San Andrés Isla, cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Sentencia No. 0048

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	76-001-33-31-010-2012-00070-01
Demandante	Doralice Mosquera Arce
Demandado	Municipio de Santiago de Cali – Metro Cali S.A.
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, prorrogado mediante el artículo 2° del Acuerdo PCSJA19-11444 del 14 de noviembre de 2019 y el Acuerdo PCSJA20-11507 del 21 de febrero de 2020, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de resolver el recurso de apelación, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 08 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito de Cali[1], mediante la cual se dispuso lo siguiente:

> ***"PRIMERA:*** *DECLARAR probada la excepción de "Falta de legitimación en la causa por pasiva" formulada por Metro Cali S.A. y de "Inexistencia de responsabilidad" propuesta por el Municipio de Santiago de Cali, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*
>
> *En consecuencia,*
>
> ***SEGUNDO:*** *NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.*

[1] Visible a fls. 243 a 253 Cdno Ppal.

***TERCERO**: Sin condena en costas procesales."*

II.- ANTECEDENTES

La señora DORALICE MOSQUERA ARCE por medio de apoderado judicial, instauró demanda de Reparación Directa en contra del Municipio de Santiago de Cali y Metro Cali S.A, con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones:

***"Primera:** Declarar solidaria y patrimonialmente responsable a la entidad pública MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, de los daños y perjuicios referenciados en los hechos, causados a la señora DORALICE MOSQUERA ARCE.*

***Segunda**: Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la entidad METRO CALI S.A., de los daños y perjuicios referenciados en los hechos, causados a la señora DORALICE MOSQUERA ARCE.*

***Tercera:** Que como consecuencia de producirse, ambas o alguna de las declaraciones anteriores, se condene a los demandados, resarcimiento y pago de los daños y perjuicios, relacionados, así:*

- ***DAÑOS MATERIALES***

Para la señora DORALICE MOSQUERA ARCE, la suma que resultare probada dentro del proceso, así:

a. *En su calidad de daño emergente, la suma que resulte probada dentro del proceso, por incapacidad de movimiento, traslados de tratamiento médico rentas informales que podría estar desempeñando el actor al momento de los hechos, secuelas psiquiátricas, costos conexos al tratamiento médico o cirugía estética, etc., el cual deberá ser tasado por el correspondiente dictamen pericial propuesto.*

b. *En su calidad de lucro cesante, los intereses a que hubiere lugar desde el día de verificación y sufragio del daño material, desde el día posterior a la información del daño o sea del día 28 de febrero de 2010, por los hechos materia del litigio o en su defecto la corrección monetaria a que hubiere lugar, hasta el día de pago efectivo.*

- ***DAÑOS MORALES***

Para la señora DORALICE MOSQUERA ARCE, la suma de cuarenta y nueve (49) salarios mínimos mensuales vigentes al momento del pago efectivo.

- ***DAÑOS A LA VIDA DE RELACIÓN***

Para la señora DORALICE MOSQUERA ARCE, la suma de cuarenta y nueve (49) salarios mínimos mensuales vigentes al momento del pago efectivo.

Cuarta: *Por las costas, honorarios y agencias en derecho que el Honorable Tribunal sabrá, liquidar oportunamente."*

- HECHOS

El demandante por intermedio de apoderado judicial, fundamenta su demanda en los hechos que a continuación se relatan:

Que el día 27 de febrero de 2010, en inmediaciones de la carrera 28D No. 72J Troncal de Aguablanca, Barrio Comuneros II de Cali, siendo aproximadamente las 2:00 p.m., la señora Doralice Mosquera Arce tropezó con una protuberancia de una señal de tránsito en mal estado, la cual le ocasionó una herida en la pierna izquierda, momento en el cual, fue trasladada al Centro Médico Imbanaco donde recibió atención médica por el servicio de urgencias.

Señala, que el lugar de los hechos carecía de cerramientos especiales, colocando en riesgo la vida de los transeúntes del sector, alterando las cargas públicas y menoscabando el principio de estabilidad social.

Arguye, que los daños y perjuicios acaecidos en contra de la señora Doralice Mosquera, pasa no solo por el cambio de su apariencia física y el tratamiento estético a que hubiere lugar, sino también por el dolor interno y cambio de sus condiciones de vida.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Respecto de los fundamentos de derecho, el apoderado de la parte demandante señala las siguientes:

- Constitucionales: artículo 90.
- Legales: Código Civil artículo 2.341 y ss.; Decreto 1750 de 2003; Código Penal, artículos 110 y 120.

- **CONTESTACIÓN**

Metro Cali S.A.[2]

El apoderado de Metro Cali S.A., descorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las declaraciones y condenas consecuenciales que se solicitan dentro de la demanda incoada, manifestado que no se comprueba que el daño padecido haya obedecido a una acción u omisión de la entidad.

Señala, que de los diversos elementos necesarios para la configuración de la responsabilidad estatal, se desconoce que exista una prueba suficiente que acredite la falla del servicio o alguna conducta irregular que desencadene el daño enunciado en líbelo de la demanda, indicando que no existe ningún informe oficial que pueda comprobar la ocurrencia de los hechos según se afirma por la parte demandante, o siquiera de manera semejante a lo narrado por aquella.

Expone, que no se aprecia que la víctima hubiese tenido los cuidados y precauciones necesarias para evitar la generación del accidente, pues si se hubiese tenido, le hubiera permitido evitar el riesgo, por ende, considera que se presenta un hecho exclusivo de la actora en la producción del daño que rompe el hecho de causalidad con el accionar de la entidad.

Finalmente, arguye que no atendió las señales existentes en la supuesta obra que allí se adelantaba, de modo que el resultado dañoso se presenta como consecuencia del hecho de la víctima.

Propone los siguientes medios exceptivos: Inexistencia de responsabilidad a cargo de Metro Cali S.A. por ausencia de falla probada; Carencia de acción; Nexo Causal; Falta de legitimación en la causa por pasiva; Culpa exclusiva de la víctima; y la genérica o innominada.

En ese orden, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

[2] Visible a folios 33 a 45 del Cdno No. 1.

Municipio de Santiago de Cali[3]

El apoderado del Municipio de Santiago de Cali, descorrió el traslado de la demanda, manifestando que se opone a todas las pretensiones de la demanda, por cuanto los daños padecidos no ocurrieron como consecuencia de la responsabilidad jurídica de la entidad.

Señala, que en el caso bajo estudio no se logra comprobar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos demandados, advirtiendo que según las presuntas fotografías del lugar por donde intentaba cruzar la calle la actora, se comprueba que no era una zona destinada para el cruce de peatones, aunado a que unos metros más adelante se evidencia la existencia de una zona demarcada para el cruce de transeúntes.

Sostiene, que la parte actora omite en la demanda la información relativa a las circunstancias fácticas en que ocurrió dicho accidente, en qué forma se desplazaba el peatón, por qué parte de la vía intentaba cruzar en el momento del accidente, qué maniobra adelantaba, de donde provenía y hacía donde se dirigía, es decir, no informa sobre aspectos que son relevantes para determinar realmente las causas del accidente.

Arguye, que el Código Nacional de Tránsito determina el comportamiento que deben exhibir los peatones sobre las vías del país, obligación que desconoció la demandante al cruzar por un lugar no autorizado, además, alega que si bien pese a que el presunto daño existe, este se produce por la culpa exclusiva de la víctima según las descripciones anteriores, sin que de lugar a configurar una falla u omisión de la autoridad.

Propone las siguientes excepciones de mérito: Inexistencia de responsabilidad por carencia de nexo causal que comprometa al Municipio de Santiago de Cali con los presuntos perjuicios materiales recibidos por parte de la actora; Culpa exclusiva de la víctima; y la genérica e innominada.

[3] Visible a folios 64 a 74 Cdno No. 1.

- **Llamados en garantía del Municipio de Santiago de Cali**

El Municipio de Santiago de Cali al contestar la demanda, llamó en garantía a La Previsora S.A.[4], la cual a su vez, solicitó llamar en garantía a las aseguradoras Allianz Seguros S.A. y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A, a fin de determinar la responsabilidad en el porcentaje establecido en el coaseguro, toda vez que el Municipio de Santiago de Cali, expidió la Póliza No. 1005874, con intervención de estas tres compañías de seguros[5].

La Previsora Seguros S.A.[6]

La llamada en garantía contestó el llamamiento realizado por el Municipio de Santiago de Cali, manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto las mismas carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad.

Arguye, que la demandada no es responsable por el perjuicio alegado en las pretensiones incoadas, pues no existe prueba que comprometa al ente territorial en la ocurrencia del accidente, advirtiendo que operó la caducidad en el momento de la interposición de la demanda.

Igualmente, señala que en casos como el que nos ocupa, impera el principio de falla probada del servicio, conforme al cual la parte demandante tiene la carga de acreditar que el ente demandado incumplió una obligación a su cargo o lo hizo de manera defectuosa, pero en este caso, no existe prueba de tal incumplimiento.

Sostiene, que con miras a la obtención de una indemnización, no basta alegar la supuesta falla ni el daño o el supuesto detrimento, por cuanto los mismos no son susceptibles de presunción, de manera que es menester acreditar debidamente su

[4] Llamamiento en garantía aceptado mediante proveído de fecha 6 de mayo de 2013, visible a folios 82 a 85 Cdno No. 1.
[5] Llamamiento en garantía aceptado mediante proveído de fecha 6 de septiembre de 2017, visible a folios 108 Cdno No. 2.
[6] Visible a folios 203 a 213 del Cdno No. 1.

producción, esto comprende la demostración de la falla, del daño, su identificación y obviamente su cuantificación cierta.

Respecto del llamamiento en garantía, sostiene que la póliza contratada por la entidad territorial tuvo vigencia entre el 19 de julio de 2009 al 1 de febrero de 2001, por ello, expresa que al momento de los hechos ocurridos en el 2007 no se encontraba vigente la misma y, por ende, no se podría predicar la cobertura de los perjuicios demandados.

Formula las siguientes excepciones de fondo dentro del presente proceso, Caducidad de la acción frente al llamamiento en garantía; Coaseguro e inexistencia de solidaridad; Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro; Inexistencia de cobertura y de obligación de las coaseguradoras; Límite de los valores asegurados y deducibles; y las exclusiones de amparo.

Allianz Seguros S.A.[7]

La llamada en garantía contestó el llamamiento realizado por el Municipio de Santiago de Cali, manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto el presunto daño padecido no obedece a una acción u omisión imputable al Municipio de conformidad con las pruebas relacionadas en el proceso.

Expresa, que a la fecha no existen pruebas idóneas para determinar el supuesto daño atribuido al municipio, ni mucho menos pruebas con las que se pueda cuantificar el daño de la manera desproporcionada como lo hace la parte demandante.

Formula las siguientes excepciones de mérito: caducidad de la acción de reparación directa instaurada; presencia de causa extraña – culpa exclusiva de la víctima; inexistencia de responsabilidad por no encontrarse fehacientemente probada la falla en el servicio que se alega; inexistencia del nexo causal que permita deducir

[7] Visible a folios 115 a 139 del Cdno No. 2.

probatoriamente la responsabilidad del municipio de Santiago de Cali; demanda en exceso del perjuicio padecido y la innominada.

Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.[8]

La llamada en garantía contestó el llamamiento realizado por el Municipio de Santiago de Cali, manifestando que no existe prueba del nexo causal entre el actuar de la entidad demandada con la producción del daño.

Arguye, que se deben desestimar las pretensiones incoadas, por lo tanto propone como excepciones: caducidad de la acción; no se estructuró la responsabilidad atribuida al Municipio de Santiago de Cali y por ende no nació la obligación indemnizatoria; carencia de prueba del supuesto perjuicio; enriquecimiento sin causa y la genérica.

En relación con el llamamiento en garantía, indica que los hechos acaecidos en febrero de 2007 no se encontraban amparados por la póliza de seguros, por ende, no hay lugar a indemnizar los perjuicios que eventualmente deba resarcir la entidad territorial.

Formula como medios exceptivos del llamamiento: inexistencia de cobertura y de obligación indemnizatoria; coaseguro e inexistencia de solidaridad; el contrato es ley para las partes; condiciones, amparos y límites de la póliza, causales de exclusión de la cobertura y la genérica.

Bajo estas consideraciones, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

- **Llamada en garantía de Metro Cali S.A.**

Metro Cali S.A. al contestar la demanda, llamó en garantía a La Compañía Mundial de Seguros S.A.[9]

[8] Visible a folios 150 a 162 del Cdno No. 2.
[9] Llamamiento en garantía aceptado mediante proveído de fecha 6 de mayo de 2013, visible a folios 82 a 85 Cdno No. 1.

Compañía Mundial de Seguros S.A.[10]

La llamada en garantía contestó el llamamiento realizado por Metro Cali, manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto las mismas carecen de fundamentos fácticos y jurídicos.

Señala, que no existe prueba del nexo causal entre el daño y el hecho alegado, presupuesto vital para configurar la presunta responsabilidad que se depreca en cabeza de los demandados y especialmente del sujeto pasivo que motiva su vinculación al proceso.

Formula para el efecto, los siguientes medios exceptivos: inexistencia de los elementos que configuren la responsabilidad civil extracontractual; inexistencia de nexo causal entre el daño y la conducta del codemandado; caso fortuito imputable a la actora; rompimiento del nexo causal por culpa exclusiva de la víctima; violación del deber de cuidado; inexistencia de perjuicio y caducidad.

En cuanto al llamamiento en garantía, solicita que al momento de resolver la situación contractual se tengan en cuenta las condiciones y exclusiones pactadas en la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual No. C-100000889, de conformidad con las circunstancias que resulten probadas durante el trámite procesal, previniendo que el asegurado no haya violado las prohibiciones impuestas en el contrato de seguro.

Formula las siguientes excepciones de fondo: Falta de Cobertura de pólizas de responsabilidad civil extracontractual por cuanto el siniestro corresponde a una responsabilidad contractual; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; Indebida cuantificación del perjuicio; Inexistencia de prueba del perjuicio; Sujeción a los términos, condiciones, amparos, límites y exclusiones de la póliza; Inexistencia de solidaridad; y la Genérica.

[10] Visible a folios 92 a 112 del Cdno No. 1.

- SENTENCIA RECURRIDA[11]

El Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito de Cali, en sentencia del 8 de mayo de 2018, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes premisas:

El problema jurídico, consistió según el Juez, en determinar si el Municipio de Santiago de Cali y Metro Cali S.A., incurrieron en una defectuosa señalización y mantenimiento de las obras públicas en inmediaciones de la carrera 28D #72J de la Troncal de Aguablanca, Barrio Comuneros II de Cali, que ocasionaron las lesiones a la señora Doralice Mosquera Arce, el día 27 de febrero de 2010, por las causales se permita atribuir la responsabilidad administrativa y patrimonial de las demandadas.

Como cuestión preliminar, señaló que en el caso sub examine, el daño alegado por la demandante, *"trauma en pierna contra un tubo… herida de más o menos 5 cm en cara interior de pierna izquierda, a nivel de tercio medio, no exposición ósea, arcos de movilidad de pie izquierdo conservados",* se encuentra acreditado de conformidad con la historia clínica remitida al proceso, aunado al dictamen pericial practicado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

En esa medida, indicó que de conformidad con el material probatorio arrimado al plenario, se determinará si concurren los elementos de responsabilidad del Estado, bajo el título de imputación fundado en la falla del servicio, en atención a que la parte actora en su escrito de demanda, cuestiona que la administración incurrió en algunas deficiencias en la señalización y mantenimiento de las obras públicas en el lugar de los hechos. Según se indica en el líbelo de la demanda, en el lugar de los hechos se desarrollaba la ejecución de una obra pública a cargo de Metro Cali S.A., esto es, la ejecución del Sistema Integrado de Transporte Masivo SITM del Municipio de Santiago de Cali.

[11] Visible a folios 243 a 253 del Cdno No. 2

Al respecto, señaló que de conformidad con el contrato de obra pública No. 5.4.7.08.09 de 2009, cuya finalidad consistió en la “Construcción del Corredor Centro Troncal Aguablanca y Obras Complementarias del SIT”, la etapa de pre - construcción del mismo, tendría una duración de dos (2) meses a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual se firmó por los intervinientes el 8 de enero de 2010.

Advirtió, que según la declaración del señor Víctor Beltrán Mantilla, ingeniero civil vinculado a Metro Cali S.A., en la etapa de pre – construcción, se realizan estudios, diseños, planos, levantamiento topográfico, aviso a la comunidad, plan de manejo ambiental, social y de tránsito, resaltando que según la culminación de dicha fase, se inician las obras.

De este modo, concluyó que comoquiera que la etapa de preconstrucción se extendería según el calendario hasta el 8 de marzo de 2010, fecha en la cual se inició efectivamente la intervención de los sectores previstos, no existía ningún tipo de intervención obra pública o siquiera disposición de obras o demás elementos propios de la ejecución de obras públicas que pudiese establecer algún tipo de vinculo por parte de Metro Cali S.A., con el daño alegado.

De conformidad con lo anterior, señaló que Metro Cali S.A. como entidad demandada, según la formulación exceptiva por ella realizada, no está legitimada en la causa por pasiva.

Desestimada la imputación de responsabilidad frente a Metro Cali S.A., señaló que en relación con el Municipio de Santiago de Cali la conclusión no varía, pues si bien el material probatorio da cuenta de una lesión en un miembro inferior padecido por la actora, según se ha refrendado no resulta comprobado que la causa de aquel se deba a la acción u omisión de la entidad territorial, comoquiera que el sustento probatorio de la parte actora se limita a las afirmaciones del libelo de la demanda y a una historia clínica, las cuales no dan cuenta de las circunstancias de modo en que padeció su afección.

En ese orden, concluyó que no encuentra algún elemento que otorgue certeza sobre las condiciones en las cuales la señora Doralice Mosquera Arce, resultó afectada en su miembro inferior izquierdo, y por ende que permita endilgar a la entidad territorial la obligación de reparar aquel perjuicio padecido, pues se tiene una escaza actividad probatoria por parte de la actora.

En este contexto y bajo las consideraciones antes anotadas, denegó las súplicas de la demanda.

- RECURSO DE APELACIÓN[12]

La parte demandante a través de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, señala que la prueba testimonial lejos de lo manifestado en la providencia conclusiva de instancia, marca con plena certeza lo acontecido, causalidad del daño y la materialidad del mismo en contra de su representada. Aunado a ello, sostiene que lo expuesto en la historia clínica concuerda con el accidente ocurrido y lo dicho por el testigo Oswaldo Calvache, quien tuvo que ir al sitio de los hechos para llevarla al ente asistencial.

Alega, que el informe del Instituto de Medicina Legal se infiere que la cicatriz encontrada por los galenos, persiste en el tiempo y es consecuente y creíble técnicamente según los hechos de la demanda.

Indica, que la declaración de la señora Lucía Yolima Muñoz y la prueba fotográfica, son plenamente convergentes y confluyentes en una sola premisa.

Insiste, en que el Municipio o Metro Cali S.A., son guardianes materiales del sector y las obras del MIO, sin embargo, dejaron en situación de peligrosidad una señal de tránsito destruida y cuya base conformó una protuberancia filosa y altamente riesgosa para los transeúntes.

[12] Visible a folios 255 a 257 del Cdno No. 2.

Por los hechos y argumentos expuestos, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se concedan las súplicas de la demanda.

- ALEGACIONES

Metro Cali S.A.[13]

El apoderado de Metro Cali S.A., dentro del término descorrió el traslado, señalando en su escrito de alegación que al no haberse demostrado la responsabilidad administrativa ni patrimonial de Metro Cali S.A., ni al establecerse el nexo causal, ni logrado probar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

Compañía Mundial de Seguros S.A.[14]

El apoderado de la Compañía Mundial de Seguros S.A., dentro de su escrito de alegación, solicitó brevemente que se confirme la sentencia de primera instancia, puesto que el A quo realizó una adecuada y equitativa valoración probatoria.

Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.[15]

El apoderado de la Compañía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., en su escrito, manifiesta oponerse al recurso de alzada presentado por la parte actora, pues considera que este no ataca de manera concreta el fallo de primera instancia.

Por consiguiente, solicita se confirme íntegramente la sentencia recurrida, máxime si se tiene en cuenta que dicha providencia se encuentra ajustada a derecho, amén que se encuentra soportada en el acervo probatorio conformado por las partes en el curso del proceso y por jurisprudencia del Consejo de Estado. Asimismo, se confirme la exoneración de la entidad demandada por cuanto está plenamente acreditada la inexistencia de responsabilidad frente a esta.

[13] Visible a folios 266 a 268 del Cdno No. 2.
[14] Visible a folios 271 del Cdno No. 2.
[15] Visible a folios 272 a 279 del Cdno No. 2.

La Previsora S.A.[16]

El apoderado de La Previsora S.A., dentro de su escrito de alegación, realizó un pronunciamiento frente a los reparos formulados por el apelante en el recurso de alzada, concluyendo que el daño alegado no es imputable a ninguno de los agentes demandados, por cuanto la escasez probatoria que caracteriza este litigio, y la inexistencia de una relación de causalidad, impide al operador judicial imputar la responsabilidad del daño a dicho extremo, dado que no fue posible acreditar dentro del proceso que fuese alguna omisión u acción de agentes de Estado.

Por otro, realizó un análisis probatorio frente al llamamiento en garantía solicitado por el Municipio de Santiago de Cali, manifestando que en el caso remoto de que se revoque la sentencia de primera instancia, no podrá excederse el límite asegurado en el coaseguro.

En estos términos, solicita se despache desfavorablemente las pretensiones alegadas por la parte actora, pues no se logró acreditar la supuesta falla en el servicio por parte del Municipio de Santiago de Cali.

Municipio de Santiago de Cali [17]

El apoderado del Municipio de Santiago de Cali, en su escrito de apelación hace un extenso estudio sobre la responsabilidad del Estado, y reitera los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda.

En tal sentido, solicita se confirme la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la demanda.

Ministerio Público

Dentro del término de traslado, la agente del Ministerio público no emitió concepto alguno, según constancia secretarial visible a folio 295 del cuaderno No. 2.

[16] Visible a folios 280 a 288 del Cdno No. 2.
[17] Visible a folios 289 a 294 del Cdno No. 2.

- **ACTUACIÓN PROCESAL**

El 8 de mayo de 2018, el Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito de Cali, profirió sentencia.[18]

La parte demandante interpuso dentro de la oportunidad procesal correspondiente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.[19]

Mediante auto de fecha 09 de agosto de 2018, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, admitió el recurso de apelación[20], y mediante auto de fecha 06 de septiembre de 2018, corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión,[21] y al Ministerio Público para emitir concepto, oportunidad de la que no hicieron uso las partes.

Por medio de auto del 21 de mayo de 2019 y en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 1º del Acuerdo No. PCSJA18-11276 del 17 de mayo de 2019, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se remitió el expediente al Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.[22]

Mediante auto No. 156 de fecha 02 de julio de 2019, esta Corporación, avocó el conocimiento del presente proceso.[23]

III. CONSIDERACIONES

La Sala se limitará únicamente a conocer de los puntos a los cuales se contrae el recurso de apelación debidamente presentado por la parte demandante, puesto que son estos - en el caso del apelante único – los que definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia, todo de conformidad con la competencia del superior según lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso.

---

[18] Visible a folios 243 a 253 del Cdno No. 2
[19] Visible a folios 255 a 257 del Cdno No. 2
[20] Visible a folios 263 del Cdno No. 2
[21] Visible a folios 265 del Cdno No. 2
[22] Visible a folios 296 del Cdno No. 2
[23] Visible a folios 298 del Cdno No. 2

- **Competencia**

El Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, de conformidad con el numeral 1º del artículo 133 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 art. 41.

Ahora bien, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es competente, en atención a lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, prorrogado mediante el artículo 2° del Acuerdo PCSJA19-11444 del 14 de noviembre de 2019 y el Acuerdo PCSJA20-11507 del 21 de febrero de 2020, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

- **Problema Jurídico**

En los términos del recurso de apelación interpuesto, el problema jurídico en el caso sub lite se contrae a determinar si se encuentran demostrados en el plenario los elementos de la responsabilidad del Estado y, especialmente, si las pruebas aportadas dan lugar a imputar responsabilidad al Municipio de Santiago de Cali y Metro Cali S.A., por los daños y perjuicios padecidos por la señora Doralice Mosquera Arce, con ocasión al accidente ocurrido el día 27 de febrero de 2010, en inmediaciones de la carrera 28D #72J de la Troncal de Aguablanca, Barrio Comuneros II de Cali, del Municipio de Santiago de Cali.

- **TESIS**

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las súplicas de la demanda, en razón a que en el sub lite no se logró determinar que las entidades demandadas hayan intervenido en la causación del daño padecido por la señora Doralice Mosquera Arce, en su pierna izquierda el 27 de febrero de 2010.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

- **Elementos de Responsabilidad Extracontractual del Estado**

La responsabilidad del Estado encuentra sustento jurídico en el artículo 90 constitucional, cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, que al efecto es perentorio en afirmar que *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".*

Según el precitado artículo de la Constitución Política, todo daño antijurídico que pueda ser imputado a una autoridad pública por acción u omisión compromete su responsabilidad patrimonial, así pues, para que la responsabilidad de la administración surja, se requiere que exista un daño antijurídico, esto es, una lesión de bienes jurídicos que el sujeto determinado no está en la obligación de soportar, daño este que debe ser cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida; aunado a ello, se requiere que ese daño antijurídico sea imputable al Estado, lo que es lo mismo, que haya un nexo o vínculo de causalidad entre la acción u omisión de la autoridad pública y el daño antijurídico.

En cuanto al daño antijurídico, el H. Consejo de Estado[24] ha señalado que éste se define como *"La lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho",* en otros términos*, aquel que se produce a pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación."*

A su vez en relación con la naturaleza del daño antijurídico, dicha Corporación[25] ha sostenido reiteradamente que *"ha de corresponder al juez determinar si el daño va*

[24] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10867, entre otras. *Cfr*. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.
[25]Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.

más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En este sentido se ha señalado que: "en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico."

Así las cosas, cuando resulte probado el daño antijurídico por parte de quien lo alega, se hace necesario determinar el criterio de imputabilidad del daño a la administración, por lo que, en este sentido, el H. Consejo de Estado[26], señaló:

> *(…)*
>
> *"En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la "atribución de la respectiva lesión" en consecuencia, "la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política"(…)*

De conformidad con lo planteado en precedencia, para endilgar responsabilidad al Estado, debe acreditarse la existencia de un daño antijurídico, y que dicho daño pueda ser imputable al Estado, bajo cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad, la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional, entre otros, los cuales deben analizarse de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto.

- **Regímenes de Imputabilidad**

Es pertinente poner de presente que la Sección Tercera del Consejo de Estado[27] en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún

[26] Consejo De Estado - Sala de Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - SUBSECCION C - Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ - Bogotá D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012) - Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08790-01(24776) Actor: JOEL MACÍAS CATUCHE Y OTROS; Ddo: CAJANAL Y OTRO, Referencia: APELACION DE SENTENCIA. ACCION DE REPARACION DIRECTA.

[27] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA-SALA PLENA, SENTENCIA de 19 de abril de 2012, Exp. 19001-23-31-000-1999-00815-01 (21515), C.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación:

> *"En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.*
>
> *En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta sentencia."*

En este orden de ideas, de acuerdo con el anterior extracto jurisprudencial, se concluye bajo la línea planteada por el H. Consejo de Estado, que no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas tienen que resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede -en cada caso concreto- válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente.[28]

La atribución jurídica debe hacerse en un solo título de imputación; en primer lugar, debe examinarse en cada caso si el elemento fáctico constituye falla en el servicio,

[28] CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00747-01(30281). Actor: MARÍA CONSUELO GALLEGO CARMONA Y OTROS. Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC- Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.[29]

En segundo lugar, sí no es posible atribuir la responsabilidad al Estado por la falla en el servicio, debe examinarse a continuación si los elementos fácticos del caso concreto permiten la imputación objetiva, a título de daño especial o riesgo excepcional.[30]

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, se entrará a determinar si existió un daño antijurídico, y sí éste le es imputable a la Administración; a fin de establecer si en el caso *sub lite* opera una posible falla en la prestación del servicio por parte de las demandadas.

- **CASO CONCRETO**

Previo a resolver, es menester de esta Sala de Decisión, recordar que el juez de primera instancia, denegó las pretensiones de los demandantes, por cuanto no encontró elemento alguno que le otorgue certeza sobre las condiciones en las cuales la señora Doralice Mosquera Arce, resultó afectada en su miembro inferior izquierdo, y por ende que le permita endilgar la obligación de reparar aquel perjuicio padecido a las entidades demandadas.

En el curso de la apelación, el demandante señala que la prueba testimonial, marca con plena certeza lo acontecido, causalidad del daño y la materialidad del mismo en contra de su representada. Aunado a ello, sostiene que lo expuesto en la historia

[29] CONSEJO DE ESTADO - Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección C- C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015).Rad: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912); Actor: Darío De Jesús Jiménez Giraldo Y Otros; Demandado: Ministerio De Defensa Nacional-Ejército Nacional, Asunto: Acción De Reparación Directa (Sentencia)
[30] Ibidem

clínica concuerda con el accidente ocurrido y lo dicho por el testigo Oswaldo Calvache, quien tuvo que ir al sitio de los hechos para llevarla al ente asistencial.

Alega, que el informe del Instituto de Medicina Legal se infiere que la cicatriz encontrada por los galenos, persiste en el tiempo y es consecuente y creíble técnicamente según los hechos de la demanda.

Indica, que la declaración de la señora Lucía Yolima Muñoz y la prueba fotográfica, son plenamente convergentes y confluyentes en una sola premisa.

Por último, sostiene que el Municipio o Metro Cali S.A., al ser guardianes materiales del sector y de las obras del MIO, dejaron en situación de peligrosidad una señal de tránsito destruida, cuya base conformó una protuberancia filosa y altamente riesgosa para los transeúntes.

La Sala conforme lo consagrado en el artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable al caso concreto en virtud del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, abordará el estudio de fondo del caso concreto solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante.

- **Análisis de las pruebas - Hechos probados**

Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a verificar las pruebas allegadas al proceso:

- Copia de la Historia Clínica de la Atención de Urgencias No. 2090571 expedida por el Centro Médico Imbanaco, perteneciente a la señora Doralice Mosquera Arce.[31]

[31] Visible a folio 9 del Cdno No. 1.

- Grupo de ocho (8) fotografías allegadas por la parte demandante, sin especificación alguna que contextualice el ámbito de realidad, respecto del lugar reflejado en ellas, ni de su fecha y hora.[32]

- Informe pericial de Clínica Forense No. GRCOPPF-DRSOCCDTE-17870-C-2017, practicado el día 27 de diciembre de 2017, a la señora Doralice Mosquera Arce a fin de determinar la magnitud de la lesión y posibles secuelas.[33]

- CD contentivo de la diligencia de recepción de testimonios rendidos por los señores, Víctor Beltrán Mantilla, Lucía Yolima Muñoz, Marly Velásquez y Osvaldo Calvache.[34]

- Copia del Acta de Iniciación del Contrato de Obra No., 5.4.7.08.09 de 2009, cuyo objeto le corresponde: Revisión y ajuste de los estudios y diseños y construcción del corredor centro troncal Aguablanca y obras complementarias del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros de Santiago de Cali.[35]

Dilucidado lo anterior, procede la Sala ahora a determinar si las pruebas descritas en líneas atrás, acreditan cada uno de los elementos necesarios para declarar la responsabilidad de las aquí demandadas, por la presunta falla en el servicio.

- **El daño antijurídico en el caso concreto**

De conformidad con la historia clínica de atención de urgencias No. 2090571 expedida por el Centro Médico Imbanaco (fl. 9 Cdno. No. 1), el informe pericial de Clínica Forenses, los hechos debidamente probados, los fundamentos jurídicos enunciados y las argumentaciones de las partes, encuentra la Sala que en el caso que nos ocupa, está debidamente acreditado el **daño** alegado por la parte demandante, consistente en la lesión en la pierna izquierda descrita por los galenos de urgencia, así *"TRAUMA EN PIERNA CONTRA UN TUBO… HERIDA DE MÁS O*

[32] Visible a folios 10 a 13 del cuaderno No. 1
[33] Visible a folios 187 del cuaderno No. 2
[34] Visible a folios 192 del cuaderno No. 2
[35] Visible a folios 197 a 198 del cuaderno No. 2

MENOS 5 CM EN CARA ANTERIOR DE PIERNA IZQUIERDA, A NIVEL DE TERCIO MEDIO, NO EXPOSICIÓN ÓSEA, ARCOS DE MOVILIDAD CONSERVADOS." (Subrayas de la Sala)

Dicho lo anterior, procede la Sala a establecer si le es o no imputable a las demandadas, los daños y perjuicios sufridos por la demandante como consecuencia del accidente ocurrido el 27 de febrero de 2010, que -según dice- sufrió a causa de una defectuosa señalización dejada en las obras públicas que se adelantaban en inmediaciones de la carrera 28D #72J de la Troncal de Aguablanca, Barrio Comuneros II de Cali.

- **De la imputación del daño antijurídico en el caso concreto**

En cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se produjo el daño, está acreditado que la señora Doralice Mosquera ingresó al servicio de urgencias del Centro Médico Imbanaco, el día 27 de febrero de 2010, en las siguientes condiciones[36]:

(…)
Llegada del paciente
<u>Ingreso al servicio</u>
Fecha y hora de ingreso: 27-feb-2010 - 14:01 Fecha y hora de atención 27-feb-2010 - 14:38

Atención Clínica
<u>Valoración Médico Inicial</u>
27 febrero 2010 - 14:37 – (URGENCIAS)
58 AÑOS
MOTIVO DE CONSULTA: HERIDA EN PIERNA
*ENFERMEDAD ACTUAL: PTE <u>QUE HACE 1 HORA AL IR CAMINANDO SUFRE TRAUMA EN PIERNA **CONTRA UN TUBO**, PRESENTA POSTERIORMENTE HERIDA EN PIERNA,</u> DOLOR, CONSULTA.*
EX FÍSICO
TA: 120/70 FC:72 X MIN FR: 20 X MIN
RUIDOS CARDIACOS REGULARES, RITMICOS, SIN SOPLOS

[36] Visible a folio 9 Cdno. No. 1

AMBOS CAMPOS PULMONARES CON MURMULLO VESICULAR ADECUADO, SIN RUIODOS AGREGADOS

HERIDA DE MÁS O MENOS 5 CM EN CARA ANTERIOR DE PIERNA IZQUIERDA, A NIVEL DE TERCIO MEDIO, NO EXPOSICIÓN ÓSEA, ARCOS DE MOVILIDAD DE PIE IZQUIERDO CONSERVADOS.

IDX: 1 – HERIDA DE CARA ANTERIOR DE PIERNA

PTE: HEMODINAMICAMENTE ESTABLE, SINURGENCIA VITAL, CON HERIDA EN PIERNA, APARENTEMENTE NO COMPROMISO ÓSEO, SE REALIZA LAVADO DE HERIDA, CURACIÓN, SE EXPLICA QUE SU EPS NO TIENE CONVENIO CON CMI, SE REMITE A SU IPS PARA VALORACIÓN Y MANEJO."

Lo anterior, efectivamente determina que el motivo de su ingreso al servicio de urgencias, se dio a causa del trauma que sufrió en la pierna izquierda "*CONTRA UN TUBO"*, cuando caminaba; hecho que acredita que la señora Doralice Mosquera Arce sufrió una lesión derivada de un accidente el día 27 de febrero de 2010.

En relación con la magnitud y secuelas de la lesión, obra en el plenario el Informe pericial de la Clínica Forense No. GRCOPPF-DRSOCCDTE-17870-C-2017, practicado el día 27 de diciembre de 2017, a la señora Doralice Mosquera Arce,[37] del cual se extrae:

(…)
EXAMEN MÉDICO LEGAL: Aspecto general: Ingresa por sus propios medios, orientada en las 3 esferas, ambulatoria, no déficit neurológico. Descripción de hallazgos: - Miembros inferiores: <u>En cara anterior tercio medio de pierna izquierda se observa cicatriz plana, normocrómica de 4x1 cm no ostensible</u>, presenta en cara anterior de pierna derecha tres cicatrices hipocrómicas y ostensibles que NO TIENEN RELACIÓN con los hechos. Camina sin limitación, marcha en puntas de pie y talones normales, arcos de movilidad de miembros inferiores normales.

Las anteriores pruebas, efectivamente acreditan que la demandante sufrió una lesión derivada de un accidente (sin mayores especificaciones), y que la magnitud de esta, es transitoria y no acarrea secuelas, empero, pese a que estas describen el estado de la lesión y su magnitud, no dan cuenta que el accidente hubiera ocurrido

[37] Visible a folios 187 del cuaderno No. 2

a causa de la intervención de un elemento estatal, una construcción, indebida señalización o alguna circunstancia similar, que permita constituir un indicio para endilgar responsabilidad al Estado.

Ahora bien, comoquiera que en el recurso de alzada, se insiste en que las entidades demandadas incurrieron en la presunta falla en el servicio por dejar una "protuberancia filosa", en la carrera 28D #72J de la Troncal de Aguablanca, Barrio Comuneros II de Cali, cuando adelantaban la obra del Sistema Integrado de Transporte Masivo (SITM) MIO, la Sala pasará a determinar si de conformidad con las pruebas documentales arrimadas y los testimonios obrantes en el plenario, el Municipio de Santiago de Cali y Metro Cali S.A. son administrativamente responsables del hecho dañoso que se endilga por la parte demandante.

Al respecto, obra en el plenario el acta de inicio del Contrato de Obra No. 5.4.7.08.09 de 2009, suscrita el 08 de enero de 2010, cuyo objeto consistió en la "Revisión y ajuste de los estudios y diseños y construcción del corredor centro troncal Aguablanca y obras complementarias del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros de Santiago de Cali.",[38] del cual se extrae:

> *"(…)*
> *PRIMERO: Fijar como fecha de inicio del contrato de obra pública MC - 5.4.7.08.09, el día de hoy ocho (8) de enero de 2010.*
>
> *SEGUNDO: Fijar como **FECHA DE INICIO DE LA ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN DEL CONTRATO MC - 5.4.7.08.09**, el día de hoy ocho (8) de enero de 2010, etapa que tendrá duración de dos (2) meses según lo estipulado en la sección VI, condiciones especiales del contrato MC - 5.4.7.08.09. (…)*

De conformidad con lo anterior, se encuentra que en la troncal donde presuntamente ocurrieron los hechos, se dio inicio al contrato de obra pública MC - 5.4.7.08.09 de 2009, el 08 de enero de 2010, cuya etapa de preconstrucción tendría una duración de dos (2) meses, a partir del 8 de enero de 2010, y finalizaría el 08

[38] Visible a folios 197 a 198 del cuaderno No. 2

de marzo de 2010, fecha en la cual se daría inicio a la etapa de construcción, según las estipulaciones contractuales.

Del líbelo genitor, se desprende que el presunto accidente ocurrió el 27 de febrero de 2010, es decir, en el marco de la etapa de preconstrucción del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros de Santiago de Cali SITM - MIO, y no en la etapa de construcción de esta obra pública. Para determinar con mayor precisión, qué actividades se despliegan en las etapas de preconstrucción y construcción, se citó a rendir testimonio técnico al señor Víctor Beltrán Mantilla, ingeniero civil vinculado a Metro Cali S.A., quien sobre la materia expresó[39]:

> *(…) Las obras de Metro Cali S.A., tienen una etapa de preconstrucción y construcción. En la etapa de preconstrucción es donde se hacen los estudios y diseños, los planos a ver si están de acuerdo con la obra, se hace un levantamiento topográfico, se le avisa a la comunidad para que constituyan las actas de vecindad, se hace un plan de manejo de tránsito acorde con la obra para que se aprobado por la Secretaría de Tránsito. Se hacen todos estos análisis previos, estudios previos, se complementan los diseños y según lo que se haya dado en la etapa de preconstrucción, inician las obras. Además las obras cuentan con un plan de manejo ambiental, social y un plan de manejo de tránsito. En el plan de manejo ambiental se describen todos los parámetros que debe tomar el contratista para la seguridad del peatón, la señalización, los senderos peatonales, señalización con colombinas, maletines, con cintas delineadoras, con pasos peatonales, esto es supervisado por la interventoría, además el constructor dentro de su contrato se le exige una póliza de riesgo a terceros, o sea que el constructor debe de responder por los accidentes que ocurran, porque en la etapa de preconstrucción el contratista asume como propios los diseños entonces la obra que va a hacer es como de su propiedad por eso debe responder por todos los incidentes que ocurran en la obra con la supervisión de la interventoría. (…) La obra empezó el día 8 de enero de 2010 y que tiene una etapa de preconstrucción de 2 meses, luego la construcción debía dar inicio el 8 de marzo, el accidente ocurrió el 27 de febrero, luego entonces en la obra no había empezado la etapa de construcción que es donde inicia todo, aquí está el acta de inicio debidamente firmada por las partes. (…)* ***PREGUNTADO:*** *Para la fecha de ocurrencia de los hechos 27 de febrero de 2010, ubiquémonos en la dirección carrera 28D #72J Troncal Aguablanca, Barrio comuneros, acorde con el acta de inicio que nos allega en este estrado judicial, para estas calendas estaría en la etapa de preconstrucción habida consideración que tenía un término de 2 meses y la misma empezaba el 8 de enero de 2010. Usted recuerda para la fecha cuál era el tipo de señalización que estaba alrededor de la obra y en específico sobre las inmediaciones de la dirección que le acabo de citar.* ***CONTESTADO****: Si señor juez,*

[39] CD contentivo de la diligencia de recepción de testimonio rendidos por los señores, Víctor Beltrán Mantilla, Lucía Yolima Muñoz, Marly Velásquez y Osvaldo Calvache, visible a folios 192 del Cdno No. 2.

en la etapa de preconstrucción que duró según el acta que le acabo de entregar, ella inició el 8 de enero debía de terminar el 8 de marzo, en esa etapa de preconstrucción no se coloca ninguna señalización en la obra porque solamente en esos 2 meses que se le dan al contratista, él está complementando y revisando los estudios haciendo el plan de manejo de tráfico para que lo apruebe la secretaría, haciendo el plan de manejo ambiental, el plan de manejo social y haciendo actas de vecindad y la obra como tal es imposible que haya arrancado porque el plan de manejo de transito solo se aprueba un poquito más allá de lo que termina la preconstrucción, ella casi nunca se aprueba en el término que se termina la preconstrucción. (…) hasta que o se aprueba ese plan de manejo de trafico la obra no inicia en sí, la etapa de preconstrucción es para revisar complementar adecuar los estudios hacer los planes de tráfico y la construcción propiamente inicia cuando se ha terminado la etapa de preconstrucción, es el método que utiliza metro Cali y em método que se utiliza en toda obra. La etapa de construcción solo inicia cuando termina la etapa de preconstrucción y es allí y solo ahí, cuando se empieza a colocarse la señalización que ha ordenado la secretaría de tránsito para el plan de manejo de tráfico, la señalización peatonal, los senderos peatonales ***PREGUNTADO.*** *La etapa de preconstrucción, para aclarar, es como un estudio fáctico que se le hace al lugar, se sondean las cosas, se organizan antes de tocar un milímetro de tierra.* ***CONTESTADO.*** *Si, la etapa de preconstrucción prácticamente se hace casi todo en la oficina porque es la revisión y complementación de los diseños, que estos cuadren exactamente con el sitio de la obra, se especifica una línea base, o sea, hasta donde iría la afectación de la obra (…)" (Subrayas de la Sala)*

Como se evidencia, en la etapa de preconstrucción cuya duración fue de 2 meses, el contratista debe realizar la revisión y complementación de los diferentes diseños, a fin de verificar que estos cuadren exactamente con el sitio de la obra, y determinar hasta donde se extiende la afectación de la obra, para poder dar inicio a la etapa de construcción.

En tal sentido, se observa que durante la etapa de preconstrucción propiamente dicha no se realiza ningún tipo de intervención a las vías ni por el contratista ni por las demandadas, ni se colocan señalizaciones, pues como se dijo en líneas atrás, esta etapa lo que pretende es hacer la complementación de los estudios y análisis pertinentes, en cumplimiento del contrato de obra pública celebrado con el contratista Consorcio CC., paso indispensable, para poder dar inicio a la fase de construcción de la obra.

Huelga precisar, que aun cuando la administración suscribió el acta de inicio del contrato de obra pública el 8 de enero de 2010, en esta fecha tan solo se dio inicio

la etapa de preconstrucción, la cual tuvo una duración de 2 meses, mientras que la etapa de construcción solo pudo iniciar el 8 de marzo del año 2010.

Lo anterior, conduce a concluir que para la fecha de los hechos, 27 de febrero del año 2010, no se había dado inicio a la etapa de construcción de la obra en la Troncal de Aguablanca, Barrio los comuneros II, y por tanto es difícil aceptar que en la etapa en que se estaba, se hubiesen utilizado elementos del tipo que le produjo la lesión a la actora, pues como se itera, en esta fase se estaba adelantando la revisión y complementación de los diseños y análisis de la obra, o por lo menos no se demostró que el objeto con el que se accidentó la señora Mosquera haya sido colocado por el contratista o que sea propiedad de la administración.

Ahora bien, en cuanto a los testimonios, observa la Sala que obra en el plenario la declaración de la señora Lucía Yolima Muñoz, única testigo presencial quien afirma, lo siguiente[40]:

> *"(…)* ***PREGUNTADO:*** *Haga una declaración sobre las circunstancias que a usted le puedan constar sobre los hechos que le acabo de narrar.* ***CONTESADO.*** *El día de los hechos yo era una trabajadora ambulante, y vi cuando la señora se cayó en la troncal, en ese momento estaban en construcción de la vía del MIO y había un ángulo de un alto de unos 50 centímetros de alto, no había señalización ese día que ocurrieron los hechos, vi que la señora se cayó, entonces, como vi que la señora estaba herida yo me acerque a ayudarla, entonces ella lo que me dijo fue que le llamara a la familia porque pues yo a la señora no la conocía pero trate de auxiliarla desde ese momento, entonces yo fui y llame a su hermana, y entonces pues como yo tenia que hacer otras cosas yo le llame a la familia, ellos se presentaron en el sitio donde estaba la señora herida donde la llevaron a la clínica.* ***PREGUNTADO.*** *Usted nos podría indicar habida consideración a su declaración cual fue o con qué objeto tropezó la señora Doralice Mosquera, que según nos indica tropezó y se le ocasionó unas lesiones.* ***CONTESTADO.*** *La señora cuando yo vi que cayó, cayó tropezó porque había ese ángulo en ese espacio y no había señalización, ningún tipo de señalización había en ese espacio donde estaba ese ángulo, donde la señora al caer se enterró ese ángulo en su pierna. Yo hasta ahí le vi a la señora que tenía esa herida.* ***PREGUNTADO.*** *Señora Lucía Yolima cuando usted se refiere al término ángulo, nos podría describir a que objeto se está refiriendo, como era.* ***CONTESTADO****. Es un ángulo que utilizan para como los pares (sic) pero lo habían cortado y estaba muy alto por ahí unos 50 centímetros de alto más o menos, con la cual la señora se produjo ese daño en su pierna. (…)* ***PREGUNTADO:*** *Usted por*

[40] CD contentivo de la diligencia de recepción de testimonio rendidos por los señores, Víctor Beltrán Mantilla, Lucía Yolima Muñoz, Marly Velásquez y Osvaldo Calvache, visible a folios 192 del Cdno No. 2.

> *qué tiene certeza de que se estaban adelantando obras del sistema de transporte que se llama comúnmente MIO.* ***CONTESADO****. Yo digo que eran las obras del MIO porque el carril era el central por donde pasa el MIO.* ***PREGUNTADO.*** *Usted observó alguna información visual que le permitiera llegar a esa conclusión.* ***CONTESTADO.*** *Cuando a nosotros nos dijeron que iban a hacer lo del transporte del MIO y que empezaron a trabajar todo el mundo sabía que era obra del MIO, todo el mundo decía que era el carril del MIO lo que estaban haciendo. (…)"*

En su relato, la declarante sostiene que para el 27 de febrero del año 2010, vio cuando la señora Doralice Mosquera se cayó en la troncal al haber tropezado con un "ángulo", insistiendo que no había señalización de ningún tipo en el espacio donde ella cayó; al preguntarle por la descripción del objeto al que se refería como "ángulo", señaló que *"es un ángulo que utilizan para como los pares" (sic),* de unos 50 centímetros; sin mayores descripciones y/o especificaciones. En atención a lo narrado por la declarante, debe decir la Sala que la descripción realizada del objeto denominado "ángulo", no es suficiente para determinar con precisión a qué tipo de elemento se hace alusión, o por lo menos, del relato no se logra establecer que dicho elemento corresponda a (i) una indebida señalización, (ii) a un objeto utilizado en construcción o algún elemento similar, que permita constituir un indicio para endilgar responsabilidad al Estado, máxime cuando de la historia clínica de atención de urgencias, se desprende que la señora Doralice relató haberse causado el trauma *"CONTRA UN TUBO".*(fl. 9)

Por consiguiente, considera esta Colegiatura que pese a que la declarante afirmó haber visto los hechos, la descripción del "ángulo" no es suficiente para determinar con certeza que dicho elemento, cuya identificación no es clara, pertenezca a las entidades demandadas, o que haya sido dejado en ese espacio por el contratista de la obra, tal como lo afirma el recurrente, sobre todo cuando se demostró que para la fecha no se había iniciado la etapa de construcción, ni se había efectuado algún tipo de remoción de tierras o roturación de vías por parte del contratista.

Nótese, que la señora Lucía Yolima Muñoz afirma que en ese lugar se estaba adelantando la construcción de las obras del Sistema Integrado de Transporte Masivo – MIO, sin embargo, cuando se le pregunta por qué tiene certeza de que se estaban adelantando las obras, contestó *"yo digo que eran las obras del MIO porque el carril era el central por donde pasa el MIO",* cuando se le pregunta si vio alguna

información que le permitiera llegar a dicha conclusión señaló *"todo el mundo decía que era el carril del MIO lo que estaban haciendo"*. Lo anterior, deja ver por un lado, que su conocimiento respecto de la ejecución de las obras públicas en la troncal de Aguablanca, no es directo pues este devino del decir de terceros; y por otro, deja ver que dicha afirmación, no coincide con los tiempos establecidos en el contrato de obra pública No. 5.4.7.08.09 de 2009, pues como se evidencia del acta de inicio del contrato, para la fecha de los hechos, no se había hecho ningún tipo de intervención a la vía, ni se había utilizado algún elemento o maquinaria, que permita inferir su iniciación, pues se itera, se encontraba en la etapa de preconstrucción.

Respecto al origen de estas afirmaciones, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado[41] las ha denominado como rumor público:

> *"El rumor público, es otro hecho social más vago e independiente que la fama. Esta puede tener un origen conocido, como la publicación de un periódico o lo dicho por cierta persona, al paso que el primero es siempre de origen desconocido, la fama se refiere a sucesos o actos que se afirman han sucedido, mientras que el rumor tiene cierto carácter de improbabilidad, porque quienes lo esparcen no aseguran sino que manifiestan que puede haber ocurrido o parece que sea cierto ... el rumor no es objeto de prueba, no puede eximir de prueba al hecho ni sirve para orientar el criterio del juez; es sospechoso y debe ser descartado radicalmente" .*

En ese orden, considera la Sala que esta declaración no resulta suficiente para asegurar que la presunta "protuberancia filosa", que según se encontraba al momento de los hechos en la troncal de Aguablanca, pertenezca a las demandadas o que en el peor de los casos, haya sido olvidada por las entidades demandadas como consecuencia de la intervención de la vía, pues como se indicó en precedencia, la percepción directa e inmediata que tuvo la testigo con los hechos, si bien prueba el hecho del accidente, es decir, el daño que efectivamente sufrió la señora Doralice Mosquera, no es así en cuanto al nexo de causalidad del mismo, comoquiera que su declaración respecto de la ejecución de las obras del MIO en el lugar de los hechos, para determinar la causa del daño, no hace parte de la libre percepción que tuvo de los hechos, sino de las conclusiones a las que llegó por el decir de terceros, desplazándola así al terreno del rumor. En este plano, debe

[41]CONSEJO DE ESTADO - SENTENCIA 1999-00883 DE 29 DE FEBRERO DE 2012, SALA - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA - PONENTE: SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO.

recordarse que el testimonio es considerado un medio de prueba que consiste en "la declaración que realiza un tercero, ajeno a la controversia, sobre algo que ha percibido, de manera directa, por cualquiera de sus cinco sentidos."[42]; no siendo posible bajo este supuesto, realizar la atribución fáctica del daño a las entidades demandadas.

Por su parte, los señores Marly Velásquez Quintero y el señor Osvaldo Calvache, quienes fueron llamados a declarar en el proceso, expresaron que no fueron testigos presenciales de los hechos.[43] Al respecto la señora Marly Velásquez, vecina de la demandante, expresó:

> *"(…)* ***PREGUNTADO:*** *Haga una narración de las circunstancias que a usted le puedan constar por su conocimiento directo sobre estos hechos.* ***CONTESTADO****. Yo me di cuenta del accidente de ella, cuando ya la llevaron a la casa (…)"*

A su turno, el señor Osvaldo Calvache, cuñado de la demandante, señaló:

> *(…)* ***PREGUNTADO:*** *Haga una narración de las circunstancias que a usted le puedan constar sobre los hechos que le acabo de narrar.* ***CONTESTADO****. Cuando ella se accidentó, iba a pagar un recibo al "Servientrega", en ese momento iba a cruzar, pero como estaban en construcción y no había ninguna señalización, ni tampoco habían colocado poli sombras. Ella se enredó como que por esquivar se enredó con unos alambres, que también habían dejado unos alambres dulces ahí, se enredó y claro se dio en el pie izquierdo. De la cual ahí la señora Yolima iba pasando y de ver que estaba sangrando mucho llegó y llamo a la hermana que estaba muy grave entonces la llevamos al Imbanaco no la quisieron atender, la llevamos al Valle de Lili tampoco a Carlos Holmes y tampoco, por último la atendieron allá en la Uribe. (…)* ***PREGUNTADO.*** *Usted se encontraba en el momento de la ocurrencia del accidente de la señora Doralice Mosquera Arce.* ***CONTESTADO.*** *En ese momento cuando la señora Yolima pasaba ella fue con el mismo celular de la señora Doris llamó a la hermana para que la fuéramos auxiliar para llevarla al médico. En ese momento cuando nosotros llegamos ella ya estaba accidentada, ya había pasado el accidente. (…)"*

Las anteriores declaraciones, no le brindan a esta judicatura certeza sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos, toda vez que no fueron testigos

[42] NATTAN, Nisimblat, Derecho Probatorio, Introducción a los medios probatorios en el Código General del Proceso, Ediciones doctrina y ley, 2013 Bogotá.
[43] CD contentivo de la diligencia de recepción de testimonio rendidos por los señores, Víctor Beltrán Mantilla, Lucía Yolima Muñoz, Marly Velásquez y Osvaldo Calvache, visible a folios 192 del Cdno No. 2.

presenciales de los hechos, dado que por un lado, la señora Velásquez señala que supo del accidente luego de que la señora Doralice Mosquera Arce llegara a la casa, y por otro, el señor Osvaldo Calvache indica que acudió al lugar cuando la señora Mosquera ya se había accidentado.

Ahora, en relación con las fotografías a que hace alusión el recurrente, huelga anotar que se adujo al proceso un grupo de fotos de una vía, sin la especificación de la fecha en que fueron tomadas, las cuales no dan certeza del lugar en que se tomó la imagen que reflejan, de su autor, ni de las circunstancias en que se hallaba la vía que incumbe a este proceso para el tiempo de los hechos, esto es, 27 de febrero de 2010.

Frente a lo anteriormente esbozado, el H. Corte Constitucional[44], ha precisado lo siguiente, respecto de la valoración de fotografías como medio probatorio, así:

> *"La fotografía es un medio probatorio documental de carácter representativo, que muestra un hecho distinto a él mismo, el cual emerge del documento sin que tenga que hacerse un ejercicio de interpretación exhaustiva de su contenido. Esto significa que "la representación debe ser inmediata, pues si a simple vista la fotografía muestra una variedad de hechos posibles, ella formará parte de la prueba indiciaria, ya que está contenida en la mente de aquél (el intérprete), y no en el objeto que la documenta'", advirtiéndose en esta misma sentencia T-269 de 2012 que "el Juez debe valerse de otros medios probatorios, apreciando razonablemente el conjunto", tal como dispone la preceptiva procesal penal. Al igual que otro documento y que el dictamen pericial, la fotografía es un medio que el juez está en la obligación de valorar dentro del conjunto probatorio, siguiendo las reglas de la sana crítica. Por ser un documento, se determinará si es privado o tiene las connotaciones para ser asumido como público y se verificará su autenticidad y genuinidad, conforme a la preceptiva correspondiente. El valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición, lo que, como se indicó, obliga al juzgador a valerse de otros medios probatorios y a apreciar razonadamente el conjunto.* (Subrayas de la Sala)

De igual manera, el H. Consejo de Estado[45] ha sostenido,

---

[44] Referencia: expediente T-4010962 - Acción de tutela instaurada por Ana María Mendoza Pérez y otros, contra el Tribunal Administrativo de Arauca y otro. Procedencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Magistrado ponente: NILSON PINILLA PINILLA - Bogotá, D. C., seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013).
[45] CONSEJO DE ESTADO - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección A; sentencia de marzo 10 de 2011. M. P. Mauricio Fajardo Gómez

> *"Las fotografías o películas de personas, cosas, predios, etc., sirven para probar el estado de hecho que existía en el momento de ser tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el juez; pero como es posible preparar el hecho fotográfico o filmado, es indispensable establecer su autenticidad mediante la confesión de la parte contraria o de testigos presentes en aquel instante o que hayan formado parte de la escena captada o intervenido en el desarrollo posterior del negativo o por el examen del negativo por peritos o por un conjunto fehaciente de indicios; cumplido este requisito, como documentos privados auténticos, pueden llegar a constituir plena prueba de hechos que no requieran por ley un medio diferente; si falta, tendrá un valor relativo libremente valorable por el juez, según la credibilidad que le merezcan y de acuerdo con su contenido, las circunstancias que pudieron ser obtenidas y sus relaciones con las demás pruebas… También son un valioso auxiliar de la prueba testimonial, cuando el testigo reconoce en la fotografía a la persona de la cual habla o el lugar o la cosa que dice haber conocido; en estos casos, el testimonio adquiere mayor verosimilitud."* (Subrayas de la Sala)

Bajo esta premisa, para la efectiva valoración de la fotografía como medio de prueba, es necesario que ésta sea inmediata ya que por sí sola no acredita que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse a través de ellas, asimismo, debe tenerse certeza de la fecha y lugar en que se tomó la imagen.

En el caso que nos ocupa, y según la jurisprudencia anteriormente transcrita, las fotografías allegadas no le ofrecen certeza a esta colegiatura sobre los hechos ocurridos el 27 de febrero de 2010, pues al no tener especificación alguna que dé cuenta del día que fueron tomadas o de lo que en ellas se aprecia (requisitos indispensables para su valoración), no es viable concluir con certeza que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse a través de ellas.

Con todo, advierte la Sala que ante la orfandad probatoria dentro del proceso, no se encuentran elementos de convicción que le otorguen certeza sobre las circunstancias fácticas en que la señora Doralice Mosquera Arce resultó lesionada en su miembro inferior izquierdo el día 27 de febrero de 2010.

Comoquiera que en el sub lite tampoco se logró determinar que las entidades demandas hubieran intervenido en la causación del daño padecido por la señora Doralice Mosquera Arce, es decir, no se logró acreditar el nexo de causalidad entre el hecho dañoso y el actuar de la administración, esta colegiatura considera que no

es factible atribuir responsabilidad a las entidades demandadas. Esta situación, impone señalar que los cargos encaminados a revocar la sentencia recurrida, no tienen vocación de prosperar.

Así, pues, con fundamento en todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, proferida el 08 de mayo de 2018 por el Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito de Cali, que negó las súplicas de la demanda.

- **Costas**

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del C.C.A., modificado por el Artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO: **CONFÍRMESE** la sentencia de fecha ocho (08) de mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito de Cali, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas.

TERCERO: Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Desanótese en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadores de este Tribunal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado

NOEMI CARREÑO CORPUS
Magistrada

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ
Magistrado

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 76-001-33-31-010-2012-00070-01)