

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Yopal, veintitrés (23) de julio dos mil quince (2015)

Radicado: 85001-33-31-702-2012-00072-01
Demandante: MARIELA RUIZ BARRERA Y OTROS
Demandado: MUNICIPIO DE PAZ DE ARIPORO Y OTROS

REPARACIÓN DIRECTA

Magistrado ponente: HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

1. ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de segunda instancia en el ordinario de reparación de la referencia, instaurado por las personas que se relacionan a continuación y que conforman el siguiente núcleo familiar:

Mariela Ruiz Barrera, Eliécer Álvarez Ovalle, padres del niño Eliécer Álvarez Ruiz (q.e.p.d) quienes actúan en nombre propio y en representación de sus menores hijos José Armando Álvarez Ruiz y Natalia Álvarez Ruiz; Jorge Arumay Orduz Ruiz, Eudora Barrera de Ruiz; Elkin Eladio Ruiz Barrera, Mélida Ovalle, José Segundo Ovalle quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos José Luis Álvarez Machado y Juan José Álvarez Machado; Armando Álvarez Ovalle quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad Daniel Armando Álvarez Díaz, Sara Manuela Álvarez Díaz y Felipe Álvarez Díaz, Zully Tatiana Álvarez Díaz, Karen Maite Álvarez Díaz; Ruth Fabiola Robles Ovalle, Carlos Eduardo Valderrama Ovalle, Julio Robles Cruz y Silvestre Enrique Robles.

2. HECHOS RELEVANTES

El día 21 de marzo de 2010 el menor Eliécer Álvarez Ruiz (q.e.p.d) se encontraba junto con su familia en el centro recreacional Piscinas Villa Rosita, ubicado en el km 2, de la vía marginal de la selva del municipio de Paz de Aripоро; mientras jugaba con un balón en dicho establecimiento, este objeto se fue a un canal que estaba separado del área del centro recreacional por una cerca instalada en el lindero a no más de 4 metros del borde de la piscina, el menor se fue a recoger el balón para seguir el juego pero en razón a que él estaba mojado y el suelo también, cuando tocó la cerca perimetral

recibió una fuerte descarga eléctrica por líneas de conducción transmitida en alambres causándole la muerte por la electrocución.

Se indica que en el lugar no había aviso que anunciara que la cerca estaba electrificada, solo había un aviso de advertencia que indicaba que todo menor de edad que ingresara a la piscina era bajo la responsabilidad de sus padres o un adulto.

El establecimiento de comercio es de propiedad de la señora Rosa Eusebia Cortés Pérez fallecida el 09 de noviembre de 2009, la cual dejó una masa sucesoral ilíquida e intestada, cuyos herederos son Flor Alba Pérez Cortés y José Cristino Pérez Cortés.

De acuerdo al oficio de fecha 15 de marzo de 2010 se informó que en el establecimiento donde ocurrieron los hechos se hizo presente la funcionaria de pesas y medidas, la inspectora de policía y la Policía Nacional con el fin de practicar diligencia de inspección y verificación de medidas de seguridad y funcionamiento de la piscina, pero la misma no se pudo llevar a cabo en esa ocasión porque en el lugar nadie se encontraba.

Que la investigación penal la inició la Fiscalía 19 Seccional de Paz de Ariporo por el delito de homicidio culposo del menor Eliécer Álvarez Ruiz, la cual fue archivada al considerar que los hechos se enmarcaban dentro de una conducta atípica por tratarse de una muerte accidental, donde la víctima tuvo contacto con un alambre del encerrado que poseía carga eléctrica y esa situación era desconocida por las personas que manejaban el sitio.

3. ASUNTO LITIGIOSO

Los demandantes, padres, hermanos, tíos, primos y abuelas de la víctima, demandan el reconocimiento de la responsabilidad del Municipio de Paz de Ariporo, y por fuero de atracción de la sucesión ilíquida e intestada de Rosa Eusebia Cortés Pérez a Flor Alba Pérez Cortés y José Cristino Pérez Cortés por la muerte del niño Eliécer Álvarez Ruiz (q.e.p.d) en hechos ocurridos el día 21 de marzo de 2010 en el Centro Recreacional Piscinas Villa Rosita. Como consecuencia de la anterior declaratoria, solicitan las siguientes condenas:

- 3.1. Perjuicios Materiales: por concepto de daño emergente, la indemnización consolidada y futura correspondiente a los pagos que dentro del proceso demuestre, hayan sido o deban ser realizados por los accionantes con ocasión de la muerte del niño Eliécer Álvarez Ruiz (q.e.p.d).

3.2. Perjuicios Extra-patrimoniales

NOMBRE	PARENTESCO	P. MORALES.	D. A. C. E. ¹	REGISTRO CIVIL / FOLIO
Mariela Ruiz Barrera	Mamá	250 SMLMV	400 SMLMV	77-84
Eliécer Álvarez Ovalle	Papá	250 SMLMV	400 SMLMV	77-81
Eliécer Álvarez Ruiz	Víctima directa	600 SMLMV		
José Armando Álvarez Ruiz	Hermano	125 SMLMV	200 SMLMV	79
Natalia Álvarez Ruiz	Hermana	125 SMLMV	200 SMLMV	80
Jorge Arumay Orduz	Hermano de crianza	125 SMLMV	200 SMLMV	
Mélida Ovalle	Abuela paterna	125 SMLMV		81
Eudora Barrera	Abuela materna	125 SMLMV		84
Elkin Eladio Ruiz	Tío	85 SMLMV		
José Segundo Álvarez Ovalle	Tío	85 SMLMV		82
José Luis Álvarez Machado	Primo	45 SMLMV		
Juan José Álvarez Machado	Primo	45 SMLMV		
Armando Álvarez Ovalle	Tío	85 SMLMV		83
Daniel Armando Álvarez Díaz	Primo	45 SMLMV		
Sara Manuela Álvarez Díaz	Prima	45 SMLMV		
Felipe Álvarez Díaz	Primo	45 SMLMV		
Ruth Fabiola Robles Ovalle	Tía	85 SMLMV		
Carlos E. Valderrama Ovalle	Tío	85 SMLMV		
Zully Tatiana Álvarez Díaz	Prima	45 SMLMV		
Karen Maite Álvarez Díaz	Prima	45 SMLMV		
Julio Robles Cruz,	Primo	45 SMLMV		

Además, solicitó la parte actora medidas de naturaleza no pecuniaria, de justicia restaurativa o correctiva.

4. DECISIÓN RECURRIDA

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Yopal mediante sentencia de fecha 13 de agosto de 2013 (ff. 237 a 302) profirió sentencia accediendo parcialmente a las pretensiones de la actora, respecto de las excepciones propuestas por el municipio de Paz de Ariporo y por Flor Alba Pérez Cortés y José Cristino Pérez Cortés señaló que las mismas no estaban llamadas a prosperar porque no revestían el carácter de excepciones de fondo y que se debían tener como alegaciones de la defensa susceptibles de ser analizadas junto con el fondo del asunto.

Se refirió a la legitimación en la causa por pasiva, determinando que el municipio se encontraba legitimado para actuar en ocasión al deber legal y constitucional que le incumbe verificar las medidas de seguridad en las piscinas de uso colectivo y privado de conformidad a lo previsto en el artículo 9 de la Ley 1209 de 2008. Señaló que las pruebas obrantes en el plenario

¹ Daño de alteración en las condiciones de existencia.

permitieron determinar que el establecimiento no cumplía con las medidas de seguridad dispuestas en la citada ley, ni con los requisitos especiales para seguir operando como establecimiento de comercio; deficiencias atribuibles al ente territorial de conformidad al Decreto 1879 de 2008.

Que de la declaración de Flor Alba Pérez Cortés se concluyó que en razón a que la causante había hecho una cerca de guadua para que los semovientes no entraran al predio y, posteriormente fue adecuada una cerca fraudulenta, que fue la que causó la muerte del menor y no una cerca eléctrica legalmente adaptada, ya que las cercas eléctricas creadas como barrera para animales según el RETIE (Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas) dicha instalación en condiciones normales de operación no debe generar riesgos a las personas o animales.

Respecto al hecho de que la administración municipal unos días antes del incidente hubiese hecho una visita al predio en cumplimiento de la Ley 1209 de 2008, sin encontrar nadie que atendiera la diligencia, el a-quo determinó que esa situación no implicó que la administración hubiera cumplido con su deber de control.

Por otro lado, no se desvirtuó la tenencia del inmueble y del establecimiento en cabeza de los herederos de la propietaria, como tampoco la existencia de contrato de arrendamiento entre los señores Pedro Nel Pelayo y Carmen Brígida Mendivelso y la causante Flor Alba Pérez Cortés; por lo cual se predicó la legitimación por pasiva de los herederos.

Así mismo, puntualizó que el municipio de Paz de Ariporo no probó ni alegó que el servicio de energía eléctrica era prestado por una empresa de servicios públicos, por lo que el Despacho señaló que el municipio prestaba directamente el servicio y por lo tanto le competía vigilar que las instalaciones cumplieran con el RETIE y lo previsto en el Código Eléctrico Colombiano NTC 2050.

Estableció ese Despacho que sí existió daño antijurídico imputable al municipio de Paz de Ariporo, a los señores Flor Alba Pérez Cortés, José Cristino Pérez Cortés en calidad de herederos determinados e indeterminados de la sucesión ilíquida e intestada de Rosa Eusebia Cortés Pérez, la imputación fue a título de *falla de servicio por omisión*, la cual fue acreditada con el acervo probatorio allegado al plenario, además porque se demostraron los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado, por la muerte del menor Eliécer Álvarez Ruiz.

Puntualizó la materialización de la concausa de culpas con los padres del menor como quiera que tenían a cargo del cuidado del mismo, por lo que redujo la condena en un 20% para cada uno como causantes del hecho.

Finalmente, encontró probada la legitimación por activa del núcleo familiar a los que le reconoció perjuicios morales únicamente.

5. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

5.1. Interpone recurso de apelación el apoderado del municipio de Paz de Ariporo, el apoderado de Flor Alba Pérez Cortés y José Cristino Pérez Cortés y a su vez el apoderado de la parte accionante. En su orden:

5.1.1. Recurso interpuesto por el municipio de Paz de Ariporo.

El apoderado fundamenta el recurso aduciendo que no toda falla del servicio genera responsabilidad estatal, que no se configuró la responsabilidad del municipio, aún si se aceptara que existió la nombrada falla en cuanto a la vigilancia permanente que tiene sobre las piscinas públicas o privadas, indicó que una cosa es que el municipio por ley tenga la función de vigilancia respecto de que las piscinas cumplan las exigencias legales y otra, totalmente diferente, es que por ello la entidad sea la encargada de inspeccionar físicamente las instalaciones de la piscina o del manejo de las operaciones diarias. Indica que la sentencia llevó al extremo la teoría de la responsabilidad del Estado.

Agrega que no existe el nexo causal entre la muerte del menor y la presunta omisión del cumplimiento del deber legal-reglamentario del municipio, dado que ella, de existir, no fue la causa determinante de los insucesos, si el establecimiento no cumplía con las medidas de seguridad dispuestas en la Ley 1209 de 2008, son hechos de los cuales deben responder sus propietarios pero no la entidad territorial, a quien no se le pueden trasladar o atribuir tales deficiencias y las consecuencias que de ella se derivaron.

Añade que la juez no tuvo claridad alguna sobre quién realmente fue el causante de los perjuicios y que por ello se inclinó a condenar al municipio; que la sentencia apelada no está soportada en las pruebas legalmente recaudadas sino en simples presunciones, a ello refiere que el municipio no es quien presta el servicio de energía sino la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A; indica que se le trasladó ilegalmente la responsabilidad de la muerte del menor.

Finalmente, arguye que las pretensiones respecto al municipio estaban llamadas al fracaso de forma absoluta y que las excepciones formuladas por el municipio se encontraban llamadas a prosperar; por ende solicita la revocatoria íntegra del fallo de instancia.

5.1.2. Recurso interpuesto por el apoderado de Flor Alba Pérez Cortés y José Cristino Pérez Cortés.

Solicita se revoque el fallo de primera instancia, porque la señora juez le dio un valor subjetivo al acervo probatorio y mediante suposiciones hizo su debate sin tener en cuenta los testimonios rendidos en el proceso. Agrega que sus representados no tenían una conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, pues el establecimiento de comercio en el cual sucedieron los hechos estaba arrendado, así que quienes deben ser llamados a responder son quienes lo administraban y prestaban el servicio de recreación.

Pone en conocimiento la situación en la cual tanto la Procuraduría, en diligencia de conciliación, como la señora juez negaron la petición respecto de llamar a los señores Pedro Nel Pelayo y Carmen Brígida Mendivelso como personas directamente responsables y bajo quien se encontraba el bien al momento de los hechos y no a sus representados, señala que sus representados aunque fuesen los herederos de la propietaria del bien, no son las personas que tienen bajo su administración y cuidado del bien; pues este estaba arrendado y con la explotación económica de Carmen Brígida Mendivelso.

Menciona que la juez al determinar que por el hecho de no existir un contrato de arrendamiento por escrito, no había lugar a la existencia del mismo, así mismo el recurrente señala que los contratos son consensuales, no solo existen contratos escritos, también existen verbales como el que existía entre la señora Flor Alba Pérez y Carmen Brígida Mendivelso, hecho este que lo reconocen las partes en sus declaraciones.

Agrega que la juez falló de forma errada al hacer suposiciones al aducir que el hecho de que la señora arrendataria hubiera informado de lo ocurrido a la propietaria del bien, esto era motivo para presumir que el bien estaba bajo una administración y no en arriendo, que obra prueba de que los herederos de la señora Eusebia Cortés nunca han tenido el bien bajo su administración.

Así, señala el recurrente que el hecho es el resultado de personas ajenas a los propietarios del bien, que hay un riesgo creado por un tercero el cual no puede dar lugar a imputárselo a los herederos, que jamás se demostró que

los mismos administraban el establecimiento; en consecuencia, debían ser los arrendatarios quienes manejaban y eran conocedores si podía existir un riesgo o no.

Finalmente, reitera que la valoración de las pruebas y el análisis de cada una de ellas no fueron suficientes para el juez de primera instancia al no acatar la petición de llamar a los arrendatarios de la misma forma como se convocó y se demandó a los herederos.

El recurrente aportó fotocopias simples de declaraciones bajo la gravedad de juramento de Alba Rocío Patarroyo, Serafín Simón Torres Acosta y Víctor Giral y solicita citar a la primera y al último a rendir declaración, lo anterior teniendo en cuenta el numeral 2º del artículo 247 del C.P.C., personas que declararan que la señora Floralba Pérez había tomado en arriendo el establecimiento de comercio.

5.1.3. Recurso interpuesto por el apoderado de la parte actora.

Solicita el recurrente que se modifique parcialmente el numeral 2º y totalmente el numeral 5º de la sentencia proferida el día 13 de agosto de 2013. En consecuencia que se concedan plenamente sus pretensiones, arguye lo siguiente:

✓ Que existen conductas punibles y conforme a la valoración probatoria que hizo el despacho es claro que Flor Alba Pérez Cortés, José Cristino Pérez Cortés, Camila Forero Abril, Nelba Rosa Martínez, Carmen Brígida Mendivelso y Beatriz Mendivelso, faltaron a la verdad, por lo que solicita que se compulsen copias a la Fiscalía General de la Nación. Y que se tengan en cuenta aquellos presuntos punibles de falsedad, alzamiento de bienes y fraude procesal indicados en los alegatos de conclusión ante la primera instancia.

✓ Que no existió conducta a título de culpa de los padres del menor fallecido, al no tener conocimiento del riesgo eléctrico, y no se puede concluir que se incumplió efectivamente el contenido obligacional.

✓ Que se encuentra acreditada la relación de parentesco de cada uno de los integrantes del grupo familiar demandante y por ello procede el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales e inmateriales solicitados.

✓ Que se condene al pago de perjuicios materiales, pues la demandante incurrió en gastos con ocasión a la muerte del menor, a ello refiere los gastos de entierro, exequias y desplazamientos, así como los que

correspondan a la indemnización consolidada y futura de la atención psicológica.

✓ Solicita la condena por perjuicio moral para la víctima directa, siendo sus padres los llamados a reclamar por este concepto, en virtud al padecimiento del menor, al no producirse la muerte de forma instantánea.

✓ Que no cabe la reducción de los perjuicios morales que hace el Despacho, que si bien el criterio de estimación del perjuicio moral es por *arbitrio judicis*, solicita tener en cuenta las cuantías máximas de indemnización con fundamento al derecho a la igualdad conforme a precedentes de la jurisdicción administrativa y ordinaria.

✓ Pide el recurrente que se reconozca el daño a la vida de relación, hoy llamado alteración a las condiciones de existencia a todos los integrantes de la parte actora, con ocasión de las circunstancias en que se produjo la muerte del menor Eliécer Álvarez (q.e.p.d), ya que todos se encuentran legitimados en la causa como parientes consanguíneos, quienes son acreedores del daño a la vida en relación, porque todos y cada uno son un grupo familiar.

6. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

El expediente arribó al Tribunal el 30 de septiembre de 2013 y al despacho el día 7 de octubre de esa anualidad (fl. 2, c. 2ª), el 10 de octubre de 2013 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes (fl. 3, c. 2ª). Mediante auto del 24 de octubre se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 5, c. 2ª), término dentro del cual las partes demandadas, Flor Alba Pérez Cortés – José Cristino Pérez Cortés y el municipio de Paz de Ariporo se pronunciaron (ff. 6-10, y 11-14, c. 2ª). La parte actora guardó silencio y el Ministerio Público no conceptuó.

6.1. Síntesis de los alegatos

6.1.1. La parte demandada, Flor Alba Pérez Cortés y José Cristino Pérez Cortés (ff. 6 a 10, c. 2ª), indica que desde la etapa prejudicial se ha manifestado que no existe prueba legal que demuestre la muerte del menor (registro de defunción) al igual se pronunció respecto a la vinculación de los arrendatarios del establecimiento comercial donde sucedieron los hechos; situación que se ha desconocido a lo largo del proceso. Señala que pese a que dentro de la etapa procesal no hubo pronunciamiento sobre la integración del contradictorio, dejando en el vacío la solidaridad con que

deben responder quienes tenían bajo su responsabilidad el establecimiento de comercio, debiéndose integrar el litiscosorcio necesario.

Indica que hay pronunciamiento de la señora juez en un sentido contrario a lo demostrado con las pruebas, al manifestar que el día en que ocurrieron los hechos las personas que se encontraban en el lugar eran administradores de los propietarios, cuestión que no se probó dentro del proceso; por el contrario, lo que se comprobó fue que quienes estaban respondiendo por este establecimiento, en calidad de arrendatarios, eran los señores Carmen Brígida Mendivelso y Pedro Nel Pelayo ya que ellos mismos así lo declararon ante la Fiscalía de Paz de Ariporo. En todo lo demás el apoderado realiza una apreciación de las pruebas testimoniales concluyendo que se hizo una declaración injusta de responsabilidad a sus representados.

6.1.2. Alegatos del apoderado del municipio de Paz de Ariporo (ff. 11 a 14, c, 2ª): adujo que los mismos se reducen a lo indicado en la sustentación del recurso, reitera la solicitud de revocatoria de la sentencia y en consecuencia pide que se absuelva a su representada de todas las pretensiones.

Seguidamente se refiere al recurso de la parte actora, arguyendo que el mismo se encuentra infundado en virtud de que el municipio no ostenta la calidad de garante y está lejos de responder por los accidentes que ocurren en los bienes privados; al igual que no es el responsable ni el propietario de la red eléctrica, alegando la falta de legitimación en la causa, todo vez que el actor debió haber demandado a la Empresa de Energía de Casanare ENERCA al ser la responsable de la conducción eléctrica. Entre otros argumentos, señaló que la parte actora está convirtiendo la muerte del menor en una causa de enriquecimiento, al pretender en la demanda y en el recurso que se acceda a una exagerada indemnización.

7. CONSIDERACIONES GENERALES

Revisada la actuación surtida hasta el momento en cumplimiento del control de legalidad establecido en el artículo 132 del C.G.P., no se observan irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado. Por el contrario, se observa que se cumplió el procedimiento establecido en los artículos 206 y siguientes del C.C.A, es decir, se agotó el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

Se proveerá decisión de mérito, puesto que la acción se instauró oportunamente por personas naturales capaces de hacer valer sus derechos y contra una entidad estatal con personería jurídica, debidamente representada

y legitimada por pasiva, tanto en la perspectiva formal como en la material, al igual que personas naturales debidamente representadas y legitimadas por pasiva.

Al respecto es importante establecer si es procedente la excepción previa propuesta por el municipio de Paz de Ariporo y los señores José Cristino Pérez Cortés y Flor Alba Pérez Cortés, es decir, si les asiste o no responsabilidad alguna y ser sujeto de órdenes judiciales o en su defecto se deba declarar probada la misma y se exima de las mismas en un eventual sentencia condenatoria.

Sea lo primero advertir, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que esta, en los procesos ordinarios y según lo ha señalado el Consejo de Estado, no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado.

Adicionalmente, se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa². 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 aquel 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 falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado el Consejo de Estado:

"la excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente núm. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, c.p.: Germán Rodríguez Villamizar, rad. Núm.: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178).

*La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.*

La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado³.
(Negrillas en el texto original, subrayas fuera de él).

Lo anterior lleva a concluir que en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa, no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues esta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda.

En consecuencia, 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 esta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra⁴. De manera ilustrativa, así lo ha explicado el alto Tribunal:

“La legitimación ad causam material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:

- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si
- A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda⁵.

(Sic para todo el texto).

Trayendo los conceptos anteriormente referidos al caso concreto, se tiene que, evidentemente, la legitimación de hecho en la causa, por pasiva,

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de junio de 2004, c.p.: María Elena Giraldo Gómez, rad. Núm.: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido, se ha afirmado lo siguiente: “La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; 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-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001; c.p.: María Elena Giraldo Gómez, expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2006, c.p.: c.p.: Ramiro Saavedra Becerra, rad. Núm.: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de junio de 2000; c.p.: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171.

concorre contra los demandados, municipio de Paz de Ariporo y los señores José Cristino Pérez Cortés y Flor Alba Pérez Cortés, contra las cuales el demandante dirigió sus pretensiones.

En consecuencia, el análisis que se llevará a cabo más adelante tendrá por objeto establecer, si puede considerarse o no, que procede proferir una sentencia favorable a las súplicas de la demanda y que condene a las personas, naturales y jurídicas, antes señaladas.

8. ASUNTO POR RESOLVER

Corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 13 de agosto de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Yopal, mediante la cual declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva presentada por el municipio de Paz de Ariporo y los señores Flor Alba Pérez Cortés y José Cristino Pérez Cortés y declaró administrativa y extracontractualmente responsable al municipio de Paz de Ariporo y a los señores anteriormente nombrados, quienes ostentan la calidad de herederos determinados y a los indeterminados de la sucesión ilíquida e intestada de Rosa Eusebia Cortés Pérez; y condenó al pago de perjuicios morales por la muerte del menor Eliécer Álvarez Ruiz el día 21 de marzo de 2010 en el establecimiento de comercio piscinas “Villa Rosita” del municipio de Paz de Ariporo.

9. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS PRUEBAS

Las pruebas fueron regular y oportunamente allegadas al proceso; todas ellas son pertinentes, pues existe relación directa entre el objeto de la presente acción y los medios de prueba aportados; todas resultan conducentes, si se tiene en cuenta que estamos en presencia de una acción de reparación directa donde no hay reserva probatoria especial para demostrar los hechos, por una parte y, por otra, porque fueron arrimadas en forma lícita; y, finalmente, todas son eficaces porque devienen útiles para el convencimiento del juez respecto de los hechos que se pretenden demostrar, salvo la prueba aportada por el apoderado de Flor Alba Pérez Cortés y José Cristino Pérez Cortés, la cual fue allegada con el recurso de apelación y en la cual solicitó tener como prueba las copias simples de las declaraciones juramentadas ante notario por quienes, según su dicho, han sido los arrendatarios de la señora Rosa Eusebia Cortés y, además, fotocopias de los contratos suscritos por los mismos, pretendiendo de esta manera acreditar la existencia de contrato de arrendamiento entre la señora Flor Alba Pérez Cortés y Carmen Brígida Mendivelso de los que nuevamente solicita las declaraciones.

Se indica que dichas pruebas aportadas y solicitadas no se tendrán en cuenta porque no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 215 del C.C.A. en concordancia con el artículo 327 del C.G.P, ya que fueron presentadas y solicitadas extemporáneamente.

Así mismo, debe señalarse que algunas de las pruebas documentales fueron incorporadas en copia auténtica y otras en copia simple las cuales no fueron tachadas de falsas en las oportunidades que tienen las partes para el efecto.

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

- a. La condición de que Mariela Ruiz Barrera y Eliécer Álvarez Ovalle son padres de Eliécer Álvarez Ruiz, acreditado mediante copia del registro civil de nacimiento núm. 25119775, expedido en la Registraduría Municipal del Estado Civil de Maní, Casanare, el 03 de febrero de 1998 (fl.77 c. ppal.).
- b. Se probó la muerte del menor Eliécer Álvarez Ruiz con el certificado de defunción núm. 80881301-7 y el registro civil de defunción, los cuales señalan que la muerte del niño se dio el 21 de marzo de 2010 (ff. 78 y 193 c. ppal.).
- c. La condición de hermano de la víctima directa de José Armando Álvarez Ruiz porque es hijo de Mariela Ruiz Barrera y Eliécer Álvarez Ovalle, hecho acreditado mediante copia del registro civil de nacimiento núm. 32512535, expedido en la Registraduría Municipal del Estado Civil de Aguazul, Casanare, el 13 de marzo de 2003 (f.79 c. ppal.).
- d. La condición de hermana de Natalia Álvarez Ruiz por ser hija de Mariela Ruiz Barrera y Eliécer Álvarez Ovalle acreditado mediante copia del registro civil de nacimiento núm. 32512534, expedido en la Registraduría Municipal del Estado Civil de Aguazul, Casanare, el 13 de marzo de 2003 (fl.80 c. ppal.).
- e. Con el registro civil de nacimiento de Eliécer Álvarez Ovalle se constata que es hijo de Mélida Ovalle y se establece la calidad de abuela paterna del occiso (f. 81 del c. ppal.).
- f. Obra copia del registro civil de nacimiento de Mariela Ruiz Barrera quien es hija de Eudoxia Barrera, acreditando la calidad de abuela materna del menor fallecido. (f. 84 c. ppal.).
- g. Obra copia del registro civil de defunción de Rosa Eusebia Cortés Pérez (fl 85 c. ppal.).

h. La visita que realizó la inspectora municipal de Paz de Ariporo junto con la funcionaria de pesas y medidas al establecimiento “Villa Rosita”, días antes al accidente que ocasionó la muerte del menor, en la cual se dejó constancia que ese día no había nadie en el lugar (Oficio del 15 de marzo de 2010) (fl 94 c. ppal.).

i. La necropsia practicada al cadáver de la víctima por el Hospital Jorge Camilo Abril Riaño según la cual se concluyó el mecanismo, causa y manera de muerte (ff. 147-151 c. pruebas):

“Mecanismo: Paro cardiorrespiratorio secundario a posible electrocución
Causa: posible trauma eléctrico
Manera: a determinar por la autoridad”

Por otra parte, se tienen las declaraciones rendidas en el Juzgado Promiscuo Municipal de Paz de Ariporo, quien cumplió la comisión de las diligencias encargadas por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Yopal; por las siguientes personas:

- Flor Alba Pérez Cortés (heredera de Rosa Eusebia Cortés Pérez–propietaria del establecimiento).
- José Cristino Pérez Cortés (heredero de Rosa Eusebia Cortés Pérez–propietaria del establecimiento).
- Johanna Camila Forero Abril (inspectora de policía de Paz de Ariporo).
- Nelba Rosa Martínez (quien laboraba en la alcaldía municipal de Paz de Ariporo para la fecha de los hechos y se desempeñaba como funcionaria de pesas y medidas).
- Eduardo Andrés Córdoba Ortiz (funcionario de la piscina Villa Rosita).
- Pedro Nel Pelayo (esposo de Carmen Brígida Mendivelso).
- Carmen Brígida Mendivelso Riaño (quien “*administraba*” el establecimiento Villa Rosita para la época de los hechos).
- Beatriz Mendivelso Sogamoso (hermana de Carmen Brígida Mendivelso)

OBJETO DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN.

De los argumentos expuestos en los escritos de sustentación de los recursos de alzada interpuestos por las partes, se deducen los problemas jurídicos a saber:

1. ¿Es imputable al municipio de Paz de Ariporo la muerte del menor Eliécer Álvarez Ruiz, en razón a la presunta omisión del cumplimiento del deber legal–reglamentario?

- 2. ¿Son responsables de la muerte de Eliécer Álvarez los señores Flor Alba Pérez Cortés y José Cristino Pérez Cortés Ruiz, quienes son herederos de la causante Eusebia Cortés y era dueña del establecimiento “Villa Rosita” donde ocurrió el accidente del menor?
- 3. ¿Existe concurrencia de culpa por parte de los padres del menor fallecido?

De declararse la responsabilidad se revisará lo atinente a la indemnización de perjuicios, ante el cual surgiría el problema jurídico núm. 4 ¿La tasación de los perjuicios reconocidos en la sentencia de primera instancia es acorde con los criterios señalados por la jurisprudencia del Consejo de Estado?

La Sala resolverá estos problemas jurídicos en el mismo orden en que se acaban de plantear, y concomitante con ello se valorarán las pruebas aportadas, los argumentos de los recursos interpuestos y se decidirá de conformidad.

10. CONSIDERACIONES

10.1. PJ. 1. Responsabilidad del municipio de Paz de Ariporo por la muerte del menor Eliécer Álvaro Ruiz.

La estipulación general establecida en el artículo 90 de la Constitución Política que indica: “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”, abarca el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, y para la configuración de la misma es necesario demostrar la existencia de un daño y que el mismo sea imputable a la administración.

El máximo órgano de lo contencioso administrativo se ha referido respecto del daño y la imputación jurídica:

“El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (...) La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)”⁶

De acuerdo a las pruebas obrantes en el proceso se demostró la existencia del daño, muerte del menor Eliécer Álvarez Ruiz, y se constató, según el protocolo de necropsia, que este murió posiblemente por el trauma eléctrico que sufrió el día 21 de marzo de 2010 en el establecimiento de comercio denominado “Villa Rosita”, hecho que no fue controvertido a lo largo de toda la actuación procesal, y para todos sus efectos reposa a folio 193 del c. ppal. copia del registro civil de defunción del menor Eliécer Álvarez Ruiz.

Al estudiarse la imputabilidad del daño al municipio de Paz de Ariporo se comparte la tesis del a-quo frente al régimen de responsabilidad, donde el elemento fundamental para atribuir responsabilidad al Estado es la “culpa de la administración” o también llamada falla en el servicio.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la aplicación de la teoría del riesgo excepcional como fundamento de responsabilidad en el caso de daños producidos por redés de energía eléctrica, debe precisarse que en el caso en concreto, las circunstancias fácticas devienen de una presunta instalación fraudulenta, donde confluye un hecho ilícito, como lo es el aprovechamiento ilegal de energía eléctrica, y por otra parte la circunstancias de modo y lugar, no permiten enmarcar únicamente la responsabilidad a título de riesgo excepcional.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que por mandato legal se le otorgó la competencia de vigilancia e inspección⁷ a los municipios según lo previsto en la Ley 1209 de 2008 la cual establece normas de seguridad en piscinas, el municipio de Paz de Ariporo asume la competencia prescrita en el artículo 9 de la citada ley, al constatarse prueba obrante en el expediente mediante oficio de 15 de marzo de 2010 (fl 34 c. pbas) donde la inspectora del municipio de Paz de Ariporo junto con la funcionaria de pesas y medidas visitaron en esa fecha el establecimiento “Villa Rosita” con el objetivo de inspeccionar y

⁷ CAPITULO III. Inspección y vigilancia.

Artículo 9°. Competencias. Los municipios o distritos serán competentes dentro de su jurisdicción en materia de autorizaciones, inspecciones y ejercicio de la potestad sancionatoria de las piscinas contempladas en la presente ley, de conformidad con las ritualidades y procedimientos contenidos en el Código Nacional de Policía y los Códigos Departamentales de Policía. Independientemente de las competencias municipales, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de la Protección Social apoyará y supervisará el cumplimiento de la presente ley, sin perjuicio de la potestad reglamentaria.

Artículo 10. Inspección y vigilancia. Corresponde a la dependencia u oficina administrativa que el respectivo municipio o distrito determine, realizar las funciones de inspección y expedir el correspondiente documento donde certifique que la piscina posee las normas de seguridad reglamentarias.

Las autoridades locales exigirán que los planos iniciales para la construcción de una piscina nueva sean presentados por un ingeniero o arquitecto con tarjeta profesional.

Estos planos deben contener detalles de instalación, incluyendo servicios e información con respecto a los componentes individuales del sistema de circulación como bombas, filtros, sistema de dosificación de químicos, entre otros.

La autoridad de control prevista en la ley deberá inspeccionar físicamente la instalación final de la piscina o estructura similar y deberá efectuar una revisión del plan de seguridad de la piscina o del manejo de las operaciones diarias.

La misma autoridad efectuará auditorías periódicas para garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

Parágrafo. Prohíbese que las piscinas sean diseñadas con túneles o conductos que comuniquen una piscina con otra.

verificar el cumplimiento de las medidas de seguridad y funcionamiento de la piscina.

Respecto al hecho anterior, y como en el mismo oficio se observa la anotación de que el día de la visita al establecimiento no se encontraba nadie en el lugar, sin mayor discusión ha de determinarse que eso no basta para afirmar que la entidad territorial ejercía un verdadero control sobre el establecimiento, pues no es de recibo tener en cuenta dicho oficio para que el municipio se pueda exonerar de la responsabilidad dispuesta en los artículos 9 y 10 de la ley 1209 de 2008, como tampoco se encuentran pruebas en el proceso que acrediten que se hayan realizado labores o gestiones necesarias para cumplir a satisfacción el postulado legal, antes del fallecimiento del menor Eliécer Álvarez Ruiz.

Lo anterior se constituye en insuficiencia de vigilancia atribuible al municipio, de igual manera que la omisión respecto del funcionamiento de los establecimientos de comercio de acuerdo a la Ley 232 de 1995 la cual fue reglamentada por el Decreto 1879 de 2008. Omisión consistente en la verificación de las medidas de seguridad de las zonas húmedas, que de haberse advertido a tiempo se hubiera detectado el peligro que representaba la existencia de una cerca eléctrica sin señalización, a esto sumándole la presencia de una piscina a contados metros de distancia.

De manera que no es posible considerar la no concurrencia de un nexo causal entre la muerte del menor y la omisión del cumplimiento del deber legal y reglamentario a cargo del municipio respecto a la vigilancia e inspección de estos establecimientos, como así lo manifestó el apoderado del municipio de Paz de Ariporo en el recurso de alzada. Pues el daño se asocia a una conducta imputable a la administración por haber omitido dar cumplimiento a la ley, en especial lo establecido en los artículos 9º y 10 de la Ley 1209 de 2008, que señalan:

“Artículo 9º. Competencias. Los municipios o distritos serán competentes dentro de su jurisdicción en materia de autorizaciones, inspecciones y ejercicio de la potestad sancionatoria de las piscinas contempladas en la presente ley, de conformidad con las ritualidades y procedimientos contenidos en el Código Nacional de Policía y los Códigos Departamentales de Policía.

Independientemente de las competencias municipales, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de la Protección Social apoyará y supervisará el cumplimiento de la presente ley, sin perjuicio de la potestad reglamentaria.

Artículo 10. Inspección y vigilancia. Corresponde a la dependencia u oficina administrativa que el respectivo municipio o distrito determine, realizar las funciones de inspección y expedir el correspondiente documento donde certifique que la piscina posee las normas de seguridad reglamentarias.

Las autoridades locales exigirán que los planos iniciales para la construcción de una piscina nueva sean presentados por un ingeniero o arquitecto con tarjeta profesional.

Estos planos deben contener detalles de instalación, incluyendo servicios e información con respecto a los componentes individuales del sistema de circulación como bombas, filtros, sistema de dosificación de químicos, entre otros.

La autoridad de control prevista en la ley deberá inspeccionar físicamente la instalación final de la piscina o estructura similar y deberá efectuar una revisión del plan de seguridad de la piscina o del manejo de las operaciones diarias.

La misma autoridad efectuará auditorías periódicas para garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

Parágrafo. Prohíbese que las piscinas sean diseñadas con túneles o conductos que comuniquen una piscina con otra”.

Y en relación a lo que debía vigilar, entre otras cosas, era que las piscinas tuvieran los cerramientos especificados en el artículo 5 de la citada ley, que señala:

“Artículo 5°. Cerramientos. Por estos se entienden las barreras que impiden el acceso directo al lugar donde se encuentran las piscinas. Estas barreras contienen un acceso por una puerta o un torniquete o cualquier otro medio que permita el control de acceso a los citados lugares”.

El anterior incumplimiento, por parte del municipio, se evidencia exactamente con el álbum fotográfico levantado en la inspección judicial al lugar de los hechos realizado por la SIJIN el día en que ocurrió el accidente, y que en la fotografía núm. 4 se dejó lo siguiente:

“FOTO No 4 EM LA PRESENTE FOTO SE OBSERVA LA PISCINA PARA NIÑOS EM LA CUAL NO SE OBSERVA NINGUNA MEDIDA DE PROTECCION O PREVENCION PARA LOS USUARIOS Y MAS TENIENDO EM CUENTA QUE SON MENORES DE EDAD, LA CERCA ELECTRICA SE ENCUENTRA A CINCO METROS DEL LATERAL DERECHO DE LA PISCINA”.
(Sic para todo el texto, ff. 133, c. pbas).

Con base en esto, y teniendo en cuenta que además de no existir una barrera de protección con avisos de cuidado, existía una cerca electrificada, la cual tampoco tenía ningún aviso de peligro o de alerta, que indicara a las personas el peligro que existía en ellas.

Respecto al funcionamiento de las redes eléctricas, para todos sus efectos debe tenerse en cuenta que en las oportunidades procesales correspondientes no se solicitó la vinculación de ningún otro sujeto que pudiera considerarse responsable del hecho acaecido el 21 de marzo en el establecimiento denominado Villa Rosita, por lo que le correspondía directamente al municipio la supervisión de las instalaciones y adecuaciones alrededor de la zona húmeda, y más teniendo en cuenta que era la piscina que utilizan los niños, es decir, no realizó la inspección física de las instalaciones y omitió efectuar la revisión del plan de seguridad de la piscina y el manejo diario de la misma, además, no realizó las auditorias periódicas,

exigidas por la ley, para el cumplimiento de las disposiciones legales, lo anterior por cuanto no hay prueba que demuestre lo contrario.

10.2. Pj. 2. Responsabilidad de los herederos Flor Alba Pérez Cortés y José Cristino Pérez Cortés Ruiz frente al daño.

De la sucesión de la señora Rosa Eusebia Cortés Pérez, quien era propietaria del establecimiento “Villa Rosita”, sus herederos predicen la ausencia de responsabilidad frente a los hechos acontecidos, puesto que al momento de la ocurrencia del accidente el inmueble no se encontraba bajo la administración de los mismos sino que, por el contrario, arrendado. Situación que sin desconocer que los herederos suceden en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, sería del caso analizar si el daño es imputable a ellos como herederos respecto de la posible existencia de un contrato de arrendamiento.

Ahora bien, de las declaraciones rendidas por Carmen Brígida Mendivelso Riaño y Flor Alba Pérez Cortés se puede inferir que de manera verbal se acordó el arrendamiento del establecimiento Villa Rosita, tal como se observa a folios 80 y 105 del cp.

Sin embargo, el a-quo manifestó al respecto:

“De las declaraciones citadas, puede establecer el Despacho en primer término que no hay claridad en cuanto a la existencia de un contrato de arrendamiento, pues según lo manifestado por la misma persona que aduce haber tomado el establecimiento en arriendo, admite que una vez se produjo el accidente dio aviso a la dueña, lo que de suyo hace presumir al Despacho que la citada señora ejercía labores de administradora del lugar;...” (folio 272)

Tal expresión no necesariamente implica que entre las partes no haya existido relación contractual alguna, además téngase en cuenta que en estas y las otras declaraciones rendidas, se han venido utilizando expresiones como “arrendar”, “arrendamiento”, lo que implícitamente podría significar que se trata de un contrato de arrendamiento, toda vez que de la declaración de Carmen Brígida Mendivelso Riaño y Flor Alba Pérez Cortés se observa que el establecimiento de comercio fue tomado en arriendo desde el 19 de febrero de 2010 y cuyo canon de arrendamiento era de \$1.500.000, teniéndose entonces la reciprocidad de las partes, donde la una por su parte concedió el goce del establecimiento, y otra por su parte se obligaba a pagar por este goce, (artículo 1973 Código Civil).

Es decir, que lo señalado por el a quo no tiene asidero probatorio porque contrario a lo manifestado en la sentencia, la misma señora Flor Alba Pérez manifestó que arrendó el inmueble a la señora Carmen Mendivelso, es decir,

admite la existencia de un contrato de arrendamiento verbal y de acuerdo con la legislación colombiana, el arrendamiento es un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionar a la otra el goce de algo durante cierto tiempo y esta se compromete a pagar un precio determinado por dicho goce. La parte que proporciona el goce se llama arrendador y quien se beneficia del mismo y paga el precio se llama arrendatario (art. 1495 y ss, C.C.).

Es decir, que una de las características del contrato de arrendamiento es la consensualidad, que el solo acuerdo de voluntades entre las partes sobre la cosa y el precio es suficiente para perfeccionar dicho contrato aunque se trate de un bien inmueble. Esto indica que no se requieren formalidades especiales en razón a que sus efectos son siempre puramente personales.

La responsabilidad respecto de las personas que tienen a su cargo establecimientos con piscinas, se ha determinado en el artículo 8 de la Ley 1209 de 2008, de esta forma se estableció:

8°. *Responsable.* La persona o las personas, tanto naturales como jurídicas, o comunidades, tengan o no personería jurídica, que ostenten **la titularidad en propiedad o en cualquier relación jurídica** que pueda comportar la tenencia o explotación de la piscina, será responsable del cumplimiento de esta ley y se someterá a las sanciones que la misma establece en caso de incumplimiento.

También lo serán las personas responsables del acceso de menores de doce (12) años a las piscinas. (Subraya fuera de texto)

De manera que en este caso la responsabilidad frente al cumplimiento de las medidas de seguridad se predica entre todos, es decir, propietarios y arrendatarios, y más a los propietarios del inmueble por cuanto el establecimiento comercial fue registrado en Cámara de Comercio de Casanare el 21 de febrero de 2005 cuyo propietario registrado era la señora Rosa Eusebia Cortés Pérez, madre de los hoy demandados, la cual tenía la obligación de tomar todas las medidas de seguridad y en especial las señaladas en la Ley 1209, debiendo realizar las labores para aislar la piscina de niños, levantando las barreras necesarias y más el aislamiento de la cerca eléctrica perimetral la cual no es inherente a la piscina, sino a la seguridad del inmueble, del que la causante era la dueña, pero como no existía un cerramiento en la piscina, la cerca perimetral también se constituyó en barrera de protección de la piscina, sin ningún tipo de aviso de precaución.

La dueña del establecimiento denominado Piscinas Villa Rosita puso la causa del riesgo (cerca electrificada) sea por acción (la instalaron o conectaron fraudulentamente) o por omisión (no vigilaron la cosa peligrosa de su propiedad), por lo que sí es una causa directa del hecho lesivo y del daño y por lo tanto deben responder sus herederos.

10.3. PJ.3. ¿Existe concurrencia de causas por parte de los padres del menor fallecido?

Una vez establecida la imputación de responsabilidad a título de omisión al municipio de Paz de Ariporo por la muerte del menor, es preciso determinar si los padres incurrieron en la omisión de vigilancia y cuidado de su hijo.

Por regulación expresa de la Ley 1209 de 2008 en su artículo 14 se encuentra prohibido el acceso a las áreas de piscina a menores de doce (12) años de edad sin la compañía de un adulto que se haga responsable de su seguridad.

Según la declaración de Carmen Brígida Mendivelso Riaño los padres del menor estaban en chinchorros mientras los niños se encontraban en la piscina, y que solo cuando escucharon los gritos del menor el papá fue a auxiliarlo. Tal situación pone de manifiesto el posible descuido por parte de los padres, pues el menor contaba con la edad de 12 años, además se encontraba con otros niños de los cuales se desconoce su edad, a esto se resalta que existía un aviso visible en el establecimiento, el cual indicaba que: *“todo menor de edad que ingrese a la piscina es bajo la responsabilidad de sus padres o un adulto”*.

Pero de acuerdo al relato rendido ante el funcionario de la Policía Judicial por Eduardo Andrés Córdoba (folio 125 del c. pruebas), el cual manifestó: *“... EL SEÑOR O PADRE DE LOS MENORES SE FUE PARA EL KIOSKO DE LA PISCINA GRANDE DONDE GUINDO UN CHINCHORRO Y LA SEÑORA SE SENTO AL LADO DEL SEÑOR Y PIDIÓ UNA CERVEZA MIENTRAS LOS NIÑOS SE BAÑABAN EN LA PISCINA GRANDE DONDE DURARON COMO DIEZ MINUTOS Y SE PASARON A LA PISCINA PEQUEÑA QUE QUEDA UBICADA A UNOS 30 METROS CON VISIBILIDAD DE DONDE SE ENCONTRABAN SUS PADRES...”* ; no se consolida del todo una conducta irresponsable por parte de los padres hacia el menor, pues aunque estaban a una distancia no muy lejana de la piscina, tampoco significó que los niños se encontraban solos.

Como lo es sabido el accidente acaeció no precisamente dentro de la piscina sino a su alrededor, pues si ellos hubieran estado tal vez más cerca a la piscina en el momento en que el menor salió de ella a traer el balón, de todas formas no era previsible el peligro presentado por la cerca, además que se desconocía que tuviera electricidad, ya que no existía señalización alguna que previniera a las personas sobre el peligro de acercarse y tocar dichas cuerdas, y más si tenemos en cuenta que se encuentra a pocos metros de distancia de la zona húmeda.

De manera que no puede ser catalogado el comportamiento de los padres como omisivo respecto de la vigilancia y cuidado que se tiene sobre sus hijos, tampoco es posible determinar que el mismo incidió directamente en el resultado dañoso, pues este se originó exclusivamente de la cerca eléctrica que generó la electrocución, la cual se encontraba a escasos 5 metros de la piscina sin ninguna advertencia de cuidado o precaución y no por el hecho de que el menor haya ingresado a la piscina y hubiera ocurrido el infortunio dentro de la misma o sus áreas complementarias y adyacentes.

No se puede hacer suposiciones como la de que si hubiera estado alguno de sus padres en el área de la piscina, uno de ellos habría podido traer el balón y de esta manera evitar el accidente, puesto que ello no permite establecer la no ocurrencia del daño. Pues el debate en el presente caso se concreta precisamente en la existencia de la susodicha cerca eléctrica, la cual representó un peligro de la vida e integridad de las personas, y que ante la omisión por parte del municipio de supervisar este establecimiento y por la responsabilidad que tenían los dueños y los arrendatarios frente al funcionamiento, adecuación y mantenimiento del lugar, puso en riesgo la vida de los usuarios que concurrían al sitio, hasta que desafortunadamente ocurrió el desenlace narrado; y ante lo dicho los padres fueron ajenos, pues nada se conocía de la cerca eléctrica.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se revocará la reducción de la indemnización que concedió el a quo en lo que respecta de deducir el 20% del monto por la concausa de los padres, es decir, que se confirmarán los ordinales primero y segundo de la sentencia recurrida y se reformará el ordinal tercero de la misma, y así se hará saber en la parte resolutive de este fallo.

10.4. PJ. 4. ¿Es procedente el reconocimiento de perjuicios materiales a los demandantes, la condena por perjuicio moral de la víctima del daño para sus padres, la reducción de perjuicios morales realizado por el a-quo; y el reconocimiento de los perjuicios pertenecientes al daño a la vida de relación a todos los integrantes de la parte accionante?

Respecto al pago de **perjuicios materiales** por concepto de daño emergente este se negará porque no se acreditó, dentro del acervo probatorio, los gastos o pagos realizados por los accionantes, de manera que no hay lugar al reconocimiento de los mismos.

10.2. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

10.2.1. Perjuicios morales

Por la muerte del menor Eliécer Álvarez Ruiz concurrieron al proceso las personas que se relacionan más adelante en el cuadro y que solicita el reconocimiento de los valores allí especificados, estas porque probaron el vínculo consanguíneo con la víctima directa-registro civil, según se desprende de la demanda y de los poderes debidamente conferidos a su apoderado (ff. 1 al 14, c.ppal.):

NOMBRE	PARENTESCO	P. MORALES.	REGISTRO CIVIL / FOLIO
Mariela Ruiz Barrera	Mamá	250 SMLMV	77-84
Eliécer Álvarez Ovalle	Papá	250 SMLMV	77-81
José Armando Álvarez Ruiz	Hermano	125 SMLMV	79
Natalia Álvarez Ruiz	Hermana	125 SMLMV	80
Mélida Ovalle	Abuela paterna	125 SMLMV	81
Eudora Barrera	Abuela materna	125 SMLMV	84
José Segundo Álvarez Ovalle	Tío	85 SMLMV	82
Armando Álvarez Ovalle	Tío	85 SMLMV	83

La Sección Tercera del Consejo de Estado⁸ en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp.: 66001233100020010073101 (26.251), actor: Ana Rita Alarcón de Gutiérrez y otros, demandado: Municipio de Pereira, respecto de los perjuicios morales señaló que:

“Sea lo primero señalar, que procede la Sala a unificar la jurisprudencia en materia de reparación de perjuicios inmateriales; lo anterior, por cuanto la Sección considera necesario y oportuno determinar los criterios generales que se deben tener en cuenta para la liquidación del mencionado perjuicio.

(...).

Así las cosas, tenemos que el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

En consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

Nivel 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 de 100 SMLMV.*

⁸ En sentencia de la misma fecha, expediente 27709, c.p.: Carlos Alberto Zambrano, la Sección Tercera reitera la unificación de jurisprudencia sobre el reconocimiento de los perjuicios morales.

Nivel 2. Se refiere a la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (hermanos, abuelos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel 3. Abarca la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel 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 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.
(Sic para todo el texto).

Siguiendo la línea jurisprudencial de unificación⁹ tenemos que para el reconocimiento de los perjuicios morales se deben tener en cuenta los niveles 1, 2 y 3, aplicables en el presente caso, ya que los demandantes se presentan en calidad de padres, hermanos, abuelas y tíos de la víctima directa, veamos:

Se encuentra acreditado que Eliécer Álvarez Ruiz (q.e.p.d.); José Armando Álvarez Ruiz y Natalia Álvarez Ruiz son hijos de Mariela Ruiz Barrera y Eliécer Álvarez Ovalle según los registros civiles de nacimiento, en su orden (ff. 77, 79 y 80, c.ppal.).

Igualmente, se acreditó que Mélida Ovalle y Eliécer Álvarez son los padres de Eliécer Álvarez Ovalle (f. 81) y que Eudora Barrera es la señora madre de Mariela Ruiz Barrera (ff. 84). En relación con los señores José Segundo Álvarez Ovalle y Armando Álvarez Ovalle se demostró que eran hijos Eliécer Álvarez Ovalle (ff. 82 y 83).

Para los niveles 1 y 2 es suficiente la prueba del estado civil, en este caso, se allegaron los respectivos registros civiles de nacimiento de los integrantes de estos dos núcleos, por lo tanto se les reconocerá el monto según la jurisprudencia antes señalada, es decir, que para el nivel 1 se reconocerán 100 SMLMV y para el nivel 2 se reconocen 50 SMLMV.

Para el nivel 3, donde se encuentran los tíos, además de la prueba del estado civil, se requiere prueba de la relación afectiva y revisado todo el material probatorio allegado, en especial la prueba testimonial, no se demostró que dicha relación afectiva existiera, por lo que será negar dicha solicitud.

Es decir, la Sala modificará la parte resolutive de la sentencia recurrida y condenará solidariamente al municipio de Paz de Ariporo y los señores José

⁹ Reiterados entre otros en sentencia del 18 de septiembre de 2014, radicado: 85001-33-31-702-2012-00102-01, demandante: Manuel Arturo Niño Patiño y otros. demandado: Nación-Policía Nacional.

Cristino Pérez Cortés y Flor Alba Pérez Cortés a pagar a Eliécer Álvarez Ovalle y Mariela Ruiz Barrera en calidad de padres del menor Eliécer Álvarez Ruiz la suma equivalente a 100 SMLMV, para cada uno de ellos; para Mélida Ovalle y Eudora Barrera en su calidad de abuelas del occiso la suma equivalente a 50 SMLMV y a José Armando Álvarez Ruiz y Natalia Álvarez Ruiz en calidad de hermanos de la víctima la suma equivalente a 50 S.M.L.M.V. en compensación por el daño moral padecido como consecuencia de la muerte de su familiar.

Del reconocimiento de perjuicios a los demás integrantes del grupo familiar demandante, y que fue solicitado por la parte actora, no se encontró acreditada la relación de parentesco ni mucho menos el perjuicio causado, así que de conformidad a lo considerado por el a quo, no hay lugar al reconocimiento de perjuicios solicitados a Jorge Arumay Orduz Ruiz, quien señalaron era hermano de crianza del occiso, al igual que a los tíos y primos, además, porque tampoco se acreditó el parentesco alegado por la parte actora ya que no se allegó prueba que lo demostrara.

10.3. Perjuicios a la víctima directa

Otro punto solicitado por la parte actora es el reconocimiento de los perjuicios morales a la víctima directa, siendo sus causahabientes los llamados a reclamar dichos conceptos, lo anterior porque la descarga eléctrica que sufrió fue, en sí misma, un trauma tan doloroso y contundente que le produjo un paro cardiorrespiratorio y que posteriormente le produjo la muerte, a pesar de haber sido llevado con vida al centro médico.

Recientemente este Tribunal¹⁰ reconoció perjuicios morales para el occiso teniendo en cuenta que, en dicho proceso, la víctima directa fue retenida de manera ilegal por miembros del Ejército Nacional, y se demostró que: *“...fue retenido sin orden legal y sustraído de su sitio habitual de vivienda y trabajo, fue llevado lejos de sus conocidos, familiares y entorno social para ser luego presentado muerto en otro sitio apartado de su casa y trabajo, vestido con ropas diferentes y tildándolo de subversivo, lo que nos lleva a presumir que durante ese interregno él experimentó la mayor intensidad de sufrimiento, por lo tanto, a juicio de la Sala, el tiempo que duró retenido, es decir, desde las 4:30 de la mañana hasta las 6:50, cuando presuntamente se presentó el supuesto combate y posterior muerte, generaron en la víctima directa sentimientos constitutivos de perjuicio moral que, al no poderse resarcir en sí mismo, debe serlo en forma económica y de una mayor intensidad que a la familia nuclear ya que él fue quien vivió en “carne propia” los horrores de los militares, porque, según el reporte de necropsia, recibió 11 heridas en su humanidad, siendo la mayoría en las extremidades y una sola, por no decir menos, la más grave, en la parte de la región temporal izquierda, la cual fue hecha a corta distancia, según como la describió el médico que le realizó la necropsia ...)”*.

¹⁰ Sentencia de 17 de julio de 2014, m.p.: Héctor Alonso Ángel Ángel, rad.: 85001-33-31-702-2011-00010-01, demandante: Juan Bautista Leguizamón Arenas. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, en ella el magistrado Figueroa Burbano hizo salvamento parcial de voto y aclaración de voto.

Ahora bien, dos testigos manifestaron que al momento de llevar al menor al centro médico él estaba con vida, al respecto la señora Carmen Brigida Mendivelso, mencionó:

*"...fue cuando el papa se levantó y se fueron a auxiliarlo, uno de los niños contó que al niño se le había caído un balón a la cuneta y el niño fue a saltar la cerca para coger el balón y alguien pregunto que si eso tenía luz, pero cuando fui allá el niño ya estaba en el prado que separaba la cerca de las piscinas, mi hermana fueron los que sacaron al niño de halla de donde había quedado para auxiliarlo, el niño lo sacaron en **un taxi con vida del establecimiento**, yo inmediatamente llame a la dueña y le comuniqué lo sucedido..." (Sic para todo, folio 106 c. pruebas).*

Por su parte la señora Beatriz Mendivelso Sogamoso indicó:

*"...y el niño respiro profundo y dije que llamaran una ambulancia y en eso paso un taxi y lo echamos el policía y otro señores lo echamos al taxi **el niño subió al taxi con vida...**" (Folio 109 pruebas, sic)*

Y en la investigación penal se allegó el informe de la policía judicial donde se indicó:

*"el día de domingo 21 de marzo de 2010 siendo las 16:15 horas el comandante de guardia de la estación de Policía de Paz de Ariporo informa sobre el ingreso de un **cuerpo sin vida** al hospital local". (f. 112 del c. pruebas).*

Respecto de los testimonio tenemos que decir que esas personas no son idóneas para establecer si después de que el menor recibió la descarga eléctrica quedó vivo o no, es decir, ellos no eran médicos, no lo valoraron para que señalaran que el niño había subido al taxi con vida, lo único que se sabe es que llegó muerto al centro de salud, no se estableció que hubiera tenido un dolor tan fuerte como para deducir dicho perjuicio, por lo que será negado.

De la petición que hace el apoderado de la parte actora respecto del reconocimiento del daño a la vida de relación, hoy llamados *perjuicios inmateriales por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados* a todos los integrantes de la parte actora, como ya se mencionó no habrá lugar al reconocimiento de perjuicios de ninguna clase a los integrantes de la familia que no hacen parte del núcleo directo de la familia, es decir a los primos, tíos y a Jorge Arumay Orduz Ruiz por las consideraciones hechas respecto a la falta de acreditación del perjuicio, y respecto de sus padres y hermanos aunque hayan acreditado el parentesco, tampoco se acredita la afectación de sus relaciones cotidianas en la vida familiar.

Distribución ponderada entre los demandados. Sin perder de vista la solidaridad legal frente a los demandantes acreedores, cada convocado por pasiva responderá por la siguiente distribución de las condenas:

- Municipio de Paz de Ariporo: El 30% de la condena, en consideración a que incumplió con sus obligaciones legales respecto de los deberes de vigilancia impuestos.
- Flor Alba Pérez Cortés y José Cristino Pérez Cortés: tendrá a su cargo el 70% restante de la condena, en cuanto a que se demostró que el inmueble en el momento del accidente se encontraba arrendado a terceros y que no se probó quiénes habían instalado la cerca electrificada.

Dicha repartición no rompe la solidaridad respecto de los demandados ante los demandantes, pero regirá la distribución para el pago de la condena entre los dos demandados y regirá eventuales recobros entre ellos.

Costas. Pese al resultado no se vislumbra conducta temeraria o procesalmente impropia de la parte vencida, luego no proceden.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. MODIFICAR el ORDINAL TERCERO de la sentencia de 13 de agosto de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Yopal, el cual quedará así:

TERCERO: Condenar solidariamente al municipio de Paz de Ariporo y a los señores José Cristino Pérez Cortés y Flor Alba Pérez Cortés, herederos determinados e indeterminados de la sucesión ilíquida e intestada de Rosa Eusebia Cortés Pérez, a pagar a título de perjuicios morales, a los demandantes que se indican a continuación, por la muerte del menor Eliécer Álvarez Ruiz, así:

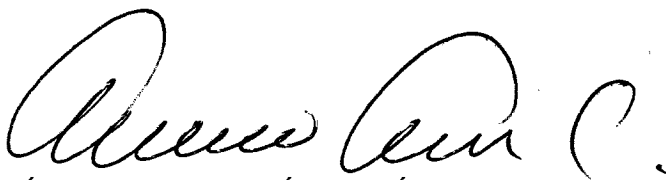
NOMBRE	PARENTESCO	INDEMNIZACIÓN
Mariela Ruiz Barrera	Mamá	100 SMLMV
Eliécer Álvarez Ovalle	Papá	100 SMLMV
José Armando Álvarez Ruiz	Hermano	50 SMLMV
Natalia Álvarez Ruiz	Hermana	50 SMLMV
Mélida Ovalle	Abuela paterna	50 SMLMV
Eudora Barrera	Abuela materna	50 SMLMV

Sin perjuicio de la solidaridad frente a los demandantes, el municipio de Paz de Ariporo le corresponderá el treinta por ciento (30%) de la condena; el setenta por ciento (70%) restante queda a cargo de los señores Flor Alba Pérez Cortés y José Cristino Pérez Cortés, de conformidad con las consideraciones del fallo.

2. Confirmar en todo lo demás la sentencia recurrida.
3. Sin costas en la instancia.
4. En firme este fallo, previas las anotaciones de rigor en los sistemas de información de Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado que continúo conociendo de los procesos escriturales; déjese copia auténtica de la sentencia.

(Aprobado en Sala de la fecha, acta)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL
Magistrado



NÉSTOR TRUJILLO GONZALEZ
Magistrado



JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado