



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-009-2013-00010-02
DEMANDANTE: MIRIAM MARINA BELLO CÁRDENAS y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS “INVÍAS” – MUNICIPIO DE COVEÑAS
M. DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 8 de abril de 2014, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se denegaron las pretensiones impetradas por **MIRIAM MARINA BELLO CÁRDENAS Y OTROS** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS “INVÍAS” – MUNICIPIO DE COVEÑAS**, en ejercicio del medio de control de Reparación Directa.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La parte actora a través del presente medio de control, pretende:

“1.1.1.- QUE LA NACIÓN O ESTADO COLOMBIANO – MINISTERIO DE TRANSPORTE; INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS) y el MUNICIPIO DE COVEÑAS, son patrimonialmente responsables, en forma solidaria o individual, de los perjuicios materiales, a la vida de relación o daño a la salud y morales ocasionados a la señora MIRIAM MARINA BELLO CÁRDENAS, a LUIS

¹ Ver folios 1-2, del cuaderno de primera instancia.

ESTEBAN HERNÁNDEZ BELLO, a **SERGIO HERNÁNDEZ BELLO**; a **JOSEFA MARIA CÁRDENAS MURILLO**, a **MANUEL DEL CRISTO BELLO CÁRDENAS** y a **LUIS ALFREDO PEREIRA BELLO**; por el fallecimiento de **BANESSA HERNÁNDEZ BELLO**, a raíz de un accidente ocurrido el día primero de noviembre del año dos mil diez, cuando se bañaba en las playas del municipio de Coveñas, departamento de Sucre.

1.1.2.- Como consecuencia de lo anterior, se condene al **ESTADO O NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE TRANSPORTE**; al **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS (INVÍAS)** y al **MUNICIPIO DE COVEÑAS**, a pagar solidariamente o a los responsables directos, a título de reparación o compensación del daño o perjuicios, los siguientes conceptos indemnizatorios:

1.1.2.1.- Por Perjuicios Morales.

1.1.2.1.1.- A favor de **MIRIAM MARINA BELLO CARDENAS**, y de sus hijos, **LUIS ESTEBAN HERNÁNDEZ BELLO** y **SERGIO HERNÁNDEZ BELLO**, con la suma equivalente en pesos de **DOSCIENTOS (200) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**, para cada uno de ellos, para un total de 600 SMLMV.

1.1.2.1.2.- A favor de **JOSEFA MARÍA CÁRDENAS MURILLO**, de **MANUEL DEL CRISTO BELLO CÁRDENAS** y de **LUIS ALFREDO PEREIRA BELLO**, con la suma equivalente en pesos de **CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**, para cada uno de ellos, para un total de 300 SMLMV.

1.1.2.2.-Por Perjuicios Materiales.

1.1.2.2.1.- A favor de la señora **MIRIAM MARINA BELLO CÁRDENAS**, en su manifestación de lucro cesante, la renta o suma dineraria, que dejaría de obtener por parte de su finada hija, **BANESSA**, y de la cual ha sido privada en presente y futuro, y que se determinará teniendo en cuenta, entre otros factores, el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha del hecho con su actualización o el vigente a la fecha del fallo si resultare más favorable; como también su mayoría de edad a cumplir y el promedio de vida adoptado en la tabla de supervivencia aprobada para los colombianos; aplicándose la correspondiente operación o fórmula matemática utilizada por la Jurisdicción Contenciosa para indemnizar este perjuicio.

1.1.3.- Todas las cantidades dinerarias pretendidas deberán pagarse con los intereses compensatorios, moratorios y debidamente actualizadas en su poder adquisitivo, de acuerdo a los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del CPACA.”

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

La parte demandante, desde su perspectiva, relató los acontecimientos acaecidos el día 1º de noviembre de 2010, refiriéndose en primera medida, a que en las horas de la mañana de esa fecha, la menor **BANESSA HERNÁNDEZ BELLO**,

² Ver folios 2-3, del cuaderno de primera instancia.

partió en compañía de un grupo de amigos a un sector de la playa del puerto de Coveñas, denominado “la Coquerita” en el cual se bañarían.

Afirmó la parte demandante, que encontrándose la joven **BANESSA HERNÁNDEZ BELLO**, en el lugar indicado y con el objetivo de divisar mejor el horizonte del mar, subió a un “espolón”, del cuál resbaló de forma accidental, sufriendo lesiones en la caída, que propiciaron la ocurrencia de su muerte por ahogamiento; acto seguido, al percatarse quienes le acompañaban de lo sucedido, iniciaron su respectiva búsqueda en las inmediaciones del “espolón” del cuál había caído, encontrándola, finalmente, sin signos vitales, motivo por el cual, condujeron su cuerpo, primero, al centro de salud del municipio de Coveñas y de allí al Instituto de Medicina Legal del municipio de Tolú, donde se le practicó la necropsia.

De igual modo, manifestó la parte actora, que la obra en la cual sufrió el mortal accidente la menor **BANESSA HERNÁNDEZ BELLO**, fue construida meses antes por **INVÍAS**, a través de un contratista y de conformidad con lo anterior expresó, que no obstante haber representado dicha obra, un peligro potencial para la comunidad y los turistas, no contaba con las medidas de prevención, ni la vigilancia o las medidas policivas, que impidiesen el tránsito de las personas sobre el “espolón”, lo que en términos suyos, “permitió la confianza legítima en la niña **BANESSA**, para penetrar y caminar sobre tal obra, con la buena fe de que ello, no le representaba peligro, originándose así el fatal accidente descrito.

La parte actora afirmó, padecer de una aflicción moral y material con ocasión del fallecimiento de la menor Hernández Bello.

Como fundamentos de derecho, se hace una relación específica al preámbulo y los Arts. 1, 2, 11, 13, 16, 42, 44, 89, 90 y 93 de la Constitución Política.

Como sustento de responsabilidad, se inclinó por el régimen objetivo, bajo la teoría del riesgo creado o por el riesgo excepcional, toda vez de que si bien la construcción del espolón, era para beneficio de la comunidad, también es cierto, que al representar un riesgo inminente, existía la obligación por parte del Estado, de prevenir y prohibirle a las personas el acceso a dicha estructura, a través de medidas policivas, como lo es la señalización o vigilancia permanente de

guardacostas, la cual debe incrementarse en temporadas altas, máxime, en tratándose de menores de edad.

1.3. Contestación de la demanda.

.- **Ministerio de Transporte**³: La parte demandada, en su escrito de contestación, ejerce su defensa, con la materialización de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que los hechos demandados, no aluden a las funciones desplegadas por el Ministerio, esto es, la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación y conservación de la infraestructura nacional, que no es del resorte de tal entidad pública.

Además, trae a colación, como medio exceptivo, la culpa exclusiva de la víctima, toda vez que la menor Hernández Bello, fue la causante del accidente, que a la postre le ocasiono la muerte, puesto que se denota un escenario de imprudencia y ausencia de vigilancia y supervisión, de un adulto responsable, en este caso los padres de la menor.

.- **Instituto Nacional de Vías – INVÍAS**⁴: Se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora.

Frente a los hechos de la demanda, manifestó, que no le constan y se atiene a lo probado en el proceso.

Propuso los siguientes medios exceptivos, a saber: i) Culpa exclusiva de la víctima; ii) Hecho de un tercero; iii) Falta o inexistencia de daño antijurídico e inexistencia de nexo causal; iv) Inexistencia de falla del servicio por omisión imputable al Instituto Nacional de vías – INVÍAS; v) Inexistencia de falla del servicio, cuando se trata de cosas inertes y falta de prueba del nexo causal entre la omisión imputada y el daño antijurídico; vi) Falta de legitimación por pasiva; y vii) la excepción genérica.

³ Folios 76-81 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 84 - 100 del cuaderno de primera instancia.

Reiteró que la joven, con su comportamiento imprudente, se expuso a un potencial peligro, resaltando que esta por su corta edad, no contaba con la capacidad de discernimiento, para comprender los riesgos que caminar sobre un “espolón” acarrearía.

Municipio de Coveñas⁵: Afirmó que en el presente caso, aplica la culpa exclusiva de la víctima, como causal de exoneración de responsabilidad, ello debido a que fue la conducta imprudente de la menor **BANESSA HERNÁNDEZ BELLO**, la que, causalmente, ocasionó su muerte, no habiendo existido además, el deber de cuidado de sus padres para con ella.

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, de las cuales dijo no estar llamadas a prosperar y solicitó, no acogerse, absolviéndose al Municipio de Coveñas de las mismas, enfatizando especialmente, su oposición a la pretensión de la demandante, de reclamar el pago de lucro cesante, toda vez que se estaba ante un daño hipotético.

En lo alusivo a los hechos de la demanda, afirmó que algunos no le constan, que otros no son ciertos o no fueron probados y que se atendería a lo que resultare probado.

En cuanto a las excepciones, propuso las siguientes: i) Falta o inexistencia de daño antijurídico e inexistencia de nexo causal; ii) Inexistencia de falla del servicio por omisión imputable al municipio de Coveñas; iii) Culpa exclusiva de la víctima y solicitó, declarar de oficio, las excepciones que llegasen a configurarse en el proceso.

.- MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. (LLAMDA EN GARANTÍA)⁶: La entidad, fue vinculada al proceso, mediante la aprobación del llamamiento en garantía, que fue solicitado por INVÍAS, como parte demandada y que obra en auto de 29 de Julio de 2013⁷.

⁵ Folios 130 – 135 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folios 171 – 192 del cuaderno de primera instancia y 201 – 224 del cuaderno N°2.

⁷ Folios 164 – 166 del cuaderno de primera instancia.

Frente a las pretensiones de la demanda, expresó su oposición a la prosperidad de todas, puesto que a su parecer, no se estructuraron los presupuestos legales sustanciales necesarios, para deducir las consecuencias jurídicas y patrimoniales pretendidas por el actor.

Manifestó, que no le constaban los hechos de la demanda y que los mismos debían ser probados. En lo tocante a los medios exceptivos, expresó la entidad llamada en garantía, coadyuvar las excepciones de mérito, propuestas por los demandados y proponer las que a continuación se enuncian: i) Causa extraña; ii) Ausencia y ruptura del nexo causal; iii) Inexistencia de un daño imputable jurídicamente a INVÍAS; iv) Falta de legitimación en la causa por pasiva; y v) la excepción genérica.

1.4.- Sentencia impugnada⁸.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 8 de abril de 2014, resolvió:

“PRIMERO. Deniéguense las súplicas de la demanda.

SEGUNDO.- Condénese en costas a la parte vencida. Tásense las agencias en derecho en un porcentaje del 0.5% de la cuantía total de los perjuicios correspondientes a Ciento Setenta y Ocho Mil Quinientos Diez Pesos Moneda Corriente. (\$178.510.00)

Como argumentos de su decisión, el Juez *A quo*, una vez efectuado un estudio jurídico-normativo sobre el asunto y sobre las pruebas que reposan en el plenario, concluyó, que si bien se demostró la muerte de la menor y consecuente a esto, el daño sufrido a los demandantes, el material probatorio, fue ineficaz para demostrar, que la muerte de la menor se produjo en el espolón, desvaneciendo la relación causal entre el daño y algún actuar por parte del Estado, siendo esta situación indispensable, para efectos de analizar el régimen de imputación aplicable.

⁸ Ver folios 335 - 345, del cuaderno de primera instancia.

De igual forma, precisó, que si en gracia de discusión la muerte ocurrió en la obra de mitigación, está demostrado en el proceso, que existió un actuar negligente por parte de los padres, que fue determinante para el fatídico hecho.

1.5.- El recurso⁹.

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación, debidamente sustentado y dentro del término establecido en el artículo 247 del C.P.A.C.A., argumentando que, el hecho ocurrido y los daños ocasionados, son fruto de una falla del servicio de la administración, puesto que ésta, conocía de la alta peligrosidad que la obra de mitigación de la erosión, representaba para los bañistas y turistas. Además manifestó, que no se tomaron las precauciones, que se ameritaban, para preservar la integridad de los turistas, puesto que en las entidades demandadas, recaía la obligación de prevenir y prohibirle a la comunidad que se acercaran, caminaran o bañaran cerca a esta obra, mediante medidas policivas como señales de alerta, barreras, etc.

Tomó como tesis de su recurso, la teoría del riesgo creado, debiendo responder la administración a título de responsabilidad objetiva, sin haber cabida a endilgar una culpa exclusiva de la víctima.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 15 de diciembre de 2014, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora¹⁰.
- En proveído de 02 de febrero de 2015, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto de fondo¹¹.
- La parte demandada –INVÍAS-, presentó sus alegaciones, reiterando la posición manifestada en la contestación de la demanda.¹²

⁹ Folios 380 – 382, cuaderno de 1ª instancia.

¹⁰ Folio 3, cuaderno de 2ª instancia.

¹¹ Folio 17, cuaderno de 2ª instancia.

¹² Folios 35-45, cuaderno de 2ª instancia.

- El Ministerio Público emitió concepto, argumentando que no existe en el plenario, la prueba que demuestre la existencia de un daño atribuible específicamente a las Entidades demandadas, hallando una falta de nexo causal entre el daño y el actuar de la administración, que permita acceder a las pretensiones del medio de control.¹³

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

Para esta sala, el problema jurídico de esta acción, se centra en determinar: *¿Hay lugar a declarar patrimonialmente responsable a la parte demandada, por los hechos acaecidos el 1º de noviembre de 2010, donde murió la menor BANESEA HERNÁNDEZ BELLO?*

2.3. De lo probado.

- Registro civil de nacimiento de la menor BANESEA HERNÁNDEZ BELLO.¹⁴
- Certificado de Defunción – Antecedente Registro Civil, con respecto a la menor BANESEA HERNÁNDEZ BELLO.¹⁵
- Registro civil de defunción de la menor BANESEA HERNÁNDEZ BELLO.¹⁶

¹³ Folios 29-34, cuaderno de 2ª instancia.

¹⁴ Folio 23 del Cuad. De 1ra Inst.

¹⁵ Folio 24 del Cuad. De 1ra Inst.

¹⁶ Folio 25 del Cuad. De 1ra Inst.

- Registro civil de nacimiento de la señora MIRIAM MARINA BELLO CÁRDENAS.¹⁷
- Registro civil de nacimiento del menor LUIS ESTEBAN HERNÁNDEZ BELLO.¹⁸
- Registro civil de nacimiento del menor SERGIO HERNÁNDEZ BELLO.¹⁹
- Registro civil de nacimiento de la señora JOSEFA MARÍA CARDENAS MURILLO.²⁰
- Registro civil de nacimiento del señor MANUEL DEL CRISTO BELLO CÁRDENAS.²¹
- Registro civil de nacimiento del señor LUIS ALFREDO PEREIRA BELLO.²²
- Certificación de Necropsia N° 017-2012, donde se hace constar la realización de tal procedimiento, al cuerpo de la menor BANESEA HERNÁNDEZ BELLO.²³
- Constancia expedida por la Fiscalía Sexta Seccional de Sincelejo, sobre la existencia del proceso con radicación 708206001052201000596, iniciado con ocasión de los hechos acaecidos el 1º de noviembre de 2010.²⁴
- Acta de declaración extraproceso, suscrita ante la Notaria Única de Tolú-Sucre, por el señor ROGER DE JESÚS COHEN MENDOZA, de fecha 9 de octubre de 2012.²⁵
- Contrato N° 3620 de 2008. “CONSTRUCCIÓN OBRAS DE MITIGACIÓN EN EL SECTOR DE PLAYAS DE COVEÑAS”.²⁶

¹⁷ Folio 26 del Cuad. De 1ra Inst.

¹⁸ Folio 27 del Cuad. De 1ra Inst.

¹⁹ Folio 28 del Cuad. De 1ra Inst.

²⁰ Folio 29 del Cuad. De 1ra Inst.

²¹ Folio 30 del Cuad. De 1ra Inst.

²² Folio 31 del Cuad. De 1ra Inst.

²³ Folios 32-33 del Cuad. De 1ra Inst.

²⁴ Folios 35-36 del expediente.

²⁵ Folio 37 del expediente.

²⁶ Folios 38-43/108-113 del Cuad. De 1ra Inst.

- Certificación de 3 de diciembre de 2013, donde se hace constar las obras ejecutadas por el INVÍAS, de conformidad con la construcción de obras de mitigación en el sector playa de Coveñas-Sucre.²⁷
- Informe de necropsia N° 2010010170820000048, donde se valora procedimiento efectuado al cuerpo de la menor BANESEA HERNÁNDEZ BELLO.²⁸
- Oficio N° 19201301491 de 10 de diciembre de 2014, emitido por la Dirección General Marítima DIMAR – Capitanía de Puerto.²⁹
- Documentación relacionada con el Proceso con radicación N° 708206001052201000596, iniciado con ocasión de los hechos acaecidos el 1 de noviembre de 2010.³⁰
- Declaración de terceros, en los que se destaca:³¹

“ANA GREGORIA DE GASPAR: (...) PREGUNTADO: Que conoce usted de los hechos de esta demanda. RESPONDE: Bueno yo no estaba en el sitio, pero si presencie todo el proceso el dolor de la familia, cuando ella se ahogó, eso fue un noviembre, los gritos de dolor de la abuela de su familia, me acerque, y tengo entendido que ellos se estaban bañándose en la playa y la niña se resbaló de los espolones, perdió el conocimiento y... PREGUNTADO: Le consta a usted el sufrimiento de los familiares, y porque. RESPONDE: Me consta porque yo viví el sufrimiento de esa niña, de los hermanitos, de su mama, de su papá, eso fue un golpe muy grande, hasta los vecinos, todos sufrimos esa muerte (...)

LUIS ALFREDO PEREIRA BELLO: (...) PREGUNTADO: En qué lugar se encontraba usted el día de los hechos RESPONDE: Pues, me encontraba en la playa, con los primos y la difunta. PREGUNTADO: A que distancia y con quien se encontraba la joven Hernández Bello. RESPONDE: Se encontraba con sus hermanos Sergio y Luis Hernández. PREGUNTADO: Los hermanos son menores de edad. RESPONDE: Si son menores de edad. PREGUNTADO: Había alguien mayor de edad con ellos. RESPONDE: No. PREGUNTADO: A que distancia se encontraba usted de ella: RESPONDE: A unos cincuenta (50) metros. PREGUNTADO: En el lugar en el que se encontraba podía vigilarla, estar pendiente de ella. RESPONDE: O sea, donde estaba en primer lugar si podía verla, pero en un momento cogió pa' (sic) otro lado que no podía observarla. PREGUNTADO: En el momento en que no podía observarla, con quien se encontraba la joven. RESPONDE: Estaba sola. PREGUNTADO: Usted estaba consumiendo algún tipo de licor, estaba departiendo, una reunión. RESPONDE: No una reunioncita con los vecinos, pero, si estuvimos tomando, pero no mucho. PREGUNTADO: Como se enteró usted que la joven se había caído del espolón. RESPONDE: El hermano me aviso (...).

²⁷ Folio 251 del Cuad. De 1ra Inst.

²⁸ Folios 264-267 del Cuad. De 1ra Inst.

²⁹ Folios 276-277 del Cuad. De 1ra Inst.

³⁰ Folios 281-315 del expediente.

³¹ Ver CD Aud. Pruebas

MANUEL DEL CRISTO HOYOS CÁRDENAS: (...) PREGUNTADO: Qué relación tiene usted con los familiares de la menor Hernández Bello (Q.E.P.D) RESPONDE: Soy tío de la menor. PREGUNTADO: En el momento de los hechos donde se encontraba usted. RESPONDE: Nosotros estábamos en la casa, y de la casa organizamos un viaje a la playa, donde sucedió lo que sucedió. PREGUNTADO: Ustedes estaban consumiendo licor. RESPONDE: En la reunión en la que estábamos no se estaba consumiendo licor. PREGUNTADO: Con quien se encontraba la menor. RESPONDE: Nosotros estábamos un grupito de familiares departiendo en la playa, la niña que era inquieta se separó del grupo y salió a la parte en que se encontraba los espolones, el rompeolas. PREGUNTADO: Quien se percató que la niña en el espolón. RESPONDE: Pues nosotros en el momento la vimos que iba para el espolón, pero no pensamos que se iba a subir tanto, como estábamos divirtiéndonos en la playa, la dejamos que siguiera. PREGUNTADO: cuando usted dice tanto a que se refiere, cuanto camino la joven RESPONDE: La joven camino aproximadamente unos cincuenta (50) metros. PREGUNTADO: Usted miró cuando la niña se resbaló. RESPONDE: Ella se paró en el espolón, mirando hacia a nosotros, empezó a moverse, usted sabe que esa piedras mojadas se ponen resbalosa, al momento como que se cortó, porque en la parte izquierda o derecha del pie se hizo una raja inmensa (...)

MIRIAM MARINA BELLO CÁRDENAS: (...) PREGUNTADO: En qué lugar se encontraba usted en el momento de los hechos. RESPONDE: En mi casa. PREGUNTADO: Como se enteró usted de lo sucedido. RESPONDE: Pues, me llamaron por un celular. (...)

ROCIO DE LA CRUZ ÁLVAREZ ORALES: PREGUNTADO: Como conoce usted los hechos de la demanda. RESPONDE: Bueno yo en lo que le pasó, no estaba presente, pero si ayude a sus familiares en el entierro, acá en lo que ellos necesitaban, le colaboramos, porque son una familia pobre, pero en el accidente no estaba presente (...)

2.4. Análisis de la Sala.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia³², establece una cláusula general de responsabilidad, en cabeza del Estado, por aquellos daños antijurídicos, causados por la acción u omisión imputable a sus agentes.

Dentro de dicha disposición de orden constitucional, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha encuadrado, dos elementos de responsabilidad a tener en cuenta, tales como el daño antijurídico y la imputación³³.

³² Constitución Política de Colombia. "Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

Por **daño antijurídico** se ha dicho, que el mismo “consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas”³⁴.

En cuanto al segundo de los elementos, es decir la **imputación**, la misma se instituye como la “atribución de la respectiva lesión”; en consecuencia, “la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”³⁵, con la advertencia de que en atención del principio iura novit curia, “corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión”³⁶.

Por lo tanto, una vez definidos y acreditados los elementos de la responsabilidad, el juzgador procede a la tasación económica del daño, en la materialización de perjuicios, los cuales pueden ser de orden material (Daño emergente-Lucro cesante) o inmaterial (Daño moral, Daño a la Salud –Daño a la salud), teniendo en cuenta las particularidades de cada caso.

Ahora bien, la jurisprudencia contenciosa administrativa, ha reiterado que la carga de la prueba en estos asuntos, radica en quien asevera los hechos, de los cuales se predica la pretensión de responsabilidad, debiéndose mantener un papel proactivo, a la hora de generar la convicción necesaria, al juez de conocimiento, que permita de esta forma esclarecer la controversia materia de la acción.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub sección C. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Expediente con radicación interna 23300. C. P. Dra. Olga Mérida Valle de la Hoz.

³⁴ Ibíd.

³⁵ Ibíd.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2007. Expediente con radicación interna 22655. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacios.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia del 12 de septiembre de 2012³⁷, señaló:

“Así, se insiste, que el escasísimo material probatorio que milita en el expediente no permite esclarecer los hechos que rodearon el accidente de la señora Álvarez Narváez y, por consiguiente, no es posible concluir que el mismo hubiera ocurrido tal como se dijo en la demanda, de modo que, ante la ausencia de pruebas, no existen elementos de juicio suficientes para pregonar que, en este caso, se configuró una falla en la prestación del servicio, imputable a la demandada.

Como lo ha precisado la Sala en varias oportunidades, de acuerdo con el artículo 177 del C.P.C., la carga de la prueba compete a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte; por lo tanto, es indispensable demostrar, por los medios legalmente dispuestos para tal fin, los hechos que sirven de fundamento fáctico de la demanda, de modo que la mera afirmación de los mismos no sirve para ello. Así, es necesario establecer cuál es la actividad del ente demandado que guarda el necesario nexo de causalidad con el daño y que permite imputarle responsabilidad a aquél, situación que acá no se dio; por lo tanto y como la parte actora no cumplió con la carga probatoria mínima que le era exigible, relativa principalmente a acreditar la responsabilidad de la entidad demandada, la Sala debe concluir que no se encuentra acreditada la responsabilidad de dicha entidad por los hechos que le fueron imputados”

Aterrizando lo anterior, al **caso en concreto**, esta Colegiatura encuentra que del acervo probatorio recopilado, no puede deducirse certeza o al menos, un criterio probable, de cómo acontecieron los hechos, esto es, de si, efectivamente, el accidente que sufrió la menor Hernández Bello, fue producto de irregularidades en la estructura física denominada espolón, ya que las declaraciones recopiladas, son muy genéricas y tienden a contradecirse (nótese como aparentemente, al menos un testigo, señala que ese día, se desarrollaba algún tipo de convivencia, que incluía, el consumo de licor y hasta descuido de parte de los padres, lo cual se trata de negar), a más que en su mayoría se recurre a valoraciones propias de un testimonio de oídas y aseveraciones eventuales, sin ninguna seguridad jurídico-fáctica, sobre lo acontecido.

³⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Expediente con radicación interna 25426. C.P Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Decisión judicial que si bien toma en cuenta criterios normativos de la anterior codificación del procedimiento civil, también es práctica para aquellos caso tramitados en vigencias del Código General del Proceso, de conformidad con lo consignado en el Art. 167 de tal normativa.

Si a lo anterior se le suma, que la causa de la muerte, no responde, estrictamente a impacto sobre el espolón o condición que indique que tal obra fue la causa física eficiente (como el hecho de que el espolón, se hallaba en condiciones tales, que permitió a la menor resbalarse), sino a asfixia mecánica por sumersión, que debe entenderse se relaciona con ahogamiento en las aguas marinas, para el caso, las dudas surgen con mayor claridad. Al efecto, el informe de necropsia ya reseñado, señala:

“CONCLUSIÓN PERICIAL: Es el caso de un cadáver femenino de 12 años de edad, de contextura mediana, en buen estado músculo nutricional, de aspecto cuidado, quien se encontraba departiendo con amigos en el mar playas de Coveñas sector de la coquerita por punta de piedra; en el cuerpo del necropsiado se encuentra: No se evidencia fracturas óseas, se evidencia cianosis (hipoxia), uñas cianóticas, cianosis en cara y cuello, ingurgitación yugular bilateral, edema pulmonar severo rosado, congestión visceral generalizada, congestión vascular cerebral, hemorragias petrosas, en ambos mastoides, hemorragia subconjuntival severa; que explican el deceso.

Causa básica de la muerte: El deceso de quien en vida respondía al nombre de BANEZA HERNÁNDEZ BELLO, de 12 años de edad fue consecuencia natural y directa a ASFIXIA MECÁNICA POR SUMERSIÓN, identificado con tarjeta de identidad número 98092868770, expedida en San Onofre Sucre; las prendas de cadáver y el certificado de defunción número 803973270 fueron entregados al señor Luis Alfonso Hernández Márquez, identificado con cedula de ciudadanía numero 15617915 expedida en San Antero Córdoba, padre del occiso, y residente en Coveñas, Barrio Guayabal, Calle Principal”.

Por esta razón, al no existir un escenario idóneo, mediante el cual se acredite de manera específica los hechos de la demanda, no es posible esclarecer el elemento de responsabilidad característico de la imputación, toda vez, que si bien se sabe que el 1º de noviembre de 2010, ocurrió la muerte de la menor Hernández Bello, por ASFIXIA MECÁNICA DE SUMERSIÓN, no se tiene certeza de cómo ocurrió el episodio fatídico, razón suficiente, para negar las súplicas de la demanda.

Además, el solo argumento de ausencia de medidas como señalización, no tiene la magnitud para dar lugar a la cláusula general de responsabilidad por parte del Estado, en este caso, pues, primero que todo, la ausencia u orfandad probatoria, antes señalada, también se predica sobre tal presupuesto fáctico, a más que la omisión en tal sentido, no es suficiente para endilgar el juicio de responsabilidad, al no tenerse seguridad sobre la causa adecuada, que de sentido al nexo de

causalidad. En sentencia del 22 de julio de 2002³⁸, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sobre el tema, refirió:

*“La Sala debe preguntarse sobre si ¿las conductas demostradas de los demandados fueron causa determinante y eficiente en la producción del daño sufrido por los actores? Sobre el particular se observa que las pruebas de demostración de las conductas de los demandados no es a su vez prueba de la relación causal. Particularmente los demandantes alegaron indirectamente que debe aplicarse para la determinación del nexo causal la teoría de “la equivalencia de las condiciones” y no la teoría de “la causalidad adecuada”, pues cree que la mera conducta, o de falla o de riesgo, son causales en la producción del daño. Por tanto, para la Sala es indispensable señalar cómo no toda conducta referida a un daño puede entenderse como causal en su producción. La jurisprudencia ha insistido en tal punto; para ello recuerda que sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías; la primera de la equivalencia de las condiciones, según la cual, todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo. Esta teoría fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual se considera que el daño fue causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo; se ha exigido, en consecuencia, que ese hecho sea relevante y eficiente. Examinando lo concreto del caso es indudable, como lo aseguró el apoderado de los actores, que se probaron la ubicación de la escuela en un sitio de riesgo tanto para acceso como para la salida; las faltas de señalización de la vía; que son situaciones comprobadas y antecedentes en la producción de las muertes de los menores Múnera Restrepo. Y si bien tales conductas están dentro de la cadena histórica de aquellos decesos no fueron las determinantes y eficientes en su producción. **Basta señalar que la ubicación de las cosas o la señalización de las vías no son conductas que eviten o impidan, por si mismas**, el acaecimiento de hechos como es el que se juzga y/o que siempre que la ubicación de una cosa no esté en lugar adecuado y que su señalización se omita o sea incorrecta conduzca, necesariamente, a la producción de daños. Se corroboró con documento público, que no fue tachado de falso en la oportunidad legal, que los menores fallecidos fueron los causantes de su propia muerte, cuando al apearse del bus en que el llegaban a la Escuela Carlos Mesa, se cruzaron detrás de él y pasaron corriendo la vía, sin advertir el cruce de la volqueta, y por lo tanto fueron atropellados. El Código Nacional de Tránsito sobre la conducta de los peatones señala de una parte que deben comportarse en forma que no incomoden, perjudiquen o afecten a los demás y de otra, que al atravesar una vía, lo harán por la línea más corta, cerciorándose de que no viene ningún vehículo que ofrezca peligro para el cruzamiento (arts. 109 y 121). 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, artículo 2.346 del Código Civil. 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 si 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*

³⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente con radicación interna 13811. C.P Dra. María Elena Giraldo Gómez.

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.” (Negrilla fuera de texto).

Nótese en este caso, que aun los testimonios allegados al expediente, que serían los más adecuados para establecer la manera como ocurrió el accidente mortal, dan a entender hipótesis contradictorias, como el caso de que por el juego de los menores presentes en el espolón, pudo haber sido la causa para que BANESSA HERNÁNDEZ BELLO cayera al agua y falleciera o que un inocente juego, individual de la víctima, llevase a la misma condición.

En este sentido, al no lograr acreditarse los elementos propios del juicio de responsabilidad del Estado, principalmente en los aspectos antes señalados, este Tribunal, procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, bajo las razones expuestas en esta decisión judicial.

3.- CONDENA EN COSTAS - SEGUNDA INSTANCIA.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1°, 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandante y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

4.-DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el 8 de abril de 2014, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0038/2015

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

**LUIS CARLOS ALZATE RÍOS
PÉREZ**

MOISÉS

RODRÍGUEZ