



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN VIRTUAL No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO:	1500133330005-201800127-01
DEMANDANTE:	MARÍA IRELIA PINEDA y OTROS
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE CHÍQUIZA
TEMA:	MUERTE DE MENOR EN RESERVORIO – INEXISTENCIA DE IMPUTACIÓN
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA – CONFIRMA NIEGA PRETENSIONES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de julio de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Declaraciones y condenas (ff. 19-20 y 191-192)

La señora MARÍA IRELIA PINEDA, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos ERLY ORLANDO y MARÍA ESPERANZA ROJAS PINEDA y los señores JIMMY ALEXANDER ROJAS PINEDA, MARY LUZ ROJAS PINEDA, HOLMER OSWALDO PINEDA, JOSÉ ALBERTO ROJAS PINEDA, WILSON FREY ROJAS PINEDA, LADIS EDUARDO ROJAS PINEDA y MANUEL AUGUSTO ROJAS a través de apoderada judicial, solicitan se declare que el Municipio de Chíquiza es administrativa, patrimonial y extracontractualmente responsable por los daños antijurídicos en la modalidad de perjuicios morales y materiales, derivados de la muerte de la menor M.E.R.P con ocasión de los hechos ocurridos el 17 de abril de 2016.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan se condene a la entidad demandada al pago de las siguientes sumas de dinero:

- Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, a favor únicamente del señor HOLMER OSWALDO PINEDA, la suma de: \$ 5.997.859.

- Por concepto de perjuicios morales: El equivalente a 100 SMLMV, para la señora MARÍA IRELIA PINEDA y cada uno de los demás demandantes el equivalente a 70 SMLMV.

1.2. Fundamentos fácticos (ff. 21-23 y 192-194)

Como fundamentos fácticos de la demanda, la apoderada de la parte demandante enunció los que se resumen enseguida:

Señaló que el 17 de abril de 2016, en la vereda Sucre jurisdicción del Municipio de Chíquiza, al momento de hacer la recolección diaria del agua para el consumo doméstico, la menor M.E.R.P cae de manera accidental al pozo o reservorio donde se sacaba el líquido y producto de ello, pierde la vida.

Acotó que el dictamen de medicina legal concluyó que por información del acta de inspección técnica accidentalmente cayó a un reservorio cuando fue a recoger agua para preparar los alimentos y la causa básica de muerte fue asfixia mecánica por ahogamiento.

Aclaró que la comunidad de la vereda Sucre del Municipio de Chíquiza ante la falta del servicio público y esencial de agua, por necesidad debe acudir a cavar en la tierra unos pozos destinados a la recolección de agua lluvia, para de este modo sustentar la presencia diaria del líquido vital. Lo anterior, llevó a un grupo de ciudadanos representados por la Personería a instaurar una acción de tutela en contra del municipio, cuya solicitud consistía en tutelar los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y ordenar a la administración realizar las gestiones necesarias para que se construyera el acueducto para los habitantes de la vereda Sucre.

Relató que el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Tunja, mediante providencia de 14 de enero de 2011 accedió al amparo solicitado y ordenó a la administración municipal de Chíquiza que, en un plazo de 3 meses a partir de la ejecutoria de la acción de tutela, diseñara un plan específico para que la comunidad de la vereda Sucre pudiera acceder al servicio de agua potable. Decisión que fue apelada y en segunda instancia le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, que confirmó el amparo de tutela y a su vez enfatizó que la vereda adolecía del servicio de agua potable y el suministro dependía de un nacimiento que se encontraba alejado de las residencias de los usuarios y que además carecía de condiciones técnicas mínimas para asegurar su potabilidad, situación que ponía en riesgo la vida de los usuarios

Indicó que la providencia de segunda instancia, modificó el numeral segundo del fallo de primera instancia y ordenó al Alcalde Municipal desarrollar un proyecto que contuviera el diagnóstico de las necesidades del agua potable del Municipio de Chíquiza, su prioridad y la forma como debían ser solucionadas incluida la vereda Sucre, la forma de financiación y el tiempo posible de su solución, en el término de tres meses y también se ordenó adelantar las obras de mantenimiento en colaboración con la comunidad sobre el nacimiento del cual obtenían el servicio de agua.

Arguyó que el ente territorial tenía unas órdenes de carácter constitucional destinadas a solucionar una necesidad humana y para la fecha de los hechos ya habían trascurrido 5 años y 2 meses desde la ejecutoria de dicha orden sin que se adelantaran de manera oportuna los estudios y obras destinadas a dar solución a la problemática de los habitantes de la vereda Sucre, lo que configuraba una falla en el servicio, pues la tardanza en la ejecución de dichas órdenes y el no haber existido otro medio para proveerse de agua eran las causas del fatal accidente que cobró la vida de la menor.

Finalmente refirió que el municipio tampoco adelantó las obras de mantenimiento en colaboración con la comunidad sobre el nacimiento del cual obtienen el servicio de agua, ya que existía un riesgo inminente tanto de sufrir una enfermedad por consumir agua no potable como de que ocurriera cualquier tipo de accidente en la recolección del líquido vital, pues de haber sido así la menor no hubiese ido al pozo y no habría sufrido el accidente. Coligió que la causa de la muerte de la menor, tuvo relación directa con la omisión del Municipio de Chíquiza en la construcción de un sistema de acueducto para la vereda sucre, pues de haberse cumplido las órdenes que le fueron dadas en sede de tutela, la menor no tendría que haber ido al pozo donde recolectó el agua.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Municipio de Chíquiza (ff. 97-110)

El MUNICIPIO DE CHÍQUIZA se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que han existido un sinnúmero de imposibilidades técnicas, administrativas y financieras para que en el 100% del municipio en la zona rural, se cuente con servicio de agua potable, pero no acepta que el abastecimiento sea de unos pozos de aguas lluvias, sino de nacimientos de agua determinados desde hace más de 30 años, de los cuales no es un uso desconocido, ni temporal sino de costumbre como personas nativas de la región.

Refirió que el fallo de tutela de segunda instancia de 18 de febrero de 2011, nunca ordenó el suministro de agua potable, en tanto hizo referencia a un proyecto que contuviera un diagnóstico de las necesidades, el cual se ha venido desarrollando con el transcurrir del tiempo a través de los diferentes planes de desarrollo de los últimos años y que con claridad han aunado esfuerzos para satisfacer las necesidades de agua potable en el área rural del Municipio de Chíquiza, enfatizando en que no existe nexo causal entre dicho fallo de tutela y el fallecimiento de la menor de edad.

Trajo a colación que en el presente caso, no se configura causal de responsabilidad para hablarse de falla del servicio, pues no es cierto que se deba al incumplimiento de la tutela que se relaciona en el escrito de la demanda, debido a que es imposible que el Municipio de Chíquiza en sus condiciones administrativas, técnicas y financieras tenga la obligación de cobijar el 100% de necesidades que a lo largo de las comunidades se susciten debido a que operativamente no cuentan con un presupuesto ajustado a ese porcentaje requerido, sumado a que a nivel local existen muchas áreas por cobijar y que tampoco existe una omisión administrativa ya que de ninguna manera existió la orden legal de proveer el servicio de agua, sino desarrollar un proyecto que contenga el diagnóstico de las necesidades del agua potable del Municipio de Chíquiza, el cual se ha venido ejecutando a través de los planes de desarrollo 2012-2015 y 2016-2019.

Resaltó que ha existido una planeación por parte del municipio en la ejecución de todos los planes y proyectos atinentes al cubrimiento del agua potable en la zona rural del municipio y no se ha logrado subsanar todos los temas por problemas presupuestales y de planeación del municipio, lo cual no guarda relación con el acaecimiento de la menor, pues se trató de una muerte violenta, por ahogamiento, por no saber nadar, puntualizando en que debe tenerse en cuenta que se trató de una menor de 12 años la cual fue desprovista de toda protección para que acudiera a traer el agua de un nacimiento de agua de lo cual no existe prueba que así lo determine, ya que pudo haber estado jugando y sus cuidadores no velaron por su protección cuando la menor no sabía nadar.

Sostuvo que la decisión de tutela nunca se originó por riesgos al sacar agua del nacimiento, sino por salubridad en la calidad del líquido a la población, por lo que no se podía relacionar un riesgo con otro de naturaleza muy diferente pues el fallecimiento de la menor ocurrió por factores externos en el reservorio de propiedad privada.

Propuso como excepción de mérito las que denominó:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Enfatizando que la menor falleció en un reservorio de carácter privado, como se evidencia en las pruebas, no de la administración del Municipio de Chíquiza, haciendo caber una relación inexistente entre este hecho y que no había agua potable, lo cual como es sabido tanto a nivel departamental, como nacional existen muchísimas circunstancias en donde no se ha podido dar cubrimiento del 100% de acueducto rural.
- **Hecho de un Tercero:** Existe un daño ocasionado por un comportamiento del convocante, negligente y erróneo, pues a todas luces se evidencia que se trata de una menor de edad, que no contaba con edad suficiente para estar sin la supervisión de sus padres o tutores y ese descuido ocasionó la muerte de ella.

2.2. Llamada en Garantía- Compañía de Seguros (ff. 223-235)

La compañía de seguros, emitió contestación tanto de la demanda, como del llamamiento en garantía. Así las cosas, frente al introductorio señaló que se oponía a las declaraciones y condenas porque no existía ninguna responsabilidad por parte del ente territorial en la ocurrencia del trágico hecho, por cuanto el mismo fue generado por la víctima y los demandantes quienes tenían el deber moral y legal de velar por el bienestar de su familiar.

Coadyuva las excepciones propuestas por el Municipio de Chíquiza y adicionalmente formula las siguientes excepciones:

- **Culpa Exclusiva de la Víctima:** Enfatizando que la ocurrencia del accidente tiene como causa única la conducta desplegada por la menor que se expuso de manera imprudente a realizar una actividad que no era propia para su edad, como tampoco estaba preparada psicológicamente para poder evaluar el peligro de su proceder. Además, el predio en el que se causó el accidente no es de propiedad del municipio y la menor se expuso de forma imprudente a realizar una labor riesgosa para su humanidad.
- **Culpa Exclusiva de los Representantes Legales de la Menor:** En virtud a que los supuestos daños que alegan haber sufrido los familiares de la menor, no tiene causa en una conducta negligente o violatoria de los reglamentos, sino que obedeció a la falta de cuidado de sus padres.
- **Responsabilidad de los Familiares en la ocurrencia del accidente:** Conforme se afirma en la demanda, la menor al momento del

accidente tenía doce (12) años de edad. A pesar de su corta edad y que la gran mayoría de sus hermanos eran mayores de edad, la familia la sometía a tenerse que desplazar con dos (2) baldes a más de dos cuadras, 200 metros, para recoger agua en un reservorio, la cual era utilizada, según decir de los demandantes, en la preparación de los alimentos de la familia. Una persona de tan corta edad debe estar acompañada de un adulto que la cuide y la proteja, sus familiares tenían la obligación de suministrarle el cuidado y la protección que requería.

- **Ausencia de Nexo Causal:** Para que se estructure la responsabilidad civil extracontractual es necesario que exista una conducta, el daño y el nexo de causalidad entre el primero y el segundo; y en el presente caso no existe una conducta activa u omisiva atribuible al Municipio de Chíquiza pues la causa eficiente del resultado dañino radica en cabeza de la víctima y su familia que no le dio el acompañamiento necesario para evitar este trágico suceso, con lo cual queda roto el vínculo causal.
- **Incertidumbre del Daño Indemnizable:** En la demanda se están cobrando daños sin que se aporten las pruebas que respalden su cobro y el daño para que sea indemnizable debe ser cierto y no puede depender de una valoración hipotética o eventual. Sin embargo, en el presente caso no existe ninguna prueba que sustente las pretensiones de orden material efectuadas en la demanda, por lo que los perjuicios cobrados no ostentan el requisito esencial del daño como lo es que sea cierto y por lo mismo no existe base alguna para realizar el respectivo cálculo, razón por la cual cualquier monto que se fije es producto de la imaginación.

De manera puntual y respecto del llamamiento en garantía, formuló como excepciones las que denomino:

- **Ausencia de Cobertura de la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000947, Certificado:** Precizando que conforme a la póliza expedida el siniestro únicamente se configura en el momento que los funcionarios sean declarados penal o administrativamente responsables y en el presente caso, no se está enjuiciado la actuación de alguno de los funcionarios amparados con la póliza expedida, lo cual imposibilita que se pueda afectar el contrato de seguro que sirve de base al llamamiento en garantía que hace el demandado. Igualmente exige el amparo otorgado que haya un acto incorrecto imputable a alguno de los funcionarios amparados con la póliza, lo cual en el presente caso no ha sucedido.

- **Falta de Configuración del Siniestro respecto a la Póliza No. 3000947:** Considera que no hay ninguna actuación penal o administrativa por parte de los funcionarios que haya causado un menoscabo patrimonial al municipio durante la vigencia de la Póliza No. 3000947 lo cual es presupuesto necesario para que pueda operar el amparo.
- **Inaplicabilidad de la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000947, Certificado 0, para los hechos que motivaron el presente proceso:** Indica que el lucro cesante no es exigible a la aseguradora con base en tal seguro por cuanto en armonía con el artículo 1080 del Código de Comercio como en el contrato de seguro no se pactó el amparo para el lucro cesante tal riesgo es ajeno a su cobertura.
- **Exclusiones pactadas Contractualmente en la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000947:** Revela que la póliza expedida ampara a la entidad estatal asegurada, no a los terceros, contra las pérdidas patrimoniales sufridas en vigencia de la póliza, que impliquen menoscabo de fondos y bienes públicos, quedando excluidos todos los conceptos que la entidad tomadora tiene que cumplir en virtud de la ley o de un contrato o en el cumplimiento de una obligación propia.
- **Ausencia de Solidaridad:** Arguye que debe tenerse en cuenta que entre asegurado y aseguradora, no existe solidaridad, ya que la misma nace por mandato de la Ley o por convenio de las partes manifestado expresamente, por lo que las obligaciones asumidas por la aseguradora se encuentran limitadas a los términos establecidos en el contrato de seguro y es equivocado intentar que se declare una responsabilidad diferente a la asumida contractualmente por el asegurador por cuanto las obligaciones que le puedan corresponder tienen una fuente diferente, conforme lo explica la doctrina y la jurisprudencia.
- **Límite de Valor Asegurado, Limitación de Responsabilidad de la Previsora S.A. Compañía de Seguros al Monto de la Suma Asegurada:** Manifiesta que, si eventualmente existiera la cobertura planteada, el límite del valor asegurado por responsabilidad civil servidores públicos a cargo de la compañía aseguradora, es el determinado en la póliza vigente para la época en que se presentó la reclamación al asegurado, previo descuento de los deducibles pactados.
- **Limitación de Responsabilidad de La Previsora S.A. Compañía de Seguros, a la Disponibilidad del Valor Asegurado por concepto de Responsabilidad Civil:** Enfatiza en que desde la fecha de

presentación de la demanda y hasta aquella en que se profiera la sentencia la disponibilidad del valor del asegurado de la póliza número 3000947 puede verse disminuido por el pago de eventuales condenas, transacciones, conciliaciones y en general de otras reclamaciones que afecten la misma cobertura, por lo que será necesario que en caso de proferirse decisión desfavorable a los intereses de La Previsora S.A., se solicite una certificación actualizada de la disponibilidad de valor asegurado en el contrato de seguro a la fecha de proferirse el fallo.

- **Aplicación del Deducible Pactado en la Póliza:** Considera que el valor establecido como deducible, debe ser asumido indefectiblemente por el asegurado y por lo mismo deberá ser descontado de la indemnización que le corresponda asumir a la aseguradora.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante sentencia proferida el 10 de julio de 2019, resolvió (ff. 341-355):

“Primero.- Negar las pretensiones de la demanda, conforme a la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Condenar en costas a la parte Demandante.

Tercero.- De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en caso de existir remanentes sobre los gastos ordinarios del proceso, por Secretaría devuélvanse a la parte interesada. (...)”

Para adoptar tal determinación, el juez de primera instancia consideró que fue acreditado el daño, consistente en el fallecimiento de la menor M.E.R.P, el 17 de abril de 2016, cuya causa de muerte fue “Asfixia mecánica por ahogamiento”. Sin embargo, una vez establecida la existencia del daño, procedió a establecer si de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso, dicho daño le era imputable al municipio demandado y en tal evento, verificar si fue determinante en la producción del daño reclamado.

Esgrimió que la parte demandante señala que la falla en el servicio se configura a partir de la omisión del municipio en la construcción del acueducto. No obstante, para el A-quo, dicha omisión no significa, per-se, que la responsabilidad por los perjuicios ocasionados a los actores esté demostrada en cabeza de la entidad territorial accionada, toda vez que para que ello ocurra, es necesario acreditar, además, que dicha omisión, desde el punto de vista jurídico sea la determinante en la producción del

daño antijurídico del cual se solicita su reparación, esto es, el nexo de causalidad necesario.

Enfatizó que el fallo de tutela de 18 de febrero de 2011, que aduce la parte demandante y que no fue acatado por el Municipio de Chíquiza, señalaba: *“La comunidad de la Vereda Sucre, se ha visto perjudicada y discriminada ya que debido a la falta del servicio de agua potable se presentan problemas de salud en los niños, adolescentes y comunidad en general, debiendo desplazarse además para obtener el líquido dos o tres kilómetros hasta un pozo ubicado en la finca el PANTANO de propiedad del señor ANIBAL PINEDA (...) En el caso que nos ocupa, tenemos por cierto que la comunidad de la Vereda Sucre del Municipio de Chíquiza adolece del servicio de agua potable, como consecuencia de que su suministro depende de un nacimiento que se encuentra alejado de las residencias de los usuarios y que además carece de las condiciones técnicas mínimas para asegurar su potabilidad.”*. Por lo anterior se ordenó al municipio, desarrollar un proyecto que contuviera el diagnóstico de las necesidades de agua potable de la localidad, su prioridad y la forma como debían ser solucionadas, incluida la vereda de Sucre, la forma de financiación y el tiempo posible de solución en orden de prioridades, en el término de 3 meses y adelantar las obras de mantenimiento en colaboración con la comunidad, sobre el nacimiento del cual obtienen el servicio de agua en la actualidad, para hacerlo más adecuado.

Acotó que el municipio allegó apartes del plan de desarrollo de los periodos de 2012 a 2015 y 2016 a 2019 donde se señala que en efecto ha tenido bastante deficiencia en la potabilización del agua tanto en el área urbana como rural y desde el año 2017 se han venido realizando ampliaciones y mejoramientos de las redes para el acueducto de la vereda Sucre, sin embargo respecto a las obras de mantenimiento del yacimiento de donde los habitantes de la vereda Sucre obtienen el agua no existe información alguna.

Consideró que a pesar de encontrarse probado en el expediente que el Municipio de Chíquiza, no adelantó de manera oportuna las labores de mantenimiento del nacimiento de agua de donde los habitantes de la vereda Sucre obtenían el agua, no por ese hecho es responsable de la muerte de la menor, pues el reservorio al que se hace referencia en la acción de tutela no es el mismo donde ocurrió la muerte, en tanto el reservorio señalado en la acción de Tutela se ubica en la Finca el Pantano propiedad del señor Aníbal Pineda (fl.68) y el reservorio donde ocurrieron los hechos de 17 de abril de 2016 está ubicado en la Finca San Isidro y no es de propiedad del municipio, como lo corrobora la declaración del señor Salvador Isidro Caballero Rubio.

Concluyó, con lo anterior, que sobre dicho reservorio el municipio no tenía injerencia alguna; además tal como se señala en las pruebas recaudadas, la comunidad que allí se ubica desde hace muchos años acude a la fuente natural a extraer el líquido sin ninguna autorización o control por parte del municipio; incluso, la señora MARÍA IRELIA PINEDA, reconoce que en su casa de habitación vivía con su esposo hace 23 años y hace 12 junto a la misma construyeron un reservorio.

Argumentó que está probada, la falta de un acueducto en la vereda sucre, lo que hacía imperioso que los habitantes acudieran a los reservorios para extraer el líquido. Sin embargo, a juicio del Despacho, dicho supuesto fáctico no puede ser entendido como un indicador de una falla en el servicio del municipio, que pudiera dar dado origen al siniestro en el que pereció la menor, toda vez que, para concluir que la administración incurrió en una falta que le sea reprochable, era imprescindible identificar previamente la obligación o el deber que le era exigible, lo cual no sucede en este caso, ya que, la obligación de la entidad territorial no es el control sobre la extracción de agua en los reservorios en predios privados, ni sobre quienes allí lo hacían y que por el contrario, su obligación se enmarca en el desarrollo de las obras propias que permitan que se preste el servicio de agua potable a todo el municipio, que según los planes de desarrollo y los convenios celebrados ya citados previamente se han venido realizando de acuerdo a la capacidad presupuestal y de planeación.

Finalmente consideró que de las pruebas que obran en el plenario no dan cuenta de la falla en la prestación del servicio que la parte demandante alega respecto del Municipio de Chíquiza y los argumentos señalados tampoco brindan criterio de imputación material, ni normativo, que permita vincular la conducta o comportamiento de la administración con el hecho desencadenante del daño, pues el bien inmueble y el referido reservorio donde se produjo la muerte de la menor no estaban bajo el dominio o la administración del ente demandado; por el contrario, el cuidado, la adopción de medidas de protección y prevención del peligro están en cabeza del propietario del inmueble en donde se produjo el siniestro.

Lo anterior, aunado a que el A-quo, consideró demostrado que la menor, fue al reservorio sin la supervisión de un adulto, con lo que se puede concluir, que el fáctico hecho es resultado de una actividad que se ejecutó sin la debida precaución, razón por la cual el daño no le es imputable al Estado, toda vez que fue ajeno a su voluntad, no estaba bajo su custodia y por tratarse de un predio privado tampoco podía intervenir en su posesión, uso y goce, pues tales atribuciones o privilegios están en cabeza del propietario del inmueble, por lo que la actuación de la administración no fue determinante en la producción del daño antijurídico, con lo cual se

rompe el nexo de causalidad, elemento que tiene la identidad suficiente para liberar de responsabilidad a quien en principio se le imputan los hechos.

4. RECURSO DE APELACIÓN (fls. 357 a 360)

Inconforme con la decisión, la parte demandante por intermedio de su apoderada apeló la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, solicitando se revoque la decisión y en su lugar se acceda a las pretensiones, con fundamento en lo siguiente:

Falla del servicio por omisión en su obligación constitucional y legal

Enfatizó en la omisión en el cumplimiento de sus deberes por parte del Municipio de Chíquiza, es causa determinante en la ocurrencia del deceso de la menor, ya que la falta de agua potable obligaba a los habitantes a acudir de manera irregular, artesanal, insegura e inadecuada a la recolección del líquido vital con independencia del sitio donde se realizaba la recolección, pues los fallos de tutela, no estaban destinados a una sola persona o finca, sino que protegían un número indeterminado de personas residentes en la vereda Sucre del Municipio de Chíquiza.

Insistió en que si bien, no es la obligación del municipio, ejercer control sobre los reservorios privados de agua, si es obligatorio el garantizar el derecho al agua a los habitantes de la vereda Sucre, tal como lo establecieron los fallos de tutela y que fueron abiertamente incumplidos por el municipio demandado y que se corrobora con los testigos e interrogatorio de parte, pues para la fecha de los hechos, no se contaba con el servicio de agua en esa vereda, ni nunca se realizó mantenimiento al yacimiento del cual se extraía el vital líquido por los habitantes de la referida vereda.

Recalcó que al municipio demandado, se le impone la obligación constitucional y legal de garantizar la prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico a los habitantes de su jurisdicción, por lo que tenía la responsabilidad en la atención de los requerimientos que la comunidad le formule y de la orden impartida por el Juez de tutela, para adoptar alguna medida que condujese a eliminar los riesgos derivados del inminente peligro de la recolección del agua, por parte de los habitantes de la vereda Sucre.

Considera que esta fuera de discusión que el municipio se hallaba plenamente enterado de la existencia de los riesgos a punto que existía

un fallo de tutela radicado N° 2010-144, por lo que, si se hubiesen cumplido las órdenes de juez constitucional, el accidente no habría ocurrido, pues hubiese bastado abrir la llave de agua de su residencia para obtener el agua, presentándose la muerte de la menor, precisamente por la omisión de la entidad demandada.

Finalmente arguye que, bajo el presupuesto del descuido de los padres de la menor, no es menos cierto que se configure una concurrencia de culpas, más no la negativa de pretensiones, pues de haberse dado cumplimiento por parte de la entidad a la construcción del acueducto para la vereda Sucre o haberse desarrollado por lo menos una actuación distinta para la recolección del líquido, la menor no hubiese acudido al reservorio.

5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido mediante auto proferido el 01 de agosto de 2019 (f. 362) y fue admitido por esta Corporación mediante providencia calendada del 29 de agosto de ese año (f. 367). Posteriormente, a través de auto del 11 de septiembre de 2019 se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del CPACA y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (f. 371).

5.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1.A. Parte demandante (ff. 388-391)

Transcribió textualmente el recurso de apelación, reiterando se revoque la sentencia.

5.1.B. Parte demandada (ff. 382-387)

Las alegaciones corresponden a los mismos argumentos de la contestación de la demanda, destacando como diferente que el fallo de primera instancia, fue claro y preciso en señalar los motivos y razones por los cuales se despacharon negativamente las pretensiones, debido a la inexistencia de nexo causal e inexistencia del servicio por parte del Municipio de Chíquiza.

5.1.C. Llamada en garantía – La Previsora (ff. 373 -381)

Solicitó confirmar la sentencia proferida el 10 de julio de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, teniendo como argumentos los expuestos tanto en la contestación de la demanda, como en el llamamiento.

5.2 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (ff. 391- 398)

El Agente del Ministerio Público, emitió concepto, a través del cual considera se debe revocar la sentencia y acceder a las suplicas de la demanda, declarando extracontractualmente responsable al Municipio de Chíquiza, en un 50% frente a los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la muerte de la menor. De la misma manera, solicita, se exhorte al Municipio de Chíquiza a que dé cumplimiento integral al fallo de tutela del 18 de febrero de 2011, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, con el fin de verificar el fallo.

La vista pública, arribo al anterior concepto, luego de hacer una síntesis del caso, de los antecedentes procesales, la decisión de primera instancia y de los motivos de apelación, para significar que en el acta de inspección, se señala que el 17 de abril de 2016, la menor sale de su casa ubicada en la Finca San Isidro de la vereda Sucre del Municipio de Chíquiza, con unos baldes a recoger agua en el reservorio que quedaba a unos 200 metros, en atención a que la vereda no cuenta con acueducto y al parecer cae y cuando es rescatada ya había fallecido.

Respecto de la imputación, acotó que al municipio le era exigible el deber de intervención en predios privados para la construcción de obras necesarias para la generación de agua potable a los habitantes de la vereda Sucre, básicamente al contar con la posibilidad de solicitar la imposición de servidumbre de acueducto de que trata el artículo 920 del Código Civil, por lo que para el Ministerio Público, era clara la posibilidad con la que contaba el municipio para iniciar el procedimiento administrativo o judicial tendiente a la imposición de la servidumbre de acueducto, mucho más si se tiene en cuenta que existe una orden judicial que había requerido el municipio el desarrollo y construcción de un proyecto tendiente a dar soluciones a las necesidades de agua potable, del mismo por parte de la comunidad de la localidad.

Destacó que no desconoce que de conformidad con los artículos 677 del Código Civil y artículo 6 del Decreto 1541 de 1978, las aguas que corren por cauces naturales, son de propiedad del Estado, mientras que al ser aguas privadas, no podía el municipio ejercer sobre las mismas, ningún tipo de inversión con recurso públicos, pero sí para dar cumplimiento a la orden de tutela e iniciar un proceso administrativo de imposición de servidumbre de aguas o ser el caso, de expropiación administrativa tendiente a que los reservorios pasaran a propiedad del Estado.

Considerando que la falta de gestión e intervención oportuna en beneficio de la comunidad en materia de provisión de servicio de agua,

implica la omisión a sus deberes de conducta y obligaciones como entidad administrativa, por lo que, de las pruebas obrantes, se deja ver que solo después del accidente donde la menor fallece, el Municipio de Chíquiza, empieza a realizar actividades tendientes a dar solución a la problemática del agua potable y solo hasta el 2017, se celebró el contrato de consultoría para la elaboración de los estudios, para luego celebrar el convenio solidario con la Junta de Acción Comunal.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a esta Sala establecer si:

¿En el presente caso, las pruebas obrantes en el expediente permiten determinar la configuración de un daño antijurídico y que le sea imputable a la entidad territorial demandada?

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

2.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

En el proceso, a pesar de que se acreditó la configuración del daño consistente en el deceso de la menor, no hay prueba de la guarda y administración del reservorio de propiedad privada donde ocurrieron los hechos, por lo tanto, dentro de los límites de competencia, el Municipio de Chíquiza, no ostentaba una posición de garante de carácter relacional frente a los riesgos que podían derivar la falla del servicio.

En estudio del primer límite de la posición de garante, permite a la Sala considerar que, en efecto para la época del deceso de la menor, en la vereda Sucre del Municipio de Chíquiza, no se contaba con el servicio de acueducto que permitiera a la comunidad satisfacer sus necesidades de saneamiento básico. Sin embargo, como en el asunto en concreto, se pretende un juicio de responsabilidad extracontractual derivado de la presunta falla del servicio, la instancia,

de la valoración probatoria en conjunto no permitió llegar al convencimiento que el incumplimiento de los deberes Constitucionales y legales por parte del Municipio de Chíquiza, fue la causa determinante, adecuada y eficiente en la ocurrencia del deceso de la menor.

Por esa razón, al no existir criterio de imputación material, ni normativo, que permita vincular la conducta o comportamiento de la administración con el hecho desencadenante del daño, no le es imputable al Estado, en este caso Municipio de Chíquiza, toda vez que fue ajeno a su causación. Por el contrario, a juicio de la Sala, lo que está acreditado es que, de conformidad con la teoría de la causalidad adecuada, el daño causado a los demandantes puede atribuirse a la conducta de terceros toda vez que, según las pruebas recaudadas en el proceso, el reservorio donde ocurrió el accidente fue construido por sus mismos padres y, por lo tanto, es a quienes se le debe reprochar la ausencia de medidas de prevención o mitigación del riesgo y de la respectiva protección y vigilancia de la menor.

3. ANÁLISIS DE LA SALA

En este caso no existe controversia respecto de la configuración de un **daño**, que corresponde al deceso de la menor, el 17 de abril de 2016, como lo acredita el registro civil de defunción No.089749935 (f. 16) y el acta de inspección técnica a cadáver No.150016000132201601318 (ff. 278 a 284), que demuestran, que la causa de muerte fue **"Asfixia mecánica por ahogamiento"**.

Así las cosas, el debate que se plantea en la alzada gira en torno a la **imputación** del menoscabo, específicamente, por la supuesta valoración probatoria inadecuada que llevó a cabo el *a quo* y donde la parte demandante cuestionó su decisión frente a la omisión en el cumplimiento de los deberes constitucionales y legales por parte del Municipio de Chíquiza, **como la causa determinante** en la ocurrencia del deceso de la menor, ya que la falta de agua potable obligaba a los habitantes a acudir de manera irregular, artesanal, insegura e inadecuada a la recolección del líquido vital con independencia del sitio donde se realizaba la recolección, pues los fallos de tutela, no estaban destinados a una sola persona o finca, sino que protegían un número indeterminado de personas residentes en la vereda Sucre, centrando sus consideraciones del recurso, en que está determinada la existencia de un nexo causal entre el daño y la actuación de la entidad demandada.

Para abordar estos argumentos, la Sala precisa que la imputación, es la segunda etapa del juicio de responsabilidad; tiene como propósito determinar a quién le es atribuible el daño desde el plano material. Por esa razón y de cara a este caso, lo relevante en este estadio del análisis

consiste en identificar **si el deceso de la menor y los perjuicios alegados por los demandantes, son atribuibles al Municipio de Chíquiza**, por incumplimiento de los deberes constitucionales y legales, así como también de los fallos de tutela proferidos en 2011, referidos en los antecedentes de esta providencia.

Así las cosas, al analizar el material probatorio en cuanto a las circunstancias que rodearon la muerte de la menor, se encuentran informe pericial de necropsia No.2016010115001000075 (ff. 298 a 301) y del cual se destacan, los siguientes aspectos:

“Por información consignada en el acta de inspección técnica a cadáver, el 17 de abril de 2016, aproximadamente a la 1:30 pm la menor fallecida salió de su casa en la Finca San Isidro ubicada en el sector Las Placitas de la vereda Sucre del Municipio de Chíquiza con unos baldes a recoger agua en el reservorio de agua que queda aproximadamente a 200 metros de distancia de la casa, para poder preparar los alimentos, debido a que en la vereda no tienen acueducto, cuando al parecer accidentalmente se cayó al reservorio de agua. Posteriormente cuando llegaron varios vecinos a rescatarla extrajeron del agua el cuerpo sin vida. Manifiestan que la menor no sabía nadar.

(...)

ANÁLISIS Y OPINIÓN PERICIAL

CONCLUSIÓN PERICIAL: Se trata el caso de una mujer, menor, de 12 años de edad, quienes, por información del acta de inspección técnica, accidentalmente se cayó a un reservorio de agua junto a su casa en la vereda Sucre, sector Las Placitas del municipio de Chíquiza, cuando fue a recoger agua para reparar los alimentos de su casa.

Los hallazgos de autopsia documentan la presencia de signos de hipoxia con cianosis labial y ungueal, hongo espumoso en la boca y nariz, congestión y edema pulmonar, que son desencadenante final de la muerte.

Causa básica de muerte: Asfixia mecánica por ahogamiento.

Manera de muerte: Relacionando el relato de los hechos con los hallazgos de la autopsia se puede establecer que se trata de una manera de muerte violenta tipo accidental.”

De conformidad con la prueba transcrita, la Sala encuentra acreditado que, en horas de la tarde del 17 de abril de 2016, la menor, se acercó a un reservorio, ubicado en la Finca San Isidro, sector Las Placitas de la vereda Sucre del Municipio de Chíquiza, para abastecerse del líquido; sin embargo, cayó y minutos después, falleció por inmersión.

Ahora bien, según la parte demandante, el daño es atribuible al Municipio de Chíquiza, a título de falla en el servicio, toda vez que, al no cumplir los

fallos de tutela y no garantizar el servicio básico de agua a la población de la vereda Sucre obligaron y permitieron que sus habitantes se abastecieran del líquido a través de su almacenamiento en reservorio que no contaba con seguridad alguna y no ofrecía condiciones de salubridad para el agua que en él se recogía.

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que, para definir si hubo la falla del servicio alegada por la parte actora, es necesario establecer previamente la carga obligacional de la entidad territorial demandada o el comportamiento que le era exigible, en lo que concierne a la prestación del servicio público de agua y al mantenimiento y seguridad del reservorio donde ocurrieron los hechos. Para ello es necesario verificar, si como lo asegura la parte actora, el Municipio de Chíquiza, estaba en la obligación de garantizar el suministro del servicio público de agua a la población de la vereda Sucre y, por otro lado, si debían tomar medidas de seguridad en el reservorio de agua de ese sector, para evitar el ingreso de personas al mismo y, de ser así, será menester precisar si el incumplimiento de ese deber tiene relación causal con el daño que se alega en la demanda.

No obstante, a fin de atender los argumentos del recurso y en criterio de la Sala, se analizará el caso desde la perspectiva de la **posición de garante**, figura que ha sido definida por el Consejo de Estado como *"aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho"*¹. Por lo tanto, el incumplimiento de esa obligación de intervención, que se traduce en un deber de evitación o, por lo menos, de disminución del riesgo², es el que se convierte en el factor de atribución de responsabilidad.

Naturalmente, si el daño es endilgable a una omisión estatal, la entidad correspondiente deberá responder a título de **falla en el servicio**, ya que

¹ CE 3B, 12 Oct. 2017, e05001 23 31 000 2001 02300 01 (39354), M. Velásquez (e).

² Serrano Escobar, Luis Guillermo. *Imputación y causalidad en la responsabilidad por daños*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2011, pp. 42-43: "(...) hoy se plantean alternativas a este excesivo rigorismo técnico, a la postre, impracticable, ante la imposibilidad de determinar con certeza si la acción omitida hubiera evitado el resultado, por lo que en su lugar se viene consolidando una nueva teoría, según la cual **basta para la imputación que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de su producción**. (...)

Alternativa que dista mucho de la certeza o cuasi-certeza que teóricamente ha venido exigiendo la teoría tradicional, y que por su impracticabilidad conduce a acabar con la responsabilidad por omisión, pues invita a abstenerse de cumplir los deberes de conducta positiva, mientras no se tenga la seguridad de que con su realización se impediría el efecto dañoso. (...) (Negrilla fuera del texto original)

por definición aquellas se traducen en un incumplimiento de un contenido obligacional a cargo del Estado³.

Sin embargo, la **posición de garantía no es absoluta** y, en cambio, cuenta con **dos límites** que demarcan la órbita de su responsabilidad del garante. El primero de contenido jurídico, que se refiere a la especificidad de la obligación de intervención impuesta por el ordenamiento. El segundo de contenido material, relativo a que la prevención del riesgo sea materialmente factible, lo cual encuentra fundamento en la máxima que indica que *"nadie está obligado a lo imposible"*. Así las cosas, si el daño se produce por fuera de la órbita de las obligaciones jurídicas de la posición de garantía o, aunque estando dentro de ellas, al garante le es imposible evitar o, por lo menos, disminuir el riesgo de su concreción, no habrá lugar a declaratoria de responsabilidad alguna.

Para abordar el **primer límite**, se precisa que la obligación de intervención impuesta por el ordenamiento, en el caso de la prestación de los servicios públicos, especialmente el de aseo, alcantarillado, agua potable y saneamiento básico, parte desde la esfera constitucional, en sus artículos 365 a 370, inherentes a la finalidad social del Estado⁴ y las normas que desarrollan la intervención del mismo.

Relacionado con lo anterior, la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios en el territorio nacional, dispone en su artículo 2 que el Estado debe intervenir en los servicios

³ CE 3C, 9 Jul. 2014, e70001-23-31-000-1998-00808-01(44333), E. Gil: "(...) La posición de garante viene a significar un gran avance de las sociedades modernas y de los Estados Sociales de Derecho basados en principios constitucionales como el de la solidaridad y la prevalencia del interés general. Es entendida como la posibilidad de atribuir a un sujeto la responsabilidad por un daño, en principio, causado por la acción de un tercero o por un hecho (v.gr. de la naturaleza o del azar) **pero que le es imputable al primero en la medida que se encontraba conminado a intervenir para impedir que el evento dañoso sucediera**. En otras palabras, la posición de garante justifica el imputar un daño ante un comportamiento omisivo, de manera pues que se reputa autor también a quien se abstuvo de intervenir; es lo que se conoce desde el plano penal como la 'comisión por omisión'. (...)" (Negrilla fuera del texto original)

⁴ en los artículos 365 a 370 de la Constitución, son inherentes a la finalidad social del Estado, uno de cuyos deberes primordiales es el de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional: "Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (CP art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros. "Los servicios públicos como instancia y técnica de legitimación no son fruto de la decisión discrecional del poder público sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (CP arts. 1 y 2). A través de la noción de servicio público el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva. Su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico. De esta forma se garantizan las condiciones materiales para el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y para la consecución de una igualdad real y efectiva (CP art. 13) de toda la población"⁴.

públicos con el propósito de entre otros: garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; ampliar permanentemente la cobertura; atender prioritariamente las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; y prestar de forma continua e ininterrumpida el servicio, salvo cuando se esté en presencia de razones de fuerza mayor o caso fortuito.

Posteriormente, con la Ley 715 de 2011, en su artículo 76, en cuanto a la prestación de los servicios públicos, se estableció:

“COMPETENCIAS DEL MUNICIPIO EN OTROS SECTORES. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:

76.1. Servicios Públicos

Realizar directamente o a través de terceros en materia de servicios públicos además de las competencias establecidas en otras normas vigentes la construcción, ampliación rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos. (...)”

Concordante con las disposiciones normativas expuestas en precedencia, el Consejo de Estado ⁵ en análisis reciente, contenido en la sentencia 85001-23-33-000-2014-00230-01 (AP), indicó:

“Marco normativo y desarrollo jurisprudencial del derecho e interés colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna

134. Este derecho colectivo tienen su fundamento constitucional en los artículos 2.º, 365, 366 y 367 de la Constitución Política y es inherente a la finalidad social del Estado, en tanto contribuye al bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de la población y, a su vez, materialmente implica el respeto y garantía de otros derechos constitucionales.

135. Al respecto, la Corte Constitucional ha enfatizado la trascendental importancia de la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos, al sostener que éstos efectivizan otros derechos como la dignidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad⁶.

136. Ahora bien, el Estado tiene el deber de la regulación, control y vigilancia permanente de la prestación de los servicios públicos. En concordancia, el artículo 2.º de la Ley 142 establece que los fines de la intervención del Estado, entre otros, son garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el

⁵ Sala de lo contencioso administrativo – Sección Primera – C.P: Hernando Sánchez Sánchez, del 16 de mayo de 2019- referencia medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos- N° 850012333000201400230-01

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-172 de 13 de marzo de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; y prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan". (Negrilla y Subrayado fuera del texto original)

De lo anterior se concluye que el servicio de acueducto, alcantarillado y aseo, tienen una mayor relevancia en la protección requerida por el Estado, pues la deficiente o nula prestación de los mismos compromete derechos colectivos como la salubridad pública y el medio ambiente, e inclusive puede afectar derechos fundamentales de las personas que se ven expuestas a los daños que por tal causa se generan, por lo que el Estado, a través de sus entidades territoriales o municipales, son los primeros en garantizar que sea prestado con eficiencia, según lo disponen los artículos 311, 365 y 366 de la Constitución Política, 3º numeral 5º de la Ley 136 de 1994 y 5º numeral 1º de la Ley 142 de 1994.

Así para el asunto en estudio, la Sala corrobora que con la demanda, fue allegada acción de tutela interpuesta por los señores Aníbal Pineda, Armando Rivera Luis y Arturo Alfonso Pineda en nombre de la comunidad de la vereda Sucre del Municipio de Chíquiza el 27 de diciembre de 2010 a través de la cual solicitaban *"se ordene al Municipio de Chíquiza realizar las gestiones, medidas y tareas necesarias, para que de esta manera se ordene la construcción del acueducto, para los habitantes de la vereda Sucre (...)* (ff.67-75)". Amparo que fue confirmado con la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, el 18 de febrero de 2011 (ff. 57 y 66), a través del cual se dispuso:

"PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo del fallo de tutela de fecha catorce (14) de enero de dos mil once (2011) proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con función de control de garantías, en el sentido de que la orden que debería cumplir el Alcalde Municipal es la de desarrollar un proyecto que contenga el diagnóstico de las necesidades del agua potable del Municipio de Chíquiza, su prioridad y la forma como deben ser solucionadas incluida obviamente la vereda Sucre, la forma de financiación y el tiempo posible de su solución en orden de prioridades, lo cual debe hacerse en el término de tres (3) meses y comunicarse al despacho sobre su cumplimiento y además comunicarse a los accionantes y a los usuarios de la vereda de Sucre.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero en lo que tiene que ver con la orden específica que se dio de construir el acueducto para los habitantes de la vereda de Sucre, la cual se someterá al orden de prioridades que se establezcan en el proyecto ordenado.

TERCERO: Se adiciona el fallo en lo que tiene que ver, con que la Alcaldía Municipal debe adelantar obras de mantenimiento en colaboración con la comunidad, sobre el nacimiento sobre el cual obtiene el servicio del agua en la actualidad, para hacerlo más adecuado.

CUARTO: En lo demás se confirma la providencia (...)”.

Es decir, se contaba con una decisión de tutela que en efecto amparó los derechos a la salud, en conexidad con la vida y los derechos fundamentales de los niños en general, ordenando a la entidad demandada desarrollar un proyecto que contuviera el diagnóstico de las necesidades de agua potable del Municipio de Chíquiza que incluía la vereda Sucre, precisando que la prioridad y la forma como debía ser solucionada la problemática, atendería la forma de financiación y el tiempo posible de su solución en orden de prioridades de acuerdo a lo que estableciera el proyecto. Adicionalmente dispuso que la Alcaldía Municipal debía adelantar obras de mantenimiento en colaboración con la comunidad, sobre el nacimiento sobre el cual obtenían el servicio del agua en ese momento, para hacerlo más adecuado.

Es decir, es decir la orden en sede de tutela, no dispuso que en un tiempo de 3 meses debía contarse con la construcción del acueducto, sino que en ese lapso la administración debía adelantar la gestión del proyecto y adelantar las obras de mantenimiento sobre el nacimiento del que se obtiene el agua, que valga la pena resaltar no se trataba del mismo donde la menor perdió la vida por sumersión, pues la decisión judicial en los antecedentes (f.57) se refiere a la Finca el Pantano de propiedad del señor Aníbal Pineda, en tanto que el reservorio donde aquel hecho luctuoso ocurrió está ubicado en la Finca San Isidro sector Las Placitas que no es de propiedad del municipio.

Lo anterior conlleva a concluir a la Sala que, en efecto, la entidad demandada tiene la obligación constitucional y legal de la prestación, entre otros, del servicio público de agua potable para la comunidad. Adicionalmente existen los fallos judiciales de tutela a los que se hizo referencia que le impusieron unas órdenes encaminadas a que desarrollara un proyecto que contuviera el diagnóstico de las necesidades de agua potable del Municipio de Chíquiza que incluía la vereda Sucre y adelantar las obras de mantenimiento sobre el nacimiento del que se obtiene el agua.

Para demostrar el acatamiento de sus obligaciones constitucionales y legales y el cumplimiento de los fallos de tutela, la entidad demandada, aportó los Planes de Desarrollo del Municipio de Chíquiza para los periodos comprendidos entre el año 2012 a 2015 y 2016 a 2019, en los que se señala todo lo relacionado con la prestación de los servicios públicos domiciliarios y el sistema de acueducto urbano y rural (ff.114-126) y la proyección del mismo, que se empezó a materializar, con la suscripción del contrato de consultoría entre el Municipio de Chíquiza y Nelcy Esperanza Gil Mancipe el 03 de febrero de 2017 para la elaboración de estudios y diseños para la

optimización del acueducto Centro Monte Laguneta y el estudio y diseño del acueducto Villa Rosita del Municipio de Chíquiza (ff.131-134).

Además de culminar, con la celebración del Convenio Solidario No.2017-015 de 01 de noviembre de 2017, suscrito entre el Municipio de Chíquiza y la Junta de Acción comunal de la Vereda Chíquiza con el fin de realizar los mejoramientos y ampliaciones de las redes para el acueducto de la vereda Sucre, con sus respectivas actas de adición y liquidación (fls.135-180).

Lo destacado, en estudio del primer límite de la posición de garante, permite a la Sala discurrir que, en efecto para la época del deceso de la menor, en la vereda Sucre del Municipio de Chíquiza, no se contaba con el servicio de acueducto que permitiera a la comunidad satisfacer sus necesidades de saneamiento básico. Sin embargo, como en el asunto en concreto se encuentra la sala frente a un juicio de responsabilidad extracontractual derivado de la presunta falla del servicio, de la valoración probatoria en concreto debe identificar, entonces, si este incumplimiento de los deberes constitucionales y legales, y de los fallos de tutela por parte del Municipio de Chíquiza, fue la causa determinante, adecuada y eficiente en la ocurrencia del deceso de la menor.

Reposan en el plenario las pruebas testimoniales, recepcionadas en la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA, el 27 de mayo de 2019 (ff. 302 a 309 y CD 310), de las cuales se destacan los siguientes apartes:

- El declarante señor SALVADOR ISIDRO CABALLERO RUBIO, minuto 4:50 a minuto: 15:18 (CD –f.310), manifestó:

*“(...) yo lo único que sé es que ella se ahogó en un charco yo tuve por allá mirando **pero yo no supe bien como sería la muerte de ella** (...) pues fue una mala fortuna ella fue a coger el agua y se fue de cabeza (...) porque no tenían agua para comer (...)la vereda no contaba con servicio de agua de acueducto(...) no es tan grande y lo conozco **hace como 5 o 6 años** (...) **En ese tiempo teníamos que ir por el agua en burro porque no había acueducto, pues hasta hace un año hay acueducto** (...)El reservorio tiene una entrada para sacar agua y se encuentra ubicado en propiedad privada, digamos de ellos a los señores Rojas a los hijos del Ladislao Rojas esposo de ella (...) en las labores del hogar a la señora Irelia Pineda, le ayudaban sus otros muchachos pues yo como quedo retirado siempre”.*

- A su turno en la declaración de la señora LUZ MARINA PINEDA, minuto 17:40 a minuto: 29:29 (CD –f.310), exteriorizó:

“(...) yo me enteré por voces porque yo no estuve donde ella murió (...) pues ahí tenían unos pocitos donde sacaban el agua porque en tiempo que hubiere verano mi papá le daba permiso de sacar el agua (...) no teníamos ese servicio porque el Alcalde había prometido el acueducto y todavía no

lo había (...) Pues la mamá la envió a traer el agüita pero ella estaba allá en la casa”.

En criterio de la Sala, los testimonios recién transcritos podrían sugerir que la declaración SOBRE LA OCURRENCIA DE LOS HECHOS no corresponde a un conocimiento directo del modo del deceso de la menor, adicionalmente subjetividad, por cuanto los deponentes al residir en la vereda sucre del Municipio de Chíquiza, entidad acá demandada, durante un largo lapso no les habían suministrado agua potable. No obstante, ello no es suficiente para desestimar su eficacia probatoria, pues, por un lado, no fueron tachados de sospechosos o de falsos, ni fue desvirtuado por la parte demandada y, por otro lado, se trata de una versión que responde al conocimiento y experiencia sobre la no prestación del servicio público de acueducto que supuestamente conllevó al deceso de la menor, el cual es materia del debate jurídico.

- Ahora bien, del interrogatorio de parte de la señora MARÍA IRELIA PINEDA, minuto 31:58 a minuto: 41:49 (CD –f.310), expresó:

*“Yo estaba con ella, almorzamos, estaba arreglando cocina y la niña dijo que quería arroz con leche, por lo cual le dije que esperara un momento que trajera el barro para aclarar el agua y hacer los alimentos (...) Ella salió y después me avisaron que la niña se había caído al reservorio, por lo que salí corriendo a pedir ayuda (...) Yo perdí a mi hija porque el Municipio nunca nos dio agua (...) Al señor Alcalde se le dijo mire no tenemos agua y la contesta de él fue hasta que yo no salga de aquí yo no les doy agua (...) falleció mi hija y la fiscalía le dijo señor Alcalde dele agua a ese personal (...) **nunca mandaba a mis hijos solos a traer el agua, ese día la menor fue porque quería el arroz con leche yo siempre como madre iba por el agua** (...) cuando yo salí no supe quién me dijo Derly la niña cayó al pozo (...) yo en esa casa de habitación duré viviendo 23 años (...) nosotros junto de la casa teníamos un reservorio que habíamos hecho azadón que tiene aproximadamente doce años que lo construimos (...) el pozo no tenía más de 40 cm.”*

De lo destacado , lo primero a advertir por la Sala, es que en la tarde del 17 de abril de 2016, la menor, se acercó a un reservorio, ubicado en la Finca San Isidro, sector Las Placitas de la vereda Sucre del Municipio de Chíquiza, de propiedad del señor LADISLAO ROJAS, padre de la misma, para abastecerse del líquido y cubrir algunas necesidades diarias de alimentación ya que no se contaba con el servicio de acueducto; eso fue acreditado con las manifestaciones de los deponentes, además de la prueba documental, contenida en el certificado expedido por la Oficina de Planeación del Municipio de Chíquiza el 18 de julio de 2018 (f. 113); es decir, el deceso ocurrió en la propiedad privada de la familia demandante y no en predios de la entidad demandada o en ejecución de alguna obra pública.

El anterior hecho probado, conlleva a la Sala a trasladarse y ubicarse en el segundo límite competencial de posición de garante de la entidad demandada, frente a la **causa eficiente del daño** alegado, en la medida que el reservorio donde ocurrió el deceso, estaba bajo la custodia y propiedad de particulares específicamente de los padres de la menor, cuestión que no se discute en el proceso y surge de forma evidente del material probatorio, es decir, **no estaba bajo la custodia del Municipio demandado, por lo que en lo relativo a la prevención del riesgo, este no era materialmente factible de asumir por el mismo, en la medida que fue construido de manera artesanal y para fines particulares.**

Por lo tanto, en el asunto en estudio, lleva a la Sala a colegir que no existió falla del servicio, en la medida que si bien la entidad no atendió de manera oportuna las órdenes de rango constitucional y legal que se concretaron con las sentencias de tutela, dicho incumplimiento, no fue la causa eficiente del deceso de la menor, en la medida que no tenía competencia de intervención en el reservorio de propiedad privada, por lo que no estaba dentro en sus atribuciones el deber de evitarlo o, por lo menos, de disminución del riesgo, que es en últimas lo que se convertiría en el factor de atribución de responsabilidad.

Así las cosas, para la Sala es claro a partir de las pruebas recaudadas y de la misma demanda, el desafortunado accidente en el que pereció la menor, se originó por el descuido de quienes estaban a su cuidado, además de quienes construyeron el reservorio en predio privado al representar un riesgo que desborda las competencias constitucionales y legales de la entidad territorial. De esta manera, es evidente que el comportamiento de los padres y garantes del cuidado de la menor, fue determinante en la generación del daño y no la falla del servicio que no se logró acreditar, como se puede colegir del mismo interrogatorio de parte de la demandante MARÍA IRELIA PINEDA, madre de la menor, cuando reconoció que *"nunca mandaba a mis hijos solos a traer el agua, ese día la menor fue porque quería el arroz con leche yo siempre como madre iba por el agua"*.

En consecuencia, no existe criterio de imputación material, ni normativo, que permita vincular la conducta o comportamiento de la administración con el hecho desencadenante del daño, razón por la cual éste no le es imputable al Estado, en este caso al Municipio de Chíquiza, toda vez que fue ajeno a su causación. Por el contrario, a juicio de la Sala, lo que está acreditado es que, de conformidad con la **teoría de la causalidad adecuada**, el daño causado a los demandantes puede atribuirse a la conducta de terceros toda vez que, según las pruebas recaudadas en el proceso, el reservorio donde ocurrió el accidente fue construido por sus

mismos padres y, por lo tanto, es a quienes se le debe reprochar la ausencia de medidas de prevención o mitigación del riesgo, criterio acogido, teniendo en cuenta pronunciamientos del Consejo de Estado⁷, del cual se destaca:

*“(...)**14.**- Tal y como se señala en la sentencia de primera instancia, en el proceso quedó demostrado que la muerte de la menor se produjo en un predio de propiedad del Municipio, pero también se acreditó que: **i)** no se trata de un predio de uso público, ni dentro del mismo se encuentra algún camino o servidumbre que pueda ser utilizado por los transeúntes; **ii)** si bien es cierto que en el lugar donde se forma la laguna con aguas lluvias y negras, no está cercado, lo cierto es que el predio en general sí cuenta con cerramiento; **iii)** el predio colinda con terrenos de propiedad de otra entidad, que han sido invadidos y ocupados por particulares y en **ellos se encuentra construida la casa donde habitaba la menor**; y, **iv)** sus padres eran conscientes del peligro que representaba la laguna para la niña y también de que la malla que encerraba la propiedad había sido destruida por terceros la noche previa y, no obstante lo anterior, permitieron que la niña saliera sola de la casa generándose la trágica consecuencia de su deceso, todo lo cual fue admitido por ellos de manera clara en el interrogatorio de parte rendido en el curso del proceso.(...)”.*

Adicionalmente el Consejo de Estado, en sentencia del 29 de octubre de 2018⁸, precisó:

*“[L]a Sala encuentra acreditado que, en horas de la mañana del 28 de agosto de 2004, la señora (...) se acercó a un tanque lleno de agua, ubicado en el sector de Altos de Oriente (Bello), **para abastecerse del líquido y cubrir algunas necesidades diarias**; sin embargo, **cayó al pozo donde, minutos después (...), falleció por inmersión.** (...) las pruebas que obran en el proceso no dan cuenta de la falla en la prestación del servicio que la parte actora alega respecto de E.P.M. E.S.P., pues nada indica que, por ser la entidad prestadora del servicio de acueducto, estaba en la obligación de suministrar agua en el sector denominado Altos de Oriente del municipio de Bello; en su lugar, el material probatorio desvirtúa la imputación que se pretende endilgar a la administración, en tanto que da cuenta de que la comunidad que allí se ubica se asentó ilegalmente en terrenos privados e invadió suelos de protección que, por lo tanto, no son aptos para ser urbanizados ni pueden ser considerados como terreno de factible instalación del servicio público de acueducto. (...) [E]s **claro que no existe criterio de imputación material, ni normativo, que permita vincular la conducta o comportamiento de la administración con el***

⁷ CONSEJO DE ESTADO -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ- ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019)- Radicación número: 05001-23-31-000-2007-03080-01(44876)- Actor: FRANCISCO JAVIER CORREA HENAO Y OTROS-Demandado: MUNICIPIO DE CALDAS.

⁸ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- Sección tercera – subsección A- Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA- Radicación número: 05001-23-31-000-2006-03114-01(44287)

hecho desencadenante del daño, razón por la cual éste no le es imputable al Estado, toda vez que fue ajeno a su causación; por el contrario, a juicio de la Sala, lo que está acreditado es que, de conformidad con la teoría de la causalidad adecuada, el daño causado a los demandantes puede atribuirse a la conducta de terceros toda vez que, según las pruebas recaudadas en el proceso, principalmente el dictamen pericial, el tanque de almacenamiento donde ocurrió el accidente fue construido por la misma comunidad (tercero indeterminado) que se asentó en el sector de Altos de Oriente y, por lo tanto, es a ésta a quien se le debe reprochar la ausencia de señalización en el sitio y la inexistencia de una tapa sobre el tanque de almacenamiento, hechos sobre los cuales también se edificó la demanda. (...) [E]n criterio de la Sala, además de la omisión en la que incurrió la comunidad de Altos de Oriente (hecho de un tercero), quedó demostrada también la incidencia del comportamiento de la víctima en la causación del daño; por consiguiente, ante la configuración de tales eximentes de responsabilidad, se impone modificar la sentencia recurrida, para declarar la ocurrencia de ambas eximentes (...)". (Negrillo y subrayado fuera del texto).

No desconoce la Sala, el concepto de la vista fiscal y contrario sensu, comparte que la entidad demandada no atendió como prioridad el suministro del acueducto a los moradores de la vereda Sucre y que en su defecto constituye una inobservancia a sus obligaciones y al cumplimiento de una orden judicial. No obstante, como fue ampliamente analizado en el asunto en litis, se discute la responsabilidad extracontractual de la entidad territorial derivada de una posible falla del servicio como causante del deceso de la menor que desafortunadamente acaeció por circunstancias lamentables, pero ajenas a la posición de garante de la entidad; **es decir, en criterio de esta sala, la falta de acueducto no fue la causa eficiente del daño sufrido por los demandantes, por lo que se despachan de manera desfavorable los argumentos del recurrente en la instancia, y en su lugar se confirmará la sentencia de primea instancia.**

4. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo preceptuado en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, así como el criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, que a pesar de ser objetivo se le califica de "valorativo"⁹, la Sala condenará en costas a la **parte demandante (apelante)** en razón a que aparece probada la causación y fue vencida en el proceso. Su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, deberá ser llevada a cabo una vez quede en firme esta

⁹ CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.

providencia, siguiendo lo dispuesto en el artículo 366 del CGP¹⁰, por el juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, el 12 de marzo de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la **parte demandante** y a favor de la demandada, conforme a lo expuesto en precedencia. Por Secretaría del Despacho de primera instancia, procédase a la liquidación correspondiente e inclúyanse las agencias en derecho, siguiendo lo establecido en el artículo 366 *ídem*.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el sistema de información de la Rama Judicial.

Esta providencia se estudió y aprobó en Sala virtual de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado



ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

¹⁰ Sobre la etapa procesal y la forma de liquidar las costas, incluyendo las agencias en derecho, ver: TAB, 22 May. 2018, e150013333013201300095-01, F. Afanador.