



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja
Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

°Tunja, el 8 DIC 2017

DEMANDANTE: JOSE DEL CARMEN ATARA MESA Y OTROS
DEMANDADO: MUNIPIO DE CUCAITA Y OTROS
RADICACIÓN: 150013333014-2014-00004-00
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

I. LA DEMANDA

I. PRETENSIONES DE LA DEMANDA (F. 6-7)

1. Que se declare administrativa y patrimonialmente responsable al **MUNICIPIO DE CUCAITA** por falla en la prestación del servicio y se reconozcan y paguen todos los perjuicios materiales e inmateriales, ocasionados a los señores **JOSE DEL CARMEN ATARA MESA** y **MONICA VANEGAS DÍAZ**, **HELVER ALIRIO ATARA MESA** en calidad de padres y tío, y **PEREGRINO VANEGAS** y **JOSÉ ÁLVARO ATARA** en calidad de abuelos, como consecuencia de la omisión por parte de la entidad accionada, de velar por la seguridad del espacio público y tomar las medidas del caso en las obras contratadas, específicamente en el cerramiento del aljibe, ubicación de barreras, cercas o vallas que impidieran que los infantes pudieran sufrir daños al caer a éste, por tratarse de un parque infantil.
2. Como consecuencia de la anterior declaración solicita condenar a la entidad demandada a pagar a los accionantes las siguientes condenas:
 - A favor de la señora **MONICA VANEGAS DIAZ** en calidad de madre de la menor víctima **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS (Q.E.P.D.)**, la suma equivalente a CIEN (100) SMLMV por concepto de **daño moral**; y lo correspondiente a CUATROCIENTOS (400) SMLMV por concepto de **daño a la vida de relación**.
 - A favor del señor **JOSÉ DEL CARMEN ATARA MESA** en calidad de padre de la menor víctima **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS (Q.E.P.D.)** la suma equivalente a CIEN (100) SMLMV por concepto de **daño moral**; y lo correspondiente a CUATROCIENTOS (400) SMLMV por concepto de **daño a la vida de relación**.
 - A favor del señor **HELVER ALIRIO ATARA MESA** en calidad de tío de la menor víctima **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS (Q.E.P.D.)** la suma equivalente a VEINTICINCO (25) SMLMV por concepto de **daño moral**.
 - A favor de los señores **PEREGRINO VANEGAS** y **JOSÉ ÁLVARO ATARA** en calidad de abuelos de la menor víctima **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS (Q.E.P.D.)** la suma equivalente a CINCUENTA (50) SMLMV por concepto de **daño moral**, para cada uno de ellos.

3. Finalmente, solicita que las condenas respectivas sean actualizadas de conformidad con lo previsto en la Ley, y se reconozcan los intereses legales liquidados con la variación promedio mensual del IPC, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando se dé cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso, y se ordene a la parte accionada cumplirla en los términos de los artículos 188, 189 y 192 del CPACA.

2. HECHOS DE LA DEMANDA (fls. 3-6)

De los hechos 13 a 15, solicita en el escrito de subsanación no se tengan como tales sino como fundamentos que sustentan la demanda, los demás se resumen sucintamente en:

- El 22 de septiembre de 2013 sobre las 5:00 p.m. la menor **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS** pidió permiso a sus padres **JOSE DEL CARMEN ATARA VANEGAS** y **MONICA VANEGAS DIAZ**, para ir a jugar al parque del Municipio de Cucaita, advirtiendo estos últimos sobre las 5:15 que la menor no se encontraba en dicho lugar, por lo que solicitaron al párroco de la localidad reportar dicha ausencia a través del parlante de la Iglesia y obtener ayuda de la comunidad en la búsqueda.
- El señor **AUDELINO BORDA LARGO** quien al parecer estaba contratado para realizar obras alrededor del pozo de agua aledaño al lugar, se acercó al sitio de la obra y observó el cuerpo de la menor flotando en el aljibe que no estaba tapado ni tenía medidas de seguridad, procediendo a informar a los padres de la niña.
- Se estableció que las obras realizadas en el lugar del hecho, fueron producto del Contrato de Obra N° 099-2013, celebrado entre el Municipio de Cucaita y el señor **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ**, suscrito el 16 de agosto de 2013 con plazo de ejecución de un mes, sin que se hubiese suscrito prórroga u otro si, desconociendo la ejecución del contrato dentro del plazo establecido y dejando de implementar medidas de control y vigilancia en cuanto a señalización y cerramiento, encontrándose que la supervisión del mismo estaría a cargo de la Secretaría de Planeación Municipal.
- El pozo o aljibe de agua de bombeo del Colegio San Felipe, se construyó hace aproximadamente 15 años, permaneciendo durante este tiempo sellado con una tapa en concreto y con candado, quitándole la tapa de seguridad con el fin de extraer el agua para mezclar los materiales a utilizar en la obra que fue contratada por el Municipio. De manera que al encontrarse dicha tapa a un costado del pozo, se produjo la caída y posterior muerte de la menor **NICOL DAYANA ATARA VANEGAS**.
- El levantamiento del cadáver se realizó ese mismo 22 de septiembre y se determinó que la causa del fallecimiento fue por insuficiencia respiratoria aguda secundaria a asfixia mecánica debido a sumersión en agua, manera de muerte al parecer accidental.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y DE OCURRENCIA DEL DAÑO

Como fundamento a su demanda el apoderado expone el Art. 90 de la Constitución Política, Ley 1437 de 2011, normas concordantes y complementarias, alega que la causa inmediata del daño es la muerte de la menor **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS**, por la omisión por parte del Municipio de Cucaita al no haber tomado las medidas de seguridad, control y vigilancia de la obra que se estaba realizando, así como por la omisión para realizar las acciones pertinentes en materia de contratación, asistiéndole



responsabilidad al Municipio por el hecho de sus contratistas sin que opere la cláusula de indemnidad para exonerarse de aquella ya que es el dueño y supervisor de la obra, sin existir culpa exclusiva de la víctima ni lugar para la reducción de la indemnización en sus ámbitos moral o a la vida relación.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- **MUNICIPIO DE CUCAITA (fls. 124-128)**

La apoderada de la Entidad Territorial refiere que los hechos 1 a 5 y 9 no le constan, son ciertos los hechos 6, 7 y 12; los hechos 8, 11, 13, 14 y 15 son apreciaciones subjetivas y el 10 no es un hecho.

Arguye que se opone a la totalidad de las pretensiones teniendo en cuenta que carecen de fundamentación fáctica y de derecho para su prosperidad, solicitando la condena en costas y agencias en derecho, sin asistírle responsabilidad al Municipio por acción u omisión, puesto que le competía a los padres de la menor prodigarle el cuidado requerido dada su corta edad. Agrega que el Municipio no actuó ni directa ni indirectamente en los actos que permitieron el retiro de la seguridad existente en el pozo como era el candado y la tapa que por su peso y estructura tuvo que haber sido retirada por un tercero autónomo que no pudo impedir el hecho, imposibilidad también predicable de la entidad territorial estando frente a un caso de fuerza mayor por causas ajenas al servicio.

Propuso como excepciones las que denominó *inexistencia de responsabilidad alguna por pasiva, falta de legitimación por pasiva, inexistencia de requisitos sustanciales que el legislador y la jurisprudencia han dispuesto para determinar responsabilidad en cabeza del demandado, responsabilidad exclusiva por activa y fuerza mayor.*

- **PEDRO ANTONIO BORDA VELANDIA (fls. 285-298)**

Precisa la apoderada que ningún hecho le consta, excepto el noveno que admite, de igual modo señala que la demanda se encamina a establecer la responsabilidad del Municipio de Cucaita por falla en la prestación del servicio, al no haberse tenido la precaución respecto al cerramiento y señalización del pozo que fue desatapado para la realización de una obra contratada por el Municipio, de manera que se trata de un hecho notorio que el lugar donde ocurrieron los hechos es de propiedad del Municipio ya que desde el año 1985 la zona fue cedida como área comunal, situación que se verifica en la anotación N° 2 de la escritura pública N° 14489 del 30 de julio de dicha anualidad, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Tunja y desde entonces la Administración Municipal ha ejercido adicional a la propiedad, actos de dominio y disposición y los contratistas han intervenido en diferentes oportunidades el predio cuestionado para adelantar obras públicas.

Recuerda los requisitos sustanciales y procedimentales a tener en cuenta para que el daño antijurídico sea demandable y ellos no se cumplen frente a su poderdante ya que al no ser dueño del predio en cita, no le asistía ningún deber legal de custodiarlo por ser totalmente ajeno a su órbita patrimonial, a más del hecho que la falla en el servicio es predicable del Estado y sus servidores, siendo el particular ajeno al buen o mal funcionamiento de los servicios que presta el Municipio demandado.



Ultima que se opone a las pretensiones por cuanto el predio donde ocurrió el suceso no es de propiedad de su mandante, por lo que no tiene ningún vínculo jurídico con el Municipio de Cucaita y propone como excepción la *falta de legitimación en la causa por pasiva*.

- **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ (fls. 317-324)**

Manifiesta el apoderado que se opone a la prosperidad de las pretensiones por carecer de fundamento legal, fáctico y probatorio, en igual medida su poderdante no incurrió en acción, omisión o limitación alguna que comprometa su responsabilidad patrimonial ni personalmente ni como colaborador del Municipio de Cucaita.

Puntualiza que la acción se respalda en la omisión del Municipio de Cucaita de velar por la seguridad del espacio público y tomar las medidas de seguridad sobre las obras contratadas por lo que no resulta de su competencia lo endilgado ya que el contrato de obra N° 099-2013 tenía como objeto "EL CERRAMIENTO DE LA ESTACION DE BOMBEO COLEGIO SAN FELIPE EN EL MUNICIPIO DE CUCAITA BOYACA" y aunque la muerte de la menor NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS se produjo al interior de dicha estación, no corresponde al contratista velar por la administración, seguridad o manejo alguno de dicha estación, ni ejecutó acción alguna para su apertura o utilización.

Respecto a los hechos refiere que no le constan, ateniéndose a lo que resulte probado, excepto el hecho 9º señalando que no es cierto, destacando que el deceso ocurrió un día domingo en el cual no se tenían programados trabajos de manera que el daño reclamado no se puede imputar a su defendido comoquiera que este ocurrió por culpa de los padres de la víctima al incumplir su deber de cuidado al dejarla sola en el lugar de los hechos.

Propuso como excepciones las que llamó *Inexistencia de conducta atribuible al vinculado FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ y culpa exclusiva de las víctimas*.

III. CONTESTACION EXCEPCIONES (fls. 156-158, 331-332)

El apoderado actor señala frente a las excepciones que propone el Municipio de Cucaita lo siguiente:

En cuanto a la *inexistencia de responsabilidad alguna por pasiva y falta de legitimación por pasiva*, arguye que al momento de la ocurrencia del hecho, la obra contratada se encontraba en plena ejecución lo que evidencia la responsabilidad del Municipio al no tomar las precauciones necesarias para este tipo de obras, como su cerramiento y vigilancia, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha precisado que cuando la administración contrata una obra pública es como si la ejecutara directamente, lo que no permite la exoneración de responsabilidad al ser tanto supervisor de la obra como dueño de la misma.

En lo que refiere a la *responsabilidad exclusiva por activa*, alega que la administración no ejerció vigilancia y control sobre la obra que se estaba ejecutando, con el propósito de evitar el tránsito de personas cerca de las zonas intervenidas y que para el caso de autos no corresponde únicamente a la señalización sino que al tratarse de un pozo requería la disposición de elementos que obstaculizaran o impidieran acceder con facilidad a dicho lugar, ya que podría convertirse en una trampa mortal



máxime cuando se encuentra a escasos cuatro metros de un parque infantil y quienes acceden son menores de edad que por su misma condición no tienen la capacidad de discernimiento suficiente para reconocer un peligro, debiendo en su momento no sólo realizar el cerramiento de la obra sino del parque infantil mientras la misma se adelantaba.

En cuanto a las excepciones propuestas por el señor FAUSTO ANDRÉS CHAVARRIA CRUZ, a la denominada *inexistencia de conducta atribuible al vinculado FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ*, el apoderado actor manifiesta que la acción no se dirige contra él sino que fue vinculado de oficio por el Despacho, recalcando que nunca antes había ocurrido un hecho semejante en el lugar y que si la administración no hubiese contratado el cerramiento no se hubiese producido el deceso de la menor **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS**.

Finalmente respecto a la excepción de *culpa exclusiva de la víctima*, afirma que contrario a lo que se dice, los padres de la menor sí ejercían vigilancia constante sobre la misma, ella por sí sola no pudo correr la tapa del pozo y existió negligencia, impericia y descuido por parte del Municipio de Cucaita ya que era su responsabilidad exigir las normas de seguridad que toda obra exige para evitar accidentes mortales como el que nos ocupa.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

1. AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda el día 13 de marzo de 2014, notificado el Municipio de Cucaita el 04 de junio de la misma anualidad, quien contestó en fecha 04 de septiembre de 2014 como se verifica a folios 124-128, con posterioridad se procedió a realizar audiencia inicial el 15 de marzo de 2016, previa convocatoria mediante auto de fecha 03 del mismo mes y año (fl. 190), desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A, disponiéndose la vinculación como parte pasiva de la Litis de los señores **FAUSTO ANDRÉS CHAVARRIA CRUZ** como ejecutante del Contrato de Obra N° 099-2013 y el señor **PEDRO ANTONIO BORDA VELANDIA** en calidad de propietario del predio en el que se encuentra ubicado el aljibe donde sucedieron los hechos objeto de acción. Posteriormente los vinculados se notificaron en fecha 13 de mayo de 2013 (fls. 203 y ss), contestando de manera oportuna, adelantándose entonces la audiencia inicial en fecha 13 de febrero de 2016, donde se ordenó la desvinculación del señor **PEDRO ANTONIO BORDA VELANDIA**, declarándose probada la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, concluyéndose con la fijación de fecha para la audiencia de pruebas (fls. 336-346).

2. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Se realizó la audiencia de pruebas el día 17 de mayo de 2017, en la cual se incorpora la totalidad de la prueba documental, dos de los testimonios de la parte demandada Municipio de Cucaita: **LUIS EDUARDO MARTINEZ** y **MANUELA NEIZA RODRIGUEZ**, el testimonio pedido por el Ministerio Público referido al señor **AUDELINO BORDA LARGO** y los interrogatorios de parte de los señores **JOSE DEL CARMEN ATARA MESA** y **MONICA VANEGAS DIAZ** solicitados por el Municipio de Cucaita y el apoderado del señor **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ**, respecto a los testigos de la parte demandada al no asistir ninguno, se determinó la falta de interés en la actuación procesal y se

prosiguió con la audiencia (fls. 559-563), ordenándose la presentación de los alegatos de conclusión por escrito (fl. 516 y ss).

V. ALEGATOS

1. PARTE DEMANDANTE (fls. 568-588)

Detalla que se encuentra probado que la infante **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS** se encontraba jugando en el parque infantil del Municipio de Cucaita, con unos primos de entre 5 y 7 años y una tía de 12 años y que su casa estaba ubicada a una distancia de aproximadamente 100 mts. del lugar (una cuadra), que para la época de los hechos se estaba adelantando la obra de cerramiento de la estación de bombeo del Colegio San Felipe, que la obra estaba a menos de 1 metro del pozo y que éste se encontraba muy cerca del Colegio y del parque infantil.

Añade que los testimonios se contradicen comoquiera que por un lado se afirma que no se intervino ni se usó el agua del pozo y por otro, que el pozo se destapó y de allí se extraía el agua para la mezcla de los materiales de la obra, lo cual denota la poca supervisión ejercida por la entidad territorial ya que el pozo era constantemente destapado y el contratista no estaba al frente de la obra, reprochando que el terreno en su totalidad no se haya encerrado traduciéndose en un alto riesgo para la comunidad ya que nada obstruía el paso de las personas.

Aduce que es cierto que la casa de los padres de la menor queda cerca al parque infantil y que por ello se le permitía ir al lugar sola ya que estaba bajo la constante supervisión de sus padres, siendo costumbre que los niños acudan allí sin necesidad de vigilancia de los padres, situación que debió prever la Alcaldía para informar a los padres y a la ciudadanía acerca de las obras que se adelantaban, por lo que se infiere que la causal adecuada del daño se debió a la falta de vigilancia, cuidado, precaución, y señalización apropiada por parte de la entidad territorial quien no puede excusarse en la cláusula de indemnidad para exonerarse de responsabilidad por ser dueña de la obra y supervisora de la misma.

Arguye que la administración no puede alegar hecho o culpa exclusiva de la víctima pues existía una confianza legítima entre los accionantes y el Municipio de Cucaita quienes no sabían que la obra se estaba ejecutando y era absoluta la responsabilidad de la administración de no permitir el acceso de las personas al parque infantil pues tenía conocimiento de la obra, determinando que no se prueba la concausalidad.

2. PARTE DEMANDADA MUNICIPIO DE CUCAITA (fls. 589-592)

Señala la apoderada que una vez surtido el debate probatorio, se evidenció en los interrogatorios de parte de los padres de la menor **NICOL DAYANA ATARA VANEGAS** que salió de su hogar con permiso de su señora madre y que el padre se había ausentado para departir en un establecimiento de comercio, quedando desvirtuados los hechos 1 y 2 dado que no fueron los padres quienes en primer lugar verificaron que la menor estuviese en el lugar sino que la madre salió cuando la tía menor de 12 años llegó a la casa sin ella, no lográndose establecer la hora en que la niña salió de su casa y en la que se dió aviso a las autoridades, ésta última según el párroco municipal tuvo lugar a las 6:00 p.m.



Especifica que la obra se dirigía al cerramiento de la estación por solicitud del Rector del Colegio San Felipe, quien tiene a su cargo el cuidado, la administración y manejo del pozo, de modo que el único riesgo que avizoraba era el relacionado con la soldadura de la parte metálica, previéndose la colocación de una lona, sin autorizarse al contratista u otra persona para la apertura del pozo, encontrándose la tapa de aquel en su sitio hasta el 20 de septiembre de 2013, como dan cuenta las fotografías anexas, sin preverse medidas de seguridad para el pozo ya que no se iba a tocar.

Subraya que el señor **AUDELINO BORDA LARGO** indicó que laboró en la obra por mandato del arquitecto **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ** y que ni él ni el Municipio lo autorizaron para sacar agua del pozo sino que él retiró la tapa porque el Señor Rector le permitió hacerlo, así que no se le puede atribuir responsabilidad a la entidad territorial quien por cuenta de la supervisión realizaba visitas constantes al lugar de los hechos no hallándose probada la falla en el servicio ni la relación de causalidad entre el daño ocurrido y el hecho de la administración, por el contrario lo acaecido tuvo lugar por la falta absoluta de cuidado y negligencia de los padres quienes generaron la situación de riesgo inminente que terminó con la vida de la infante, aunado a que el retiro de la tapa obedeció a un hecho ajeno a la ejecución de la obra contratada dado que quien lo autorizó fue el Señor Rector, por lo que es dable concluir que no se dan los elementos de responsabilidad objetiva atribuibles a la entidad territorial.

3. PARTE VINCULADA Arquitecto **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ** (fls. 593-596)

Ultima el apoderado que se evidencia una culpa exclusiva y determinante de las víctimas en los hechos luctuosos, así como la ausencia de responsabilidad del contratista en ellos. Aduce que al contar la menor **NICOL DAYANNA ATARA VELANDIA** con tan sólo tres años de edad, su custodia, cuidado, vigilancia y protección personal correspondía a sus padres en condición de garantes, obrando en cambio con grave, manifiesta e inexcusable negligencia, imprudencia y descuido. Resalta que el comportamiento y la conducta demostrada de aquellos fue la causa eficiente y determinante en la producción del daño conocido lo que permite la configuración de una causal eximente de responsabilidad por falta absoluta de imputación al Estado.

Reprocha que la menor hubiese estado autorizada por sus padres para ir al parque sola sin la supervisión de un adulto mientras su padre se encontraba en una cancha de tejo consumiendo licor y su señora madre en la casa atendiendo labores propias del hogar. Agrega que para el 20 de septiembre de 2013 según el acta anexa al informe de interventoría, el perímetro del pozo de agua tenía un muro de cerramiento perimetral de aproximadamente 85 cms., el cual en sí mismo constituía una barrera de acceso para una niña de tres años al pozo, señalizando su contorno con una cinta, encontrándose el pozo tapado y asegurado con una varilla y un candado.

Enfatiza que el deceso de la menor no ocurrió con ningún material de la obra de cerramiento contratada, el contratista no recibió, administró o asumió la condición de guardián del pozo y por ello no estaba en la obligación de brindarle medidas de seguridad, aunado a que un tercero fue quien lo destapó y en ello el contratista no tenía ninguna injerencia, no pudiéndosele atribuir ni fáctica ni jurídicamente el daño al Municipio o a su representado.

4. PARTE DEMANDADA señor PEDRO ANTONIO BORDA VELANDIA: Guardó Silencio.

5. MINISTERIO PUBLICO: Guardó Silencio.

VI. ANÁLISIS PROBATARIO

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

- **Documentales:**

1. De la parte demandante

- **Las documentales arrimadas corresponden a:**

- Registro civil de nacimiento del señor JOSE ALVARO ATARA MORENO, nacido el 03 de octubre de 1957, hijo de JOSE DEL CARMEN ATARA y BENILDA MORENO. (fl. 89)
- Registro civil de nacimiento del señor PEREGRINO VANEGAS, nacido el 28 de enero de 1963, hijo de la señora FLOR ELISA VANEGAS. (fl. 88)
- Registro civil de nacimiento del señor HELVER ALIRIO ATARA MESA, nacido el 10 de abril de 1982, hijo de ANA ILDA MESA MARTINEZ y JOSE ALVARO ATARA MORENO. (fl. 85)
- Registro civil de nacimiento del señor JOSE DEL CARMEN ATARA MESA, nacido el 24 de octubre de 1987, hijo de ANA ILDA MESA MARTINEZ y JOSE ALVARO ATARA MORENO. (fl. 86)
- Registro civil de nacimiento de la señora MONICA VANEGAS DIAZ, nacida el 19 de enero de 1992, hija de MARTHA CECILIA DIAZ PAEZ y PEREGRINO VANEGAS. (fl. 87)
- Registro civil de nacimiento de la menor NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS, nacida el 12 de noviembre de 2009, hija de JOSE DEL CARMEN ATARA MESA y MONICA VANEGAS DIAZ. (fl. 104)
- Inspección técnica al cadáver de la menor NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS, de 3 años de edad, nacida el 12 de noviembre de 2009, identificada con el RC 1049629502, realizada el 22 de septiembre de 2013 a las 9:30 p.m. por hechos ocurridos en esa misma fecha. Relaciona en la descripción al lugar que el pozo es de agua natural y que surte de agua al Colegio, que hay una tapa de alcantarilla a un costado del hueco donde cayó la menor y que el cuerpo se encuentra flotando más o menos a un metro de la boca del pozo, solicitando necropsia medico legal, dejando constancia que se informan los derechos de la víctima, sin embargo los padres se negaron a firmar. (fls. 74-79)
- Informe pericial de necropsia N° 2013010115001000224 Regional Oriente, Seccional Boyacá, Unidad básica: Tunja, con diagnóstico de muerte por *insuficiencia respiratoria aguda secundaria a asfixia mecánica debido a sumersión en agua*, con diagnóstico médico legal de la manera de muerte: *violenta, al parecer accidental*. (fls. 80-83)
- Certificado de defunción de la menor NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS, fechado del 23



de septiembre de 2013. (fl. 84)

- Derecho de petición del 01 de octubre de 2013, donde se solicita al Alcalde Municipal de Cucaita fotocopia del contrato de obra civil de cerramiento de reservorio cerca al parque infantil, ubicado en el perímetro urbano de la localidad. (fls. 24-25)
- Respuesta al Derecho de Petición del 01 de octubre de 2013 emitida en fecha 16 del mismo mes y anualidad, incluye estudios previos, invitación pública N° 047 de 2013, cartas de presentación personal y jurídica, certificado de disponibilidad presupuestal N° 2013000420, por valor de \$5.768.000 cuenta Optimización y bombeo acueductos municipales, concepto Cerramiento estación de bombeo Colegio San Felipe, propuesta del señor **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ**, Acta de calificación de propuestas invitación pública 047-2013, Resolución N° 148 del 16 de agosto de 2013 por medio de la cual se acepta una propuesta para una invitación pública en el Municipio de Cucaita - Boyacá, informe de aceptación de la propuesta presentada por el señor **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ**, contrato de obra N° 099-2013 cuyo objeto era el "Cerramiento estación de bombeo Colegio San Felipe en el Municipio de Cucaita - Boyacá", por valor de \$5.693.039. (fls. 26-73)

➤ **Las documentales solicitadas:**

- A la **FISCALÍA NOVENA SECCIONAL DE TUNJA**, para que allégara, con destino a este proceso, copia auténtica, íntegra y legible de los siguientes documentos que forman parte del expediente No. 2013-03913, relacionada con la muerte de la menor **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS**:
 1. Dictamen pericial rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses- Unidad Básica de Tunja.
 2. Dictamen o Inspección Técnica al cadáver.
 3. Dictamen pericial realizado en el lugar de los hechos y el cual fue suscrito por los funcionarios del CTI, y reposen dentro del expediente.
 4. Registro fotográfico sobre los hechos materia de investigación.

La respuesta se evidencia en a folios 372 y ss e incluye:

- Inspección técnica a cadáver FPJ-10, incluyendo el informe de investigador de campo FPJ-11, fechados del 22 de septiembre de 2013, soportado en 12 fotografías, que dan cuenta de la presencia del cuerpo de la menor en el pozo. (fls. 379-381)
- Bosquejo topográfico, del 22 de septiembre de 2013. (fl. 382)
- Inspección al lugar de los hechos - Informe de investigador de campo FPJ 11, fechada del 25 de noviembre de 2013, soportado en 20 fotografías que permiten visualizar la cercanía del parque infantil con el pozo, que incluye el acta de inspección a lugares donde se determina que la tapa del mismo tiene un peso aproximado de 22 libras, así como una medida aproximada de 0,65 * 0,60 mts y que el pozo cuenta con una profundidad de 3,60 mts y la distancia de la tapa a los columpios es de 3,20 mts, para el momento del accidente el pozo contaba con el muro a media altura que mide 0,90 mts, sin puerta o algo que obstruyera el paso de las personas y la tapa siempre estaba obstruida por un tubo galvanizado. (esto último según el encargado). (fls. 387-398)

- Formato de bosquejo topográfico (fl.399)

2. Del Municipio de Cucaita

➤ La documental que aportó fue:

- Certificado de tradición de matrícula inmobiliaria N° 070-23801, donde se señala que en relación con el predio ubicado en la Calle 4 N° 5 14, hoy carrera 6 N° 7 04, el propietario es el señor **PEDRO ANTONIO BORDA VELANDIA**. (fls. 129-130)

➤ La documental solicitada:

- Al **COLEGIO MUNICIPAL DE CUCAITA, COMANDO DE POLICÍA DE CUCAITA y ESE MUNICIPAL DE CUCAITA** para que, con destino a este proceso:

CERTIFIQUEN acerca del registro de emergencias atendidas, relacionadas con el pozo de agua que hace parte del reservorio de agua potable para las instalaciones del Colegio San Felipe del Municipio de Cucaita.

Las respuestas se verifican así:

- En fecha 24 de febrero de 2017, la Rectora de la "Institución Educativa San Felipe" señala que no puede expedir la certificación solicitada toda vez que el pozo pertenece a la Alcaldía Municipal y es manejado por **SERVIMANANTIALES** de Cucaita, que no se encuentra en el predio del Colegio y no está contemplado en el proyecto de prevención de riesgos físicos. (fl. 403)
- El Comandante Estación de Policía de Cucaita, en fecha 28 de febrero allega fotocopia del libro de minuta de guardia, donde se aprecia anotación del 22 de septiembre de 2013 a las 19.30 que señala se informa por parte del padre de la menor **NICOL DAYANNA ATARA MESA** que su cuerpo se encuentra en un tanque de agua subterránea en el parque infantil. (fls. 404-406)
- La Gerente de la ESE Centro de Salud Santa Lucía de Cucaita, indica el 04 de abril de 2017 que no se registra ninguna atención con la emergencia en referencia. (fl. 550)

➤ La testimonial recepcionada: Se resumen como sigue y se resaltan algunos apartes de forma textual.

- **MANUELA NEIZA RODRIGUEZ**

Indica que el pozo donde ocurrió el accidente se encuentra ubicado a una cuadra del parque municipal de Cucaita, exactamente frente al Colegio Departamental, aclarando que la intervención derivada del contrato N° 099-2013, suscrito entre el ingeniero **FABIO ANDRES CHAVARIA CRUZ** y el Municipio se encaminaba únicamente a adelantar el cerramiento de la estación de bombeo conforme a solicitud



hecha por el Señor Rector en una reunión del Consejo de Política Social en atención a que se debía resguardar la fuente de agua, dicho encerramiento era perimetral no estructural. Agrega que el pozo era administrado, operado y manejado por el Colegio de manera que allí era donde se dejaba la llave y la Administración Municipal no tenía incidencia en el mismo pero sí es propietaria del terreno donde está ubicado. Retoma indicando que respecto al contrato en mención, según el Decreto 734 vigente para la época, no se exigían pólizas al ser de mínima cuantía y si bien el acta de inicio del mismo fue suscrita el 16 de agosto de 2013, en virtud del paro agrario se suspendió el 20 del mismo mes y año por las dificultades para transporte de materiales, siendo reanudado el 05 de septiembre, suspendido nuevamente el 23 de ese mes para facilitar la labor de las autoridades, reiniciado el 06 de noviembre de 2013 y finalizado el 08 del mismo mes.

Refiere que al momento de los hechos no estaba puesta la tapa ni el candado aun cuando en visita de obra realizada el 20 de septiembre de 2013 la tapa se encontraba en su sitio como dan cuenta las fotografías anexas al acta de visita, también indica que la señalización con que contaba el bien a intervenir consistía en una cinta de peligro en los costados de la obra.

En relación con los hechos que rodearon el deceso de la menor **NICOL DAYANA ATARA VANEGAS**, precisa que en un Consejo de Seguridad adelantado al día siguiente, el Comandante de Policía del Municipio de Cucaita indicó que el padre de la menor se había acercado en estado de alicoramiento a la Estación de Policía a informar que la menor se había perdido, luego de ello empiezan la ronda y además se avisó por el parlante de la Iglesia hasta que el señor **AUDELINO BORDA LARGO** dio a conocer que el cuerpo se encontraba en el pozo que surtía de agua al Colegio del Municipio. Indica también que en la misma reunión la Comisaria de Familia señaló que la infante estaba al cuidado de una tía también menor de edad, finalmente respecto a la cercanía de la niña con los demás accionantes cuenta no le consta nada.

Se destaca de este testimonio al minuto 43:10 al indagar sobre la señalización aduce que *“cuando se da acta de inicio en agosto se instala la cinta de peligro tal como se hacía en el resto de obras”* y agrega al minuto 43:44 *“la cinta se pone en los cuatro costados”* al mismo tiempo al minuto 01:05:37 señala respecto a las medidas de seguridad luego de haberse producido el hecho de la muerte que *“se tenía previsto el encerramiento en tela puesto que se iba, lo que faltaba era la soldada...el municipio hace el cerramiento con esa malla...el cerramiento de la lona se hizo posterior”*, al minuto 01:07:24 precisa *“se señaló con cinta al comienzo de la obra, el pozo no se señalizaba porque no se iba a afectar, la estructura no la íbamos a intervenir, la tapa no la íbamos a correr porque esa intervención no iba para el pozo como tal sino para el cerramiento”*, respecto a cómo se encontraba el pozo en visita realizada por la supervisión el día viernes 20 de septiembre de 2017 para lo que examina el expediente y señala al minuto 01:13:53 *“se evidencia la construcción del muro perimetral, se evidencia que está puesta la tapa, está la varilla y está el candado”*

* Debe aclararse que en la diligencia de recepción de testimonios, el apoderado de la parte vinculada Arquitecto **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ**, tachó como falso el de la deponente por considerar que no era del todo imparcial; tacha que fue coadyuvada por el apoderado de la parte demandante; a este respecto, se tiene que se consideran sospechosos aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, o intereses que tengan con las partes o sus apoderados; sin embargo, estas solas circunstancias no conducen indudablemente a deducir que falten a la verdad. Así, para el Despacho resulta el testimonio de quien en su momento actuara como Secretaria de Planeación del Municipio

de Cucaita y como supervisora del contrato de obra N° 099 de 2013, es objetivo y se limita a absolver los interrogantes que en su momento le fueron formulados tanto por los apoderados de las partes y vinculado como del Despacho, respaldada en la prueba documental, de manera que la tacha propuesta no prospera.

- **LUIS EDUARDO MARTINEZ**

Recuerda que los hechos ocurrieron un domingo ya que al terminar el oficio religioso de las 6:00 p.m. lo abordó una señora en el pasillo de la Casa Cural y le pidió el favor que por el altoparlante se diera aviso del extravío de una menor, lo que en efecto se hizo, posteriormente escuchó comentarios como a las 8:00 p.m. que la niña estaba en el pozo. Refiere que la madre de la menor **NICOL DAYANNA ATARA NAVEGAS**, en compañía de una hermana llegó al día siguiente a solicitar la realización del funeral, le comentó que había dejado a la niña a cargo de una tía también menor y unos primos pequeños para que fueran al parque. Detalla que escuchó que los padres de la menor se encontraban en un expendio de bebidas para el momento del suceso y que sabe que el pozo lo usa la comunidad para extraer agua de consumo. Señala que cerca al pozo había un parque que era frecuentado por niños.

➤ **Los interrogatorios de parte:**

- **JOSE DEL CARMEN ATARA MESA**

Detalla que su casa de habitación queda ubicada a unos 10 mts del pozo y que el día del suceso se encontraba mirando jugar tejo aproximadamente hasta las 5:30 p.m. cuando llegó su esposa **MONICA** a decirle que su hija **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS** no aparecía, la buscaron en varias partes y dieron parte a la Policía y al Párroco para que avisara, hallándose finalmente un cuerpo en el pozo y al llegar los del CTI se confirmó que el cuerpo era de la niña.

Agrega que la vio por última vez a eso de las 4:30 en el parque de la localidad acompañada de su hermana **MICHELLE ATARA MESA** de 12 años, la niña salió con su permiso en compañía de sus primos de 6 y 7 años. Refiere que **MICHELLE** llegó a casa de la menor e informó a su esposa **MONICA** que la niña no hacía caso y le devolvió un balón pero al devolverse al parque la menor ya no estaba solo estaban sus dos primos que señalaron que ella jugaba con unas piedras. Refiere que con frecuencia se encontraban con los demás accionantes y compartían al igual que con su hija.

Puntualmente señala al minuto 30:53 del segundo CD de pruebas visible a folio 564 del segundo CD de pruebas visible a folio 564 del expediente *“Ese día yo me encontraba en donde don José Domingo Borda, mirando jugar tejo aproximadamente **hasta las 5:30 de la tarde**, me tomé dos cervezas, después fue cuando llegó **MONICA VANEGAS** y me dijo que la niña no aparecía, salimos a buscarla”* al minuto 32:55 al indagarle donde estaba la niña señaló *“en el parque con mi hermana”* quien *“en ese momento tenía 12 años”* y al preguntársele al cuidado de qué persona estaba la menor el día de los hechos en las horas de la tarde, precisó *“al cuidado de mi hermana **MICHELLE ATARA MESA**”*

- **MONICA VANEGAS DIAZ**

Indica que su hija **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS** estaba con su cuñada **MICHELLE** de 12 años



de edad para la época de los hechos, le dieron permiso para jugar un partido en el parque infantil ya que allí había otros niños. Refiere que MICHELLE llegó como a las 5:20 a entregar el balón diciendo que la niña se había quedado en el parque, cuando bajó con su otra hija de brazos al parque NICOL ya no estaba, desconociendo que existía el pozo en el parque ya que habían llegado a radicarse a ese lugar hacía muy poco tiempo.

Precisa que su hija estaba en compañía de sus primos CAMILO y ANGIE y que se quedó sola mientras devolvían el balón, refiriendo que la niña había estado en dicho parque cuando tenía 1 año y no había vuelto allí.

Detalla al minuto 01:03:00 cuando se le cuestiona sobre al cuidado de quien se encontraba la menor en el momento del hecho conocido, que "con mi cuñada MICHELLE", al minuto 01:08:10 al desarrollar la pregunta sobre a qué hora había visto a la menor por última vez refiere "a las 3:30"

3. Del vinculado FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CUZ

➤ Las documentales que allega:

- Cuatro fotografías del lugar de los hechos.

➤ Las documentales solicitadas:

- Al ALCALDE MUNICIPAL DE CUCAITA, para que remita copia auténtica, íntegra y legible del Contrato de Obra pública No. 099-20103, junto con las actas de iniciación, suspensión y entrega de la obra contratada, remitiendo todas y cada una de las actas suscritas dentro del marco del proceso de interventoría de la obra, junto con los registros fotográficos anexos.

La respuesta se verifica a folios 407 a 490 del plenario.

- Al COMISARIO DE FAMILIA DE CUCAITA, para que remita copia auténtica, íntegra y legible de todos y cada uno de los procesos adelantados en esa entidad por VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, MALTRATO Y/O ABANDONO en los que se encuentren relacionados o involucrados los señores JOSE DEL CARMEN ATARA MESA, CC N° 1.049.609.365, MONICA VANEGAS DIAZ T.I. 920119-24850 y/o la menor NICOL DAYANA ATARA MESA, RC 1.049.629.502

La respuesta reposa a folios 519 a 541, indicando que el único proceso adelantado es el correspondiente a la medida de protección por violencia intrafamiliar 2014-0042 en favor de la señora MONICA VANEGAS DIAZ y en contra del señor JOSE DEL CARMEN ATARA MESA.

4. Del vinculado PEDRO ANTONIO BORDA VELANDIA

• Como documentales aportó:

- ✕ - Escritura 986, del 13 de mayo de 1986, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Tunja

por el señor SANTIAGO BORDA LOPEZ a favor del señor PEDRO ANTONIO VELANDIA BORDA

- Escritura 221, de fecha 08 de febrero de 1985 otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Tunja por el señor RAFAEL FORERO CASTELLANOS a favor del señor SANTIAGO BORDA LOPEZ, el 50% del lote de terreno ubicado en la carrera 6 N° 7 04 del Municipio de Cucaita. (fls. 306-309)
- Siete fotografías del sitio de los hechos. (310-316)

5. Del Ministerio público

Testimonio del señor AUDELINO BORDA LARGO.

Manifiesta que se enteró del extravío de la menor el domingo como a eso de las 7:30 p.m. por el aviso parroquial, enviando a un hijo al sitio del pozo recordando que el día anterior lo habían dejado tapado y colocaron encima las formaletas de construcción dado que ya habían terminado el trabajo y solo quedaba soldar la malla. Señala que la tapa del pozo se hallaba de una forma diferente a como la habían dejado y las formaletas estaban a un costado, corrió la tapa y alumbró con el celular encontrando un bulto adentro informando a las autoridades de ello. Cuenta que la niña permanecía sola en el parque e iba allí con frecuencia, precisando que pidió permiso al Señor Rector para sacar agua del pozo para la realización de la obra y que tuvo que romperle el candado a la tapa porque no tenían llave, debiéndose levantar con una varilla.

Específicamente sobre el tema en debate señala al minuto 08:40 del segundo CD de audio visible a folio 564 del plenario: *“Como yo hacía los mantenimientos ahí en el Colegio, entonces yo le solicité al Señor Rector de que me diera permiso de sacar el agua de ahí para la obra, entonces él me dijo que fuera donde Clarita que era la secretaria o es la secretaria y ella me dijo que sí que podía sacar eso pero que tenía que romper el candado porque ella no tenía llaves, no tenía las llaves del candado, pues entonces yo busqué una segueta y rompí el candado”,* al minuto 10:30 manifiesta *“La tapa pesará una arroba, arroba y media, más o menos”,* en cuanto a las dimensiones de la tapa refiere al minuto 11:50 *“yo le calculo por ahí de 60 por 60”.*

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial se fijó el problema jurídico a resolver en los siguientes términos: Si la entidad demandada MUNICIPIO DE CUCAITA, y los particulares vinculados PEDRO ANTONIO BORDA VELANDIA y FAUSTO ANDRÉS CHAVARRÍA CRUZ son administrativa y extracontractualmente responsables por los perjuicios morales y a la vida de relación reclamados por los accionantes, por la presunta falla en el servicio que conllevó a la muerte de la menor NICOL DAYANA ATARA VANEGAS acaecida el día 22 de septiembre de 2013, en un aljibe ubicado en zona urbana del municipio de Cucaita donde al parecer se adelantaban trabajos públicos.

De comprobarse la responsabilidad, se procederá a la respectiva liquidación de los perjuicios a indemnizar.



Posteriormente, en relación con el demandado **PEDRO ANTONIO BORDA VELANDIA**, se declaró prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y se desvinculó de la acción.

2. TESIS

De acuerdo con lo expuesto, analizada la demanda y sus contestaciones, el despacho advierte que los argumentos relevantes de las partes, se concretarán en las siguientes:

- **Tesis de la parte Demandante:** Manifiesta el apoderado que debe declararse la responsabilidad administrativa y patrimonial del MUNICIPIO DE CUCAITA por la falla en la prestación del servicio como consecuencia de la omisión de velar por el espacio público y tomar las medidas de seguridad en las obras contratadas, circunstancia que desencadenó en la muerte de la menor **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS** en un aljibe ubicado dentro de la obra para el cerramiento de la estación de bombeo del Colegio San Felipe de dicha localidad.
- **Tesis de la parte Demandada MUNICIPIO DE CUCAITA:** Considera la apoderada que la entidad territorial no tiene la responsabilidad que se le endilga sino que el daño conocido fue consecuencia del abandono de los padres de la menor quienes tenían el deber de diligencia debida y cuidado dada la escasa edad con que contaba y si los padres hubiesen de manera mínima ejercido dicha guarda, nunca hubiera ocurrido el fallecimiento. Además tampoco se tuvo participación en el retiro de la seguridad que rodeaba el pozo, esto es la tapa y el candado que debieron ser retirados por un tercero autónomo, aunado a que el sitio nunca estuvo bajo cuidado de la Administración Municipal, siendo necesario que se encuentren presentes los requisitos que acrediten la responsabilidad del Estado, hallándonos frente a una causa ajena al servicio.
- **Tesis de la parte vinculada PEDRO ANTONIO BORDA VELANDIA:** Señaló la apoderada que el predio donde ocurrió el hecho es de propiedad del Municipio de Cucaita desde el año 1985, de modo que al no tener ninguna relación jurídico-sustancial con el demandado, las pretensiones en lo que a él respecta no tienen vocación de prosperidad, por lo que solicitó se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva que se decidió a su favor en la audiencia inicial.
- **Tesis de la parte vinculada FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ:** Refiere el apoderado su prohijado no realizó ninguna actuación, ni incurrió en omisión o extralimitación que comprometiera su responsabilidad patrimonial ni a nombre propio ni en virtud del vínculo contractual con el Municipio, por el contrario advierte que la responsabilidad se endilga es a la entidad territorial al no velar por las medidas de seguridad del espacio público, además, dado que el deceso de la menor se produjo al interior de la estación de bombeo del Colegio y la obligación contractual asumida no tenía relación alguna con la administración, manejo y/o seguridad de la misma y tampoco ordenó su apertura o utilización, las pretensiones no están llamadas a prosperar
- **Tesis del Ministerio Público:** Guardó silencio.
- **Tesis del Despacho:** El Despacho declarará infundadas las excepciones de *inexistencia de responsabilidad alguna por pasiva, falta de legitimación por pasiva, inexistencia de requisitos sustanciales que el legislador y la jurisprudencia han dispuesto para determinar responsabilidad en cabeza del demandado, responsabilidad exclusiva por activa y fuerza mayor*, propuestas por el

MUNICIPIO DE CUCAITA; igualmente declarará no probadas las excepciones de *inexistencia de conducta atribuible al vinculado y culpa exclusiva de las víctimas* propuestas por el apoderado del señor **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ**; declarando además administrativa, patrimonial, extracontractual y solidariamente responsables al **MUNICIPIO DE CUCAITA** y al Arquitecto **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ** por falla del servicio como consecuencia del fallecimiento de la menor **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS**, en hechos ocurridos el 22 de septiembre de 2013 en las inmediaciones de la obra desarrollada en virtud del contrato 099 de dicha anualidad, atendiendo a que su deceso tuvo lugar en el pozo donde se encuentra ubicada la estación de bombeo del Colegio San Felipe de dicha localidad, pozo que se estaba utilizando para extraer agua destinada a la obra y para lo cual le había sido retirado el candado de la tapa, aunado a que el sitio donde se desarrollaba el contrato de obra carecía de condiciones de seguridad o de advertencia que lo resguardaran y mantuvieran alejados a los menores que frecuentaban el parque infantil próximo al pozo, responsabilidad atribuible por el hecho del contratista dado que la entidad territorial como dueña de la obra es la llamada a indemnizar en virtud de la omisión probada en el decurso procesal y al existir tanto negligencia de su parte como imprudencia del contratista, así que resulta procedente condenar solidariamente al **MUNICIPIO DE CUCAITA** y al Arquitecto **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ** a pagar por concepto de daño moral, las sumas de dinero señaladas en la parte resolutive de este proveído, indicando que el **MUNICIPIO DE CUCAITA** deberá repetir en contra del señor **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ** en la proporción del 50% que a este corresponde de las sumas efectivamente pagadas, ordenando el reconocimiento de la indemnización únicamente por el daño moral causado a los demandantes sin que pueda reconocerse el referido a la vida en relación, al encontrarse también probada la concurrencia de culpas por la evidente irresponsabilidad de los padres de la menor que contribuyeron al desenlace fatal.

3. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

Previo a resolver de fondo sobre el caso concreto, y como quiera que la apoderada de la entidad demandada **MUNICIPIO DE CUCAITA** y el apoderado del Arquitecto **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ** interpusieron dentro del término procesal oportuno excepciones, es preciso entrar a resolver sobre la prosperidad de las mismas.

Así las cosas, En la audiencia inicial (fl. 339) se dijo respecto de este tópico que al no tratarse de excepciones previas sino de argumentos de defensa, se resolverían en la sentencia como en efecto pasa a proveerse, anticipándose que ninguna de las propuestas tiene vocación de prosperidad:

- **MUNICIPIO DE CUCAITA**

- *Inexistencia de responsabilidad alguna por pasiva*

Arguye la apoderada que en los hechos acaecidos, ninguna responsabilidad le es atribuible, en tanto se deduce que el daño ocasionado fue consecuencia directa del abandono de los padres de la menor fallecida. Al respecto, debe clarificarse, como se explicará más adelante que cuando una entidad pública contrata la ejecución de una obra, la misma entra a responder por ser la dueña de la misma, sin que la cláusula de indemnidad sea oponible a terceros pues ella opera sólo frente a las partes, de manera que en lo que respecta a los terceros la responsabilidad que se deriva es la extracontractual.



Falta de legitimación por pasiva

Al respecto, debe decirse que de acuerdo con las reglas jurisprudenciales establecidas por el Consejo de Estado, la legitimación en la causa puede ser material o de hecho.

La primera, exige la conexión entre las partes y los hechos que constituyen el litigio, es decir, representa un interés jurídico sustancial; mientras que la segunda, está constituida por la relación procesal entre el demandante y demandado, que las faculta para intervenir en el trámite, así como ejercer sus derechos de defensa y contradicción. De ahí que, el demandado puede no tener vínculo alguno con el conflicto que motivó la demanda, pero estar legitimado de hecho.

Así las cosas, la falta de legitimación material en la causa conduce a la denegación de las pretensiones, por no resultar la parte pasiva, titular de la carga de cumplir la pretensión formulada.

En efecto, la Sección Tercera, Subsección "B" del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 14 de octubre de 2015, con ponencia del doctor Danilo Rojas Betancourth dentro del proceso radicado bajo el número 25000-23-26-000-2002-01209-02(31169), promovido por Luz Stella Barrera Martínez y otros contra el Ministerio de Justicia y del Derecho y otros, explicó:

"Aunque, en términos generales, la legitimación en la causa se refiere a "la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial (...)", esta Corporación ha señalado que es posible diferenciar entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa".

La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, "de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda".

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. De ahí que la Sala haya indicado que la falta de legitimación material en la causa por activa o por pasiva no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el petitum de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de

(...) una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada³.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de septiembre de 1997, exp. 10285, C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase las sentencias del 11 de febrero de 2009, exp. 23067, C.P. Enrique Gil Botero, y del 22 de julio de 2011, exp. 17646, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

² Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001, exp. 13356, C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 14178, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de 23 de abril de 2009, exp. 16837, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1° de marzo de 2006, exp. 13764, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

(...) Por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza⁴, pues bien puede suceder que una persona, natural o jurídica, esté legitimada en la causa de hecho por ser parte dentro del proceso, pero carezca de legitimación en la causa material debido a que no es titular de los derechos cuya vulneración alega o a que ninguna actuación o conducta suya guarda relación o conexión con los hechos que motivan el litigio. En estos eventos, las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores⁵.” (Resaltado fuera de texto original)

De lo expuesto, concluye éste despacho que el MUNICIPIO DE CUCAITA, citado al proceso tiene legitimación para intervenir como demandado en la defensa procesal de sus derechos, goza de capacidad para ser parte y concurrir en juicio, otra será la responsabilidad que se derive al determinar en función de las imputaciones fácticas y jurídicas, si la entidad está llamada a responder por los daños reclamados, discusión propia de la sentencia al examinar la legitimación material en la causa.

Inexistencia de los requisitos sustanciales que el legislador y la jurisprudencia han dispuesto para determinar responsabilidad en cabeza del demandado

Señala la apoderada que para que se configure la responsabilidad estatal es necesario que concurren los requisitos de un daño antijurídico y que este sea imputable por acción u omisión a una autoridad pública, pero el fallecimiento se dio por un hecho ajeno al servicio.

El Despacho debe clarificar que existe un daño reflejado en la muerte de la menor NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS, que este ocurrió en un pozo que se encontraba destapado, que estaba siendo objeto de encerramiento en virtud de la ejecución del contrato 099 de 2013 y además utilizado para sacar agua precisamente para el adelantamiento de la obra en cita, de modo que atendiendo a que la administración es responsable por el hecho de los contratistas, la excepción propuesta no procede.

Responsabilidad exclusiva por activa

Argumenta la apoderada que lo sucedido es achacable a la figura de la responsabilidad parental por cuanto en los padres de la menor recaía su cuidado y custodia; sin embargo, la excepción como está planteada no cabría dado que no es sólo el hecho del descuido el que derivó en la muerte de la menor, sino también lo es que en virtud de la ejecución del pluricitado contrato el pozo donde ocurrió el incidente estaba destapado, aunado al hecho de la falta de señalización y de adopción de medidas de seguridad que resguardaran a los terceros frente al peligro que la intervención podría tener, más aun cuando la obra se adelantaba en el parque infantil de la localidad.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2009, exp. 16837, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que “si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 10973, C.P. María Elena Giraldo Gómez.



- **Fuerza mayor**

No explica la apoderada las razones de su dicho pero ello no obsta para analizar la excepción diciendo que es preciso destacar que esta debe corresponder a un hecho externo y ajeno a la administración demandada, además de irresistible para esta, elementos que no se verifican en el plenario, por cuanto se trató de un hecho que según se probó era evitable por parte de la administración, mediante una labor oportuna de vigilancia y especialmente de exigencia respecto al contratista de establecer inclusive desde los estudios previos, la necesidad de encerramiento o aislamiento de la obra de manera que se previniera cualquier accidente o afectación a terceros que frecuentaban el lugar.

En este sentido, el Órgano de cierre de la jurisdicción ha determinado los requisitos de la configuración de la fuerza mayor así:⁶

- **Imprevisibilidad:** Consiste en la imposibilidad de anticipar su ocurrencia, o aunque ello fuera posible, resulte ser un hecho súbito o, inclusive, materializado a pesar de la diligencia desplegada para evitarlo.
- **Irresistibilidad:** Es sinónimo de inevitabilidad a los efectos del fenómeno e imposibilidad de actuar de una manera diferente a la llevada a cabo en esa situación.
- **Exterioridad:** Significa que el hecho no puede haber aparecido, ni siquiera indirectamente, a partir de la conducta del demandado.

Puntualizando, en el caso de autos no se observa la concurrencia de estos tres elementos para declarar próspera la excepción aducida.

- Arquitecto FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ

- **Inexistencia de la conducta atribuible al vinculado**

Aduce el apoderado que en su condición de particular su prohijado sólo puede responder por infringir la Constitución y la Ley, de manera que la responsabilidad sólo se predica cuando concurren dos requisitos a saber: el daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de autoridad pública, por lo que al advertirse que el hecho de la muerte ocurrió al interior de la estación de bombeo del Colegio San Felipe del Municipio de Cucaita, sin que sobre ella se estuviera ejerciendo administración o manejo, ni se haya dado orden de apertura o utilización, ningún daño se le puede endilgar.

En este sentido, resulta claro que la entidad territorial es la obligada a responder por el hecho de sus contratistas y ello le da la facultad a éste para hacer efectivas las pólizas correspondientes y a aquella para repetir contra este en caso de una eventual condena, de manera que no se responde en sí por el vínculo contractual sino por el extracontractual reflejado en el daño conocido.

⁶ CE 3C, 23 de mayo de 2012, MP. Enrique Gil, expediente 21269

- **Culpa exclusiva de las víctimas**

Señala el defensor que el daño irrogado sólo es imputable a los padres de la menor dado su evidente descuido, no siendo aceptable que se hubiese encontrado sola en el parque infantil donde cayó al pozo, produciéndose su deceso.

Al respecto debe decirse que el hecho de un menor de tan corta edad no puede ser atribuido a éste cuando el mismo resulta ser la víctima, por ello la culpa exclusiva de la víctima no se predica en esos casos, entendiendo que se trata de una persona en pleno desarrollo que no es capaz de definir su comportamiento al desconocer los peligros que diferentes situaciones y circunstancias pueden acarrear.

4. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico planteado al momento de la fijación del litigio, el Despacho abordará su estudio, al tenor del siguiente orden expositivo:

- 4.1 De la Cláusula General de Responsabilidad del Estado
- 4.2 De la responsabilidad del Estado por el hecho de sus contratistas.
- 4.3 De la concurrencia de culpas

4.1 CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se consagró en el artículo 90 de la misma, la que se ha denominado la Cláusula General de Responsabilidad, que determina:

“El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

En Sentencia C-333/96 la Corte Constitucional señaló el sentido y el alcance de esta norma, en los términos que siguen:

“El actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

(...).

La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumenmo de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual



se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública". Negrilla fuera del texto

Por su parte el Honorable Consejo de Estado ha sostenido sobre el artículo 90 que "...es el tronco en que se encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual".

Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados.

Se tiene entonces claridad en que "la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable" de manera tal que los elementos centrales del régimen de responsabilidad consagrado constitucionalmente son la noción de **daño antijurídico y su imputación al Estado**; entendiendo en primer lugar el **daño antijurídico** como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo y, segundo que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño "es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un 'título jurídico' distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión"

- **Del título de imputación aplicable al caso en concreto.**

En relación con los títulos de imputación, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional han coincidido en que:

"(...) La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal.

Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, "los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos" (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. Y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C.,



414 del C. de P.P. etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa.

Muestra lo anterior que bajo cualquier clase o régimen de responsabilidad patrimonial del Estado o de las personas jurídicas de derecho público es menester que estén presentes estos elementos: la acción o la omisión de la entidad estatal; el daño antijurídico; el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación⁸. (...) Negrilla fuera del texto original.

En relación con la falla del servicio que es la que se encara respecto al actuar de la administración en el caso de autos, se ha señalado

*"Cuando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio será el de falla del servicio, en aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado y con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación. En términos generales, **la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligatorio, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche.**(...)"*

- **De la responsabilidad del Estado frente a los hechos materia de debate.**

No cabe duda que en *sub judice* la pretensión indemnizatoria se edifica sobre los presuntos daños ocasionados por la muerte de la menor de tres años de edad NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS dentro del pozo que surtía de agua al Colegio Departamental San Felipe del Municipio de Cucaita, al encontrarse sin candado de la tapa y estar siendo objeto de encerramiento en virtud de un contrato de obra N° 099, suscrito con el ingeniero FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ, hechos que se imputan a la falla en el servicio atribuible al MUNICIPIO DE CUCAITA, dada la falta de previsión, de seguimiento y vigilancia del desarrollo del contrato en cuanto al cerramiento, señalización de la obra que se estaba adelantando y seguridad de la tapa del pozo

Así las cosas, salta a la vista que nos encontramos frente al instituto jurídico de la responsabilidad extracontractual del Estado y en contexto del mismo hay presencia de un daño antijurídico imputable por acción u omisión a la autoridad pública, siendo carga del accionante, independientemente del régimen subjetivo u objetivo aplicable a la situación en concreto, probar el daño antijurídico y su imputabilidad a la entidad accionada, así como el nexo causal existente entre el hecho que se imputa y el daño del que se pretende indemnización.

En este sentido se exige para que surja la obligación indemnizatoria, que el nexo causal, definido como la relación o vínculo existente el hecho y el daño, responda a criterios de naturaleza jurídica,

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y cinco(1995), radicación número: 8118

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, rad. 17927, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.



de manera que cuando la responsabilidad se repute del Estado, se debe valorar en conjunto la coherencia que debe existir entre el hecho imputado y la esfera funcional de la entidad a la que se endilga dicho daño.

- **Del régimen de responsabilidad por falla en el servicio.**

En primer lugar debe precisarse que el **daño** ha sido desarrollado jurisprudencialmente por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, concretando que refiere a las diferentes manifestaciones en que una acción u omisión del Estado se sintetiza pudiendo ser 1) **materiales** divididos en emergente y lucro cesante, 2) **inmateriales** que al no poder restablecerse son objeto de compensación y aluden a los ámbitos: i) Moral, definido como el sufrimiento que genera perjuicio en la vida de los afectados; ii). A la vida de relación, referido a la imposibilidad de la persona afectada de poder realizar las mismas actividades que realizaba antes del hecho dañoso, y iii) A la salud: es la afectación a la salud de la persona y, finalmente 3) el **daño especial** cuando el estado en la ejecución de una actividad legítima causa un daño y que con base en el principio de igualdad frente a las cargas públicas, no se tiene el deber jurídico de soportarlo. En todo caso para que haya lugar a reconocimiento de indemnización en cualquiera de sus modalidades, **el daño debe ser cierto, directo y personal.**

Ahora bien, en cuanto al **nexo causal** también conocido como **relación de causalidad**, se precisa que es condición determinante al momento de realizar la imputación a un determinado sujeto del deber de reparar un daño dada la reciprocidad entre uno y otro - actuación u omisión del agente y el daño, que sólo se rompe cuando interviene una causa extraña concretamente referida a la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

Finalmente, en relación con el **régimen de responsabilidad**, se ha decantado que el mismo puede ser de carácter 1) **subjetivo**, materializado en la falla del servicio probada y presunta por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio y, 2) **objetivo**, concretada en el daño especial, riesgo excepcional y por ocupación de inmuebles por realización de trabajos públicos, entre otros.

En lo que respecta a la **imputación jurídica** del daño, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de abril de 2012¹⁰, señaló que al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos, por lo que los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia.

Así, en el caso de autos se hará el estudio de imputación de responsabilidad de la entidad demandada bajo el título de **falla del servicio**, atendiendo a que la muerte de la menor NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS se produjo al haber caído en el pozo utilizado como estación de bombeo de agua del Colegio Departamental San Felipe del Municipio de Cucaita, determinándose como causa del deceso insuficiencia respiratoria aguda secundaria a asfixia mecánica debido a sumersión en agua, manera de muerte violenta.

¹⁰ Expediente 21.515; Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Respecto a la **falla en el servicio**, se debe partir de la premisa que corresponde al régimen de responsabilidad **subjetiva** donde se determina que le cabe culpa a la administración por acción u omisión y por diversos motivos como son: Extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado¹¹.

Sobre este punto, el Consejo de Estado ha precisado en qué consiste cada uno de estos conceptos, así:

“La falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía.(...)”

Así, las acciones u **omisiones** derivadas de la prestación de un servicio o el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria, predicables del Estado que por su irregularidad generan daños a ella imputables y para el caso de autos se reflejan en una ausencia de acción relacionadas con el cumplimiento de las funciones encomendadas en detrimento de los administrados que genera un daño producto de una injustificada negligencia u olvido de los deberes de cuidado o al desconocimiento de un deber legal preestablecido.¹²

De lo anterior se desprende con total claridad que el título de imputación de responsabilidad del Municipio de Cucaita por falla en el servicio dada la muerte de la menor **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS** en los hechos conocidos, corresponde a la especie de la responsabilidad **subjetiva**, dado el incumplimiento (omisión) de las obligaciones a cargo del Estado lo que consecuentemente genera una irregularidad frente al funcionamiento de la administración e implica que este se ha tornado defectuoso, cual es el caso que se observa en autos debido a que contrario a lo que correspondía al Municipio de Cucaita en relación con las obligaciones de cuidado, seguimiento y vigilancia sobre las obras que estaba adelantando a través del contrato de obra 099, garantizando la seguridad de los transeúntes y en especial, teniendo en cuenta la ubicación del predio a intervenir, concretamente ubicado a un costado del parque infantil, se omitió el deber de aislar mediante un cerramiento adecuado dicha obra como lo enseñan las normas urbanísticas y en particular lo que debió preverse en el proceso pre y contractual frente a terceros.

En este orden de ideas, para la prosperidad de la acción de reparación directa impetrada por los padres, tío y abuelos de la menor **NICOL DAYANNA ATARA MESA** en contra de los demandados, dado el deceso de la infante, el cual se produjo al interior de una obra que se encontraba a cargo del ente territorial y que al parecer no estaba señalizada de modo que se evitara que terceros se acercaran al lugar, es necesario que hagan presencia los elementos señalados por la jurisprudencia, a saber i) el daño antijurídico, ii) la imputación del daño a los demandados y, iii) el nexo de causalidad, esto es, comprobar el hecho dañoso, el accidente, el daño, la muerte y la relación de causalidad que permita

¹¹ Ruiz, W. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá Colombia. Ecoe Ediciones. Tercera Edición.

¹² *Ibíd.*



entrever que uno causó el otro; de modo que una vez se produce la verificación y análisis del daño, se debe desprender una evidencia circunstancial que hace que aparezca demostrada plenamente la **imputación fáctica (nexo causal) y la jurídica o régimen de responsabilidad (falla del servicio)**

Una vez determinado el régimen de responsabilidad aplicable, es procedente pasar a examinar qué responsabilidad le asiste al Estado por el hecho de sus contratistas y si para el caso en concreto, se evidencia una concurrencia de culpas que incidan en la decisión de fondo.

4.2 DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DE SUS CONTRATISTAS.

El tema ha venido siendo estudiado por la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo quien ha considerado:

“De tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha venido reiterando la posibilidad de imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, en el entendido de que la actividad realizada por éstos en ejecución de convenio celebrado con una entidad pública, debe ser analizada como si hubiere sido desplegada directamente por ésta a efectos de establecer si debe deducirse responsabilidad extracontractual al Estado. En consecuencia, en nada se modifica el régimen de responsabilidad aplicable en el sub lite por la circunstancia de que la obra pública en cuestión estuviere siendo realizada por contratistas —y subcontratistas— del municipio de Cali y no por servidores públicos ligados con éste a través de un vínculo legal y reglamentario o contractual laboral.”¹³
Destaca el Despacho.

Recordando que se encuentran establecidos como presupuestos de responsabilidad del Estado: el daño y la imputación jurídica del mismo, así como el vínculo entre los dos por acción u omisión de la entidad demandada, se advierte que en el presente caso se debate la responsabilidad del Municipio de Cucaita por la ocurrencia de un daño (muerte de menor), ligado a la ejecución de una obra que la entidad territorial contrató. Mucho se ha dicho sobre el particular concluyéndose la procedencia de imputar al Estado el daño causado por quienes ejecutan la obra o por terceros ajenos a ella al considerarse como dueña de la misma, aduciendo que *“el régimen de responsabilidad que se aplica frente a los daños derivados de la ejecución de una obra pública, debe definirse con fundamento en el principio ubi emolumentum ibi onus esse debet (donde está la utilidad debe estar la carga) que hace responsable de los perjuicios a quien crea la situación de peligro, toda vez que cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente.”¹⁴*

En igual sentido, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia proferida el 9 de junio de 2005, expediente 15059, así:

“Cuando en un caso como el que aquí se examina, la responsabilidad que se reclama proviene del daño causado con ocasión de la ejecución de una obra a favor del Estado, con independencia de que el daño haya sido sufrido por una persona destinada por el contratista ejecutor de la obra a la realización de la misma, o por un tercero ajeno por completo a la actividad contractual en la que es parte el Estado, es claro el compromiso de la responsabilidad patrimonial del Estado, como beneficiario de la obra, como destinatario de la misma y por ende como sujeto de imputación de los daños que con ella se causen.”

Ahora, en el contrato de obra 099-2013 vincula a la entidad pública, con ocasión del “CERRAMIENTO

¹³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D.C., siete (7) de junio de 2007 Radicación número: 76001-23-31-000-1995-02796-01 (16089)

¹⁴ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 28 de noviembre de 2002, Expediente No. 14.397, reiterada en sentencia 15059 proferida el 9 de julio de 2005.

ESTACION DE BOMBEO SAN FELIPE EN EL MUNICIPIO DE CUCAITA - BOYACA, se encuentra que dentro del mismo las partes acordaron:

*"CLAUSULA DECIMA NOVENA: INDEMNIDAD DEL MUNICIPIO DE CUCAITA, BOYACA: EL CONTRATISTA mantendrá indemne al MUNICIPIO DE CUCAITA contra todo reclamo, demanda, acción legal, y costos que puedan causarse o surgir por daños y lesiones a personas o bienes, ocasionados por EL CONTRATISTA o su personal, durante la ejecución del objeto y obligaciones de esta contrato. En asuntos, que según este contrato sean de responsabilidad del contratista, se le comunicará lo más pronto posible para que pos su cuenta adopte oportunamente las medidas previstas por la Ley para mantener indemne al Municipio de Cucaita y adelante los trámites para llegar a un arreglo del conflicto."*¹⁵

Esta cláusula refiere a la exoneración de la responsabilidad del Municipio de Cucaita por los daños que se llegaren a ocasionar en virtud de la ejecución del contrato a terceras personas, sin embargo resulta claro también que este tipo de condiciones sólo surten efectos entre los contratantes sin ser oponibles a terceros, por lo que la Alta Corporación tampoco ha sido ajena a pronunciarse frente a la cláusula de indemnidad puntualizando que:

"Cuando la Administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del cocontratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular participe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.

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

Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a éstos. Es quizás esta creencia la que produjo la desviación del Tribunal en el fallo que se revisa y en el concepto de la Fiscalía.

En primer término, debe observarse que la cláusula así concebida (la vigésima cuarta o de indemnidad) no puede interpretarse como exonerante de responsabilidad para la Empresa. Si así lo fuera sería absolutamente nula. La cláusula vale entre las partes, pero no es oponible a los terceros. Cualquier convención que suprima la responsabilidad extracontractual (la de los contratantes frente a los terceros lo es) es



por consiguiente ilícita en todos los campos, o sea por actos personales o ajenos, por obra de las cosas o de los animales.

Aunque la cláusula esté pactada contractualmente, la responsabilidad frente a terceros sigue siendo extracontractual: es una responsabilidad de esta índole reglamentada por un contrato y descartada para una de las partes por una cláusula de no responsabilidad.

La cláusula así convenida obliga a las partes. Pero ella es "res inter alios acta" frente a los terceros. Por ese motivo, la demandante al accionar contra la Empresa lo hizo correctamente. Como también habría podido demandar sólo a Conciviles o a esta sociedad solidariamente con la Empresa. La validez de la cláusula entre las partes es la que le permitirá a la entidad pública, en el evento de que la condena se estime procedente, reclamar a Conciviles por el valor de lo reconocido"¹⁶ (negrillas del texto original).

En suma, es nítido para el Despacho que no es dable trasladar a la víctima, ni a los demandantes, en su calidad de terceros, las consecuencias de una disposición contractual en la que no intervinieron, dado que como se deduce de lo anterior, la declaratoria de responsabilidad se adopta es desde la óptica extracontractual, razón suficiente para afirmar que la entidad contratante es la llamada a responder por el daño causado con la muerte de la menor NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS, pues se contrató la obra destinada al "CERRAMIENTO ESTACION DE BOMBEO COLEGIO SAN FELIPE EN EL MUNICIPIO DE CUCAITA - BOYACA" con el Arquitecto FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ quien a su vez subcontrató el adelantamiento de la obra con el señor AUDELINO BORDA LARGO, persona que admite que retiró la seguridad del pozo para extraer agua de allí y contribuir al desarrollo de la labor encomendada, autorizado de forma verbal no por el contratista sino por el Rector de la Institución Educativa, deduciéndose una obvia conexión entre la obra contratada, su falta de señalización y/o aislamiento y el resultado desafortunado ya señalado, concluyéndose que el MUNICIPIO DE CUCAITA es quien debe responder patrimonial y administrativamente por dicho hecho, en el entendido que el daño reclamado le es imputable, sin perjuicio de las estipulaciones contractuales pactadas entre aquel y el ejecutor de la obra."¹⁷

Lo anterior fuerza concluir en esta instancia que tanto la imprudencia del contratista revelada en los actos de su trabajador y la falta de cuidado y del deber de vigilancia que le competía a la Administración Municipal generó una responsabilidad mancomunada y solidaria que obliga a que la condena sea impuesta a las dos partes en la misma proporción; no obstante para no hacer nugatoria dicha condena, ésta será pagada en su totalidad por el Municipio de Cucaita, quien **deberá repetir contra aquel en la proporción que le corresponde.**

Finalmente, a efectos de establecer si en el caso bajo examen se pudo haber presentado una concurrencia de culpas, se procede a estudiar el tema como sigue:

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de octubre de 1985, expediente radicado al No. 4556. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo. En el mismo sentido véanse las sentencias de 8 de marzo de 1996 expediente radicado No. 9937 Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo, posición ratificada mediante la sentencia de 25 de junio de 1997 expediente radicado al No. 10504 con Ponencia del Consejero Jesús María Carrillo Ballesteros y la providencia de 28 de noviembre de 2002 expediente radicado al No. 14397 Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, Bogotá, D. C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), Radicación: 250002326000199511369 01, Expediente: 27.771

4.3 DE LA CONCURRENCIA DE CULPAS

Es bien conocido y reiterado, que la menor NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS para el momento de su deceso contaba con tres años y 10 meses de edad como se verifica a folio 109 del plenario; es por ello que debe entenderse que se trataba de una persona indefensa que requería del cuidado de sus padres o personas mayores de edad para desarrollar algunas actividades, en especial aquellas en las que podía ponerse en peligro o sufrir algún daño al estar en contacto con el medio, más aun teniendo en cuenta su corta edad.

Desde varias perspectivas se ha señalado que frente a los hechos y actos de un menor el nexo causal es de carácter objetivo y es por ello que **no se le da trascendencia a que dicho hecho haya estado impreso de dolo o culpa cuando la víctima es el mismo infante** por cuanto carece de desarrollo psicológico y físico necesario para distinguir las consecuencias de su proceder, **la trascendencia se da es respecto a su imprevisibilidad e irresistibilidad**. En un caso de similares contornos el Consejo de Estado indicó¹⁸:

130. Al respecto, advierte la Sala que, efectivamente, el artículo 2346 del Código Civil ha dispuesto que “Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiera imputárseles negligencia”.

131. Si bien es cierto que dicha norma se refiere únicamente a la responsabilidad que tienen los menores frente a terceros, no lo es menos que dicha lógica es aplicable en otros ámbitos de la responsabilidad, pues no se le puede exigir a una persona que aún no ha completado su desarrollo psicológico y fisiológico conocer las normas y actuar de conformidad con lo que ellas señalan.

132. Por ello, resulta impropio calificar la conducta del menor como dolosa o culposa, puesto que hacerlo implica realizar un juicio de valor sobre su comportamiento, sin tener en cuenta que, por su edad, aún se encuentra en una etapa formativa con miras a asumir las cargas, deberes y responsabilidades que implica vivir en sociedad, siendo mientras tanto objeto de especial protección constitucional. En el mismo sentido, es improcedente hacer un juicio de su comportamiento en materia de responsabilidad civil, en la medida en que no es posible comparar su actuación con los estándares de conducta que prevé el Código Civil, por cuanto estos son propios de un adulto.

Sin embargo, esa circunstancia no significa que la conducta que el menor hubiere desplegado en el acaecimiento del daño sea insignificante, puesto que fenomenológicamente hablando esta puede ser la causa material que llevó a la producción del resultado dañino.”

De igual forma, en pronunciamiento similar el máximo tribunal señaló sobre el contenido que nos ocupa:

“Sobre el tema de la concausa, esta Corporación ha sostenido que el comportamiento de la víctima que habilita al juzgador para reducir el cuántum indemnizatorio -artículo 2357 del Código Civil- es el que contribuye en la producción del hecho dañino; es decir, cuando la conducta de la persona dañada participa de manera cierta y eficaz en el desenlace del resultado. Tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado, una vez configurados los elementos estructurales -daño antijurídico, factor de imputación y nexo causal-, la

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de noviembre de 2016, exp. 34.639, M.P. Danilo Rojas Betancourt. En el mismo sentido y de la misma Subsección, ver: sentencias del 30 de octubre de 2013, exp. 28.796 y del 20 de febrero de 2014, exp. 29.723, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.



conducta del dañado solamente puede tener relevancia como factor de aminoración del cuántum indemnizatorio, a condición de que su comportamiento adquiera las notas características para configurar una co-causación del daño. Bien se ha dicho sobre el particular que la reducción del daño resarcible con fundamento en el concurso del hecho de la víctima responde a una razón de ser específica; es decir, que la víctima hubiere contribuido realmente a la causación de su propio daño, caso en el cual esa parte del perjuicio no deviene antijurídico y por ende no tiene la virtud de imputarse al patrimonio de quien se califica responsable.¹⁹

En relación con el hecho de una víctima menor de edad, se ha insistido en que no resulta procedente aplicar el artículo 2346 del Código Civil, por cuanto ella sólo opera cuando aquella produce daños a terceros, no cuando ellos son las víctimas, es así como el Consejo de Estado ha explicado:

Sobre tal proceder debe tenerse en cuenta, en primer término, que los menores de edad están bajo la guarda nata de sus padres; que si bien el Código Civil dice que los menores de diez años no cometen culpa, tal indicación tiene relación sólo para cuando ellos son agentes dañinos frente a terceros, caso en el cual la acción de responsabilidad debe dirigirse a las personas a cuyo cargo estén dichos menores. En tal sentido el artículo 2.346 dispone:

“Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiera imputárseles negligencia.” (Subrayado por fuera del texto original). (...)

Además cabe resaltar que aún bajo el entendimiento de que el artículo 2.346 del Código Civil negara la incursión en culpa por los menores de diez años de edad y por los dementes, tanto cuando son agentes del daño frente a otros o frente a sí mismos, lo cierto es que para efectos del rompimiento del nexo causal basta que el hecho de la víctima, sin cualificación, sea eficiente o determinante, pues si no fuera así porque ¿debería imputársele el daño a la conducta del demandado cuando ésta no fue la eficiente y determinante del hecho dañino?.

Específicamente se observa que las víctimas del hecho no sólo fueron las directas (quienes fallecieron), el niño de más de diez años y la niña menor de estos años, sino también algunos de los demandantes como son los padres (víctimas indirectas). Aún bajo el supuesto entendimiento de que el artículo 2.346 del C. C se extiende a los menores de diez años cuando son causantes de su propio daño, se advierte que la conducta de los padres, VÍCTIMAS INDIRECTAS, fue negligente cuando permitieron que sus hijos menores tomaran un bus a sabiendas de que la vía en la que quedaba la escuela era de tránsito de automotores. Por consiguiente la causa eficiente y determinante en la producción de las muertes demandadas es imputable directamente a los menores fallecidos e indirectamente a sus padres, quienes son los guardadores naturales legales de los mismos, como ya se explicó. Lo anterior permite deducir que si bien la ubicación de la escuela, y las omisiones en señalización de la vía y la zona escolar son hechos comprobados, ellos no fueron la causa directa y determinante del daño, cuya indemnización se reclama.”²⁰ (Resaltado fuera del texto).

Comoquiera que el Municipio de Cucaita señala que no tuvo participación alguna en los hechos conocidos y en que resultara muerta la menor NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS, por cuanto se trató de la consecuencia directa de un descuido de sus padres, además que el retiro de la seguridad

¹⁹ Consejo de Estado- Sección Tercera Sentencia de ocho (8) de julio de 2009. Radicación número: 15001-23-31-000-1998-02153-01(16679). M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 05001-23-31-000-2003-02994-01(40590)

del pozo es atribuible a un tercero autónomo y que su única intervención fue precisamente darle más seguridad por solicitud de quien se sirve de él, en cumplimiento de las funciones que le competen al Estado, se analizará entonces si le cabe alguna responsabilidad a la entidad territorial por el hecho de sus contratistas o si por el contrario se está frente a una falta de legitimación respecto de la primera.

Recapitulando, le correspondía a la parte demandada probar el extremo de la existencia de una causal excluyente, exigiéndose respecto de dicha causal que sea exclusiva, no logrando demostrar que el hecho de la víctima fue la única causa que determinó el fatal desenlace; sin desconocer el Despacho que el comportamiento descuidado, omisivo y negligente de los padres de la menor concurrió de manera efectiva en la causación del daño revelado en la muerte de la niña **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS** concluyéndose que la configuración de la concausa se deriva de la conducta omisiva e irresponsable de los garantes de **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS**, quienes con su actuar descuidado contribuyeron también en la generación del hecho y es por ello que la indemnización reclamada se debe reducir en una proporción del 50%, comoquiera que esa conducta favoreció de manera determinante en la producción del resultado concretado en el deceso de la infante.

5. DEL CASO CONCRETO

De forma ilustrativa se recuerda que para establecer la responsabilidad el Estado, deben demostrarse los elementos de dicha responsabilidad, a saber: i) el daño antijurídico, ii) la imputación del daño a los demandados y, iii) el nexo de causalidad, de manera que el daño se precisa en la muerte de la menor, la imputación resulta ser de tipo subjetivo por falla en el servicio dada la omisión en la supervisión, vigilancia y seguridad de la obra que la entidad estaba llevando a cabo y el nexo de causalidad se refleja en que por dicha omisión de un agente contratado por el ejecutor de la obra, de la administración contratante, que incumplió sus obligaciones de control, seguimiento y vigilancia, a más de la falta de responsabilidad y cuidado, de los padres de la menor, se produjo la pérdida de la niña **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS**.

Así con total claridad puede afirmarse que en el sub judice está demostrada la ocurrencia de un accidente fatal, como consecuencia de la caída de la menor **NICOL DAYANNA ATARA MESA** de tres años y 10 meses de edad, el 22 de septiembre de 2013, en el pozo ubicado en la estación de bombeo del Colegio Departamental San Felipe del Municipio de Cucaita, lugar en el cual se encontraban adelantando las obras de cerramiento correspondientes en virtud del contrato 099 de 2013, y que la causa de la muerte se produjo por insuficiencia respiratoria aguda, secundaria a asfixia mecánica debido a sumersión en agua, de lo dicho anteriormente, dan cuenta tanto: el registro de nacimiento, el certificado de defunción, el informe pericial de necropsia y el contrato en cita, lo que deja entrever sin lugar a dudas que existió un **daño**, no sólo en la humanidad de la infante fallecida sino en sus padres y familiares como consecuencia del deceso de la niña.

Ahora bien, con el objeto de determinar la **imputabilidad** del daño a los demandados, se hace necesario establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos a fin de fundamentar jurídicamente la obligación de reparar, así, se tiene que cuando se trata de un hecho exclusivo y determinante de la víctima para la ocurrencia del daño, debe exonerarse a la Administración siempre que esta haya cumplido con las obligaciones a su cargo cuando haya asumido una posición de garante que le exige evitar que determinados daños se concreten y se pruebe que el hecho de la víctima fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño.



En este sentido, la jurisprudencia ha detallado que cuando estas condiciones no se den, esto es, que cuando la actividad de la víctima y en este caso concretada en la omisión de responsabilidades de sus padres de vigilancia y cuidado, debido a su muy corta edad, incidieron en la producción del daño, pero sin descartar la responsabilidad de la entidad, a partir de que el daño es imputable a la entidad igualmente, se presenta la denominada concausalidad o concurrencia de culpas, que se refleja o incide en la reducción de la indemnización al encontrarse probado que la víctima-padres de la menor, contribuyeron en la producción en su propio daño.

Del soporte fáctico se desprende, que en virtud de la ejecución del contrato de obra 099 de 2013, se estaban realizando unas adecuaciones a la estación de bombeo del Colegio Departamental San Felipe del Municipio de Cucaita, que para la realización de la misma se extraía agua del pozo ubicado dentro del predio a intervenir y que por tal motivo el pozo en algún momento entre el día viernes 20 de septiembre de 2013 y el domingo 22, permaneció abierto, se estableció que se le había retirado el candado que le daba seguridad (**nexo causal**); que el Estado, en este caso la Administración Municipal, es la llamada a responder por el hecho de sus contratistas o sus trabajadores, en virtud precisamente de la responsabilidad extracontractual predicable frente a terceros, en este caso las víctimas directas del daño exteriorizado en el deceso de la menor y que aun cuando se haya pactado la indemnidad de la entidad, ella no es oponible a terceros por lo que no se exonera de resarcir el daño ocasionado.

Ahora bien, en relación con la **falla del servicio**, se reitera que esta se concretó en que por las circunstancias en que fue encontrada la menor fallecida, esta es la **imputación** que debe hacerse, haciendo una interpretación integral de la prueba que milita en el expediente, así, por ejemplo, el registro fotográfico del antes y después de la contingencia muestran tanto el pozo tapado como destapado y el señor **AUDELINO BORDA LARGO** señala que cuando encontró a la niña la tapa estaba puesta aún con el cuerpo dentro del mismo, pero tal evento no es creíble, ya que desde la sana crítica de la prueba y de las reglas de la experiencia, instruyen es que, una tapa que pesa cerca de 22 libras (fl. 396) no es posible de mover por una pequeña de tres años, luego se concluye, en este caso particular, que la misma no se encontraba cerrada al momento del suceso, porque de ser cierto que estaba tapada con un peso de 22 libras, la menor nunca la habría podido abrir; y evidenciando una clara falla del servicio en el *sub lite*, dada la falta de seguridad y aislamiento adecuado de la obra en curso, pues de lo contrario la menor no habría podido acceder a la parte interna del cerramiento que se estaba haciendo.

De otra parte y tal y como se relacionó en los interrogatorios de parte, como principal prueba de la concausalidad, se concluye que los padres de la menor **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS** le permitieron ir a jugar al parque infantil, distante a unos 100 metros de su casa de habitación, en compañía de dos primos y una tía todos menores de edad, la tarde del día domingo 22 de septiembre de 2013 y que en cierto momento la infante quedó sola en dicho lugar sin que nadie se percatara de su ausencia hasta que regresaron al sitio y no la encontraron, viniendo a hallarla alrededor de dos horas luego de haber sido vista por última vez ya sin vida, lo cual refleja que en efecto los señores **JOSE DEL CARMEN ATARA MESA** y **MONICA VANEGAS DIAZ** omitieron el deber de cuidado que debían prodigarle a su menor hija de tan sólo tres años de edad, por lo que en consecuencia si la menor no era consciente del daño que se podía causar por cuanto se trataba de una persona aun en etapa de desarrollo y de conocimiento, **la culpa de su muerte o la causa determinante de la misma la constituye tanto la omisión de parte de la administración municipal de asumir su posición de garante mediante el cumplimiento de sus funciones de cuidado respecto a la obra que se estaba**

adelantando y de la cual se alega no tener responsabilidad alguna, resulta que contrario a lo dicho, se encuentra probado, que no desplegó las acciones pertinentes para evitar que este tipo de hechos ocurrieran y que si bien es cierto, que no tenía bajo su cuidado el manejo del pozo, si estaba interviniendo sus alrededores a través de un contratista, lo que de suyo le atribuye la propiedad y responsabilidad de la obra y **ello, junto con el grave descuido de los padres de la niña** quienes si hubiesen estado con ella en el momento del suceso, habrían podido evitar tal vez no solo su caída sino especialmente su muerte, pues esta se produjo dada la indefensión e inmadurez de la niña para valerse por sí sola y salvar su vida, siendo ello suficiente para decir que concurre la culpa del Municipio de Cucaita y de los padres de la menor en su deceso y que por ello debe reducirse la eventual indemnización, por lo que deberá responder el ente territorial en una proporción del 50% de los valores reclamados, recordando que al encontrarse probado que existe una responsabilidad mancomunada y solidaria que genera la misma responsabilidad del Estado y del contratista quienes deben satisfacer esa condena en una proporción equivalente al 50% cada uno de ellos, no obstante la misma será pagada en su totalidad por el Municipio de Cucaita quien **deberá repetir** en contra del contratista arquitecto **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ** por las sumas efectivamente pagadas y en la proporción que a este le corresponda.

6. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

En la demanda se solicitó el reconocimiento de los perjuicios inmateriales, representados en daños morales y a la vida relación.

6.1 Perjuicios morales

Se entiende este como el dolor y aflicción que una situación nociva genera, se presume en relación los sus familiares cercanos de quien ha sufrido una grave afectación en sus condiciones de salud o ha perdido la vida. En tal sentido, en el interrogatorio de parte el señor **JOSE DEL CARMEN ATARA MESA** señala que su hogar estaba conformado por la menor fallecida **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS**, su esposa **MONICA VANEGAS DIAZ** y otra menor de edad, de la cual no enseñan datos, que además la niña compartía en algunas ocasiones con su tío parterno y abuelos parterno y materno, allegando los registros civiles de nacimiento para acreditar parentesco, de suerte que en punto al tema, se ha dicho que el hecho de demostrar el parentesco es indicativo del perjuicio que se reclama.

De suerte que ante la imposibilidad de cuantificar el daño moral, se ha establecido un tope monetario para la indemnización de dicho perjuicio, que se ha tasado, como regla general, en el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales cuando el daño cobra su mayor intensidad, caso correspondiente al padecimiento sufrido por las propias víctimas o por quienes acrediten relaciones afectivas propias de las relaciones conyugales y paterno-filiales (primer grado de consanguinidad) con quien ha perdido la vida o sufrido una pérdida de capacidad laboral superior al 50%. En cuanto a los demás ordenes de parentesco o grados de afectación, se ha establecido que la cuantía de la indemnización debe corresponder a un porcentaje de ese límite.

Como parámetros para el cálculo de la indemnización, el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz, indicó:

"2.1 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE Para la reparación del daño moral, en caso de muerte, se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas. Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-



filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv). Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio. Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio. Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio. Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva."

Así las cosas, para el caso objeto de análisis, se encuentran probados los niveles 1 y 2 de parentesco, reducidas en una proporción del 50% al establecerse la concurrencia de culpas, conforme quedó explicado *supra* y la suma final será la que se reconozca a favor de cada uno de los mencionados actores como indemnización por daño moral, así:

| Nombre | Nivel | Parentesco | Monto | Indemnización reducida |
|----------------------------|-------|----------------|-----------|------------------------|
| JOSE DEL CARMEN ATARA MESA | 1 | Padre | 100 SMLMV | 50 SMLMV |
| MONICA VANEGAS DIAZ | 1 | Madre | 100 SMLMV | 50 SMLMV |
| JOSE ALVARO ATARA MORENO | 2 | Abuelo paterno | 50 SMLMV | 25 SMLMV |
| PEREGRINO VANEGAS | 2 | Abuelo materno | 50 SMLMV | 25 SMLMV |

Ahora bien, en lo que respecta al señor HELVER ALIRIO ATARA MESA, conforme al material arrimado al expediente, en efecto se probó el estado civil de tío parteno de la menor fallecida; sin embargo no obra prueba la relación afectiva entre éste y la menor, por lo que a su favor no se reconocerá suma alguna por dicho concepto.

6.2 Daño a la vida de relación:

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado que:

"El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.

“En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario”²¹

Así mismo, debe clarificarse que esta tipología del daño refiere a la *“pérdida o deterioro de la capacidad lúdica o placentera que puede brindar la integridad corporal y la afectación que en el mundo exterior produce el daño, lo cual constituye un perjuicio autónomo e independiente”²²* lo que le imprime una connotación inmaterial, debiéndose acreditar las características esenciales del daño (directo, personal y cierto)²³, de manera que se pueda determinar indefectiblemente una responsabilidad patrimonial achacable a la entidad estatal en virtud no de la misma lesión sino de las consecuencias que ella produce en quien lo sufre.

Además de lo anterior, doctrinariamente se ha señalado que el perjuicio moral busca remediar las angustias, depresiones, dolor físico y el perjuicio a la vida de relación se refiere a la pérdida de la posibilidad de realizar otras actividades que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia, permitiendo el reconocimiento de indemnizaciones por este concepto a personas diferentes a la víctima, por relaciones de parentesco. (Hernández, 2007, p. 139)

Ateniéndonos a lo probado en el proceso, los perjuicios que en este ámbito se reclaman no se evidencian, careciéndose de prueba respecto a su **certeza** y ello cobra mayor trascendencia cuando uno de los argumentos del Despacho es que existe concurrencia de culpas y que ello indica en parte que se está ante un caso de irresponsabilidad paternal que no permite al fallador acceder a la petición de indemnización por este preciso concepto pues la misma no se puede compensar atendiendo a los hechos probados en el plenario, aun cuando se trata de una pérdida irreparable pues tuvo como hecho primigenio el descuido de los padres de la menor, lo que denota una falta de interés en el bienestar de la menor y en el cuidado de su persona.

6.3 De la cesión de derechos litigiosos

En el *sub examine*, se observa el contrato de cesión o venta de derechos litigiosos (fl. 160) suscrito por los señores **JOSE DEL CARMEN ATARA MESA, MONICA VANEGAS DIAZ y PEREGRINO VANEGAS**, a favor de la señora **GLORIA EDILSA AGUDELO RIOS**, situación que se puso en conocimiento de la entidad demandada para que se pronunciara al respecto en fecha 17 de abril de 2015 (fls. 162-163).

Con posterioridad, en fecha 11 de junio de 2015 (fl. 166) se determinó que la aceptación de la parte cedida era procedente y necesaria, únicamente para dar paso a la sustitución procesal ocurrida en virtud de la cesión de derechos litigiosos, teniendo como Litis consorte necesario a la señora **GLORIA EDILSA AGUDELO RIOS**.

En el referido contrato de cesión o venta de derechos litigiosos, se especificó: *“Los cedentes transfieren a título de venta a la **CESIONARIA** parte de los derechos que le correspondan o puedan corresponderle*

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²² Gil B. E. (2010). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Cuarta Edición. Ibáñez.

²³ *Ibidem*.



en un porcentaje del 15% en el proceso de **REPARACION DIRECTA**, que cursa bajo el radicado 2014-00004 del **JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA** contra el **MUNICIPIO DE CUCAITA**”; por lo que del monto reconocido en favor de los cedentes **JOSE DEL CARMEN ATARA MESA, MONICA VANEGAS DIAZ y PEREGRINO VANEGAS**, la entidad condenada cancelará a favor de la cesionaria **MARIA EDILSA AGUDELO RIOS** el 15%.

VIII. CONCLUSIÓN

Con todo, el Despacho encuentra al **MUNICIPIO DE CUCAITA** administrativa y patrimonialmente responsable por falla del servicio de carácter subjetivo, como consecuencia del fallecimiento de la menor **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS**, en hechos ocurridos el 22 de septiembre de 2013 en las inmediaciones de la obra desarrollada en virtud del contrato 099 de dicha anualidad, atendiendo a que su deceso tuvo lugar en el pozo donde se encuentra ubicada la estación de bombeo del Colegio San Felipe de dicha localidad, pozo que se estaba utilizando para extraer agua destinada a la obra y para lo cual le había sido retirada la tapa, aunado a que el sitio donde se desarrollaba el contrato de obra carecía de condiciones de seguridad o de advertencia que lo resguardaran y mantuvieran alejados a los menores que frecuentaban el parque infantil próximo al pozo, es así que la responsabilidad se atribuye por el hecho del contratista dado que la entidad territorial como dueña de la obra es la llamada a indemnizar en virtud de la omisión probada en el decurso procesal, sin desconocer que al asistir imprudencia del contratista y la falta de supervisión de la entidad territorial se genera una responsabilidad de los dos en la misma proporción equivalente al 50% del total de la condena, no obstante para no hacer nugatoria dicha condena será pagada en su totalidad por el Municipio de Cucaita, **quien deberá** repetir en contra del señor **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ**, en la proporción que a este le corresponde y habiendo lugar al reconocimiento de la indemnización únicamente por el daño moral causado a los demandantes sin que pueda reconocerse daño a la vida de relación, al encontrarse probada la concurrencia de culpas por la evidente irresponsabilidad de los padres de la menor que contribuyeron al desenlace fatal, en igual medida del monto indemnizable debe deducirse a favor de la cesionaria **GLORIA EDILSA AGUDELO RIOS** el 15% de los valores a reconocer en favor de los señores **JOSE DEL CARMEN ATARA MESA, MONICA VANEGAS DIAZ y PEREGRINO VANEGAS** atendiendo a lo previsto en el **CONTRATO DE CESION O VENTA DE DERECHOS LITIGIOSOS**.

De otro lado, se declararán imprósperas las excepciones planteadas por la entidad demandada **MUNICIPIO DE CUCAITA** y por el vinculado **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ**.

- **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en los artículos 188 del C.P.A.C.A, y 365 num. 1 y 8 del C.G.P., el despacho considera que en el presente asunto, se accede parcialmente a las pretensiones de la parte demandante, luego el despacho impone no condenar en costas a la parte demandada.

Teniendo en cuenta lo señalado en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 05 de Agosto de 2016, se fija como Agencias en Derecho la suma de **CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL PESOS M/CTE** **(\$4.205.000.00)**, teniendo en cuenta las sumas efectivamente ordenadas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones propuestas por la entidad demandada **MUNICIPIO DE CUCAITA** y referidas a: *inexistencia de responsabilidad alguna por pasiva, falta de legitimación por pasiva, inexistencia de requisitos sustanciales que el legislador y la jurisprudencia han dispuesto para determinar responsabilidad en cabeza del demandado, responsabilidad exclusiva por activa y fuerza mayor*, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones propuestas por el vinculado **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ** denominadas: *inexistencia de conducta atribuible al vinculado y culpa exclusiva de las víctimas*, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. DECLARAR administrativa, patrimonial, extracontractual y solidariamente responsables al **MUNICIPIO DE CUCAITA** y al Arquitecto **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ** por falla del servicio como consecuencia del fallecimiento de la menor **NICOL DAYANNA ATARA VANEGAS**, en hechos ocurridos el 22 de septiembre de 2013, conforme a la motivación del presente proveído.

CUARTO. Como consecuencia de la declaración anterior **CONDENASE** solidariamente al **MUNICIPIO DE CUCAITA** y al Arquitecto **FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ** a pagar por concepto de daño moral, las siguientes sumas de dinero:

| Nombre | Nivel | Parentesco | Monto |
|----------------------------|-------|----------------|----------|
| JOSE DEL CARMEN ATARA MESA | 1 | Padre | 50 SMLMV |
| MONICA VANEGAS DIAZ | 1 | Madre | 50 SMLMV |
| JOSE ALVARO ATARA MORENO | 2 | Abuelo paterno | 25 SMLMV |
| PEREGRINO VANEGAS | 2 | Abuelo materno | 25 SMLMV |

QUINTO. Del monto reconocido en favor de los cedentes **JOSE DEL CARMEN ATARA MESA**, **MONICA VANEGAS DIAZ** y **PEREGRINO VANEGAS**, la entidad condenada cancelará a favor de la cesionaria **MARIA EDILSA AGUDELO RIOS** el 15%.

SEXTO. CONDENASE a la entidad demandada **MUNICIPIO DE CUCAITA** a pagar la indexación de las sumas adeudadas, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

SEPTIMO. EL MUNICIPIO DE CUCAITA, deberá dar cumplimiento a la presente sentencia dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.



OCTAVO. El MUNICIPIO DE CUCAITA deberá repetir en contra del señor FAUSTO ANDRES CHAVARRIA CRUZ, en relación con las sumas reconocidas y pagadas en la proporción que a éste le corresponde, como quedó expuesto en la motivación de esta decisión.

NOVENO. Sin condena en costas en esta instancia.

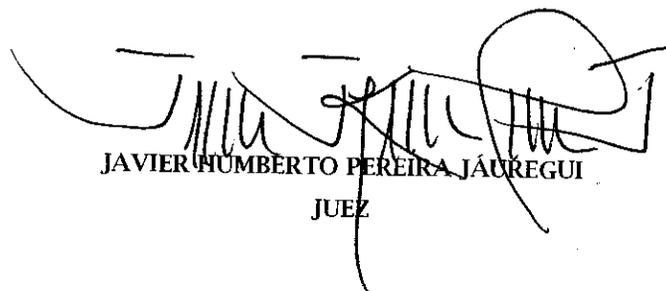
DECIMO. FIJAR como agencias en derecho la suma de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL PESOS M/CTE (\$4.205.000.00)

ONCE: NIEGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

DOCE. Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del C.P.A.C.A. en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TRECE: En firme esta decisión, por secretaria remítanse las comunicaciones de que trata el artículo 192, inciso final del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JAVIER HUMBERTO PEREIRA JÁUREGUI
JUEZ

