

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

Radicación: 190012331000200101999 01 (39.584)
Actor: Santiago López Rojas y otros
Demandado: Municipio de Popayán y otro
Acción: Reparación directa

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de 12 de julio de 2010¹, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se resolvió:

1. *EXONÉRASE de toda responsabilidad al MUNICIPIO DE POPAYÁN por las lesiones ocasionadas al menor DANIEL FELIPE LÓPEZ, según hechos sucedidos el 14 de julio del 2001, en la cancha de fútbol del barrio Tomás Cipriano de Mosquera.*
2. *Declárese a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN administrativamente responsable por los hechos ocurridos el día 14 de julio de 2001 en los cuales resultó lesionado el menor DANIEL FELIPE LÓPEZ OTÁLVARO.*
3. *Como consecuencia, condénase a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN, a pagar, por concepto de perjuicios materiales, lucro cesante a favor de DANIEL FELIPE LÓPEZ OTÁLVARO, la suma de ONCE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS \$11.857.473,89.*
4. *CONDÉNESE a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN, a pagar, por concepto de perjuicios morales, a favor de DANIEL FELIPE LÓPEZ OTÁLVARO, la suma de VEINTE (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes; por el mismo concepto a los señores SANTIAGO LÓPEZ ROJAS Y ORFA CECILIA OTÁLVARO, la suma de DIEZ (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno; y para los señores SANTIAGO LÓPEZ RAMOS, AURORA OTÁLVARO OSPINA, SANTIAGO LÓPEZ OTÁLVARO (sic) y los menores JUAN JOSÉ LÓPEZ OTÁLVARO, y CRISTIAN GABRIEL LÓPEZ OTALVARO la suma de CINCO (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.*
5. *CONDÉNESE a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN, a pagar por concepto de daño a la*

¹ Folios 120 al 138 c. ppal. 2.

vida de relación, a favor de DANIEL FELIPE LÓPEZ OTÁLVARO, la suma de VEINTE (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6. *Se niegan las demás pretensiones de la demanda.*
7. *Las condenas se cumplirán en los términos de los Arts. 176 a 178 del C.C.A.*
8. *Sin costas (art. 55 de la ley 446 de 1998).*

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

De acuerdo con la demanda², el 14 de julio de 2001, en horas de la mañana, el menor Daniel Felipe López Otálvaro quien se encontraba en compañía de su padre, Santiago López Rojas, técnico de fútbol, realizando prácticas junto con otros niños en la cancha del barrio Tomás Cipriano de Mosquera de la ciudad de Popayán, trató de alcanzar un balón con tan mala fortuna que un tubo de cemento dejado en el lugar por la Sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. E.S.P. rodó ocasionando al menor graves lesiones.

Fue trasladado de urgencia al Hospital Universitario San José de la ciudad de Popayán, donde, luego de recibir atención médica, se determinó una merma del 80% de su capacidad laboral e igual porcentaje respecto de la pérdida de su goce fisiológico.

1.2. Lo que se pretende

1.2.1. Los señores Santiago López Rojas, Orfa Cecilia Otalvaro, Juan José López Otalvaro, Daniel Felipe López Otalvaro, Cristian Gabriel López Otalvaro, Santiago López Otalvaro, Santiago López Ramos y Aurora Otalvaro Ospina pretenden las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA.

EI MUNICIPIO DE POPAYÁN Y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN (Cauca) son responsables administrativa y civilmente de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales y por pérdida de goce fisiológico, ocasionados a los compañeros permanentes SANTIAGO LÓPEZ ROJAS Y ORFA CECILIA OTALVARO, a sus hijos JUAN JOSÉ, DANIEL FELIPE, CRISTIAN GABRIEL (menores de edad) y SANTIAGO LÓPEZ OTALVARO; al señor SANTIAGO LÓPEZ RAMOS y a la señora AURORA OTALVARO OSPINA, los mayores vecinos de Popayán (Cauca), con motivo de las graves lesiones corporales de que fue víctima el niño DANIEL FELIPE

² Presentada el 30 de noviembre de 2001. Folios 18 al 29 cuaderno 1.

LÓPEZ OTALVARO, quien es hijo de los primeros, hermano de los siguientes y nieto de los tres últimos, en hechos sucedidos el 14 de julio de 2001 en la ciudad de Popayán (Cauca), al ser atropellado por un tubo que sería utilizado en la reposición de redes para acueducto y alcantarillado del barrio Tomás Cipriano de Mosquera de esta ciudad, el cual irregularmente se encontraba en la cancha de fútbol donde el menor se encontraba departiendo con sus amigos, en una presunta, probada y evidente falla en el servicio atribuible al Municipio de Popayán, al abandonar elementos peligrosos en áreas concurridas provocando así el accidente en que resultó lesionado DANIEL FELIPE LÓPEZ OTALVARO y que le ocasionó una merma laboral del 80% e igual pérdida de goce fisiológico.

SEGUNDA.

Condénase (sic) al MUNICIPIO DE POPAYÁN Y A LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLANDO DE POPAYÁN (Cauca) a pagar a los compañeros permanentes SANTIAGO LÓPEZ ROJAS Y ORFA CECILIA OTALVARO, a sus hijos JUAN JOSÉ, DANIEL FELIPE, CRISTIAN GABRIEL (menores de edad) y SANTIAGO LÓPEZ OTALVARO; al señor SANTIAGO LÓPEZ RAMOS; y a la señora AURORA OTALVARO OSPINA, los mayores vecinos de Popayán (Cauca), por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales y por pérdida de goce fisiológico que se les ocasionaron con las graves lesiones sufridas por su hijo, hermano y nieto, niño DANIEL FELIPE LÓPEZ OTALVARO conforme a la siguiente liquidación o la que se demostrase en el proceso, así:

- a. TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000) por concepto de lucro cesante, que se liquidarán a favor del directamente afectado, correspondientes a las sumas que DANIEL FELIPE LÓPEZ OTALVARO dejará de producir en razón de las graves lesiones que le aquejan y por todo el resto posible de vida que le queda, en su actividad económica futura, habida cuenta de su edad al momento del insuceso (sic) (6 años), y a la esperanza de vida calculada conforme a las Tablas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria, suma que será incrementada en un 30% por concepto de prestaciones sociales.
- b. Daños y perjuicios patrimoniales directos o daño emergente, por concepto de gastos médicos, hospitalarios, honorarios de abogado, y en fin, todos los gastos que sobrevinieron y sobrevendrán con las lesiones del niño DANIEL FELIPE LÓPEZ OTALVARO que se estima en la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000).
- c. El equivalente a 1000 salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales o “pretium doloris”, consistentes en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido de la administración (...).
- d. El equivalente en pesos a 4000 gramos de oro fino o 400 salarios mínimos mensuales, en favor del lesionado DANIEL FELIPE LÓPEZ OTALVARO, por la pérdida total de su goce fisiológico o goce de vida de relación, al quedar con graves secuelas y lesiones permanentes, lo que le impedirán (sic) desarrollarse de por vida plenamente como cualquier ser humano.
- e. Todas las condenas serán actualizadas conforme a la evolución del índice de precios al consumidor.

- f. *Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor.*
- g. *Sírvase condenar en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.*

TERCERA.

El Municipio de Popayán y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Popayán, darán cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria.

1.3. La oposición del extremo demandado

1.3.1 El **Municipio de Popayán** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, ya que las lesiones sufridas por el menor Daniel Felipe se ocasionaron por su propia culpa, pues se expuso al peligro al acercarse a los tubos que serían utilizados para la rehabilitación del sistema de alcantarillado, sin ninguna precaución³.

1.3.2 La Sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. E.S.P. también se opuso a los pedimentos de la demanda. Sostuvo que el terreno en el que se encontraban ubicados los tubos de cemento de 250 kilogramos era plano con piedras ubicadas en su base, además de alertas sobre la presencia del material, de modo que no corresponde a la realidad el relato del libelo, en el que se da a entender que el tubo rodó caprichosamente.

Aunado a esto, adujo que los tubos de cemento no estaban abandonados, sino que fueron colocados en el lugar porque se utilizarían en una obra en los sesenta días siguientes y el accidente ocurrió en el día nueve.

Seguidamente, puso de presente la responsabilidad del padre del menor de seis años, lesionado, pues no ejerció la vigilancia debida, omisión que no puede trasladar, sin más, a la sociedad demandada.

Con base en lo anterior, formuló las excepciones de *“inexistencia de la causa invocada”* e *“inexistencia de las obligaciones demandadas”*⁴.

1.4. Alegatos en primera instancia

1.4.1 La **Sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. E.S.P.** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, principalmente que el tubo de

³ Folios 46 al 49 c. ppal. 1.

⁴ Folios 46 al 59 c. ppal. 1.

concreto necesariamente fue impulsado para que rodara y así mismo el niño resultara afectado. Además sostiene que el impulso no provino del menor pues su peso, en cuanto a un niño de seis años, no podía mover la estructura.

Resaltó que los tubos estaban en la zona por la ejecución de obras de rehabilitación de tuberías que beneficiarían a la comunidad, de modo que los demandantes estaban obligados a soportar la incomodidad, en tanto se desarrollaba la obra⁵.

1.4.2 El **Ministerio Público** sugirió acceder a las pretensiones en contra de la Sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. E.S.P., en la medida en que, mientras se desarrollaban las obras, debió impedir el paso de menores a la zona y asegurar bien los tubos para que no se movieran, ya que fue por causa de ello que se generó el daño.

Indicó que debe exonerarse al Municipio de Popayán, pues no tuvo participación alguna en la concreción del daño⁶.

II. SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia proferida el 12 de julio de 2010⁷, el Tribunal Administrativo del Cauca accedió a las pretensiones, en contra de la Sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. E.S.P..

Fundamentó su decisión en que, de acuerdo con las pruebas recaudadas, los tubos de cemento no se encontraban amarrados o asegurados de ninguna forma y dentro de la cancha de fútbol del barrio, de modo que nada impedía el acceso a estos por parte del menor lesionado.

No obstante, también encontró responsable al padre del menor, en razón a que como se encontraba en la cancha estaba obligado a vigilar a su hijo, dada su corta edad (seis años). De modo que redujo la indemnización en un 50%.

Así, la indemnización se calculó con base en el 23,10% correspondiente a la capacidad laboral del menor, además de la concausa del 50%.

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

⁵ Folios 105 al 111 c. ppal. 1.

⁶ Folios 114 al 118 c. ppal. 1.

⁷ Folios 120 al 138 c. ppal. 1.

1. La Sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. E.S.P., interpone **recurso de apelación**, para que la sentencia proferida por el *a quo* se revoque, en la medida en que las pruebas obrantes en el infolio no dan cuenta de las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, pero sí demuestran que el niño Daniel Felipe saltó sobre los tubos hasta resultar lesionado.

Así las cosas, la sola presencia de los tubos en la cancha de fútbol debe considerarse inofensiva y no así el hecho de un tercero o de la víctima, pues el padre de Daniel Felipe omitió su deber de custodia y debido al descuido el pequeño resultó lesionado⁸.

2. El Ministerio Público sugirió que el fallo apelado se confirme, en consideración a que la Sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. E.S.P. no adoptó las medidas necesarias para que los particulares no accedieran a las estructuras de concreto. Igualmente, el menor actuó imprudentemente, pero ello es imputable a que su padre, quien tenía su custodia y omitió sus deberes de cuidado⁹.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Presupuestos procesales de la acción

Esta Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en este proceso de doble instancia, seguido ante el Tribunal Administrativo del Cauca, tal como lo dispone el artículo 129 del C.C.A., habida cuenta que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia la Ley 446 de 1998, artículo 40, numeral 6º, para que esta Sala conozca de la acción de reparación directa en segunda instancia¹⁰. De manera que la Sala debe resolver el recurso, acorde con lo dispuesto por el artículo 357 del C.P.C. No se hará referencia a la responsabilidad del municipio, ya que ello no hizo parte de los argumentos de la alzada.

⁸ Folios 141 al 149 c. ppal. 1.

⁹ Folios 178 al 182 c. ppal. 1.

¹⁰ Para la época en la que se interpuso la demanda -30 de noviembre de 2001-, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia era de \$143'000.000, de conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, artículo 40, numeral 6º. En este caso, la pretensión de mayor valor corresponde a la suma de \$300'000.000, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante.

No se configuró el fenómeno de la caducidad, dado que, de acuerdo con las pruebas allegadas, el accidente ocurrió el 14 de julio de 2001. Por lo tanto, se tiene que para la fecha de la presentación de la demanda (30 de noviembre de 2001) no había fenecido la oportunidad de que trata el artículo 136 del C.C.A.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala resolver el recurso interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia que la encontró responsable de las lesiones y secuelas permanentes sufridas por el menor Daniel Felipe López Otalvaro, con ocasión de los hechos ocurridos el 14 de julio de 2001, para lo que deberá establecerse si la parte actora probó el daño antijurídico alegado y si este resulta imputable a la acción u omisión de la administración. Para el efecto, debe revisarse lo concerniente a la valoración de las pruebas allegadas y recaudadas durante el proceso.

3. Hechos probados

De conformidad con el acervo probatorio, se encuentran probados los siguientes hechos:

3.1 Daniel Felipe López Otalvaro, quien para el año 2001 cursaba el grado primero de educación básica primaria, es hijo de Santiago López Rojas y de Orfa Cecilia Otalvaro y hermano de Santiago, Juan José, Cristian Gabriel^{11,12}.

3.2 Sobre los hechos ocurridos el 14 de julio de 2001, narraron los testigos:

...llegamos con los niños normalmente como llegábamos a los partidos que se programan en esa unidad deportiva [cancha del barrio Tomás Cipriano de Mosquera] de las personas mayores estábamos el señor HUGO MONTES, un señor de apellido CHAMORRO, SANTIAGO LÓPEZ quien es el técnico del equipo, el árbitro salió a la cancha y dio inicio al partido, los jugadores suplentes entre los cuales se encontraba el niño afectado, se quedaron a un lado de la cancha, hasta ahí todo normal después yo me dirigí hacia la cancha (sic) de la policía donde tenía un partido con la categoría infantil, ya por la tarde cuando volví a la casa, bien tarde, mi señora me comentó el problema que había acontecido con el niño del equipo, como soy el presidente del club pues salí rápido donde

¹¹ Folios 3 al 11 c. ppal. 1. Registros civiles de nacimiento, matrimonio y certificación estudiantil.

¹² Obra en el plenario certificado de registro civil de nacimiento de Daniel Felipe López Otalvaro, expedido por la Notaría Tercera del Círculo de Popayán, en la que se indican el serial, además de la fecha y lugar de su nacimiento. Aun cuando de allí no se deduce el parentesco con los demás demandantes, se considera que este documento, aunado con las demás pruebas allegadas al trámite, dentro de las que se resaltan los testimonios, dan cuenta de la relación familiar del menor. Lo anterior, además, en consideración a la aplicación del principio de buena fe y en la medida en que este hecho no fue objeto de reparos de la parte demandada. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación del 26 de marzo de 2014 (rad. 110010306000201300520-00, exp. 2186), conceptuó: “...resulta claro que en el contexto de la responsabilidad internacional del Estado y, en particular, del sistema interamericano de derechos humanos, la prueba del parentesco no está sujeta a una determinada tarifa legal, ni tampoco se condiciona a lo que establezca el derecho interno de cada Estado. Se privilegia ante todo la posibilidad de que exista un elemento material de prueba (oficial o no) que arroje certeza sobre la relación familiar y permita hacer justicia en el caso concreto”.

Ténganse en cuenta, además, las manifestaciones hechas por los testigos, en las que hacen alusión al parentesco entre los demandantes.

(sic) estaba el niño internado y fue donde me encontré con SANTIAGO y la familia los cuales estaban en un estado demasiado preocupados, desesperados de ver que el niño se encontraba muy mal... Cuando llegamos parte de los tubos estaban a un costado de la cancha dentro de la cancha que los obreros estaban ahí y con la ayuda de algunos padres de ambos equipos los corrieron hacia atas (sic) de la cancha... no había una sola señal ya fuera en valla o en cinta o que algunos de los obreros o el que los mandaba que estaba ahí advirtiera de un peligro, no había ninguna señal de advertencia... La cancha estaba totalmente abierta al público, con las puertas abiertas, no había señal de algo que dijera que no se podía entrar, normal como cuando uno llega a otros partidos... Los tubos eran tubos madre, de más de un metro de diámetro, no tenían cuñas ni estaban amarrados entre sí (Darío Vicente Guevara Montaña, presidente del club deportivo. F. 126-127 c. 3).

...una parte de los niños estaba calentando en la parte inferior de la cancha, alrededor de ellos habían unos tubos los cuales iban a ser ubicados como drenaje de la cancha, en la cual habían unas zanjas anchas y profundas, las cuales no tenían ninguna señalización de peligro o restringir el acceso. Uno de los niños se subió a un tubo el cual rodó pero el niño al ser de corta estatura, no pudo bajarse del tubo el cual rodó sobre él y se chocó con otro tubo. Los amigos de él quisieron ayudarlo pero el tubo era demasiado pesado y no pudieron moverlo, los trabajadores y los padres de familia que se encontraban en el lugar ayudaron a socorrerlo, de inmediato me dirigí con el niño lesionado y el papá en el móvil y los dejé en el hospital Susana López. En las horas de la tarde le pregunté al padre del niño que cómo había seguido y me contestó que no lo habían atendido en el hospital Susana López y se tuvo que dirigir al Hospital San José... No había ninguna señalización y el acceso al interior de la cancha era libre (Hugo Antonio Montes, sus hijos hacían parte de la escuela de fútbol. F. 129-130 c. 3).

Sí los conozco, a Santiago el padre, a Orfa la madre, sus hermanos Santiago, Juan José y Cristian, los abuelos del niño ya fallecidos Crsitina y Santiago, los conozco desde la época de la Universidad cuando yo estaba de novio con la tía del niño... soy tío político(...) Es un hogar bien conformado, con buenas costumbres, yo conozco al niño desde pequeño y era una persona hiperactiva y después de ese hecho pues él es más pasivo, cuando corre lo hace con temor de que se vaya a lastimar, en cuanto a la parte sicológica lo tuve como paciente y el niño estaba muy estresado, se sometió a un estrés alto, ya que estaba en un medio solo, sin sus familiares y lleno de aparatos...Aparentemente uno lo ve bien, está estudiando pero en cuanto a la actividad física uno lo ve con temor a lastimarse o de algún dolor, no es tan activo como antes, anímicamente su estado de ánimo no es el mismo, a veces se le ve triste pero no es una constante (Mario Germán Palacios, enfermero profesional. F. 149-150 c. 3).

En cuanto a los lazos familiares y las condiciones anímicas y comportamentales posteriores al accidente, en el mismo sentido se pronunciaron la señora Clara Lucero Escobar Canencio, auxiliar de enfermería –“Sí los conozco, Orfa Otalvaro es la mamá, Santiago López es el papá, Santiago López, Juan José y Cristian Gabriel son los hermanos” f. 151-152 c. 3-; la señora Luz Elena Rivera, enfermera que ha hecho

seguimiento al caso del menor –“Sí los conozco porque la madre de él es mi hermana y yo soy la tía, Orfa Cecilia Otalvaro es la madre, Santiago López Rojas el padre, Santiago López Otálvaro, Juan José López Otálvaro y Cristian López Otálvaro los hermanos” f. 153-154 c. 3-, el señor Walter Alberto Gómez Ramírez, amigo de la familia –“Sí a los padres los conozco hace más o menos 30 años el padre de DANIEL es Santiago López Rojas, la madre se llama Orfa Cecilia Otalvaro, los hermanos Santiago López, Juan José López y menor se llama Cristian López” f. 155-156 c. 3- y la señora Gloria Stella Muñoz Ortega, amiga de la familia –“A los niños los conozco desde siempre se llaman Santiago, Juan José, Daniel Felipe y el menor Cristian, a los padres los conocí hace unos dieciocho o veinte años se llaman Santiago López el papá y Orfa Cecilia Otalvaro la mamá” f. 157-158 c. 3-.

Por la parte demandada, se encuentra el siguiente testimonio:

Los tubos se encontraban ubicados a lo largo de la excavación objeto de la construcción del alcantarillado pluvial de la cancha de fútbol del barrio Tomás Cipriano de Mosquera, obra que contaba con las medidas de precaución pertinentes y exigidas por la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Popayán... la obra contaba con las medidas necesarias de precaución como son cinta de prevención, como aparece en el expediente de la demanda... la topografía de dicho terreno es absolutamente plana, con lo anterior quiero decir que no existen pendientes en el terreno que permitan que los tubos se rueden fácilmente... los tubos nunca van a rodar por inercia, debe aplicársele una fuerza externa a los mismos para lograr su movimiento... los tubos objeto del contrato eran de 18” de diámetro con un peso aproximado de 336 kilos, el cual solamente repito, se puede mover por medios mecánicos, por lo tanto no es posible que el menor DANIEL FELIPE mueva el tubo de forma manual... dichos tubos son acuñados para prevenir que sean movidos y de esta forma evitar accidentes (Fernando Yesid Genoy Legarda, ingeniero civil que participó en la ejecución del contrato de rehabilitación de tuberías. F. 137-138 c. 3. En este mismo sentido el testimonio del señor Óscar Rodrigo Martínez Guerrero, contratista de la obra. F. 139-140 c. 3).

3.3 Se cuenta con cuatro fotografías aportadas por la parte actora y decretadas mediante auto de 27 de agosto de 2002, en las que se aprecian varios tubos de concreto al lado de una cancha, a dos menores y a dos adultos sentados sobre ellos, al parecer tratando de moverlos¹³. Aunado a que las fotografías allegadas con la demanda no fueron tachadas por los demandados, concuerdan con la publicada por el periódico El Liberal, en su edición del 19 de julio de 2001, que da cuenta del accidente del día 14

¹³ Folios 12 y 13 c. ppal. 1. Estas imágenes son susceptibles de valoración, comoquiera que fueron allegadas por la parte actora, se tuvieron como prueba por el *a quo* y en la medida en que no fueron tachadas de falsas por la contraparte. En todo caso, no se analizan aisladamente, sino en conjunto con las demás pruebas obrantes en el infolio.

anterior, en el que resultó herido el menor Daniel Felipe López Otalvaro. Se observa la concordancia por el lugar y la presencia de los menores sentados encima de los tubos de concreto. Se señala en la nota¹⁴:

En una sala de cuidados intensivos, conectado a múltiples aparatos con lesiones severas, Andrés López (sic), lucha por sobreponerse de un absurdo accidente.

(...)

Niños, jóvenes y adultos se congregaron en el parque del barrio Tomás Cipriano de Mosquera con la idea de hacer deporte y pasar un rato agradable.

Al entrar en la cancha y ante la acumulación de tubos y otra clase de materiales en los alrededores buscaron con quien consultar para preguntar si era permitido jugar allí.

Efectivamente, en el lugar se hallaba una enorme tubería que sería utilizada para las obras de reposición de redes de acueducto y alcantarillado en el barrio, “llegamos y estaban trabajando los ingenieros, preguntamos si se podía jugar en la cancha y nos dijeron que sí, que siguiéramos. Primero jugaban los grandes y después los más pequeños”.

La jornada transcurría normalmente hasta que los gritos de los niños interrumpieron la tranquilidad, “los niños estaban jugando y corriendo y mi hijo se cayó, en ese momento uno de los tubos rodó y le pasó por encima”.

El pequeño fue trasladado hasta el hospital Susana López de Valencia pero de allí fue remitido al San José, “el (sic) está muy delicado, le

¹⁴ Folio 14 c. ppal. 1. Con relación a la valoración de recortes de prensa, tiene dicho la Corporación: “En ese sentido, los reportajes, fotografías, entrevistas, crónicas que aparecen en los diversos medios de comunicación son representativos del hecho que se dice registrar, pero no sirven para probar, por sí solos, la existencia de lo que en ellos se plasma, dice, narra o cuenta, pues estos, para que tengan valor probatorio deben ser valorados en conjunto con los medios de prueba allegados al proceso –regla general a partir de 2012-. Es decir, hasta la fecha se ha diferenciado entre la publicación en sí misma considerada y lo que en ella se divulga, para restarle valor probatorio a lo que en ella se registra sino está acompañada de otros medios probatorios. Por tanto, el convencimiento del juez frente a la entrevista, la columna o la declaración en el medio, no depende de lo que en ellas se dice, sino de los medios de prueba idóneos para determinar si lo que en ellos se plasma es veraz. Razón por la que generalmente se exige el testimonio, por ejemplo, del que ofreció la declaración, entrevista, crónica, reportaje, para que ratifique lo que enunció en el medio, así como otras circunstancias para lograr o llegar a la llamada verdad procesal. La regla expuesta será reiterada por la Sala Plena Contenciosa en esta ocasión, pero a partir de esta decisión, aquella será complementada en estos dos eventos: i) cuando en dichos medios se reproducen hechos públicos y/o notorios y ii) cuando en ellos se reproducen declaraciones y/o manifestaciones de servidores públicos, Vgr. Congresistas, Presidente de la República, Ministros, Alcaldes, Gobernadores, etc., Estas excepciones son las mismas que introdujo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia y que en razón de su relevancia e importancia, serán acogidas por la Sala Plena de lo Contencioso a partir de esta decisión. En efecto, según el criterio de ese órgano de justicia, cuando en dichos medios se recojan hechos públicos o notorios, declaraciones o manifestaciones públicas de funcionarios del Estado, estos deben ser valorados, razón por la que su inserción en el respectivo medio de comunicación es una prueba del hecho y no simplemente de su registro. (...) El aporte de medios de prueba en donde el hecho notorio y/o público fue registrado, le permitirá al juez contar con mayores elementos de convicción, sin que ello implique que el hecho requería de prueba, pues, se repite, su apreciación o cognición por una generalidad, hace innecesaria su prueba.”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 14 de julio de 2015, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00105-00(PI).

tuvieron que hacer una cirugía y le están drenando el pulmón” manifestó Gerardo (sic) López.

Tras cinco días en cuidados intensivos se ha logrado estabilizar la situación del pequeño, sin embargo su estado sigue siendo delicado pues el tubo de 8 pulgadas y aproximadamente 200 kilos de peso causó daños en sus órganos vitales.

(...)

Posición de la empresa

Por su parte, Carlos Federico Lehmann, Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Popayán, afirmó que en este caso no existe responsabilidad de la entidad ni de la Administración Municipal.

Según Lehmann, el trabajo es adelantado por un ingeniero contratista ajeno a la empresa.

(...) Lehmann afirmó que en este trabajo se tomaron todas las medidas de seguridad pertinentes, “se colocó la señalización respectiva y se acuñaron los tubos cumpliendo con las normas de seguridad, en este caso lo que hubo fue una irresponsabilidad del profesor que llevó a los niños a este lugar” (...) “tuvo que haber imprudencia de los menores, esos tubos estaban acuñados y para que se rodaran debieron ser movidos”.

3.4 La Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. E.S.P. y el ingeniero Óscar Rodrigo Martínez Guerrero celebraron el contrato 037 de 2001, con el objeto de *“realizar la construcción del tramo de alcantarillado pluvial, en el barrio Tomás Cipriano de Mosquera, en las manzanas 46 y 47-Río Ejido...”*, que comprende un sector de la cancha. Las obras iniciaron el 6 de julio de 2001, terminaron el 6 de septiembre del mismo año y el contrato tenía un plazo de ejecución de 60 días. Se anexaron por la parte demandada tres fotografías que muestran un tramo objeto de reparación que nada tiene que ver con la cancha en la que sucedieron los hechos de que trata este asunto, tenidas como prueba mediante auto del 27 de agosto de 2002¹⁵. El día del inicio de la obra la entidad demandada le entregó al contratista la suma de \$7'575.803, por concepto de anticipo¹⁶.

3.6 De acuerdo con la historia clínica, el menor Daniel Felipe, como consecuencia del accidente del 14 de julio de 2001, sufrió un trauma abdominal cerrado, politraumatismo de torso, contusión cardíaca, hemotórax derecho, trauma hepático y trauma renal derecho¹⁷.

¹⁵ Folios 66 al 78 c. ppal. 1, 11 al 50 c. 3. El contratista fue llamado en garantía, pero el tribunal no accedió al llamamiento, mediante auto del 22 de marzo de 2002 (f. 34-36 c. 2).

¹⁶ Folio 141 c. 3.

¹⁷ Folios 71 al 124 c. 3.

3.7 La Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca elaboró el dictamen de pérdida de capacidad laboral del menor Daniel Felipe López Otalvaro, concluyendo que corresponde al 23,10%, como consecuencia de un trauma toracoabdominal y de síndrome de estrés postraumático¹⁸.

4. Juicio de responsabilidad

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos que le sean imputables**, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Al respecto, esta Corporación ha precisado que, aunque el ordenamiento jurídico no prevé una definición de daño antijurídico, éste hace referencia a “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”¹⁹.

4.1 El daño

De conformidad con esa cláusula general de responsabilidad, la parte demandante imputa a la Sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. E.S.P., las lesiones sufridas el 14 de julio de 2001 por el menor Daniel Felipe López Otalvaro y en razón de las mismas el daño moral y material sufrido por los demandantes, dado que un tubo de concreto rodó sobre el pequeño, quien jugaba con sus amigos en la cancha del barrio Tomás Cipriano de Mosquera de la ciudad de Popayán, mientras se desarrollaba una actividad deportiva en el lugar. Se conoce que los tubos estaban siendo utilizados por la sociedad demandada en la ejecución de una obra pública que se adelantaba en la zona.

Es claro que los daños ocasionados no tienen que ser soportados, si se considera que el menor disfrutaba de un lugar de esparcimiento público, el que debía suponerse libre de peligros para la vida e integridad física y moral de todos, en particular de los infantes que, como Daniel Felipe, aun no llegaba a los siete años de edad.

4.2 La imputación

¹⁸ Folios 160 al 169 c. 3.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de marzo de 2000, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Exp.11945.

De conformidad con las pruebas allegadas al plenario, se encuentra probado que el daño se produjo con ocasión de la obra que se desarrollaba en las inmediaciones de la cancha de fútbol del barrio Tomás Cipriano de Mosquera, en razón de que un tubo de concreto destinado al alcantarillado pluvial dejado al lado de la misma, arrolló al menor.

Aun cuando las versiones sobre el acceso por parte del menor lesionado al lugar en el que los tubos permanecían depositados no son claras, en la medida en que la parte demandante asegura que no había ninguna señal de alerta o elemento que impidiera el acceso a los tubos de concreto, mientras que la demandada insiste en que sí los había; empero, esta sustenta su defensa en el testimonio del contratista y como tal interesado en la decisión, de suerte que resultan más convincentes las declaraciones de quienes aseguraron que ninguna señal indicaba el peligro y que el paso por la zona era libre, al punto que el partido de fútbol se adelantaba sin contratiempos.

Esto es así pues, haciendo un análisis desde la lógica, si se hubiera actuado como lo aseguró la parte demandada y los testigos que declararon a su favor, esto es, asegurando los tubos, acunándolos y evitando el ingreso de particulares, el accidente no se hubiera presentado, dado que el menor no habría tenido acceso a la zona, no habría saltado sobre ellos y el percance no habría sucedido.

En este sentido, considera la Sala que era obligación de la Sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. E.S.P. procurar que los materiales de construcción no crearan un riesgo para los moradores de la zona y en particular para los niños que frecuentaban la cancha.

No se deja de lado que, tal como señaló la parte demandada, los moradores de la zona se beneficiarían con el mantenimiento de la tubería pluvial, mejorándose su calidad de vida, de manera que tendrían que soportar las incomodidades propias del desarrollo de la obra; pero de eso no se sigue que el menor, sus padres y hermanos tengan que soportar un daño evitable; pues las lesiones del menor nada tenían que ver con la realización de la obra.

De suerte que, si bien todos los asociados debemos soportar las incomodidades que generan las obras públicas, no quiere decir que tal pasividad tenga que ver con los peligros que se pueden prevenir.

Esto es, el desarrollo de la obra y sus incomodidades no exoneran a la demandada; en cuanto obligada a tomar las medidas necesarias para evitar lo acontecido, además prevenible, si se considera que los tubos fueron dejados en un espacio abierto al público sin ninguna seguridad. Siendo así, el daño le resulta imputable y la sentencia será confirmada.

Finalmente, es de anotar que, distinto a lo resuelto por el *a quo*, ninguna responsabilidad le cabe al padre del menor; esto es así porque, sin perjuicio de su deber de cuidado y vigilancia, estaba con su hijo, en un lugar apropiado para el menor, en cuanto de público esparcimiento, compartiendo una actividad que no representaba ningún peligro, esto es, no estaba en obligación de suponer que los elementos dejados por la administración atentaban contra la seguridad de Daniel Felipe.

Era de cargo de la administración propender por la seguridad de los integrantes de la comunidad, mientras desarrollaba las obras de adecuación del alcantarillado, al punto de impedir el acceso a la zona y/o instalar barreras y en todo caso asegurar los tubos. Nótese que la sociedad demandada invadió un espacio de esparcimiento, de donde debió extremar las medidas de prevención y seguridad.

Corolario de lo dicho, en la medida en que el daño antijurídico fue demostrado y que el mismo resulta imputable a la sociedad demandada, la sentencia se confirmará, sin que resulte posible incrementar la indemnización, al margen de que no se vislumbra la responsabilidad del padre del menor, en aplicación del principio de *non reformatio in pejus*, a favor de la Sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. E.S.P. En consecuencia, la Sala se limitará a confirmar el monto de los perjuicios morales y a actualizar la suma decretada por concepto de perjuicios materiales.

Actualización de la renta

El Tribunal *a quo*, al momento de liquidar los perjuicios materiales²⁰, en la modalidad de lucro cesante, tuvo como fecha inicial aquella en la que el menor cumpliría 18 años y como final, su expectativa de vida; se tomó como base el salario mínimo del año 2010, la disminución derivada del porcentaje de incapacidad laboral (23,10%), además de la reducción en un 50% con ocasión de la concausa, para un total de \$11'857.473,89.

²⁰ Sobre la indemnización de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, respecto de las lesiones sufridas por menores, entre otros, ténganse en cuenta las sentencias Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001, C. P.: Ricardo Hoyos Duque, Exp. : 70001-23-31-000-1994-4669-01(13121); sentencia de 6 de diciembre de 2013, exp. 19001233100020000246301 (28102), con ponencia de quien sustancia este fallo.

Con base en el principio de *non reformatio in pejus*, la Sala procederá únicamente a actualizar la liquidación, de la siguiente manera:

Actualización de la renta:

$$Ra = Rh \frac{Ipc (f)}{Ipc (i)}$$

Ra	=	Renta actualizada a establecer
Rh	=	Renta histórica, \$ 11'857.473,89
Ipc (f)	=	Es el índice de precios al consumidor final, es decir, 132,58 que es el correspondiente a junio de 2016, a falta del mes de julio de 2016.
Ipc (i)	=	Es el índice de precios al consumidor inicial, es decir, 104,47 que es el que correspondió al mes de julio de 2010, mes en el que fue proferida la sentencia del <i>a quo</i> .

$$Ra = \$ 11'857.473,89 \frac{132,58}{104,47} = \$ 15'047.993,57$$

5. Costas

En atención al artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a la imposición de costas.

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

V. R E S U E L V E

MODIFICAR la sentencia proferida el 12 de julio de 2010 por el Tribunal Administrativo del Cauca, que quedará de la siguiente manera:

PRIMERO: EXONERAR de toda responsabilidad al MUNICIPIO DE POPAYÁN por las lesiones ocasionadas al menor DANIEL FELIPE LÓPEZ, según hechos sucedidos el 14 de julio del 2001, en la cancha de fútbol del barrio Tomás Cipriano de Mosquera.

SEGUNDO: DECLARAR a la SOCIEDAD ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN S.A. E.S.P. administrativamente responsable por los hechos ocurridos el día 14 de julio de 2001 en los cuales resultó lesionado el menor DANIEL FELIPE LÓPEZ OTÁLVARO.

TERCERO: Como consecuencia, **CONDENAR** a la SOCIEDAD ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN S.A. E.S.P. a pagar, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante a favor de DANIEL FELIPE LÓPEZ OTÁLVARO, la suma de \$15'047.993,57.

CUARTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN S.A. E.S.P. a pagar, por concepto de perjuicios morales, a favor de DANIEL FELIPE LÓPEZ OTÁLVARO, la suma de VEINTE (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes; por el mismo concepto a los señores SANTIAGO LÓPEZ ROJAS Y ORFA CECILIA OTÁLVARO, la suma de DIEZ (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno; y para los señores SANTIAGO LÓPEZ RAMOS, AURORA OTÁLVARO OSPINA, SANTIAGO LÓPEZ OTÁLVARO y los menores JUAN JOSÉ LÓPEZ OTÁLVARO, y CRISTIAN GABRIEL LÓPEZ OTALVARO la suma de CINCO (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

QUINTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN S.A. E.S.P. a pagar por concepto de daño a la salud, a favor de DANIEL FELIPE LÓPEZ OTÁLVARO, la suma de VEINTE (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEXTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Las condenas se cumplirán en los términos de los Arts. 176 a 178 del C.C.A.

OCTAVO: Sin costas (art. 55 de la ley 446 de 1998).

En firme esta providencia, **REMÍTASE** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado