2001⁷⁷, suscrito por el Tribunal Administrativo del Tolima. En la investigación consta:

⁶⁹ Fl. 55 del C.1.

⁷⁰ Fl. 56 del C.1.

⁷¹ Fl. 57 del C.1.

⁷² Fl. 58 del C.1.

⁷³ Fl. 59 del C.1.

⁷⁴ Fls. 70 – 74 del C.1.

⁷⁵ Fl. 4 - 44 del C. De pruebas de la parte demandante.

⁷⁶ Fl. 45 del C.1.

⁷⁷ Fl. 156 del C.1. en el cual se lee: “Atentamente me permito solicitar a usted en el término de veinte (20) días, para que obre dentro del proceso de la referencia, se sirva remitir COPIA AUTENTICA de la totalidad del sumario 908 seguido contra JOSE WILSON GOMEZ.”

- Acta de diligencia de inspección judicial con perito realizada por la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía 24 seccional de Ibagué, Tolima, el 1 de marzo del 2001⁷⁸. En el acta se lee:
- Protocolo de necropsia no. 103-2.000-NML, realizado a la señora Georgina Alfaro de Mejía el 27 de febrero del 2000⁷⁹.
- g. Obra en el expediente oficio No. COB.SCO.0017 del 20 de febrero del 2001⁸⁰, suscrito por el Subcomandante Operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos, como respuesta al oficio No. 606 del 1 de febrero del mismo año⁸¹, enviado por el Tribunal del Tolima a esta entidad.
- h. Obra en el expediente el oficio No. 039 del 22 de febrero de 2001, de la Cruz Roja Colombiana, enviado como respuesta al oficio No. 604 del 1 de febrero del 2001⁸².
- i. Testimonio rendido por el señor Hermógenes Trujillo el 5 de junio del 2001⁸³, en el cual al realizó un relato de los hechos en los que perdió la vida la señora Georgina Alfaro de Mejía.
- j. Testimonio rendido por el señor Jhon Jairo Beltrán⁸⁴, quien transitaba por el lugar al momento del accidente.
- k. Testimonio de la señora Diana María Álvarez Callejas⁸⁵, quien transitaba por el lugar al momento del accidente el 26 de febrero del 2000, rendido el 6 de junio del 2001.

⁷⁸ Fls. 10 – 11 del C. De pruebas de la parte demandante.

⁷⁹ Fls. 15 – 16 del C. De pruebas de la parte demandante.

⁸⁰ Fl. 47 del C. De pruebas de la parte demandante.

⁸¹ Fl. 159 del C.1. En el cual se lee: *“Atentamente me permito solicitarle envíe, para que obre dentro del proceso de la referencia, informe detalladamente sobre qué clase de diligencias de socorro realizaron el día 26 de febrero de 2000 [...]”*

⁸² Fl. 157 del C.1. En el cual se lee: *“Atentamente me permito solicitarle envíe, para que obre dentro del proceso de la referencia, informe detalladamente sobre qué clase de diligencias de socorro realizaron el día 26 de febrero de 2000 [...]”*

⁸³ Fls. 53 – 55 del C. De pruebas de la parte demandante.

⁸⁴ Fls. 56 – 57 del C. De pruebas de la parte demandante.

⁸⁵ Fls. 62 – 63 del C. De pruebas de la parte demandante.

- l.** Obra en el expediente copia simple del Decreto No. 120 del 25 de marzo de 1999⁸⁶, “Por el cual se determina la estructura administrativa del Municipio de Ibagué”.

- m.** Oficio No. GRHCD – 065 del 16 de febrero del 2011⁸⁷, suscrito por la Directora Administrativa de la Secretaría de Recursos Humanos y Control Disciplinario de la Alcaldía de Ibagué.

- n.** Declaración rendida por el señor Fernando Rojas⁸⁸, supervisor de redes de alcantarillado de la empresa Ingenieros Asociados de Bogotá, asignada al IBAL S.A. E.S.P.,

- o.** Declaración rendida por el señor Edilberto González González⁸⁹, Jefe de la División Técnica de Alcantarillado del IBAL S.A. E.S.P., quien afirmó la posterior colocación de barandas en el sitio del accidente.

- p.** Boletines reportados a la línea de emergencias del IBAL S.A. E.S.P., durante el mes de febrero del 2000, enviados mediante oficio No. 151 del 28 de febrero del 2001⁹⁰, suscrito por el Jefe de la División Técnica de Alcantarillado del IBAL S.A. E.S.P.

- q.** Obra en el expediente el Acta de la Diligencia de Inspección realizada el 14 de mayo del 2004⁹¹, al lugar del accidente, por el Tribunal Administrativo del Tolima, la cual fue decretada de oficio mediante auto del 26 de abril del mismo año⁹².

- r.** Obra en el expediente el concepto realizado por el ingeniero civil Maximiliano Mesa Rubio⁹³, en julio del año 2004.

⁸⁶ Fls. 2 – 36 del C. De pruebas de la parte demandada.

⁸⁷ Fl. 37 del C. De pruebas de la parte demandada.

⁸⁸ Fls. 38 – 41 del C. De pruebas de la parte demandada.

⁸⁹ Fls. 43 - 47 del C. De pruebas de la parte demandada.

⁹⁰ FL. 48 – 71 del C. De pruebas de la parte demandada.

⁹¹ Fls. 1 – 4 del C. De prueba de oficio.

⁹² Fl. 214 del C. 1.

⁹³ Fls. 13 – 31 del C. De prueba de oficio.

- s. Obran en el expediente 24 fotografías⁹⁴, aportadas con la demanda, las cuales fueron ratificadas por el señor Edilberto González González en la declaración rendida el 3 de octubre del 2001.

5. Análisis del Caso concreto

Se ocupa ahora la Sala examinar las dos razones expuestas por el apoderado de IBAL S.A, en el escrito en que sustentó el recurso de apelación, esto es, si hay lugar a exonerar a la parte demandada por la existencia de una fuerza mayor y si se configura la culpa exclusiva de la víctima en relación con los hechos.

5.1 La fuerza mayor invocada en el recurso de apelación

Contrario a lo expresado por esta entidad recurrente, la Sala considera que la fuerza mayor o el caso fortuito como causales eximentes de responsabilidad de las entidades demandadas no se verificó en el caso concreto.

En cuanto al presupuesto de la fuerza mayor, la Sala debe orientarse por el precedente según el cual,

"El artículo 1º de la Ley 95 de 1890, dispone:

"Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

Sobre el alcance de esta disposición ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"En relación con la fuerza mayor y el caso fortuito, se lomaron (sic) como términos sinónimos, significando indiferentemente lo da (sic) causa extraña al deudor que pone un obstáculo a la ejecución de la obligación. Por eso observan Josserand y Colín y Capitant que los redactores del Código Francés acogieron las dos expresiones citadas como indiferentes para expresar una misma idea.

"Mas (sic) un estudio detenido de este punto, hecho por los autores y la jurisprudencia, en la que puede citarse la colombiana, ha venido a evidenciar que si es verdad que el caso fortuito y la fuerza mayor producen el mismo efecto liberatorio o sea la exoneración del deudor, no obstante eso, esas dos figuras son distintas y responden a formas también muy diversas. La fuerza mayor designa el obstáculo a la ejecución de la obligación, como resultado de una fuerza extraña, y el caso fortuito es el obstáculo interno, es decir, el que proviene de las condiciones mismas (sic) de la conducta del deudor, el accidente material, de la falta de un empleado, etc. Por eso en el caso fortuito se ve la imposibilidad relativa de la ejecución, al paso que la fuerza mayor se considera como la imposibilidad absoluta proveniente de un obstáculo insuperable que no permite el cumplimiento de la prestación, como un terremoto, una tempestad, el abuso de autoridad. El elemento relativo que condiciona el caso fortuito, determina que no siempre que existe o se presenta éste, se llegue indefectiblemente a la exoneración del deudor, la cual no se produce sino cuando militan además ciertas circunstancias especiales, que debe demostrar quien las alega. Por eso el artículo 1604 del Código Civil enseña que incumbe la prueba del caso fortuito al que

⁹⁴ Fls. 76 – 87 del C.1.

lo alega, en la forma condicionada que aquí se detalla.” (Casación, 7 marzo 1939, XLVII, 707)⁹⁵.

En atención a dicho precedente, la Sala ha señalado:

“(...) la fuerza mayor sólo se demuestra mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias (...) En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito (...)”⁹⁶.

En la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, la aplicación y el tratamiento de la fuerza mayor y el caso fortuito no ha sido monista sino dual, esto es, bajo la consideración dividida e independiente de cada una de esas figuras jurídicas, hasta el punto de considerar que de éstas sólo constituye causa extraña la fuerza mayor⁹⁷.

Ahora bien, en cuanto a los elementos esenciales de la fuerza mayor, la jurisprudencia de la Corporación ha reiterado que se debe probar la imprevisibilidad e irresistibilidad y, además, se debe acreditar que la situación resulta completamente externa o exterior al sujeto que la padece, de tal manera que no tenga control, o pueda achacarse alguna injerencia en su ocurrencia⁹⁸.

La empresa IBAL S.A. alegó la fuerza mayor como causal de exoneración de responsabilidad y la hizo consistir en: : *“las intensas y fuertes lluvias presentadas el día del insuceso”*; afirmando además que: *“fue la furia de las aguas de naturaleza irresistible, como se demostró plenamente dentro del proceso, lo que causó el accidente.”*; y por último agrega que de no haberse presentado tal fenómeno, la muerte de la señora GEORGINA ALFARO DE MEJÍA no hubiese ocurrido.

Sobre el particular, observa la Sala, que la compañía IBAL S.A, no solicitó medio probatorio alguno para demostrar la imprevisibilidad de la intensidad de las lluvias precipitadas sobre el lugar de los hechos el día 26 de febrero del año 2000; no obstante, obra como anexo del dictamen pericial decretado de oficio y rendido por el ingeniero Maximiliano Mesa Rubio, el cuadro de los valores diarios de

⁹⁵ Sentencia de 16 de diciembre de 1949.

⁹⁶ Sentencia de 15 de junio de 2000, Exp: 12.423.

⁹⁷ Sentencia de 2 de mayo de 2002, Exp: 13477.

⁹⁸ DEGUERGUE, Maryse. “Causalité et imputabilité”, en *Juris-Classeur Administratif*, 02, Fac.830, 2002, p.17. En este sentido, véase CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 19 de octubre de 2011, Exp. 20135 y del 15 de febrero de 2012 Exp. 21270, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

precipitaciones en la ciudad de Ibagué durante el año 2000, suministrado por el Instituto de Hidrología, meteorología y estudios ambientales IDEAM; documento que permite verificar si las lluvias que cayeron sobre la ciudad el día del accidente, tienen la conotación de imprevisibles, de forma tal que pueda constituirse la fuerza mayor alegada por la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado.

En el referido documento se certifica que el día del accidente, 26 de febrero de 2000, los valores diarios de precipitación fueron de 61 litros de agua⁹⁹, con base en este dato, el perito designado, consideró que la precipitación era el 85% de la lluvia del día, obteniendo así una intensidad de lluvias de 596 litros por segundo; ahora bien, en la misma experticia, se calcula el periodo de retorno de esta intensidad de lluvias, para lo cual se afirmó que se aplicaba la fórmula del Ingeniero José Luis Marulanda, del IBAL. Hechos los calculos matemáticos correspondientes el perito concluye: “ *Es decir, esta precipitación se presenta cada año como lo podemos observar en el reporte del IDEAM para el año 2000 (Febrero)*”¹⁰⁰.

Aunado a las anteriores consideraciones técnicas consignadas en el dictamen, la Sala observa que en el cuadro de los valores de precipitación se registran días con mayor intensidad de lluvias, como por ejemplo: el dos de marzo de 2000, fecha en la que se certifica una intensidad de 79 mms de lluvia; y el 22 de mayo siguiente en el que se registró una intensidad de 135 mms. Lo anterior muestra a la Sala de manera evidente que la intensidad de las lluvias el día en que la señora ALFARO DE MEJÍA perdió la vida, no estuvieron por fuera del rango de previsibilidad que arroja el estudio del IDEAM, y por ende mucho menos imprevisibles eran las consecuencias adversas de unas precipitaciones que se ubicaban dentro del rango de la normalidad; por lo que es imperativo concluir que no hay lugar a reconocer la fuerza mayor alegada en el escrito del recurso de apelación por la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado.

5.2 La Culpa exclusiva de la víctima.

La Sala se ocupa ahora de examinar si se presenta en el sub judice una causal eximente de responsabilidad, concretamente la alegada por la parte recurrente, esto es, la culpa de la víctima. Sobre la culpa de la víctima como causal de

⁹⁹ Fl.9 cuaderno prueba de oficio

¹⁰⁰ Fl. 21 Cuaderno prueba de oficio.

atenuación o eximente de responsabilidad esta Corporación ha sostenido lo siguiente:

“...será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido.

Ahora bien, no significa lo anterior que toda conducta de la víctima tenga la suficiente dimensión o entidad para excluir o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño”¹⁰¹.

También se considera que para que se configure el hecho de la víctima como factor eximente o atenuante de responsabilidad, no es necesario que la entidad demandada acredite la irresistibilidad o imprevisibilidad del comportamiento de la víctima, pues basta con argumentar que es una causa adecuada y determinante para la producción del daño. Así se ha señalado por esta Corporación:

“En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación.

“Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis”¹⁰².

En el caso sub lite, el apoderado de IBAL S.A, para persuadir sobre su pretendida culpa exclusiva de la víctima argumentó:

“Es de recordar que la vía por la que transitó la víctima no es peatonal, como acertadamente se concluye de la inspección judicial; es una vía de

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de agosto de 2008, M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, exp. 17042.

¹⁰² *Ibíd.*

carácter vehicular y debido a su uso se hicieron las obras de drenajes acorde con su naturaleza, es por ello que no se encuentran andenes, y no puede ser de recibo como lo sostiene el perito MAXIMILIANO MESA RUBIO, que la señora no tenía otra alternativa para llegar a su residencia, máxime cuando no solamente existen las vías de entrada al Barrio Piedra Pintadas que se reseñan en el informe, sino muchas otras que pudieron haberle brindado la seguridad requerida para concluir felizmente su recorrido, pues es un barrio completamente residencial”¹⁰³.

Procede la Sala a verificar si lo expresado por el apoderado recurrente encuentra sustento en el acervo probatorio del expediente. Sobre el particular lo primero que se advierte es que en la inspección judicial decretada de oficio por el Tribunal, no participó el apoderado de la entidad recurrente; se observa además, que en el acta de tal inspección en ningún momento se concluye que la vía por la que transitaba la víctima no es peatonal, por el contrario allí el magistrado encargado de adelantar la diligencia consignó:

“ [...]Se observan dos separadores, en uno se ve una escalera y en el otro un acceso peatonal. Se observa que se encuentra enmontado el sitio en donde la occisa Alfao de Mejía “Salta” junto con el señor Trujillo, refiere el testigo que existía un camino peatonal lo suficientemente cómodo para acceder al sitio de su residencia, evidentemente se observa que en éste punto no existe andén y por el contrario se encuentra una cuneta que bordea la avenida y que sirve de punto de separación entre ésta y el sector residencial. Seguidamente se hace el recorrido desde el punto en que cayera la occisa y el testigo hasta el colector de aguas lluvias, observando que la cuneta es de una gran dimensión lo (sic) que puede sostener un enorme volumen de agua que en épocas de lluvia alberga una gran corriente de agua; así mismo se observa que todo éste (sic) trayecto referido anteriormente no tiene mantenimiento de limpieza, puesto que contiene maleza, basuras y aguas estancadas; de igual forma se puede advertir que cerca al colector, la construcción de una baranda que evita el paso peatonal y sirve de señalización a éste punto crítico, por informe del testigo ésta (sic) baranda fue construida posteriormente al in suceso (sic) investigado.”¹⁰⁴

¹⁰³ Fl. 263 C. ppal.
Fls.1-4 C. de prueba de oficio

Además, obra como prueba trasladada otra inspección judicial, realizada por la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía 24 seccional de Ibagué, Tolima, el 1 de marzo de 2000, cinco días después del insuceso; en esa oportunidad se consignó:

“[...] Ya en el sitio de la diligencia, se observa en el costado derecho de la Avenida El Jordán, en sentido norte, un asadero de carne a la llanera bajo una caseta que en el momento se encuentra solitaria. Atravesando la Avenida se llega a una cuneta en el costa (sic) izquierdo, en forma de V, de un metro de ancha, para ascender luego a una zona verde por un camino trillado, ruta que según Hermógenes Trujillo, presente en el momento de esta diligencia, fue la que tomó en compañía de GEORGINA ALFARO DE MEJIA, siendo arrastrados por las aguas al cruzar la cuneta. De este sitio hasta una caja colectora de aguas residuales hay una distancia de 218.30 metros. Esta caja desemboca en dos tubos paralelos de 60 cms. de diámetro cada uno, que atraviesa la Avenida El Jordán de manera subterránea hacia el costado derecho, siguiendo su recorrido hasta llegar a la Quebrada Hato de la Virgen, donde fue localizado el cadáver de GEORGINA. Las dimensiones de la cuneta y de la caja colectora, como su forma estructural, quedan reproducidas en el plano levantado y las fotografías tomadas por el Técnico que nos asesoró, y que serán anexadas a este expediente. [...]”¹⁰⁵

Lo transcrito pone en evidencia que no es cierta la afirmación del recurrente, según la cual se había constatado que el lugar por donde transitaba la víctima era exclusivamente vehicular; lo único que queda acreditado es la ausencia de andenes en ese costado de la vía “El Jordán” para el ingreso al barrio Piedra Pintada. Esta circunstancia se encuentra ratificada en el testimonio rendido por Hermógenes Trujillo, persona que acompañaba a la víctima en el momento de los hechos, quien al interrogársele sobre la razón por la cual no tomaron otro camino en ese momento, manifestó.

“[...] Es que en ese trayecto no hay andenes sino por el centro o sea la que divide la calzada, es un separador, pero en todo el trayecto entre el pozo

¹⁰⁵ Fls. 10-11 C. de pruebas de la parte demandante.

*que hay hasta la entrada a Altos de Piedra Pintada no hay andenes. Por el lado izquierdo bajando que es la entrada a Piedra Pintada no hay andenes y por el lado derecho bajando que es al frente de Piedra Pintada sí hay andenes, puesto que el barrio a donde nosotros íbamos es opuesto al andén [...]*¹⁰⁶

Resta por verificar si constituyó una imprudencia de la señora ALFARO DE MEJIA haber tomado este sector de la vía; y constatar si la otra manifestación del apoderado de la sociedad recurrente IBAL S.A, según la cual esta no era la única alternativa que la víctima tenía para dirigirse a su casa, se encuentra probada.

A propósito del primero de los anteriores aspectos, está probado que la administración no había colocado avisos que advirtieran que ese costado tuviese prohibido el tránsito peatonal, u *ofendículos* que impidieran que los habitantes del barrio Piedra Pintada transitaran por allí. En presencia de estos avisos se le podría endilgar a la víctima una conducta imprudente. La inexistencia de estas advertencias se deduce de la declaración de Jhon Jairo Beltrán, quien transitaba por el lugar en el momento del accidente, y en la que se lee:

“[...] PREGUNTADO: Cuando ustedes observaron que el señor y la señora eran arrastrados por la corriente de las aguas y conducidos hacia el colector pudieron observar que había alguna señal de peligro o algún prohibido de paso peatonal o alguna medida de protección tanto de la cuneta como del colector. CONTESTÓ: Nunca lo ha habido ni en este momento tampoco lo hay. Hay unas barandas que colocaron pero avisos no”.¹⁰⁷

Esta versión resulta coincidente con la depuesta por Diana María Álvarez Callejas, que también transitaba por el lugar y quien, al preguntársele sobre la existencia de avisos, respondió:

*“Ahí no existen ningunas señales de peligro, lo único que vimos fue que a la entrada de Piedra Pintada estaba pasando el agua por encima, la calle estaba semi rota y por ahí salía agua. Todavía está ese hueco.”*¹⁰⁸

¹⁰⁶ Fls. 53-55 C. de pruebas de la parte demandante.

¹⁰⁷ Fls. 56-57 del Cuaderno de pruebas de la parte demandante.

¹⁰⁸ Fls. 62-63 del Cuaderno de pruebas de la parte demandante.

Así las cosas, no es posible atribuirle culpa alguna a la víctima por transitar por un lugar que no tenía advertencia alguna del peligro que corría, y que por el contrario, según el dicho de los testigos, del perito y de lo consignado en la inspección judicial realizada por la fiscalía pocos días después del accidente, resultaba utilizada por toda la comunidad.

Destaca además la Sala, que la administración con posterioridad al accidente en el que la señora ALFARO DE MEJÍA perdió la vida, colocó barandas en el sitio donde ocurrió el infortunio. Así se deduce de lo expresado por Edilberto González González, Jefe de la División Técnica de Alcantirrado de IBAL S.A. E.S.P., en cuya declaración se lee:

“PREGUNTADO: Días o meses después del accidente el IBAL desarrolló una obra sobre parte de la cuneta (sic) consiste en la ubicación de unas barandas. Cuáles fueron los argumentos técnicos para esta decisión y por qué razones antes del accidente estas barandas no habían sido colocadas y a su vez qué se pretendía con las mismas. CONTESTÓ: Los argumentos que tuvo el IBAL para la instalación de las barandas era evitar el arrastre de material grueso entre ellos piedras (sic) llegara a la caja recolectora ya que con esta alta precipitación que se presentó debilitó el talud y se estaban presentando arrastre de rocas provenientes del talud. No habían sido colocadas porque no se nos había presentado la presencia de estos cantos rodados sobre la caja y ya que aguas (sic) abajo tenemos población se hizo con el fin de evitar problemas a este (sic).”

Ahora bien, en cuanto atañe al segundo aspecto anunciado, esto es, la pretendida imprudencia de la víctima por no utilizar otras alternativas de ingreso a su domicilio, procederá la Sala a verificar qué pruebas existen de esas otras supuestas posibilidades que tenía la víctima para llegar a su lugar de habitación.

Sobre el particular lo primero que encuentra la Sala en el plenario, es que en la inspección judicial decretada de oficio y practicada por el Tribunal que conoció en primera instancia del proceso, el magistrado que adelantó la diligencia consignó:

“Nos dirigimos al punto de la calle 48 con carrera 4ª, lugar de acceso peatonal y vehicular al Barrio Piedra Pintada, lugar común en donde entran y salen los habitantes del sector, y sitio por donde necesariamente tenía

que desplazarse la occisa al sitio de su residencia demarcado con la nomenclatura urbana No. 48 – 56 (Edificio Panorama). Se observa que a la entrada de la calle 48 no existe puente o rampa peatonal ni vehicular, por el contrario se ve la cuneta de las características descritas anteriormente con calle de acceso en mal estado.¹⁰⁹ [Subrayado fuera de Texto]

En relación con el mismo tópico el perito MESA RUBIO, consignó en su dictamen:

*“ No existe en el lugar indicado, o sea sobre la margen izquierda de las avenida El Jordán donde se localiza la cuneta por donde el caudal de las aguas lluvias arrastró a la señora Georgina Alfaro de Mejía, obra alguna de paso peatonal como andenes; puentes peatonales. Más bien, en el sitio del accidente existe sobre el talud en tierra con vegetación en altura aproximada de 3 mts, un camino- servidumbre que se formo (sic) por el paso continuo de los habitantes del sector que lo utilizan, a cambio de acceder la calle 48 que en épocas lluviosas se inunda, produciendo una escorrentía rápida, haciendo que dicha servidumbre sea un paso obligado de los moradores y visitantes del sector”*¹¹⁰[Subrayado fuera de texto]

De la anterior percepción, el perito dejó memoria gráfica, mediante la fotografía aportada como parte de la experticia y obrante a folio 28 del cuaderno de la prueba de oficio, en la que se observa el punto donde se encuentra la calle 48 con la avenida El Jordán. El auxiliar de la justicia consignó de manera manuscrita al pie de la mencionada fotografía lo siguiente:

“Aspecto del cruce de la calle 48 con la avenida El Jordán. Nótese que no existe puente para salvar la cuneta, viéndose obligados tanto los peatones como los vehículos a tener que usar la cuneta”.

Obsérvese que el mismo perito en su experticia, aporta la fotografía de otra calle que hace intersección con la avenida el Jordan, en la que se aprecia que las aguas lluvias circulan bajo el nivel del paso peatonal y vehicular. En la parte inferior de esta fotografía el perito colocó de forma manuscrita lo siguiente:

¹⁰⁹ Fl. 1-4 C. de la prueba de oficio.

¹¹⁰ Fl. 14 C. de la prueba de oficio.

“Nótese la obra de acceso que debería tener la calle 48 para que las aguas lluvias circulen por debajo”.¹¹¹

Los anteriores medios probatorios muestran con claridad a la Sala, que existían para la víctima dos alternativas para lograr el punto de intersección entre la calle 48 con la avenida el Jordán, punto necesario para el ingreso al barrio piedra pintada, donde habitaba: uno, a través del andén que existe en el costado derecho de la citada avenida; el otro el que transcurrió la víctima, tomando el “camino – servidumbre”, como lo describió el perito, el que había sido hecho por la comunidad. Pese a existir estas dos posibilidades no puede endilgársele culpa alguna a la señora Alfaro de Mejía, por cuanto aún tomando la otra vía, la víctima habría tenido que saltar la misma cuneta en la que cayó. En efecto si hubiese tomado esta segunda opción, la persona fallecida necesariamente habría tenido que enfrentar la corriente de agua que la arrastró, en el punto de intersección de la calle 48 con la avenida El Jordán, lugar obligado de ingreso, como se dejó consignado en la inspección judicial practicada, y en el que se dejó constancia que la cuneta no se encontraba canalizada. Lo anterior evidencia que la conducta de la víctima no fue determinante para la ocurrencia del hecho dañoso que le causó la muerte.

No comparte la Sala los argumentos expuestos por el Ministerio Público en su concepto escrito, de acuerdo con los cuales, a su juicio se encuentra acreditada la culpa exclusiva de la víctima, por no haber utilizado una rampa que le permitía pasar sobre canal de aguas lluvias. No se comparte, pues las pruebas en el proceso dan cuenta que por la calle 48, la cuneta no está canalizada de manera subterránea, sino que pasa a nivel de dicha calle; lo que significa que la víctima, de haber utilizado los andenes que tenía en el costado opuesto de la avenida del Jordán, no se había relevado de tener que saltar sobre la fuerte corriente que había formado la lluvia. De otra parte el Ministerio Público no hace referencia a ningún lugar en particular; por el contrario, en la inspección judicial y en la experticia se dejó claro que era la calle 48 el paso obligado para la víctima, en el propósito de llegar a su residencia. Y si bien es cierto hay prueba de que existen otros sectores de la cuneta en la que la misma se encuentra entubada, no es de recibo exigirle a la víctima que se trasladara a otros sitios distintos a su ruta; para ocultar una desidia de la administración. Desidia que hizo que la comunidad

¹¹¹ Fl. 29, C. de la prueba de oficio.

creara sus propios medios de ingreso al barrio, como se dejó consignado en la experticia tantas veces citada, ante el cuestionamiento del Tribunal:

“Pregunta 3. *Se indique que (sic) vías de acceso tenía(sic) la occisa a su sitio de residencia de acuerdo con lo observado en la inspección.*

Respuesta. *Por costumbre e instinto siempre se tomo(sic) la vía más corta para ir de un lugar a otro y como la calle 48 se encontraba inundada, no tenía otra alternativa, después de apearse del bus, que cruzar la avenida para lograr alcanzar el camino-servidumbre en que según testimonios, la occisa resbaló cayendo a la rápida corriente de agua de la cuneta. Se apreció que este camino se formó por el paso obligado de los vecinos del sector y sobre todo en las lluvias cuando las calles se anegan, por carecer de un acceso más seguro”.*

De esta forma quedán descartados los dos argumentos en que el apoderado del IBAL S.A, fundamentaba su recurso de apelación, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

La Sala estima conveniente determinar que la declaratoria de responsabilidad que se confirmará respecto de las dos entidades demandadas, no tiene unicamente su fuente en la falla en la prestación del servicio de alcantarillado, sino que primeramente se evidencia una falla del municipio en las normas de derecho urbanístico, como pasa a explicarse.

La ley 388 de 1997, vigente para la época en que ocurrieron los hechos, en su artículo 3º dispone entre los fines de la Función Pública del Urbanismo:

“1. Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructura de transporte y demás espacios públicos...”

“ 3. Propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades

De otra parte, la misma ley en su artículo 8º dispone que los municipios, para el cumplimiento de la Función Pública del urbanismo, deben adelantar la correspondiente acción urbanística y describe entre otras acciones de este tipo:

“2. Localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte los servicios públicos domiciliarios...”. Acciones que conforme al párrafo del mismo

artículo: *“deberán estar contenidas o autorizadas en los planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que los desarrollen o complementen, en los términos previstos en la presente ley”*.

La misma legislación establece, además, tres componentes de los planes de ordenamiento territorial:

- “1. El componente general del plan, el cual estará constituido por los objetivos, estrategias y contenidos estructurales de largo plazo.*
- 2. El componente urbano, el cual estará constituido por las políticas, acciones, programas y normas para encauzar y administrar el desarrollo físico urbano.*
- 3. El componente rural, el cual estará constituido por las políticas, acciones, programas y normas para orientar y garantizar la adecuada interacción entre los asentamientos rurales y la cabecera municipal, así como la conveniente utilización del suelo”*

Entre los contenidos que la misma ley establece para el componente urbano, en el artículo 13 se incluye:

- “2. La localización y dimensionamiento de la infraestructura para el sistema vial, de transporte y la adecuada intercomunicación de todas las áreas urbanas....”*

Sobre el derecho urbanístico la doctrina ha dicho que está:

“vinculado a los propósitos sociales y comunitarios que comprometen la actividad pública del Estado, más allá de las fronteras de la conurbación, esto es, sobre la totalidad de la problemática del territorio”.¹¹²

Se ha puntualizado, además, que este derecho urbanístico:

“adquiere profundas connotaciones de un régimen jurídico y de principios de clara estirpe constitucional que desarrolla los postulados del Estado social de derecho, esto es, comprometido mediante la acción administrativa propia del ejercicio del poder público con la realización de los cometidos indispensables para garantizar los intereses colectivos y sociales sobre los estrictamente individualistas, los cuales son reconducidos y reducidos a contextos estrictamente necesarios en aras de la estabilidad y subsistencia de la comunidad sobre el territorio”.¹¹³

¹¹² Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Principios del derecho Urbanístico Colombiano, en *Derecho Urbanístico. Legislación y Jurisprudencia*, Universidad Externado de Colombia, 2009; pág. 31.

¹¹³ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ob cit. Pág. 32

En este orden de ideas, también se ha identificado el principio de la función pública del urbanismo, en desarrollo del cual la administración debe propender por los siguientes objetivos, entre otros:

“-Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructura de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común...”¹¹⁴

El contexto normativo y doctrinal que se acaba de describir, permite a la Sala determinar sin ambages, que en el caso concreto el municipio de Ibagué falló en el dimensionamiento de la infraestructura vial, pues la planificación en las dimensiones de la cuneta adyacente a la avenida El Jordán, que canalizaba las aguas lluvias, resultaba insuficiente dados los valores habituales de lluvia en la ciudad de Ibagué y la pendiente que tiene dicha avenida, tal como lo constató el perito que rindió la experticia decretada de oficio por el Tribunal.

En efecto, el perito, sobre la idoneidad de la cuneta, dijo en un primer momento, en desarrollo de la Inspección Judicial:

“Las cunetas a las que se refiere dicha pregunta en el sector en donde se hizo la inspección ocular, no son las indicadas para evacuar las aguas lluvias, pues empíricamente puedo decir que sus dimensiones no parecen cumplir su cometido como es de una eficiente evacuación de las aguas en el sector, pues no solamente se puede llegar a una conclusión sin hacer el respectivo estudio de la cantidad de agua que debe soportar ésta (sic) obra para una lluvia determinada [...]”

Y posteriormente, en el dictamen que rindió, con base en los cálculos matemáticos en los que tuvo en cuenta los valores de lluvia en la ciudad de Ibagué durante el año 2000, la pendiente de la cuneta y las dimensiones de la misma, afirmó:

“El caudal rebosa la cuneta porque Q_1 mayor que Q_2 , luego no es suficiente para soportar las aguas lluvias del sector para esta intensidad.[...] El agua debe llegar rebosado por lo tanto las cunetas existentes no

¹¹⁴ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ob. cit. Pág. 41

cumplen en su estado y dimensiones para soportar el caudal producido por la lluvia de ese día”

Y más adelante concluyó:

“Para el caso particular debido a la localización actual y por el volumen de las aguas, se debe entubar y sobre este sistema construir el andén peatonal.”

La Sala, hace énfasis en que la planificación de la infraestructura vial, supone que la misma sea realizada pensando en que el desarrollo urbano resulte amable al usuario, destinatario final de tal planificación; de forma tal que se permita una serena convivencia de los ciudadanos con su entorno.

En el *sub lite* se evidencia que existen unas vías que resultan agresivas y peligrosas para los habitantes del barrio “Piedra Pintada”, como quiera que estas personas son dejadas por los vehículos de transporte público en sitios que constituyen un grave riesgo para sus vidas. En efecto, la pendiente que tiene la avenida El Jordán ocasiona, en momentos que se presentan lluvias, aunque estas no sean las más intensas, como ocurrió el 26 de febrero de 2000; una fuerte escorrentía, la misma que arrastró el cuerpo de la señora GEORGINA ALFARO DE MEJÍA, ocasionándole la muerte.

De otra parte, no puede pasar la Sala desapercibido, que si bien con posterioridad al accidente, se construyó una cuneta de mayores dimensiones; como lo constató el perito; esta nueva zanja, 4 años después se encontraba en completo abandono; como lo consignó el auxiliar de la justicia, frente a la pregunta que le formuló el Tribunal en desarrollo de la inspección judicial realizada el 14 de mayo de 2004:

“[...] Pregunta .. Considera usted que el sumidero o colector visitado, al igual que en las cunetas observadas, se le hace el mantenimiento necesario o por el contrario, se observa un total abandono de dicha obra?”

Respuesta. Actualmente tanto en el sector, como en el barrio Piedrapintada, el mantenimiento de los sumideros es precario, es decir no parece ser rutinario puesto que se notan taponamiento (sic) en los mismos. Sobre la avenida El Jordán, los sumideros se encuentran fracturados y taponados con piedra, tal vez por los peatones para evitar caer en ellos. Sobre la

cuneta de la avenida El Jordán se construyó (sic), después del accidente que causó (sic) la muerte de la señora Georgina Alfaro de Mejía, una cuneta con dimensiones mayores que la que existía y en una longitud de aproximadamente 68 mts, (sic) la cual se encontró con (sic) piedras, basuras, etc y a su vez el pozo del alcantarillado por donde el agua introdujo o la ociosa se encontró parcialmente colmado con piedras y vegetación. [...]”

Ahora bien, sin desconocer que en el *sub judice* se resuelve una pretensión particular; en cumplimiento de la reparación integral en su manifestación de garantía de no repetición del daño, y ante la evidencia de la violación a bienes constitucionales de la víctima; advierte la Sala que esta Corporación ha reconocido, junto al perjuicio moral, otro perjuicio extrapatrimonial, denominado protección de bienes constitucionales o convencionales, cuando los hechos dan cuenta que se han violado garantías constitucionales fundamentales.

En el caso *sub judice* la Sala observa que a la víctima se le vulneró la garantía a la libre locomoción consagrada en el artículo 24 de la Constitución Política en los siguientes términos:

“ Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia.”[Subrayado fuera de texto]

A propósito de esta disposición la Corte Constitucional ha puntualizado que la libertad de locomoción es un derecho fundamental. Ha dicho el alto Tribunal:

“El derecho que ahora nos ocupa es fundamental en consideración a la libertad-inherente a la condición humana- cuyo sentido elemental radica en la posibilidad de transitar o desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del propio país, especialmente si se trata de las vías y los espacios públicos” [Subrayado fuera de texto]

Conforme con lo anterior, esa garantía no se cumple cuando pese a que las personas formalmente no se les impide su libre circulación, se les obliga a transitar por vías públicas que esconden verdaderas emboscadas para sus transeúntes, como le ocurrió a la señora GEORGINA ALFARO DE MEJIA.

Se debe precisar que este perjuicio no tiene relación alguna con el sufrimiento que fue reconocido en el daño moral, lo que aquí se indemniza es la vulneración de estos derechos fundamentales, que por mandato constitucional el Estado colombiano está obligado a proporcionarles y que por su omisión dejó de hacerlo.

A propósito de la reparación de daños irrogados a bienes constitucionales, se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “*de crianza*”.

Precisa también la Sala que estas medidas no indemnizatorias cumplen, además, con la función preventiva de la responsabilidad y en cuanto tal no tiene como beneficiarios exclusivo de las mismas a los demandantes, miembros de la comunidad de Ibagué, sino a todos los integrantes de dicho conglomerado humano; concretándose así, lo que la doctrina ha denominado el rompimiento “*de manera cierta y real para el derecho administrativo y sobre todo para el contencioso histórico en la materia de las viejas estructuras derivadas de la Revolución francesa*”¹¹⁵; y por otro lado, el advenimiento con el Estado social de derecho de un contencioso que no se agota en la protección de derechos e interés individuales.

Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

En concordancia con las anteriores consideraciones, la Sala, de oficio, ordenará

¹¹⁵ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos. Un paso en la consolidación del Estado social de Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág.13.

en la parte resolutive de la sentencia, que el municipio de Ibagué ubique avisos en los que advierta la peligrosidad del canal en época de lluvias y que disponga que las empresas de transporte público no tengan paraderos de sus diferentes rutas en puntos donde la cuneta se encuentra a nivel con la avenida el Jordán, como ocurre en el punto en la que la señora ALFARO DE MEJÍA sufrió el fatal accidente. También se prescribirá que en el término de 6 meses en los sectores del canal adyacente a la avenida El Jordán que se encuentran a cielo abierto, se construya una estructura que conduzca las aguas de manera subterránea o al menos cubierta para evitar riesgos a los miembros de la comunidad.

Con base en todo lo anteriormente expuesto, la Sala confirmará la declaratoria de responsabilidad de las entidades demandadas. En cuanto atañe a los perjuicios morales, cuya liquidación fue determinada por el Tribunal en salarios mínimos legales mensuales, no habrá lugar a su actualización, dado que dicho parámetro mantiene actualizado el valor de las condenas. Se modificará el fallo en el sentido de adicionar las medidas reparatorias no indemnizatorias anunciadas.

7. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, la Sala se abstendrá de imponer condena alguna por este concepto.

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

FALLA:

MODIFÍCASE la sentencia de 20 de octubre de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, la cual quedará en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR Administrativa y solidariamente Responsables al Municipio de Ibagué y a la Empresa de Acueducto y alcantarillado de Ibagué (IBAL), de la muerte de la señora GEORGINA ALFARO DE MEJIA, en hechos

ocurridos el 26 de Febrero (sic) de 2000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia

SEGUNDO. CONDÉNASE a pagar de manera solidaria al Municipio de Ibagué y a la Empresa de Acueducto y Alcantarilla de Ibagué (IBAL), por concepto de perjuicios morales a las personas que a continuación se relacionan, las siguientes sumas de dinero:

Nombre	Cantidad en S.M.L.M.V.	Letras
Gerardo Mejía Alfaro	80	Ochenta
Rubén Darío Mejía Alfaro	80	Ochenta
Jorge Humberto Mejía Alfaro	80	Ochenta
Dora Jeannete Mejía Alfaro	80	Ochenta
Tito Alfaro Jiménez	50	Cincuenta
Fabio Alfaro Jiménez	50	Cincuenta
Mario Alfaro Jiménez	50	Cincuenta
Oscar Alfaro Jiménez	50	Cincuenta
Álvaro Alfaro Jiménez	50	Cincuenta
Mary Alfaro de Holguín	50	Cincuenta
Isaura Alfaro Jiménez	50	Cincuenta
Maria Leyla Alfaro de González	50	Cincuenta
Sotera Alfaro Jiménez	50	Cincuenta
Hilda María Alfaro Jiménez	50	Cincuenta

TERCERO: ORDÉNASE como medidas reparatorias, no indemnizatorias, al municipio de Ibagué lo siguiente:

a). Que en el término de 1 mes fije avisos en el lugar donde ocurrió el accidente de la señora GEORGINA ALFARO DE MEJIA, que adviertan la peligrosidad del canal en época de lluvias.

b). Que se prohíba los paraderos de la rutas de transporte público urbano, en la zona adyacente al canal en los puntos en que éste se encuentra a nivel de la avenida el Jordán.

c). Que en el término de 6 meses, en los sectores del canal adyacente a la avenida EL Jordán que se encuentran a cielo abierto, se construya una estructura que conduzca las aguas de manera subterránea o al menos cubierta, para evitar riesgos a los miembros de la comunidad.

CUARTO: ABSTÉNGASE de condenar en costas a la demandada.

QUINTO: A este fallo désele cumplimiento en los términos de los Arts. 176 y 177 del C.C.A.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente
Salvó parcialmente voto

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada
Aclaró voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente