



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA N° 59

Santiago de Cali, dieciséis (16) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se procede a proferir sentencia dentro del medio de control denominado Reparación Directa instaurada por los señores JOSÉ GABRIEL CASTAÑO ROJAS, MARÍA ESTHER ANGULO, EDWIN JAVIER CASTAÑO ANGULO, ANA GABRIEL CASTAÑO ANGULO y ESTEPHANIA CASTAÑO ANGULO quienes actúan en nombre propio y la señora ZULLY VIVIANA CASTAÑO ANGULO quien actúa en propio nombre y en representación del menor JIMMY FABIÁN CASTAÑO ANGULO, en contra del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI y LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI – EICE ESP.

I. LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

Se declare administrativa y patrimonialmente responsable a las entidades accionadas por los perjuicios que le fueron generados a la parte actora ante la presunta falla de servicio en que incurrió las Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y/o el Municipio de Santiago de Cali en hechos ocurridos el día 2 de agosto de 2012, en los cuales presuntamente resultó lesionado el menor Jimmy Fabián Castaño Angulo.

Como consecuencia de la anterior declaración se ordene el reconocimiento y pago de los siguientes perjuicios debidamente indexados:

1.1.1. INMATERIALES

MORALES:

A favor del menor JIMMY FABIÁN CASTAÑO ANGULO, la suma de ochenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (80 SMMLV), en su calidad de perjudicado directo.

A favor de ZULLY VIVIANA CASTAÑO ANGULO, en su calidad de madre del perjudicado directo, la suma de ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de JOSÉ GABRIEL CASTAÑO ROJAS y MARÍA ESTHER ANGULO, en su calidad de abuelos del perjudicado directo, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

A favor de EDWIN JAVIER CASTAÑO ANGULO, ANA GABRIEL CASTAÑO ANGULO y ESTEPHANIA CASTAÑO ANGULO, en su calidad de tíos del perjudicado directo, la suma de treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

PERJUICIO POR DAÑO A LA SALUD:

Solicitan el reconocimiento y pago de éste perjuicio en el equivalente a cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (50 SMMLV) para el perjudicado directo, esto es, para el menor JIMMY FABIÁN CASTAÑO ANGULO.

PERJUICIO POR DAÑO A LA ALTERACIÓN GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA:

Piden se reconozca y pague éste perjuicio en el equivalente a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes (100 SMMLV) para el perjudicado directo, esto es, a favor del menor JIMMY FABIÁN CASTAÑO ANGULO.

1.2 HECHOS

De acuerdo con los argumentos planteados por la parte actora en la demanda, se tienen como hechos determinantes los siguientes:

El día 2 de agosto de 2012 el señor José Gabriel Castaño Rojas se desplazaba con su nieto el niño Jimmy Fabián Castaño Angulo y previo a llegar a la esquina de la calle 108 con carrera 27G al menor se le cayó una lámina infantil al piso y cuando trató de levantarla éste se tropezó con el cable que sostiene el poste de energía cayendo sobre él cortándose la cara con la punta de unos alambres que la empresa prestadora del servicio –EMCALI- dejó al descubierto.

El menor Jimmy Fabián Castaño Angulo fue trasladado a la Clínica Versalles y después fue enviado al Centro Médico Red de Salud Oriente, entidad la cual lo remitió al Hospital Universitario del Valle con la orden médica de cirugía plástica por la herida que sufrió en el maxilar inferior de aproximadamente cuatro centímetros, siendo valorado en dicha institución por la médica otorrinolaringóloga María Angélica Duque la cual le trató la lesión limpiándola y suturándola.

Al menor demandante se le retiraron los puntos el 9 de agosto de 2012 formulándole además medicamento y tratamiento ambulatorio en su residencia.

Las Empresas Municipales de Cali – EMCALI en fecha posterior a la solicitud de conciliación arreglaron el cableado ubicado en la calle 108 con carrera 27G, el cual causó el daño al menor Jimmy Fabián Castaño Angulo.

1.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como normas jurídicas que fundan su petición señaló las siguientes:

- Artículo 140 del CPACA

1.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante presentó en término los alegatos de conclusión en donde indicó:

En el presente asunto quedó acreditado el nexo causal, por tanto procede la declaratoria de responsabilidad de las entidades demandadas y en favor de la parte demandante, como quiera que:

Del material probatorio recaudado se tiene que el menor demandante tropezó con el cable guía y sufrió una herida ocasionada por el cable que se encontraba por fuera de la prensada.

Demostró que el poste donde tropezó el menor le pertenece a EMCALI EICE y que el mismo no se encontraba en óptimas condiciones al momento de los hechos sobresaliendo los alambres al no estar bien asegurados, además EMCALI EICE ESP o el Municipio de Santiago de Cali eran los encargados de velar por que se realizara el mantenimiento del cableado.

Según lo expuesto por el testigo Ingeniero Fernando Contreras González la frecuencia del mantenimiento preventivo para observar fallas ocultas se puede dar cada dos o tres años, lo cual deja entrever que el mantenimiento del cableado no es frecuente, pese a que el hurto del material con el que se instala el cableado es constante.

Se probó el perjuicio material e inmaterial – daño moral - ocasionado a la parte demandante con la declaración de parte y la prueba testimonial rendidas por los señores José Gabriel Castaño Rojas, Zully Viviana Castaño Angulo, Jorge Hernán Cárdenas, Miller Leonardo Gómez Orejuela, Edwin Duque Rivera y el señor Fernando Contreras González.

II. DEFENSA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y DE LAS LLAMADAS EN GARANTÍA

2.1 CONTESTACIÓN DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

Empresas Municipales de Cali contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, solicitando además se denieguen las pretensiones del libelo introductor.

Manifiesta que para que se le pueda atribuir responsabilidad patrimonial en razón de la prestación de un servicio de su competencia debe acreditarse el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación a su cargo, probándose de manera clara, indubitable y contundente la falla del servicio, constituida por una actuación u omisión que tenga una relación de causalidad con el daño cuyo resarcimiento se pretende.

Dice que el material probatorio aportado no demuestra el incumplimiento de las funciones de EMCALI, ni existe prueba que la lesión sufrida por el menor Jimmy Fabián Castaño Angulo en su integridad facial haya sido causada por el extremo final de la retenida a tierra del poste secundario el cual soporta la tensión de redes de baja tensión y redes de cable operadores, desdibujándose el nexo de causalidad entre el hecho y el daño, por tanto no se puede endilgar responsabilidad a la demandada.

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado la cual indica que la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado se fundamenta en el daño antijurídico causado a un administrado quien no tiene el deber de soportarlo y la imputación del mismo a la administración pública ya sea por acción o por omisión de un deber normativo.

Señala que no existe prueba que demuestre que la desfiguración facial en la integridad del menor fue generada por alguna actuación u omisión de la demandada ni que la misma se haya generado por algún elemento de la infraestructura del Sistema de Distribución Local de Energía –SDL,

Manifiesta que cuando se instala la retenida a tierra no se deja por parte de la demandada al descubierto extremos de cable, pues lo que se realiza es un entice o cierre final, distinto es que por el fácil acceso este elemento el cual está ubicado en el espacio público sea manipulado por agentes externos provocando su deterioro, más no porque la entidad lo haya dejado al descubierto, además no se puede establecer que el extremo final de la retenida se encontraba en estado de deterioro para la fecha en que se presentó el siniestro.

Indica que el daño constituye un requisito para que proceda la obligación de indemnizar para la administración y que cuando el mismo no se acredita no se configura la responsabilidad estatal, además que en ocasiones pese a que exista el daño no es procedente declarar la responsabilidad de la administración, esto es, cuando se demuestra una de las causales de exoneración o cuando el imputado no tiene el deber de repararlo, al no ser el daño antijurídico, el cual debe ser soportado por quien lo padece.

Manifiesta que la lesión en la integridad del menor no se causó por la omisión o acción en el cumplimiento de las funciones de EMCALI.

Señala que lo que ocurrió fue que el menor se subió al cable por voluntad propia y bajo la desidia de sus progenitores o familiares quienes tienen el deber de velar por la custodia, protección y el cuidado del mismo, contribuyendo la víctima a la producción del daño.

Indica que la administración no tiene el deber de responder por todo daño que sufren los particulares, para que ello ocurra deben concurrir tres elementos o requisitos, esto es, la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, ésta sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y

que no sea producto de una causa extraña, tales como, la fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el hecho exclusivo de un tercero.

Dice que las competencias y responsabilidades de EMCALI se encuentran señaladas en el Acuerdo 34 de enero de 1999, por medio del cual se adopta el Estatuto Orgánico para la Empresa Industrial y Comercial de Cali, EMCALI E.I.C.E. E.S.P., se modifica el acuerdo 014 de 1996, se dan unas autorizaciones al señor alcalde y se dictan otras disposiciones., proferido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, que fijan con la ley de servicios públicos domiciliarios y las normas que reglamentan la prestación de los servicios públicos domiciliarios, entre ellos, el de servicio de distribución y comercialización de energía, los que presta adecuadamente, y de lo cual no existe prueba en contrario dentro del plenario.

En conclusión manifiesta que no emerge de los elementos fácticos y jurídicos del libelo introductor ningún tipo de obligación ni responsabilidad de la demandada respecto de la parte actora.

Interpuso las excepciones que denominó: *"Culpa exclusiva de la víctima"*, *"hecho de un tercero"*, *"inexistencia de falla del servicio por parte de EMCALI E.I.C.E. E.S.P"*, *"inexistencia del nexo de causalidad"*, *"excepción de falta de integración del contradictorio"* y *"excepción genérica o innominada"*, respecto de las dos primeras excepciones se tiene que con ellas se busca establecer que se presentaron causales eximentes que liberan de responsabilidad a la demandada, la tercera y cuarta pretender desvirtuar los elementos que configuran la responsabilidad estatal, en lo atinente a la quinta se tiene que la misma fue declarada infundada por el Despacho a través de los Autos interlocutorios números 252 y 253 proferidos en audiencia inicial celebrada el 8 de marzo de 2016, con la última se pretende se declaren los medios exceptivos que se acrediten en el plenario.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada EMCALI EICE ESP presentó alegatos de conclusión dentro del término legal.

Pide se nieguen las pretensiones de la demanda al no existir congruencia entre los hechos narrados y al no haberse sustentado las normas que presuntamente obedecen al concepto de violación.

Argumenta que no se encuentran configurados los elementos sustanciales para declarar la responsabilidad administrativa de las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP y el Municipio de Santiago de Cali, ni existe un nexo causal entre el hecho y el daño en razón a que del informe técnico contenido en el oficio 521.5DM-2514 de agosto 18 de 2014 suscrito por el Departamento de mantenimiento de energía de EMCALI EICE ESP, el cual fue ratificado en audiencia de pruebas se tiene que no es posible confirmar que el extremo final de la retenida se encontrara deteriorada para la fecha del presunto siniestro, aseveración que no tuvo oposición alguna por parte del apoderado de la parte demandante.

Manifiesta que la causa real del daño no se encuentra probada dentro del plenario, además que las pruebas allegadas no permiten deprecar responsabilidad de la entidad demandada.

Aduce que en los testimonios rendidos se indicó que los declarantes no estuvieron presentes en el momento en que produjo el accidente del menor de edad, los cuales tuvieron conocimiento de los hechos cuando les comentaron sobre el siniestro, determinándose que no hay testigos presenciales a excepción de su abuelo quien manifestó que el menor de edad se desplazaba a unos pasos adelante cuando ocurrió el accidente, además se formuló por parte de la apoderada de la aseguradora la Previsora S.A. tacha por sospecha sobre los testimonios rendidos por los señores Jorge Hernán Cárdenas Castaño y Miller Leonardo Gómez Orejuela.

Señala que no existe claridad sobre el día y la dirección donde presuntamente ocurrieron los hechos lo que conlleva a desconocer la causa real del accidente del menor de edad Jimmy Fabián Castaño Angulo, la declaración del señor José Gabriel Castaño Rojas en su calidad de abuelo y el testimonio del señor Edwin Roberto Duque Rivera no conducen a establecer la causa probable del accidente, se limitan a ratificar los lazos afectivos que tiene el grupo familiar con el menor de edad, también indica que las declaraciones rendidas por los señores Jorge Hernán Cárdenas Castaño y Miller Leonardo Gómez Orejuela no son determinantes para establecer la causa del accidente en razón a que no conocen el nombre ni el apellido de los abuelos y del menor que sufrió el accidente, pese a que manifiestan que conocen dese hace varios años a la familia del menor víctima.

Manifiesta que no se le puede dar valor probatorio a las fotografías aportadas con la demanda las cuales según el testimonio del señor de señor Jorge Hernán Cárdenas Castaño fueron tomadas al otro día del accidente que sufrió el menor.

Indica que los testimonios rendidos en el curso del proceso con el fin de acreditar los supuestos perjuicios son sospechosos, inverosímiles, incoherentes y contradictorios, con ellos se pretende comprobar el supuesto fáctico a partir de sus propias especulaciones, siendo los deponentes en sus testimonios imprecisos y contradictorios.

Reitera que no se encuentra probado en el proceso la presunta conducta omisiva de la entidad alegada durante el momento en que el menor de edad Jimmy Fabián Castaño Angulo sufrió el accidente, por tanto no se acreditó la responsabilidad de la entidad bajo el régimen de falla del servicio.

Manifiesta que el daño es elemento indispensable para la existencia de la responsabilidad, el cual debe ser probado, pero su existencia no hace acreedor automático de una indemnización a quien lo sufre.

Pide se declaren probadas las excepciones que propuso y concluye que según el acervo probatorio allegado al proceso no existe un nexo causal entre el hecho y el daño constitutivo de una falla en el servicio y que sea imputable a la entidad, además se configuran en el presente proceso las causales exonerativas de responsabilidad.

Solicita negar las pretensiones de la demanda.

2.2 CONTESTACIÓN DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

El Municipio de Santiago de Cali no contestó la demanda dentro del término legal.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Señala que la administración municipal no ha desconocido las disposiciones jurídicas contempladas en la legislación de tránsito las cuales dan prelación a la transitabilidad de los peatones en las zonas peatonales, los andenes, entre ellos.

Manifiesta que el señor José Gabriel Castaño Rojas quien acompañaba a su nieto, vulneró con su actuar normas de nivel nacional y local, además no tuvo la precaución y cuidado con el menor que se encontraba a su cargo, dicho descuido generó el accidente.

Indica que los testigos se limitaron a dar versiones de oídas, toda vez que no estuvieron presentes en el lugar al momento de presentarse el accidente, además sus versiones son contradictorias, no tienen claridad sobre el día en que ocurrieron los hechos, ni conocen el lugar y la dirección donde se presentó el accidente, lo que conlleva a desconocer la causa real y efectiva del accidente que sufrió el menor de edad Jimmy Fabián Castaño Angulo.

Dice que la declaración rendida por el señor José Gabriel Castaño Rojas, abuelo del menor, y el testimonio del señor Edwin Roberto Duque Rivera, tampoco conducen a esclarecer la causa probable del accidente debido a que se limitaron a ratificar los lazos afectivos del grupo familiar del menor de edad.

Frente al testimonio rendido por el señor Edwin Roberto Duque Rivera señala además que es contradictorio al manifestar que estaba cerca cuando ocurrió el accidente en la calle 108 con carrera 27 F.

Señala que las declaraciones rendidas por la señora Zully Viviana Castaño Angulo, progenitora del menor y los señores Jorge Hernán Cárdenas Castaño y Miller Leonardo Gómez Orejuela no son determinantes para establecer cuál fue la causa del accidente, quienes señalan que conocen desde hace varios años a la familia del menor lesionado, pero no conocen el nombre ni los apellidos de los abuelos y del menor que sufrió el accidente.

Reitera que la causa real del daño no se encuentra acreditada en el Plenario, ni existe prueba con fundamento en la cual se pueda deprecar responsabilidad al ente territorial.

Finalmente indica que se presenta el eximente de responsabilidad que denominó culpa exclusiva del familiar que hoy funge como víctima.

2.3 CONTESTACIÓN DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS - LLAMADA EN GARANTÍA

Con relación a la demanda:

Se opuso a las pretensiones de la demanda así como a que sea declarada administrativamente responsable las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP al no podersele imputar responsabilidad por falla en el servicio en el caso en estudio, debido a la ausencia del nexo causal entre la presunta acción u omisión de la entidad prestadora de servicios públicos y los presuntos daños irrogados a la parte actora.

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado que señala los elementos constitutivos del régimen de responsabilidad denominado falta o falla en el servicio, así como enumera los eximentes de responsabilidad que se aplican en dicho sistema.

Manifiesta que corresponde a la parte demandante probar la falla del servicio por acción u omisión de la administración, así como la existencia del perjuicio y la relación de causalidad con el mismo, tal como lo estipulan los artículos 174 y 177 del C.P.C, además acreditar la existencia de la obligación legal o reglamentaria que imponía a la administración realizar una conducta.

Señala que no existen pruebas que permitan atribuir responsabilidad a la entidad demandada por los presuntos hechos que se le endilgan, además dijo que no le constan los hechos de la demanda los cuales deben probarse por la parte actora.

Formuló como excepciones contra las pretensiones de la demanda: *"inexistencia de relación de casualidad entre el daño o perjuicio alegado"*, *"culpa de un tercero"*, *"ilegitimidad de la causa por pasiva para las empresas municipales de Cali"*, *"enriquecimiento sin causa"*, *"las meras expectativas no son indemnizables"*, *"juramento estimatorio"*, *"inexistencia del daño"*, *"carencia de prueba del supuesto jurídico"*, *"reparación del daño moral en caso de lesiones personales"* e *"innominada"*. La primera, tercera, quinta y séptima excepción buscan desvirtuar la existencia de alguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal, la segunda pretende se declare la configuración en el presente proceso de alguna de las causales eximentes de responsabilidad que favorecen a la demandada y los cuales la liberan de la obligación de resarcir el daño, la cuarta y novena pretenden se condene a la entidad demandada a pagar los perjuicios teniendo en cuenta el daño realmente padecido aplicando para ello las pautas establecidas por el Consejo de Estado, la sexta busca se condene a la parte demandante al pago del 10% de lo pretendido al no haberse estimado razonadamente el valor de las pretensiones, la octava se fundamenta en que la parte actora debe probar los supuestos de hecho que afirma en la demanda, en relación con la última se pide se decreten las excepciones que se encuentren probadas en el proceso.

Frente al llamamiento en garantía señaló que la Previsora S.A. según la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. RCE 3344 vigente entre el 1 de enero de 2012 al 28 de febrero de 2013 responde por los riesgos amparados en caso de que se encuentre acreditada la responsabilidad administrativa de la demandada aplicando las condiciones pactadas, las cuales se determina el ámbito, extensión o alcance del amparo, límites asegurados y deducibles.

Propone como excepciones al llamamiento en garantía, *"prescripción"*, *"aplicación del valor asegurado"*, *"inexistencia de obligación por pago total de la suma asegurada en responsabilidad civil artículo 1979 del código de comercio"*, *"condiciones, amparos, límites y exclusiones de la póliza"*, *"cuantía máxima de la indemnización"*, *"inexistencia de la obligación de indemnizar intereses o sanciones moratorias"* y *"genérica y otras"*, las seis excepciones atacan las pretensiones del llamamiento en garantía.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Argumenta que en el proceso se presenta la causal de exoneración de responsabilidad de la entidad demandada denominada culpa exclusiva de la víctima al estar distraídos tanto el infante como el señor José Gabriel Castaño, su

abuelo, quien no tenía control ni cuidado sobre su nieto al momento en que ocurrieron los hechos, esto es, cuando se desplazaban de su casa de habitación a la peluquería, como se infiere de los testimonios rendidos por los señores Jimmy Fabián Castaño Angulo y Edwin Roberto Duque, así como de la declaración rendida por el señor José Gabriel Castaño.

Señala que las fotografías tomadas por el señor Jorge Hernán Cárdenas Castaño no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, por tanto carecen de valor probatorio.

Frente al testimonio rendido por el señor Miller Leonardo Gómez indicó que no presenció los hechos, ni conoce lo que le paso al menor Jimmy Fabián Castaño Angulo, tampoco sabe el nombre del menor, pese a que dice que conoce a su madre desde hace 20 años, además recogió al menor en su casa y no en el lugar en que ocurrieron los hechos – esquina de la calle 108 con carrera 27G, no aportando su testimonio elementos de juicio para el esclarecimiento de los hechos.

Indica que el señor Edwin Roberto Duque Rivera no observó el insuceso que padeció el niño, pese a expresar que vio que el infante se tropezó, sin embargo no señala con que se estrelló ni indica que fue contra el cable que sostiene el poste, señalando que lo infiere, además resulta contradictorio su dicho al señalar que el abuelo lo llevaba de la mano e iba más adelante pues comparado con la declaración del señor José Gabriel Castaño, abuelo del infante, quien manifestó que el niño venía jugando con unas láminas, por tanto sus manifestaciones resultan incongruentes, concluyendo que el testigo en cita no presenció de manera personal los hechos y que su declaración no puede tenerse en cuenta como prueba válida de la ocurrencia del perjuicio que le endilgan a la entidad demandada.

Manifiesta que del testimonio rendido por el ingeniero electricista de las Empresas Municipales de Cali se tiene que el cable tensor del poste se instala con cuidado y la manera como se realizan los remates o finales del mismo, además que es notoria la manipulación que se realizó a la retenida ubicada en la calle 108 con carrera 27G, también declaró sobre la manera como se realizan los controles de mantenimiento tanto preventivo como correctivo y que antes de la fecha del suceso se hicieron visitas al sitio de los hechos, testimonio el cual se encuentra en consonancia con el peritaje aportado por la empresa prestadora de servicios públicos.

Frente al testimonio rendido por el señor Luis Fernando Valencia señaló que en este se indicó que no se realizó reporte por parte de los vecinos del sector, ni de los demandantes y solo se hace el mismo después de dos años del accidente.

Argumenta que no existió falla en la prestación del servicio de energía eléctrica por parte de EMCALI EICE ESP en razón a que la entidad cumple con las normas de instalación y mantenimiento debidas y que al ser una falla oculta al sistema de energía por su posible peligrosidad debió ser reportada a la empresa de servicios públicos.

Arguye que con las pruebas aportadas no se prueba la causa eficiente del daño irrogado, sino que se encuentra acreditado en el proceso la imprudencia del custodio y cuidador del menor, esto es, el señor José Gabriel Castaño Rojas, la cual permite que el menor caiga, sin que se pueda establecerse contra que tropezó el menor.

Pide que en caso de que se condenada la entidad demandada se ordene a la llamada en garantía el pago a que haya lugar en las condiciones pactadas en la póliza de seguros suscrita con EMCALI EICE ESP.

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

2.4 CONTESTACIÓN DE ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS LLAMADA EN GARANTÍA

Con relación a la demanda:

Se opuso a las pretensiones de la demanda, además adujo que no se acredita en el proceso que la causa eficiente y determinante que causó el daño haya sido la falla del servicio imputable a EMCALI.

Formuló como excepciones contra las pretensiones de la demanda: *"Inexistencia de obligación en cabeza de Emcali EICE ESP y ausencia de la relación de causalidad"* e *"inexistencia de prueba y excesiva valoración del supuesto perjuicio sufrido por los demandantes"*, la primera se fundamenta en la inexistencia de uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal, esto es, el nexo causal y la segunda busca que en caso de que resulte condenada la entidad los perjuicios irrogados sean liquidados teniendo en cuenta las pautas establecidas por el Consejo de Estado en acta del 28 de agosto de 2014.

Frente al llamamiento en garantía señaló que Allianz Seguros S.A. según la póliza de responsabilidad civil extracontractual RCE -3344 responde por los riesgos amparados en caso de que se encuentre acreditada la responsabilidad administrativa de la demandada aplicando las condiciones, amparos, exclusiones y sumas aseguradas según lo pactado.

Propone como excepciones al llamamiento en garantía, *"límite de la suma asegurada y condiciones del contrato de seguro"*, *"límite de responsabilidad de Allianz Seguros S.A. y "genérica"*, fundamenta la primera en que responderá por los riesgos amparados siempre que exista disponibilidad del valor asegurado teniendo en cuenta los límites pactados, además en caso de que el valor asegurado se haya agotado por haber asumido otros siniestros sea declarado dicha circunstancia en la sentencia, frente a la segunda señala que la responsabilidad de Allianz Seguros S.A. es proporcional al riesgo asumido, esto es, hasta el ochenta por ciento (80%) del valor del siniestro, con la aplicación del deducible pactado, con fundamento en la tercera y última excepción solicita se declaren las excepciones que se encuentren probadas dentro del plenario.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Manifiesta que en el proceso se acreditó que la causa eficiente del daño no constituye una omisión o falla en el Servicio de EMCALI, por tanto no puede endilgársele responsabilidad a dicha entidad.

Señala que no se probó el nexo causal entre el daño y la conducta de EMCALI, además fue acreditado que el daño alegado en el proceso ocurrió debido a la culpa del demandante señor José Gabriel Castaño, quien se desplazaba con el niño afectado y no lo cuidó apropiadamente como le era exigible al encontrarse a

cargo de un menor de edad tal como se concluye del testimonio del señor Edwin Duque; así mismo aduce que se presenta el hecho de un tercero que fue quien dañó la retenida lo cual quedó acreditado con los testimonios rendidos por los señores Fernando Contreras y Luis Fernando Valencia.

Argumenta que la culpa del demandante y la de un tercero que manipuló la retenida fueron las únicas causas del accidente que implicaron las lesiones del menor Jimmy Fabián Castaño, por tanto no existe nexo de causalidad entre la conducta de EMCALI y el daño alegado.

Indica que no se encuentran acreditados los perjuicios materiales pretendidos por la parte actora.

Frente a las declaraciones rendidas por los señores José Gabriel Castaño Rojas y la señora Zuly Viviana Castaño Angulo dice que no se pueden tener en cuenta, por no ser testigos imparciales al tener interés en las resultas del proceso.

Precisa que los perjuicios reclamados son exagerados al no concordar con la jurisprudencia trazada por el Consejo de Estado la cual establece los estándares para su pago.

Manifiesta que al no estar comprometida en el presente proceso la responsabilidad de la empresa de servicios públicos no existe obligación de indemnizar para la llamada en garantía, además que si se llegara a condenar a EMCALI debe tenerse en cuenta el valor asegurado, el deducible pactado y las condiciones del contrato, así como el porcentaje del coaseguro, esto es, ochenta por ciento (80%) del valor del siniestro que le corresponde a Allianz Compañía de Seguros.

Concluye que en el presente proceso no se allegó prueba alguna que respalde las pretensiones de la parte actora, además del acervo probatorio allegado se establece que EMCALI EICE ESP no participó en la producción del daño, por tanto no tiene obligación legal de indemnizar los daños sufridos por los demandantes.

Pide se declaren probadas las excepciones propuestas, así como se nieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

El medio de control denominado reparación directa se encuentra consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por medio de él toda persona interesada en la reparación de un daño antijurídico originado por hechos, omisiones, operaciones administrativas, ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos, o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma, puede pedir el resarcimiento de los perjuicios que se le hayan generado.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta lo pretendido en el asunto, el objeto de la presente providencia es resolver el siguiente problema jurídico:

¿Son administrativamente responsables el Municipio de Santiago de Cali y las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP, por los perjuicios que aduce la parte actora le fueron generados como consecuencia de los hechos ocurridos el 2 de agosto de 2012, en donde resultó lesionado el menor Jimmy Fabián Castaño Angulo, al presuntamente tropezar con el cable soporte del poste de energía ubicado en la calle 108 con carrera 27 G esquina, barrio las Orquídeas del Municipio de Santiago de Cali?

En caso afirmativo se deberá determinar si es viable el reconocimiento de los perjuicios reclamados y si prospera el llamamiento en garantía.

Antes de estudiar el caso en concreto, el Despacho analizara las excepciones propuestas.

3.2 EXCEPCIONES

3.2.1 EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EMCALI EICE ESP

Culpa exclusiva de la víctima, “hecho de un tercero”, “inexistencia de falla del servicio por parte de EMCALI E.I.C.E. E.S.P”, “inexistencia del nexo de causalidad”, “excepción de falta de integración del contradictorio” y “excepción genérica o innominada”, respecto de las dos primeras excepciones se tiene que con ellas se busca que se desestimen las pretensiones de las demanda al presuntamente presentarse los eximentes de responsabilidad denominados culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero, estas se decidirán cuando se analice si le asiste responsabilidad a EMCALI EICE ESP, la tercera y cuarta excepción pretenden desvirtuar los elementos que configuran la responsabilidad estatal, ellas se decidirán con el fondo del asunto cuando se realice el análisis de responsabilidad frente a dicha entidad, la quinta fue declarada infundada por el Despacho a través de los Autos interlocutorios números 252 y 253 proferidos en audiencia inicial celebrada el 8 de marzo de 2016, en relación a la última el Despacho no advierte excepción que deba ser decretada oficiosamente.

3.2.2 EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EL LLAMADO EN GARANTÍA LA PREVISORA S.A.

En relación con la demanda:

Inexistencia de relación de casualidad entre el daño o perjuicio alegado se fundamenta en que el nexo causal no se encuentra acreditado dentro del proceso, dicha excepción será resuelta cuando se realice el análisis de responsabilidad de la entidad demanda EMCALI; “*Culpa de un tercero*” se funda en que la responsabilidad recae sobre un tercero indeterminado quien manipuló el cable o retenida la misma se resolverá con el fondo del asunto cuando se realice el análisis de responsabilidad respecto de la empresa prestadora de servicios públicos; “*ilegitimidad de la causa por pasiva para las empresas municipales de Cali*”, tiene fundamento en que la entidad no está llamada a responder al no ser la encargada de la obligación reclamada, esta se decidirá cuándo se estudie la legitimación en la causa por pasiva y la responsabilidad de la entidad demandada; “*enriquecimiento sin justa causa*”, la misma no constituye una excepción en sí misma, con ella se busca en caso de condena se tase los perjuicios de acuerdo con la pérdida económica y moral ocasionada a los afectados, se decidirá con el fondo del asunto, “*las meras expectativas no son indemnizables*” la fundamenta en la circunstancia que el perjuicio debe ser cierto, la misma se decidirá cuando se

realice el análisis de responsabilidad de la empresa de servicios públicos, *"juramento estimatorio"* indica que al pretenderse una indemnización la misma debe estimarse razonadamente en la demanda discriminado cada uno de los conceptos, la misma no tiene vocación de prosperar, como quiera que la Ley 1437 de 2011, norma que regula expresamente el trámite ordinario para los procesos que se adelantan ante nuestra jurisdicción no establece la obligación de prestar juramento estimatorio, *"inexistencia del daño"*, con la misma se busca desvirtuar la existencia de uno de los elementos de la responsabilidad estatal, este medio exceptivo se resolverá con el fondo del asunto, *"carencia de prueba del supuesto jurídico"* funda la misma en que a la parte actora debe probar los supuestos de hecho que afirma en la demanda, con la misma el llamado se opone a las pretensiones de la demanda, por tanto se resolverán con el fondo del caso, *"reparación del daño moral en caso de lesiones personales"*, en si misma no constituye una excepción esta busca que en caso de condena se apliquen las pautas jurisprudenciales para la reparación del daño fijadas por el Consejo de Estado, por tanto se definirán con el fondo del caso, e *"innominada"* con relación a la última el Despacho no advierte excepción que deba ser decretada oficiosamente.

En relación con el llamamiento en garantía:

"Prescripción" con ella busca que se nieguen las pretensiones del llamamiento que se le efectuó al haber operado la prescripción al haber transcurrido más de dos años, la misma no tiene vocación de prosperidad, en razón a que el asegurado – EMCALI EICE ESP – tuvo conocimiento de las pretensiones del presente medio de control cuando le fue notificado el auto admisorio de la demanda, esto es, 12 de marzo de 2015 empezando a correr el término de la prescripción extintiva a partir de la calendada en cita, por tanto la vinculación al presente proceso de la llamada en garantía que propuso la excepción se efectuó dentro del bienio – 30 de julio de 2015 -sin que operara dicha figura procesal; "aplicación del valor asegurado" La misma no constituye una excepción propiamente, con ella se busca se limite en caso de condena el valor por el cual responderá el llamado en garantía, por tanto se decidirá con el fondo del asunto; "inexistencia de obligación por pago total de la suma asegurada en responsabilidad civil artículo 1979 del código de comercio" está igualmente pretende se limite el pago en caso de ser condenada la entidad EMCALI por tanto se decidirá con el fondo del caso; "condiciones, amparos, límites y exclusiones de la póliza" de igual manera esta propende a que se limite en caso de condena el pago a lo pactado en el contrato de seguro, luego se decidirá con el fondo del asunto, "cuantía máxima de la indemnización", la misma se decidirá con el fondo del caso en razón a que ella también busca se limite el pago a la cuantía máxima establecida en el contrato de seguro, "inexistencia de la obligación de indemnizar intereses o sanciones moratorias", la misma no constituye una excepción en sí misma, con ella se busca no sea condena la llamada en garantía al pago de intereses, la misma no tiene vocación de prosperar, como quiera que los mismos se generan con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia en caso de que el fallo sea adverso a la entidad, además según el artículo 1080 del Código de Comercio modificado por el parágrafo del Artículo 111, Ley 510 de 1999 el asegurador está obligado a pagar el siniestro al asegurado o beneficiario dentro del mes siguiente a la fecha en que se acredite el mismo, por tanto si no cumple con dicha obligación los intereses que se generen corren a su cargo; y "genérica y otras" en relación con la última no encuentra el Despacho algún tipo exceptivo que deba decretar oficiosamente.

3.2.3 EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA LLAMADA EN GARANTÍA ALLIANZ SEGUROS S.A.

Con relación a la demanda:

Inexistencia de obligación en cabeza de Emcali EICE ESE y ausencia de la relación de causalidad, con ella se pretende desvirtuar la existencia de responsabilidad de la entidad, esta se definirá con el fondo del caso; e *"inexistencia de prueba y excesiva valoración del supuesto perjuicio sufrido por los demandantes"*. ésta busca que en caso de que resulte condenada la entidad, los perjuicios irrogados sean liquidados teniendo en cuenta las pautas establecidas por el Consejo de Estado en acta del 28 de agosto de 2014, por tanto esta se decidirá con el fondo del asunto.

Con relación al llamamiento en garantía:

Límite de la suma asegurada y condiciones del contrato de seguro se funda en que la llamada en garantía en caso de condena de la entidad accionada responderá por los riesgos amparados siempre que exista disponibilidad del valor asegurado teniendo además en cuenta los límites y el deducible pactado, pide que en caso de que el valor asegurado se haya agotado por haber asumido otros siniestros sea declarado dicha circunstancia en la sentencia, esta se definirá con el fondo del caso; *límite de responsabilidad de Allianz Seguros S.A.* señala que la responsabilidad de Allianz Seguros S.A. es proporcional al riesgo asumido, esto es, hasta el ochenta por ciento (80%) del valor del siniestro con la aplicación del deducible pactado como se pactó en el contrato de coaseguro, la misma se decidirá con el fondo del asunto en el cual se determinara si la entidad que la llamó en garantía es responsable administrativamente; y "genérica" con esta solicita se declaren las excepciones que se encuentren probadas dentro del plenario, al respecto el Despacho no encuentra medio exceptivo que deba ser decretado de oficio.

3.3 DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

La responsabilidad del Estado tiene sustento constitucional en los artículos 2º (inciso segundo) y 90 de la Constitución Política¹. El primero de ellos establece que *"las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."* El segundo, impone al Estado la obligación de indemnizar todo daño originado en la actividad administrativa cuyos efectos los asociados no tengan el deber legal de soportar.

Existen diversas teorías acerca de la responsabilidad estatal, entre las cuales hay unas de carácter objetivo, como son el riesgo excepcional y el daño especial, y

¹ Art. 90 C.N. "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas..."

otras de carácter subjetivo, dentro de las cuales la más conocida es la denominada falla del servicio.

Dada la naturaleza del asunto en estudio para ésta instancia judicial el presente caso debe ser analizado bajo la modalidad de falla en el servicio, toda vez que el sustento de la indemnización que reclama la parte actora radica en las lesiones sufridas por el menor Jimmy Fabián Castaño Angulo en el accidente que sufrió cuando presuntamente tropezó y posteriormente se golpeó con el cable tensor – retenida - del poste de la energía ubicada en la calle 108 con 27 G esquina del barrio las Orquídeas del Municipio de Santiago de Cali acaecido el 2 de agosto de 2012, el cual tenía unas puntas que sobresalían del mismo.

Al respecto se debe indicar que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado² ha indicado que en casos en que se analiza si procede la declaratoria de responsabilidad del Estado como consecuencia de producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión de la autoridad pública en el cumplimiento de funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que las normas pertinentes fijan para la entidad accionada y el grado de cumplimiento o de observancia del mismo por parte de la misma en el caso concreto, eventos en los cuales el título de imputación de responsabilidad es el de la falla del servicio, el cual se analizara si se configura en el presente asunto.

Ahora bien, la responsabilidad del Estado por falla en el servicio puede originarse en la no prestación del servicio público o en su deficiente, tardía o desviada prestación y puede localizarse en cualquier órgano de la Administración Pública, surgiendo la responsabilidad a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos necesarios:

- i) El daño sufrido por el interesado;
- ii) La falla del servicio propiamente dicha, consistente en el mal funcionamiento del servicio, porque éste no funcionó cuando debió hacerlo o, lo hizo tardía o equivocadamente y;
- iii) Una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Una vez presentes tales elementos, la entidad pública demandada solo podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si logra romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima, o, hecho exclusivo y determinante de un tercero.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011) Radicación 66001-23-31-000-1997-3870-01(17613), Actor: JOSE NORMAN DUQUE RESTREPO Y OTROS, Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA Y EMPRESAS PÚBLICAS DE PEREIRA

3.4 CASO EN CONCRETO

3.4.1. DE LO PROBADO EN EL PLENARIO

Antes de determinar lo que fue probado en el proceso, se decidirá sobre las tachas de falsedad propuestas por la apoderada de la Aseguradora la Previsora S.A. en contra de los testimonios rendidos por los señores Jorge Hernán Cárdenas Castaño y Miller Leonardo Gómez Orejuela.

La apoderada de la Aseguradora la Previsora S.A en audiencia de pruebas celebrada en el presente proceso formuló tachas contra los testimonios rendidos por los señores Jorge Hernán Cárdenas Castaño y Miller Leonardo Gómez Orejuela en razón a la relación de amistad que presuntamente sostenían con la familia del menor Jimmy Fabián Castaño Angulo.

El Despacho procede a resolver las tachas propuestas para lo cual tendrán en cuenta las normas que regulan la materia y que se citan a continuación:

En virtud de lo dispuesto en el artículo 211 del Código General del Proceso un testigo es sospechoso por razón de los vínculos de amistad que sostenga con los demandantes, entre otras causas, no obstante dicho hecho no conlleva a desechar por completo la declaración, para que ello ocurra debe acreditarse el sentimiento o interés directo entre el testigo y el o los demandantes para el momento en que fue rendido el testimonio, además el vínculo de amistad no puede partir de una suposición sino que deben ser acreditado dentro del proceso³ toda vez que entre vecinos o en relaciones comerciales no se generan de manera indefectible un vínculo de amistad, caso contrario se deberán analizar en conjunto con otras pruebas para poder determinar si efectivamente la declaración ha sido parcializada⁴ tal como lo determina el artículo 176 ibídem.

En primer término y frente al testimonio rendido por el señor Jorge Hernán Cárdenas Castaño se tiene que manifestó que conocía al señor José Gabriel Castaño Rojas, abuelo del menor Jimmy Fabián Castaño Angulo en calidad de cliente de su negocio de fotografía desde hacía quince (15) años y que no tenía cercanía con ellos como para mantener en su residencia, así las cosas no tiene vocación de prosperidad la tacha al no haberse acreditado en el plenario el vínculo de amistad con los demandantes y el interés directo del testigo sobre el resultado del proceso, su declaración versó sobre unas fotografías que tomó el día siguiente de la ocurrencia de los hechos al menor demandante, lo cual no va en oposición a los demás testimonios rendidos dentro del plenario; en relación con el testimonio rendido por el señor Miller Leonardo Gómez Orejuela se tiene que señaló que conocía a los demandantes desde aproximadamente 20 años y que vivía a tres o cuatro casas de la residencia de los mismos, sin embargo estas circunstancias no acreditan que el declarante sostuviera un lazo de amistad con la parte actora, además no se probó que tuviera interés alguno sobre el proceso, su versión se refirió sobre el traslado que realizó del menor demandante hasta una institución de salud, lo cual no va en contravía de los otros medios de prueba allegados al plenario, por tanto la segunda tacha propuesta no tiene vocación de

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente 05001-23-26-000-1992-01675-01(17407), Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 19 de julio de 2007, expediente 68001-23-15-000-2006-02791-01, Consejera Ponente Martha Sofía Sanz Tobón.

prosperar, así las cosas se debe dar credibilidad a los testimonios rendidos lo cuales se analizaran con los demás medios probatorios arrimados válidamente al proceso.

Así las cosas, se declararán infundadas las tachas de los testimonios propuestas por la Compañía de Seguros la Previsora S.A.

Aclarado lo anterior, pasamos a revisar las pruebas y lo acreditado con ellas, así:

Según la declaración rendida por el señor José Gabriel Castaño Rojas⁵, abuelo del menor Jimmy Fabián Castaño Angulo se tiene que el 2 de agosto de 2012 se desplazaba con él hacia la barbería tropezándose el infante con el cable – retenida - que sostiene el poste de la energía ubicado en la calle 108 con 27 G esquina del barrio las Orquídeas del Municipio de Santiago de Cali, sufriendo un golpe contundente con los elementos punzantes que sobresalían de este, produciéndose lesiones en el rostro del menor.

Del testimonio rendido por el señor Edwin Roberto Duque Rivera⁶ tenemos que el 2 de agosto de 2012 el menor Jimmy Fabián Castaño Angulo en compañía de su abuelo José Gabriel Castaño Rojas se desplazaban por la calle 108 en sentido contrario a él, tropezándose el infante posteriormente con el cable tensor del poste ubicado en la calle 108, quien se cayó contra este sufriendo desprendimiento de la parte inferior de su mejilla en razón al golpe sufrido contra el manajo suelto del cable que sostiene el poste de energía.

Quedó demostrado con la historia clínica⁷ del menor Jimmy Fabián Castaño Angulo, que producto del evento anteriormente enunciado sufrió unas lesiones físicas consistente en herida de cuatro (4) centímetros por tres (3) centímetros profunda en tercio inferior de cara región izquierda con compromiso de tejidos blandos sin exposición ósea asociado a sangrado y dolor, trauma ocasionado por material metálico.

También quedó demostrado con el testimonio rendido por el señor Edwin Roberto Duque Rivera y la declaración del señor José Gabriel Castaño Rojas que la situación física del menor perjudicado directo afectó a todo su núcleo familiar.

Del oficio No. 521.5 – DM – 2514 visible a folios 92 a 98 se tiene que la retenida a tierra de la calle 108 con carrera 27 G esquina Barrio las Orquídeas hace parte de la infraestructura eléctrica del Sistema de Distribución de Energía SDL, propiedad de EMCALI EICE ESP, instalado en el Nodo 1232550, poste terminal secundario de 8 X 510 kilogramos, el cual soporta la tensión mecánica de las redes de distribución de energía de baja tensión y redes de cable operadores sujetas al mismo.

Con el registro civil de nacimiento⁸ del menor Jimmy Fabián Castaño Angulo se logra determinar que la señora Zully Viviana Castaño Angulo es su madre biológica.

⁵ Folio 332 c. principal - CD

⁶ Folio 332 c. principal - CD

⁷ Fls 311 Cdno ppal.

⁸ Fl 25 C. único.

Del registro civil de nacimiento obrante a folio 24 del cuaderno único número 1 se colige que el señor José Gabriel Castaño Rojas y la señora María Esther Angulo son los padres biológicos de la señora Zully Viviana Castaño Angulo, por tanto abuelos de su hijo menor Jimmy Fabián Castaño Angulo.

Con los registros civiles de nacimiento⁹ de Ana Gabriel Castaño Angulo, Stephania Castaño Angulo y Edwin Javier Castaño Angulo queda probado que son tíos por vía materna del menor Jimmy Fabián Castaño Angulo, al tener los mismos progenitores que la señora Zully Viviana Castaño Angulo – madre del menor lesionado.

3.5. ANÁLISIS DE RESPONSABILIDAD

3.5.1 El Daño

Con el material probatorio allegado al plenario y en especial con la declaración rendida por el señor José Gabriel Castaño Rojas, el testimonio rendido por el señor Edwin Roberto Duque Rivera, se encuentra acreditado que el día 2 de agosto de 2012 siendo aproximadamente el mediodía en la calle 108 con carrera 27 G esquina, se produjo un accidente al tropezar el menor Jimmy Fabián Castaño Angulo con el cable tensor del poste cayéndose posteriormente contra el mismo el cual tenía unas puntas sobresalientes.

De la historia clínica allegada podemos tener por acreditado que el menor Jimmy Fabián Castaño Angulo le fue generada una lesión consistente en herida de cuatro (4) centímetros por tres (3) centímetros profunda en tercio inferior de cara región izquierda con compromiso de tejidos blandos sin exposición ósea asociado a sangrado y dolor, trauma ocasionado por material metálico.

En virtud de lo anterior, existe certeza frente al daño que dio origen a la presente acción, en consecuencia se acreditó el primer elemento de la responsabilidad.

3.5.2 DEL ACTUAR DE LA ADMINISTRACIÓN.

Teniendo en cuenta que las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP es propietaria de la retenida a tierra ubicada en la calle 108 con carrera 27 G esquina Barrio las Orquídeas, en razón a que la misma hace parte de la infraestructura eléctrica del Sistema de Distribución de Energía SDL, por tanto correspondía a dicha entidad realizar el mantenimiento del cable tensor con el fin de prestar un servicio en condiciones óptimas y eficiente.

Al respecto el artículo 28 de la Ley 142 de 1994 establece que las empresas de servicios públicos pueden construir, operar y modificar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos a su cargo, para lo cual deben cumplir con los requisitos y las facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades oficiales que han estado encargadas de la prestación dichos servicios, además éstas tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales.

⁹ Fls 3, 4, 5 C. Pruebas parte demandante.

La Ley en cita le impone entonces a la empresa de servicios aludida realizar el mantenimiento de la infraestructura eléctrica del Sistema de Distribución de Energía SDL, entre ellos el cable tensor – retenida a tierra – que sostiene el poste ubicado en la calle 108 con carrera 27 G esquina Barrio las Orquídeas del Municipio de Cali.

Teniendo en cuenta lo anterior y frente a dicha obligación legal de realizar mantenimiento a la retenida se analizará el grado de cumplimiento o de observancia de la norma en cita por parte de las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP.

Al respecto se debe señalar que según el testimonio rendido por el señor Fernando Contreras González¹⁰ funcionario de EMCALI EICE ESP la entidad posee 155 circuitos de distribución en el Municipio de Santiago de Cali, cada uno comprendido entre 15 a 30 barrios, para el mantenimiento preventivo de dichos circuitos la empresa ha dispuesto de unos empleados que realizan la revisión de los mismos, logrando realizar la revisión exhaustiva de cada circuito en aproximadamente 10 días, concluyendo el deponente que la periodicidad para encontrar fallas que no afecten la prestación del servicio es de dos (2) a tres (3) años.

Así las cosas, tenemos que las fallas que no afectan la prestación del servicio - anomalías que se presentan en las retenidas a tierra o cables tensores de los postes de energía - solo se evidencian en un término de dos (2) a tres (3) años por parte de las Empresas Municipales de Cali, de tal aseveración se logra concluir que el grado de cumplimiento o de observancia de la norma que le impone a la entidad el mantenimiento de la red eléctrica es poco eficiente.

En el plenario no se demostró que la empresa hubiere realizado mantenimiento al poste sobre el cual cayó el menor, en consecuencia se considera por esta instancia judicial que se acreditó el cumplimiento del segundo requisito de la responsabilidad estatal, consistente en la falla del servicio de la entidad accionada, como quiera que la Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP omitió el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le impuso, esto es, el mantenimiento del cable tensor del poste ubicado en la calle 108 con carrera 27 G esquina del Barrio las Orquídeas del Municipio de Santiago de Cali.

3.5.3 NEXO CASUAL.

Teniendo en cuenta la obligación legal impuesta por el artículo 28 de la Ley 142 de 1994 a EMCALI EICE ESP consistente en la realización del mantenimiento de la red eléctrica, así como el testimonio del señor Edwin Roberto Duque Rivera y de la declaración del señor José Gabriel Castaño Rojas, quienes dieron fe de que el accidente acaecido el 2 de agosto de 2012 el que dejó una herida en el rostro del menor Jimmy Fabián Castaño Angulo, se produjo al caer sobre la retenida a tierra del poste ubicado en la calle 108 con carrera 27 G esquina la cual estaba en mal estado; para el Despacho es evidente que la omisión o incumplimiento en las funciones legales de mantenimiento fueron la causa eficiente del daño reclamado, esto es, la lesión sufrida por el menor demandante, acreditándose entonces el

¹⁰ Fl. 339 cuaderno de pruebas - CD

nexo existente entre estos dos elementos y con ello se configura el tercer elemento de la responsabilidad.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha sostenido frente al tema de la responsabilidad estatal por omisión o por el incumplimiento inadecuado del deber legal a las entidades estatales, lo siguiente¹¹:

"Esta responsabilidad, incluso bajo la óptica del artículo 90 de la C.P., sólo puede surgir cuando se evidencia la existencia de una falla del servicio, teniendo en cuenta que tal concepción es relativa. Su régimen fue precisado por la sala en sentencia del 5 de agosto de 1.994 (exp. 8487, actor VICTOR JULIO PARDO, ponente, Carlos Betancur Jaramillo), en la cual se señaló:

"1. - En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO."

Ahora bien se adujo por la entidad accionada – EMCALI EICE ESP, que se presentaron los eximentes de responsabilidad estatal denominados culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero, frente a dicha manifestación se debe indicar que en el proceso no está acreditado en primer lugar que el señor José Gabriel Castaño Rojas hubiere desatendido su obligación de cuidado para con el menor Jimmy Fabián Castaño Angulo, por el contrario del testimonio rendido por el señor Edwin Roberto Duque Rivera se tiene que el señor Castaño Rojas se desplazaba antes de la ocurrencia del accidente con el menor al cual llevaba asido de su mano, esto es, en ese momento lo estaba cuidando y como tal no puede aducirse descuido alguno, por tanto la excepción de culpa de la víctima no prospera; ahora frente al liberador de responsabilidad estatal, hecho de un tercero, si bien no se puede determinar a ciencia cierta la razón por la cual la retenida a tierra, con la que sufrió el accidente el menor demandante, estaba en condiciones anómalas, lo cierto, es que correspondía a la entidad EMCALI EICE ESP ejecutar su mantenimiento en cumplimiento del deber legal que le impuso la norma antes referida, el cual no realizó; por tanto no se presenta tampoco la causal eximente de responsabilidad.

En suma se encuentra acreditado que la entidad – EMCALI EICE ESP, omitió o incumplió su deber legal impuesto por el artículo 28 de la Ley 142 de 1994 consistente en el mantenimiento de la retenida a tierra – poste tensor – del poste de energía, lo que permitió la ocurrencia del siniestro que dejó heridas en el rostro del menor Jimmy Fabián Castaño Angulo, quien para la época de los acontecimientos tan solo contaba con cinco años de edad, imponiéndosele entonces una carga que no tenía el deber legal de soportar.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011) Radicación 66001-23-31-000-1997-3870-01(17613), Actor: JOSE NORMAN DUQUE RESTREPO Y OTROS,

Así las cosas, y al configurarse la responsabilidad de la entidad demanda EMCALI EICE ESP se declararan infundadas tanto las excepciones propuestas por la entidad demandada Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP, así como las presentadas por las llamadas en garantía Allianz Seguros S.A. y la Previsora S.A. Compañía de Seguros.

Por lo expuesto, es evidente la responsabilidad en este caso de EMCALI, ante ello, el Despacho declarara de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Santiago de Cali en razón a que la obligación legal de mantenimiento de la red de energía eléctrica se le impuso por el artículo 28 de la Ley 142 de 1994 a las empresas de servicios públicos, en el presente caso a EMCALI EICE ESP, sin que se haya acreditado falla por parte del ente territorial.

Teniendo en cuenta que se encuentra acreditada la responsabilidad de la entidad Estatal EMCALI EICE ESP el Despacho procederá a pronunciarse respecto de los perjuicios irrogados a los demandantes, no sin antes dejar claridad frente a la legitimación en la causa en el presente asunto.

4. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Según el Código General del Proceso, aplicable a la presente acción por remisión expresa que hace el artículo 306 del CPACA, se entiende por legitimación en la causa, la capacidad para ser parte en un proceso, como accionante o como accionada, de la cual gozan todas las personas, naturales y jurídicas, dicha capacidad procesal hace alusión a la titularidad de los derechos de acción y de contradicción; de allí que se hable de la legitimación en la causa por activa o por pasiva, según si se es demandante o demandado dentro del litigio.

Jurisprudencialmente se distinguen la legitimación de hecho y la legitimación material, la primera determinada por la simple afirmación de damnificado o accionado que se hace en el escrito de la demanda, mientras la segunda es la demostración de dicha calidad en el curso del proceso que le permitirá a quien demandó obtener la favorabilidad de las pretensiones demostrando la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad de la entidad demandada.

Se considera que se está legitimado en la causa por pasiva cuando se demanda a la entidad que debe responder por la acción u omisión que generó el daño antijurídico.

4.1 Por pasiva

En primer lugar como se indicó anteriormente en el presente proceso el Municipio de Santiago de Cali carece de legitimación para actuar por pasiva en el presente proceso habida cuenta que la obligación legal de mantenimiento de la infraestructura eléctrica del Sistema de Distribución de Energía SDL, – se le impuso a las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP (Art. 28 Ley 142 de 1994), directa operadora y propietaria de dicha red.

La empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP, es una entidad de

En blanc

derecho público quien fue demandada en el sub lite y quien cuenta con capacidad para comparecer al proceso. Ésta fue quien generó el daño que dio origen a la presente demanda y como tal se encuentra legitimada en la causa tanto de hecho como de forma material.

4.2 Por activa

En cuanto a la legitimación en la causa por activa, tenemos que es la aptitud otorgada por la ley a una persona para reclamar frente a la demandada el reconocimiento de su derecho. Están legitimadas para ejercer la Acción de Reparación Directa todas las personas que hayan sufrido un daño, en cualquiera de sus modalidades: material (daño emergente y lucro cesante), o inmaterial (moral y psicológico).

Para el caso que nos ocupa se legitimaron en la causa por activa de hecho quienes demandaron en acción de reparación, así:

JIMMY FABIÁN CASTAÑO ANGULO afectado directo, menor quien actúa representado por su señora madre Zully Viviana Castaño Angulo.

ZULLY VIVIANA CASTAÑO ANGULO, en su calidad de madre del menor perjudicado directo.

JOSÉ GABRIEL CASTAÑO ROJAS y MARÍA ESTHER ANGULO, en su calidad de abuelos del menor Jimmy Fabián Castaño Rojas – perjudicado directo -.

EDWIN JAVIER CASTAÑO ANGULO, ANA GABRIEL CASTAÑO ANGULO y ESTEPHANIA CASTAÑO ANGULO, en su calidad de tios del perjudicado directo.

Frente a la legitimación en la causa por activa de forma material tenemos que:

El menor JIMMY FABIÁN CASTAÑO ANGULO al ser el perjudicado directo con la falla del servicio en que incurrió la entidad demandada, se logró legitimar en la causa por activa materialmente.

Del registro civil de nacimiento del menor Jimmy Fabián Castaño Angulo (Fl. 25 Cdnú único) se logra precisar que ZULLY VIVIANA CASTAÑO ANGULO es la madre del perjudicado directo y por tanto se legitimó en la causa por activa de forma material.

También se legitimaron en la causa por activa materialmente JOSÉ GABRIEL CASTAÑO ROJAS y MARÍA ESTHER ANGULO (fl. 24 y 25 c. único), en calidad de abuelos del menor Jimmy Fabián Castaño Angulo.

De igual forma se legitimaron en la causa por activa materialmente EDWIN JAVIER CASTAÑO ANGULO, ANA GABRIEL CASTAÑO ANGULO y ESTEPHANIA CASTAÑO ANGULO (Fls 26 a 28 del Cdnú pruebas parte demandante) tios del perjudicado directo.

Clarificado el tema de la legitimación en la causa por activa de los demandantes y como quiera que quedó demostrada la responsabilidad de la entidad accionada bajo la modalidad de falla en el servicio por la omisión o incumplimiento de su

Em place

deber legal impuesto por el artículo 28 de la Ley 142 de 1994 consistente en el mantenimiento de la retenida a tierra – poste tensor – del poste de energía, se pasa a analizar la viabilidad de conceder los perjuicios reclamados.

5. TASACIÓN DE PERJUICIOS

El medio de control denominado Reparación Directa está encaminado a una reparación integral por los perjuicios causados una vez se demuestre la responsabilidad del Estado. Con dicha indemnización lo que se busca es dejar a la víctima en una situación lo más cercana a la que se hallaría si no se hubiere producido el daño antijurídico y de no poderse, que se indemnice a plenitud la totalidad de los daños causados.

En acciones como las que hoy nos ocupan se han clasificado los perjuicios en dos grandes categorías: los materiales y los inmateriales; no obstante en la demanda solo se solicitaron inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales, daño a la salud y por daño a la alteración grave a las condiciones de existencia; así las cosas se pasa a analizar solo los perjuicios inmateriales.

▪ Daño Inmaterial

Se entiende como aquel que afecta la parte espiritual de la persona humana; el daño moral no tiene naturaleza económica; el dolor es imposible medirlo con patrones objetivos, por ser en esencia subjetivo; por eso dichas indemnizaciones son de carácter compensatorio, es por ejemplo otorgarle una suma de dinero a una viuda, o a un lesionado para que tenga un bien que le ayude a mitigar su pena.

La jurisprudencia del Consejo de Estado bajo la modalidad de daños inmateriales ha reconocido perjuicios por daño en la salud, perjuicios morales, entre otros. Con la demanda se solicitó el pago de perjuicios por estas dos modalidades, así como el pago del daño por la alteración grave a las condiciones de existencia, los cuales se analizarán si son procedentes y el monto en que se debe realizar su reconocimiento según las pautas trazadas por el más Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

PERJUICIOS MORALES

La tasación de esta clase de perjuicios debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, no obstante la aludida Corporación¹² ha sugerido la imposición de unos topes máximos a reconocer por perjuicios morales como producto de lesiones personales, así: perjudicado directo, padres, hijos o cónyuges hasta cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para hermanos el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes y para tíos hasta la suma de treinta cinco (35) salarios mínimos legales mensuales.

¹² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz y documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referentes para la reparación de perjuicios materiales por el Consejo de Estado.

Como quiera que en el plenario quedó demostrado que el menor JIMMY FABIÁN CASTAÑO ANGULO sufrió una lesión consistente en herida de cuatro (4) centímetros por tres (3) centímetros profunda en tercio inferior de cara región izquierda con compromiso de tejidos blandos sin exposición ósea asociado a sangrado y dolor, trauma ocasionado por material metálico, para el Despacho no hay duda de la afectación moral que conlleva sufrir un daño como éste que dejó a la víctima lesiones en el rostro, tal como se desprende de la historia clínica visible a folio 312 del cuaderno único.

Ahora bien, respecto de los demás demandantes, esto es, madre y abuelos del afectado directo, la Jurisprudencia¹³ de la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, ha sido enfática en indicar que los perjuicios morales de los familiares cercanos del afectado directo en asuntos como estos se presumen, dado el parentesco, cercanía con la víctima, de la cual se desprende que el daño sufrido les haya generado zozobra, angustia que amerita ser resarcida.

En lo atinente a los daños morales de los tíos, en el testimonio rendido por el señor Edwin Roberto Duque Rivera se indicó que la familia se encuentra afectada por la herida que sufrió el menor Jimmy Fabián Castaño Angulo del ante ello se les reconocerá el perjuicio, sin embargo para su fijación se tendrá en cuenta la intensidad del daño y la cercanía con la víctima directa.

Dilucidado lo anterior procede el Despacho a tasar los perjuicios morales reclamados en las siguientes cuantías:

Para el menor JIMMY FABIÁN CASTAÑO ANGULO, en su calidad de perjudicado directo la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta la gravedad del daño antijurídico que sufrió.

Para la señora ZULLY VIVIANA CASTAÑO ANGULO, en su calidad de madre del perjudicado directo la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para los señores JOSÉ GABRIEL CASTAÑO ROJAS y MARÍA ESTHER ANGULO, en su calidad de abuelos del perjudicado directo la suma de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

Y finalmente para los señores EDWIN JAVIER CASTAÑO ANGULO, ANA GABRIEL CASTAÑO ANGULO y ESTEPHANIA CASTAÑO ANGULO, en su calidad de tíos del perjudicado directo, el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

Daño a la Salud.

Deben aclararse que sí bien en la demanda se pidió el resarcimiento tanto del perjuicio por daño a la salud, así como el que denominó *“por daño a la alteración grave a la condiciones de existencia”*, solo se concederá bajo la modalidad de daño en la salud siguiendo las precisiones que respecto al tema ha hecho el H.

¹³Ver Sentencia del 19 de noviembre de 2008 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, radicación número: 07001-23-31-000-2000-00348-01(28259)

Consejo de Estado¹⁴, quien ha manifestado que el daño a la salud abarca también el perjuicio de daño a la alteración grave de las condiciones de existencia, dicha corporación sostuvo:

“Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –:

“i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

“ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal¹⁵.

“Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

“Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud...

“...Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material”.

Con base en lo anterior puede deducirse que la indemnización por éste concepto únicamente se reconoce a quien padece la lesión física o alteración funcional. En el presente caso como ya se ha venido indicando, tenemos que el menor JIMMY FABIÁN CASTAÑO ANGULO padeció una lesión consistente en herida de cuatro (4) centímetros por tres (3) centímetros profunda en tercio inferior de cara región

¹⁴ Sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, Exp. 19031, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁵ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

izquierda con compromiso de tejidos blandos sin exposición ósea asociado a sangrado y dolor, por tanto es evidente que padeció un daño a su salud que amerita ser resarcido y como tal se reconocerá como indemnización a su favor el equivalente a **treinta (30)** salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5 LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Con relación a la póliza de seguros celebrada por las compañías Colseguros S.A. hoy Allianz Seguros S.A., la Previsora S.A. compañía de Seguros y EMCALI EICE E.S.P. se acreditó en el plenario que celebraron contrato de responsabilidad Civil Extracontractual No. RCE-3344, cuya vigencia comprendía entre el primero (1) de enero de dos mil doce (2012) hasta el veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), por tanto para la época de los hechos la misma se encontraba vigente¹⁶.

En cuanto a la cobertura de la póliza tenemos que durante su vigencia cubría los riesgos por responsabilidad civil causados por bienes bajo el cuidado, control y custodia de EMCALI EICE E.S.P., entre ellos, los daños que causen dichos bienes a terceros¹⁷.

Así las cosas y como para la época en que ocurrió el accidente del menor demandante se encontraba vigente la póliza, la cual cubría la responsabilidad en que incurra EMCALI EICE ESP frente a daños ocasionados a terceros por bienes bajo su cuidado, control y custodia y al haberse deprecado la responsabilidad de la entidad demandada por los perjuicios causados a los demandantes es procedente acceder a las pretensiones del llamamiento en garantía realizado por la empresa de servicios públicos, toda vez que en el contrato celebrado no se pactó exclusión que libere a las compañías de seguro de responder, por tanto deberán Allianz Seguros S.A. y la Previsora S.A. compañía de Seguros, en los porcentajes pactados en la póliza en cita, reembolsar las sumas de dinero que dicha entidad deba de sufragar como consecuencia de la condena impuesta, teniendo en cuenta los límites de cobertura y del valor asegurado, así como los deducibles pactados.

6 COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con lo previsto en el artículo 365 de la Ley 1564 de 2012 -CGP, se debe condenar a la parte vencida en el proceso al pago de costas, por tanto se condenará a la parte demandada – EMCALI EICE ESP al pago de costas a favor de la parte demandante. Una vez en firme esta providencia por Secretaría liquídense.

Sin más consideraciones, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cali, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

IV. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR infundadas las excepciones interpuestas por las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP denominadas "*Culpa exclusiva de la víctima*", "*hecho de un tercero*", "*inexistencia de falla del servicio por parte de EMCALI E.I.C.E. E.S.P.*", "*inexistencia del nexo de causalidad*", "*excepción de falta de integración del contradictorio*" y "*excepción genérica o innominada*", por lo expuesto.

¹⁶ Fl. 102 c. principal.

¹⁷ Fl. 104 c. principal.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por la llamada en garantía Allianz Seguros S.A. las cuales denominó: *"Inexistencia de obligación en cabeza de Emcali EICE ESP y ausencia de la relación de causalidad" e "inexistencia de prueba y excesiva valoración del supuesto perjuicio sufrido por los demandantes", "límite de la suma asegurada y condiciones del contrato de seguro", "límite de responsabilidad de Allianz Seguros S.A. y "genérica", por lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.*

TERCERO: NEGAR los medios exceptivos propuestos por la entidad llamada en garantía la Previsora S.A. Compañía de Seguros denominadas *"inexistencia de relación de casualidad entre el daño o perjuicio alegado", "culpa de un tercero", "ilegitimidad de la causa por pasiva para las empresas municipales de Cali", "enriquecimiento sin causa", "las meras expectativas no son indemnizables", "juramento estimatorio", "inexistencia del daño", "carencia de prueba del supuesto jurídico", "reparación del daño moral en caso de lesiones personales", "innominada", "prescripción", "aplicación del valor asegurado", "inexistencia de obligación por pago total de la suma asegurada en responsabilidad civil artículo 1979 del código de comercio", "condiciones, amparos, límites y exclusiones de la póliza", "cuantía máxima de la indemnización", "inexistencia de la obligación de indemnizar intereses o sanciones moratorias" y "genérica y otras", de conformidad con lo expuesto en esta providencia.*

CUARTO: DECLARAR de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad demandada Municipio de Santiago de Cali, por lo expuesto.

QUINTO: DECLARAR ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE a las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE ESP**, por los perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de la falla del servicio en que incurrió en los hechos ocurridos el 2 de agosto de 2012 en la ciudad de Santiago de Cali en donde resultó lesionado el menor Jimmy Fabián Castaño Angulo.

SEXTO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** a las Empresas Municipales de Cali –EMCALI EICE ESP a reconocer y pagar como perjuicios morales las siguientes cantidades de dinero:

- Para el menor JIMMY FABIÁN CASTAÑO ANGULO, en su calidad de perjudicado directo la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Para ZULLY VIVIANA CASTAÑO ANGULO, en su calidad de madre del perjudicado directo la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Para los señores JOSÉ GABRIEL CASTAÑO ROJAS y MARÍA ESTHER ANGULO, en su calidad de abuelos del perjudicado directo, la suma de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.
- Para los señores EDWIN JAVIER CASTAÑO ANGULO, ANA GABRIEL CASTAÑO ANGULO y ESTEPHANIA CASTAÑO ANGULO, en su calidad de tíos del perjudicado directo, la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

CUARTO: Como consecuencia de la declaración que se hace en el numeral quinto, **CONDENAR** a las Empresas Municipales de Cali –EMCALI EICE ESP, a reconocer y pagar a título de perjuicio inmaterial en la modalidad de daño a la salud, el equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor del menor Jimmy Fabián Castaño Angulo.

QUINTO: CONDENAR a Allianz Seguros S.A y a la Previsora S.A. Compañía de Seguros entidades llamadas en garantía, a reintegrar a la demandada **Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP** los valores que en cumplimiento de esta sentencia deba cancelar a favor de la parte actora por concepto de perjuicios morales y por daño a la salud; lo anterior en los términos pactados en la póliza No. RCE 3344 con vigencia del 1 de enero de 2012 al 28 de febrero de 2013 y teniendo en cuenta los porcentajes de coaseguro, límites allí previstos y los correspondientes deducibles.

SEXTO: SE ORDENA dar cumplimiento a esta providencia con observancia a lo dispuesto en los artículos 192 del CPACA.

SÉPTIMO: SE CONDENA EN COSTAS a las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP y a favor de la parte demandante. Una vez en firme esta providencia por Secretaría liquídense.

OCTAVO: En firme esta sentencia, se hará entrega de copia íntegra al obligado para su ejecución y cumplimiento, de conformidad con el inciso final del artículo 203 del CPACA.

NOVENO: EJECUTORIADA esta providencia, realícese la respectiva liquidación por secretaría siguiendo las pautas establecidas en el artículo 366 de la Ley 1564 de 2012, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere, y ARCHÍVESE el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ZULAY CAMACHO CALERO
JUEZ