



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Acción o medio de control. Reparación directa
Radicado. 19001333100820130009003.
Demandante. José Ignacio Casamachín Yule y otros.
Demandado. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y Compañía Energética de Occidente (CEO).
Fecha de la sentencia. Diciembre 6 de 2019.
Magistrado ponente. NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ.
Descriptor 1. Falla en el servicio.
Restrictor 1.1 Electrocuci3n.
Restrictor 1.2. Lesiones a menor.
Restrictor 1.3. Falta de mantenimiento.
Descriptor 2. Sujeto de especial protecci3n.
Descriptor 3. Diversidad 3tnica y cultural.
Restrictor 3.1. Cosmovisi3n ind3gena.
Restrictor 3.2. Usos y costumbres.
Resumen del caso. Consiste en las lesiones padecidas por un ni1o perteneciente al Cabildo ind3gena de Torib3o al recibir una descarga el3ctrica, encontr3ndose en un 3rbol, en el sector de La Agustina, municipio de Santander de Quilichao. La decisi3n de primera instancia relacion3 que la conducci3n de energ3a el3ctrica comporta una actividad riesgosa o peligrosa, concluyendo que, al producirse en da1o, resultaba imputable a la Compa1a Energ3tica de Occidente, bajo el r3gimen objetivo de riesgo excepcional. Enfatiz3 que la conducta de la propia v3ctima tuvo incidencia directa en la materializaci3n del da1o, pero por tratarse de un menor de edad, concluy3 que el da1o acaeci3 en un momento de descuido de su progenitor, aunque no se puede decir que fue la 3nica causante de materializaci3n del da1o, raz3n por la cual redujo el monto de la condena en un 50%. Las entidades apelantes, al un3sono consideran la imposibilidad de dar aplicaci3n al r3gimen de imputaci3n de riesgo excepcional, al existir un hecho exclusivo y determinante de la v3ctima que dio lugar al insuceso, lo que redunde en el eximente de responsabilidad.
Tesis 1. No es factible dar aplicaci3n al r3gimen objetivo de responsabilidad por riesgo

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

excepcional, siendo del caso estructurar la responsabilidad extracontractual por culpa.

Tesis 2. Era perfectamente previsible para la CEO que la falta de mantenimiento de la vegetación arbórea en la zona aledaña a sus redes de energía podía causar un incidente como el acontecido.

Tesis 3. No resulta loable en un juicio de responsabilidad, estandarizar las conductas de las comunidades indígenas con aquellas requeridas a la cultura occidental.

Tesis 4. El menor, en su calidad de indígena, goza de una especial protección constitucional en sus usos y costumbres, tal como lo ha establecido la Corte Constitucional

Decisión. Confirma acceso a las pretensiones pero atendiendo las precisas razones expuestas por el ad quem.

Razón de la decisión.

Siendo así las cosas y teniendo como causa probable del accidente, el acercamiento de una rama del árbol al que ascendió el niño Casamachín Méndez, a la línea de media tensión; de acuerdo al contenido obligacional del que son titulares los operadores de redes de energía, mal podría en el sublite plantearse la imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad a efectos de predicar el hecho de la víctima.

A la anterior conclusión arriba la Sala, pues por más que el niño Casamachín Yule hubiese subido al árbol, era perfectamente previsible para la CEO que la falta de mantenimiento de la vegetación arbórea en la zona aledaña a sus redes de energía podía causar un incidente como el acontecido el 27 de diciembre de 2010, ante cualquier persona que subiera al árbol que sobrepasaba los límites de distancia permitidos.

En cuanto a la irresistibilidad, justamente la norma técnica en la materia exige a los operadores de energía eléctrica mantener despejada el área de servidumbre de las redes, a efectos de aminorar al máximo esta clase de accidentes, que entraña que del insuceso tampoco puede predicarse su exterioridad, porque jurídicamente los daños ocasionados por accidentes en la conducción de energía eléctrica son imputables a su operador; razones de peso para denegar la alzada en cuanto al hecho exclusivo de la víctima. (...)

No se configura la concausa. (...)

La parte demandante sentó su desacuerdo en la reducción de la indemnización, por considerar que tal criterio desconocía la cosmovisión del niño en su calidad de indígena, quienes tienen como práctica ancestral, subir a los árboles a cosechar frutos.

Para la Sala, tiene total asidero el planteamiento del recurrente, en tanto, en virtud de la constitucionalización del derecho administrativo, no resulta loable en un juicio de responsabilidad, estandarizar las conductas de las comunidades indígenas con aquellas requeridas a la cultura occidental.

Partiendo de esta premisa, debe tenerse en cuenta que reposa dentro del plenario, certificación del Cabildo Indígena del Resguardo de Toribío, de 21 de noviembre de 2012, en el que se establece que el niño KEVEEN IGNACIO CASAMACHIN MENDEZ es comunero de dicho resguardo.

Conforme a lo anterior, el niño KEVEEN IGNACIO CASAMACHIN MENDEZ en su calidad de indígena goza de una especial protección constitucional en sus usos y costumbres, tal como lo ha establecido la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-730 de

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

2016, (...)

Con base en todo el reconocimiento nacional e internacional, institucional y privado, a la cosmovisión de las comunidades indígenas y específicamente al aprendizaje de los niños indígenas, el cual, en el caso de los pertenecientes a la comunidad NASA, está íntimamente ligado a la “madre tierra” y su interacción con la naturaleza, no se comparte la posición del a quo, la cual es avalada por el extremo procesal pasivo, al considerar que el niño con su conducta o el progenitor con su falta de supervisión contribuyeron co-causalmente con el daño generado.

A la anterior conclusión arriba la Sala, porque los niños indígenas desde muy temprana edad, en sus usos y costumbres interactúan con el ambiente y aprenden las labores agrícolas, en las que evidentemente está el cultivo de frutos de los árboles, labor que es enseñada ancestralmente como relatan los documentos referenciados y que mal pueden erigirse, en tratándose de las comunidades indígenas en una labor imprudente o culposa, cuando su propia cosmovisión prepara al niño desde temprana edad para estas prácticas.

(...)

Por estas razones, no comparte el Tribunal la disminución efectuada por la instancia, siendo del caso revocar esta decisión, para mantener el quantum indemnizatorio por perjuicio moral y daño a la salud de 60 smlmv a favor de la víctima directa por cada ítem, y para su progenitor por concepto de perjuicio moral 60 smlmv y 30 smlmv a favor de su hermana, por el mismo concepto.

Nota de Relatoría.

La sentencia se constituye en pronunciamiento hito por delinear un horizonte decisonal singular en la medida que rescata la cosmovisión indígena respecto de su interactuar con la naturaleza, desde que se es niño, y cómo el juzgador debe acompañarse con dicha diversidad para emitir su fallo.

El lector puede ver un caso análogo respecto de **electrocución** de personas **indígenas** en el siguiente pronunciamiento del Tribunal:

REPARACIÓN DIRECTA/ Muerte de indígenas por electrocución/ Riesgo excepcional/ Trabajo de energía producto del Convenio Interadministrativo para la electrificación firmado entre la Corporación Nasa Kiwe y la Asociación de Cabildos Nasa Chacha de Páez, Cauca/ Sentencia del 12 de febrero de 2015, Calixta Guagas Vargas y otros vs Centrales Eléctricas del Cauca S.A. La Nación - Ministerio del interior y la Corporación para la Reconstrucción del Río Paez “Nasa kiwe”, Magistrada ponente, Magnolia Cortés Cardozo.

- ▶ El lector puede ampliar su análisis sobre el descriptor: **falla del servicio**, restrictor: **electrocución**, en las siguiente pronunciamiento, donde, a diferencia del fallo que hoy se publica, se declaró la **compensación de culpas** entre la empresa y el sujeto particular que padeció el daño.

REPARACIÓN DIRECTA/Lesiones por electrocución/ Falla del servicio de la empresa de energía en tanto existió una omisión de atender oportunamente las fallas en la prestación de servicio/Imprudencia de la víctima/Revoca sentencia de la A quo que negó pretensiones y en su lugar se declara la compensación de culpas. Sentencia del 29 de enero de 2014, Hernán Noscue Taquinas vs Centrales Eléctricas del Cauca S.A.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios. Magistrada ponente, Magnolia Cortés Cardozo.

► La sentencia planteó:

De lo anteriormente consignado encuentra la Sala probada la FALLA EN EL SERVICIO de energía, que se estructura así: UNA OMISION de la empresa prestadora del servicio de energía de atender oportunamente las fallas en la prestación de servicio y de tomar todas las medidas de prevención y seguridad mientras realiza el arreglo y/ mantenimiento, para que en caso de presentarse sobre cargas, estas no afectaran a los usuarios o transeúntes, pues no se explica cómo la manipulación de un poste o cuerda que sale hacia el suelo en condiciones normales provoque un daño, máxime si a esta infraestructura se puede acercar desprevenidamente cualquier persona porque la mismas en las zonas rurales no poseen un aislamiento o cerca de protección. UN DAÑO ANTIJURIDICO, que deviene en las lesiones que tuvo el actor en su cuerpo, y el NEXO CAUSAL entre esa omisión de la entidad que produjo el daño antijurídico ya reseñado. Ahora bien, no puede dejar pasar la Sala la conducta imprudente del actor por que la empresa no atendió a tiempo el daño, en tanto a sabiendas que no era una persona instruida ni contaba con los medios de protección para manipular los postes como la cuerda que pende de este al suelo y con la intención de resolver el problema que se presentaba trate de mover o coger, jalar estos dos elementos, dado que ellos son parte de la estructura de una actividad que se considera riesgosa y altamente peligrosa, en ese sentido se revocará la sentencia y declarara por parte de la Sala una compensación de Culpas en un 50% atribuida a la parte demandada, siendo responsable administrativamente del 50% la entidad demandada.

► Sobre el descriptor: **diversidad étnica y cultural**, en otros escenarios fácticos, puede verse:

REPARACIÓN DIRECTA/ Diversidad étnica y cultural/ Discriminación por motivos étnico-raciales/ Indígena contratado por Cooperativa para prestar sus servicios en ESE/Niega pretensiones por no demostrarse daño antijurídico/19001234000520110015800/M.P. Pedro Javier Bolaños Andrade. Publicada en el boletín jurisprudencial 1 de 2017

► Sobre vulneración de **derechos de indígena etnoeducadora**, puede verse sentencia de tutela del 21 de junio de 2016. M.P. David Fernando Ramírez Fajardo. 19001333100720160008001, demandante Martha Cecilia Sandoval Cabezas, vs departamento del Cauca.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, seis (06) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

SENTENCIA TA-DES 002-ORD. 127-2019

Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

Decide el Tribunal el recurso de apelación presentado por las partes demandante y demandada, contra la Sentencia No. 064 de 19 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, dentro del proceso promovido por el señor JOSE IGNACIO CASAMACHÍN y OTROS, contra la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

El señor JOSÉ IGNACIO CASAMACHÍN YULE, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos KEVEEN IGNACIO CASAMACHÍN MÉNDEZ y DILIAN YISERLI CASAMACHÍN TENORIO, a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de reparación directa, dirigido en contra de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS y la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE, solicitó se condene a las entidades demandadas por los daños causados, con ocasión de los hechos ocurridos el 27 de diciembre de 2010, en la Vereda La Agustina, corregimiento de Mondomo, municipio de Santander de Quilichao (Cauca).

1.1. Los hechos.

Como fundamentos fácticos que soportan las pretensiones, la parte demandante expuso los siguientes:

El señor JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE, es oriundo del municipio de Toribío- Cauca. Por razones laborales se había desplazado al municipio de Santander de Quilichao, corregimiento de Mondomo, con su compañera permanente y su hijo KEVEEN IGNACIO CASAMACHÍN MÉNDEZ.

El 27 de diciembre del 2010, su hijo de tan solo nueve años, con la intención de coger algunos mango, subió a un árbol ubicado en el sector de La Agustina, corregimiento de Mondomo y cuando intentó alcanzar un fruto con una vara, fue alcanzado por una descarga eléctrica,

¹ Folios 75 a 86 Cuaderno Principal 1.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

proveniente de un cable de energía oculto entre las ramas del árbol, dejándolo en un estado de inconsciencia y arrojándolo al piso.

Posteriormente fue auxiliado por su padre, quien lo trasladó al Hospital Francisco de Paula Santander, donde bajo la historia clínica 1007446629 de 27 de diciembre de 2010, recibió las primeras atenciones médicas hospitalarias.

Después de estabilizarlo y brindarle las primeras atenciones de urgencias, fue trasladado al Hospital Universitario del Valle y de ahí a la unidad de cuidados intensivos área de pediatría, del Centro Médico Imbanaco de la ciudad de Cali, donde se le diagnosticó quemaduras de diferentes grados en varias partes del cuerpo; así mismo, en la historia clínica con el número interno N° 543.255, se estableció el procedimiento adelantado, las cirugías realizadas hasta el 31 de enero de 2011, fecha en que fue dado de alta, ordenando un control médico cada 15 días.

Esta situación conllevó a que el señor JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE, renunciara a su trabajo para poder cuidar de su hijo; además, durante un largo periodo el menor de edad no pudo asistir a su formación escolar.

2. La contestación de la demanda.

2.1 Por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios².

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios contestó la demanda, para oponerse a las pretensiones por no tener competencia respecto de los sucesos referenciados, siendo la encargada de la vigilancia, inspección y control de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Como excepciones propuso “EL DAÑO NO ES IMPUTABLE A LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – AUSENCIA DE NEXO CAUSAL, INEXISTENCIA DE OMISION EN CABEZA DE LA SUPERINTENDENCIA INEXISTENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO – PANORAMA NORMATIVO, INEXISTENCIA DE LA RELACION DE CAUSALIDAD JURÍDICA ENTRE EL SUPUESTO DAÑO Y EL HECHO DE LA ADMINISTRACIÓN, FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.”

2.2 Por la Compañía Energética de Occidente S.A. E.S.P³.

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones solicitadas por la parte demandante.

² Folios 171 a 180 Cuaderno Principal 1.

³ Folios 182 a 191 Cuaderno Principal 1.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

Como razones de la defensa, expuso que para el 27 de diciembre de 2010, no se registró ninguna descarga de energía en la red del sector correspondiente a La Agustina, municipio de Santander de Quilichao, entre las doce meridiano y dos de la tarde, significando que las redes tienen como mecanismo de protección que al presentarse una descarga, inmediatamente se presenta una salida del circuito eléctrico o salto eléctrico o una falla en los fusibles, hecho que no aconteció, considerando que las redes de energía eléctrica no ocasionaron el daño del niño.

Señaló que la Compañía efectuó una revisión técnica a las redes ubicadas en el sector donde ocurrió el hecho, las cuales se encontraban en buen estado, con funcionamiento normal y con las debidas protecciones. Aunando que, las redes cumplían con las normas técnicas en materia de distancias de seguridad horizontal y vertical respecto de viviendas y la vía pública y el mantenimiento de la red fue realizado en forma normal.

Adicionalmente manifestó que respecto de las redes particulares, son los propietarios de la red quienes deben informar a la compañía energética para que se proceda a la poda de los árboles cuando sea necesaria.

Manifestó que el hecho de que el menor hubiera subido al árbol, no con una vara sino con una varilla que es conductora de electricidad, como quedó consignado en la historia clínica de IMBANACO, sin que contara con la vigilancia y cuidado de su padre, por el inminente riesgo que podía derivar esa conducta, ubica al progenitor en la responsabilidad en la producción del hecho.

Como excepciones se propuso la culpa exclusiva de la víctima, porque el padre del menor por negligencia o imprudencia le permitió ascender a un árbol dotado de una varilla que es conductora de energía, sin haberle informado el riesgo ya que en el sector se encuentran redes que distribuyen a varios sectores la energía.

De igual modo propuso la fuerza mayor o caso fortuito, señalando que no existiendo prueba de la descarga de las redes de la compañía, la única posibilidad es que la misma haya provenido de energía estática, porque cuando el niño subió al árbol dotado de una varilla conductora de energía, esta última se comportó tipo franklin, que hizo que se energizara con energía estática del lugar e hiciera polo a tierra y que por su conducción se hubieran producido las quemaduras del niño.

Significó que el departamento del Cauca es el tercer departamento a nivel nacional, con mayor actividad ceraunica, donde existe mayor presencia de descargas atmosféricas eléctricas. Adicional referenció que la descarga se pudo generar por el acercamiento de la varilla a redes de media tensión.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

Finalmente propuso la ausencia de falla en el servicio.

3. La sentencia de primera instancia⁴.

Mediante Sentencia No. 064 de 19 de abril de 2017, el Juez A quo accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al declarar la responsabilidad de la Compañía Energética de Occidente por los daños y perjuicios ocasionados con las lesiones padecidas por el niño Keveen Ignacio Casamachín Méndez por la descarga eléctrica.

A consecuencia ordenó condenar in genere por concepto de daño emergente, y el perjuicio moral lo fijó en 30 smlmv a favor de la víctima directa y su progenitor y 15 smlmv a favor de la hermana de la víctima directa. Por su parte el daño a la salud fue fijado en 30 smlmv.

También condenó a las compañías SEGUROS GENERALES SURAMERICA S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A. a restituir la suma que la Compañía Energética de Occidente pague a los demandantes.

Las agencias en derecho fueron fijadas en el 4% del monto reconocido en la condena.

El daño como primer elemento de la responsabilidad, lo fundó en las lesiones que padeció el niño Keveen Ignacio Casamachín el 27 de diciembre de 2010, al recibir una descarga eléctrica en momentos en que intentaba bajar frutos de un árbol.

En cuanto a la imputación, refirió que en el sublite no se comprobó una falla en el servicio por parte de la Compañía Energética de Occidente, al cumplir con las especificaciones técnicas de la conducción de energía eléctrica; no obstante, por tratarse de una actividad riesgosa y peligrosa, al concretarse el riesgo, siendo que la guarda de tal conducción radicaba en la compañía, es esta la llamada a responder por el daño antijurídico.

Sin embargo, enfatizó que la conducta de la propia víctima tuvo incidencia directa en la materialización del daño, pero por tratarse de un menor de edad, concluyó que el daño acaeció en un momento de descuido de su progenitor, aunque no se puede decir que fue la única causante de materialización del daño, razón por la cual redujo el monto de la condena en un 50%.

De otro lado, accedió a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos

⁴Folios 444 a 457 Cuaderno Principal 3.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

Domiciliarios porque en sus competencias de inspección, vigilancia y control no se encuentran las facultades de contratar, construir o hacer mantenimiento de redes públicas o internas de cualquier servicio, no es coadministrador de las empresas de servicios públicos y por lo tanto al no ser el título de imputación la falla en el servicio, sino el objetivo, no habiendo razón para demandar a esta entidad.

El lucro cesante a favor del progenitor de la víctima directa fue denegado ante la ausencia de fundamento fáctico, jurídico y probatorio del petitum.

Entre tanto condenó in genere el daño emergente, al no existir prueba de que el señor José Ignacio Casamachín Yule renunció al trabajo ni el salario que devengaba cuando ello ocurrió y tampoco se acreditaron los gastos que sufragó por la situación de salud de su hijo.

Los perjuicios morales los fijó en 60 smlmv a favor de la víctima directa y su progenitor, pero reducidos en un 50%, para un valor final de 30 smlmv. Para la hermana del afectado directo, se estableció la indemnización por perjuicio moral en 30 smlmv, y con la reducción planteada se fijaron 15 smlmv.

El daño a la salud fue establecido en 30 smlmv, una vez efectuada la reducción del 50%.

En cuanto al daño a la vida de relación concluyó que se trata de un perjuicio no indemnizable en la actualidad, al ser subsumido en el daño a la salud, que comprende la unidad corporal y las consecuencias psicológicas.

Finalmente aceptó el llamamiento en garantía efectuado por la Compañía Energética de Occidente a la compañía Seguros Generales Suramericana S.A. teniendo en cuenta que existía un vínculo contractual que cubría la fecha del siniestro.

También aceptó el llamamiento de Liberty Seguros por el contrato de coaseguro, amparada bajo la misma póliza.

Sin embargo enfatizó que el pago de la indemnización por parte de las aseguradoras está circunscrita a la concurrencia de la suma asegurada, teniendo en cuenta el deducible convenido.

4. El recurso de apelación.

4.1. Por la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A⁵.

El recurso se sustentó en que en el expediente quedó acreditado que el deber de cuidado y por lo tanto evitar el riesgo, estaba en cabeza del

⁵ Folios 464 a 468 Cuaderno Principal 3.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

progenitor del niño, lo cual fue omitido, al punto que en la sentencia se reconoce la coautoría del hecho en el padre respecto de su hijo, pese a que aún su falta de cuidado, se le reconoce indemnización.

Bajo este razonamiento consideró que la causante del daño fue la conducta de la víctima, lo que exonera de responsabilidad a la compañía, siendo que lo sucedido no era imprevisible ni para la víctima ni para el padre por cuanto, aunque se trata de un menor de edad, no era autómatas ni discapacitado, según establece el informe de medicina legal, que establece que era muy capaz en términos cognitivos y físicos.

Significó que por el solo hecho de tratarse de la explotación de una actividad peligrosa no es factible predicar la responsabilidad, cuando en el sublite el daño en su todo es predicable de la víctima o su representante por tratarse de un menor de edad.

Manifestó que los argumentos de la CEO no fueron tenidos en cuenta cuando se demostró el correcto y adecuado funcionamiento en la prestación del servicio, que la red de la cual se infiere la descarga eléctrica por manipulación de una varilla por un menor de edad, comportaba una red particular, de la cual no está demostrada su distancia y aplicación como determinante de una falla en el servicio.

También deprecó que no fue rechazada, ni debatido ni desconocida por la parte demandante, el Informe Técnico PQR's 2445, el cual claramente determina que el mayor nivel de aplicación, de acuerdo al sitio de caída, posiciones de red M.T. y Particular M.T. comportan el argumento expresado por la CEO y debe acogerse para revocar la sentencia.

Luego de iterar en la responsabilidad del menor de edad y su padre, significó que la varilla metálica comporta un conductor de electricidad, como aparece reportada en las historias clínicas, que dan cuenta que el hecho se produce por el contacto de la varilla con la red, cuyo cuidado corresponde al propietario, poseedor o tenedor del inmueble, y debe respetar las reglas de servidumbres y mantenimiento exigidas por los prestadores de energía.

De manera subsidiaria solicitó que, en el evento de mantenerse la responsabilidad deprecada en primera instancia, se incremente el porcentaje de la concausa, el cual en su sentir no puede ser del 50% por cuanto a la CEO se la está sancionando por el mero hecho de existir, al no demostrarse un actuar negligente o culpa grave de la CEO, lo cual considera desequilibrado, para no estar indemnizando al padre culpable directo de la conducta negligente del deber de cuidado del menor de edad.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

4.2. Parte demandante⁶.

El extremo procesal solicitó revocar parcialmente la decisión de primera instancia, que a su juicio incurre en una vía de hecho por defecto fáctico y defecto sustantivo, al quebrantar los derechos fundamentales al recurso judicial efectivo, artículos, 29 y 229 CP1, garantía y protección Judicial, artículos, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Interés superior del niño artículo 44 de la CP, el principio del Pro Infas desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia T - 001 del 2012, teniendo en cuenta que el asunto involucra a un niño indígena que tiene una condición de discapacidad 36.50 %, quien sufrió lesiones personales (quemaduras en su cuerpo), provenientes de una fuerte descarga eléctrica, por considerar que la vía de hecho se genera cuando se declara la concausa con el argumento de que los hechos ocurrieron por descuido del progenitor al permitir que su hijo subiera a un árbol.

Consideró que el a quo desconoce los usos y costumbres propios de las comunidades indígenas y con esta, la protección a cargo del Estado de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (artículo 7 CP).

Explicó que el niño no se subió a una torre de energía con una varilla sino que desde su cosmovisión, el niño indígena NASA, en una actividad propia de su cosmovisión, con o sin autorización de su padre se subió a un árbol a tomar un fruto y por lo tanto retomar exegéticamente el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006, referente a la custodia y cuidado personal de los niños y adolescentes es totalmente improcedente, porque la actividad es propia de la cultura y no se puede entender el cuidado personal con la negación de una práctica cultural dentro de los usos y costumbres, máxime cuando la misma norma establece en su artículo 3, reglas especiales para las comunidades indígenas.

Adujo que contrario a lo afirmado por la primera instancia, el señor Casamachín Yule siempre estaba al cuidado de su hijo, al punto que lo llevó con él a Santander de Quilichao donde realizaba sus labores como agricultor, sin embargo, no se puede llegar al punto de considerar que debe estar pendiente que no se suba a un árbol lleno de mangos porque puede ser impactado por una descarga eléctrica, porque por regla general, los árboles frutales no generan quemaduras eléctricas.

Concluyó que dentro del plenario se demostró que además de ser la actividad de la CEO peligrosa, para el caso en concreto no cumplía con los estándares de seguridad, porque el dictamen pericial refleja que la distancia entre el árbol y la red no cumplía con la norma técnica y que el daño pudo ser más grave porque lo que se conectó a la red no fue el niño

⁶ Folios 469 a 478 Cuaderno Principal 3.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

sino el árbol y por lo tanto no se reporta que la red se disparara porque la exposición fue por corto tiempo y reposa el reporte de corte a ramas de árbol, siendo que para la fecha de los hechos no se estaba cumpliendo con la distancia de seguridad mínimas.

De otro lado, enfatizó que dentro del sublite no está probado ni el hecho ni la culpa exclusiva de la víctima, por cuanto lo único que se demuestra es que el progenitor permitió a su hijo subirse a un árbol a obtener un fruto, actividad que no está catalogada como riesgosa o peligrosa, en cambio, la conducción de energía eléctrica si comporta tal connotación.

Por lo tanto, el presunto descuido no puede derivarse de que el padre permita a su hijo una práctica ancestral y por lo tanto el interés superior de un niño no es solo el acceso a la justicia y al recurso judicial efectivo sino garantizar a todos los niños indígenas en su libre desarrollo de su personalidad, subirse a los árboles sin que esta actividad comporte un riesgo excepcional porque lo que se demostró fue que el palo de mango no produjo la descarga eléctrica sino las redes de energía eléctrica camufladas en medio del árbol.

Señaló que se confunden los conceptos de culpa y hechos exclusivo de la víctima, desconociendo que bajo el artículo 2346 del Código Civil, los menores de 10 años y los dementes no son capaces de cometer culpa, razón por la cual se termina sancionando al menor por el no probado descuido de su padre.

Insistió que en el asunto de autos lo importante no fue la autorización para que el menor de edad indígena subiera a un árbol, porque lo trascendente fueron los cables ocultos en él, para concluir que al acreditarse que el hecho fue exclusivo de la víctima debe exonerarse de responsabilidad, mientras que en la concurrencia el resultado dañoso resulta atribuible a ambos actores, situación que tampoco puede trasladarse a la responsabilidad estatal porque para reducir el valor de la indemnización se debe establecer la participación de la víctima y su relevancia y no la intensidad de la culpa.

4.3. Por la Compañía Energética de Occidente S.A. E.S.P⁷.

La Compañía Energética de Occidente S.A. E.S.P solicitó revocar la sentencia proferida, basándose en que quedó acreditado con suficiencia que las redes fueron construidas respetando las normas técnicas.

También encontró acreditado que el niño Casamachín subió a un árbol de mango a tratar de obtener un fruto con un tubo metálico, lo que produjo la descarga de la red de energía eléctrica, por lo que la causación del daño es atribuible al menor de edad y por su corta edad, el descuido

⁷ Folios 479 a 486 Cuaderno Principal 3.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

atribuible al padre, por lo que consideró debe declararse probada la excepción de CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, propuesta por la compañía.

Finalmente consideró que la decisión de instancia erró al encontrar probado un daño psicológico, que no está probado dentro del proceso porque la valoración psiquiátrica reflejó un funcionamiento psicológico y cognitivo adecuado para la edad y procedencia sociocultural, y que no se configuró daño psíquico.

4.4. Por la sociedad LIBERTY SEGUROS S.A.⁸

En consonancia con las demás entidades, Liberty Seguros S.A. consideró que con el caudal probatorio se logró estructurar el eximente de responsabilidad por el hecho exclusivo de la víctima y no una falla en el servicio.

De igual manera solicitó que de confirmarse la responsabilidad decantada, se estudien las excepciones propuestas de cobertura exclusivamente de perjuicios patrimoniales, exclusión de daños morales, límite máximo de indemnización, enriquecimiento sin justa causa, condiciones, amparos, límites y exclusiones de la póliza, inexistencia de la obligación de indemnizar intereses o sanción moratoria e innominada, toda vez que es coaseguradora en un porcentaje del 15% del contrato de seguro a raíz del cual se expidió la póliza 0150450-4 y cuyo asegurador principal es Seguros Generales Suramericana S.A. con un porcentaje del 85% y por lo tanto, solo estaría obligada a los perjuicios materiales en un porcentaje y de ello descontar el deducible, lo que a su juicio absorbería el valor cobrado.

5. Actuación en segunda instancia.

Con auto de 28 de agosto de 2017⁹ se admitió el recurso de apelación interpuesto y mediante auto de 08 de septiembre de 2017¹⁰ se corrió traslado a las partes para alegar por el término de diez (10) días, término a partir del cual, la Agente del Ministerio Público podía rendir concepto.

6. Alegatos de conclusión.

En este término procesal, tanto las demandadas como sus llamadas en garantía, reprodujeron in extenso los argumentos de la apelación.

La parte demandante no presentó alegatos de segunda instancia.

⁸ Folios 487 a 492 Cuaderno Principal 3.

⁹ Folio 04 Cuaderno segunda instancia.

¹⁰ Folio 10 Cuaderno segunda instancia.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

6.1. Por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.¹¹

La entidad demandada iteró su falta de legitimación en la causa por pasiva, solicitando confirmar la sentencia en lo que respecta a la Superintendencia.

7. Ministerio Público.

El Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con el Artículo 153 del CPACA.

2. Caducidad.

La parte demandante solicita la reparación del daño sufrido el 27 de diciembre de 2010; la solicitud de conciliación fue radicada ante la Procuraduría General de la Nación el 26 de diciembre de 2012¹², y la respectiva constancia data del 17 de marzo de 2013.

Presentada la demanda el 17 de marzo de 2013, el medio de control se encuentra dentro del término judicial prescrito en el numeral segundo, literal i) del artículo 164 del CPACA.

3. El problema jurídico.

Le corresponde al Tribunal determinar si la Sentencia de 19 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, en el que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda debe ser revocada, modificada o mantenerse incólume.

4. Caso concreto.

4.1. Del daño.

Tal como lo estableció el a quo y no fue objeto de censura por los sujetos procesales, el daño en el presente evento corresponde a las lesiones padecidas por el niño Keveen Ignacio Casamachín Méndez, el 27 de diciembre de 2010, al recibir una descarga eléctrica, encontrándose en un árbol, en el sector de La Agustina, municipio de Santander de Quilichao.

¹¹ Folios 22 a 33 Cuaderno segunda instancia.

¹² Folio 05 cuaderno principal.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

4.2. Imputación.

La decisión de primera instancia relacionó que la conducción de energía eléctrica comporta una actividad riesgosa o peligrosa, concluyendo que, al producirse en daño, resultaba imputable a la Compañía Energética de Occidente, bajo el régimen objetivo de riesgo excepcional.

Las entidades apelantes, al unísono consideran la imposibilidad de dar aplicación al régimen de imputación de riesgo excepcional, al existir un hecho exclusivo y determinante de la víctima que dio lugar al insuceso, lo que redundaba en el eximente de responsabilidad, sin que sea factible condenar a la entidad por el solo hecho de operar las redes de energía eléctrica, cuando fue la propia víctima quien se expuso al daño al subir a un árbol de mangos con una varilla eléctrica y tocar el cable de media tensión.

4.2.1. Los regímenes de imputación en descargas de energía eléctrica.

El H. Consejo de Estado, de antaño ha establecido que, no obstante respecto de ciertas actuaciones o actividades desplegadas por el Estado, es factible la aplicación del régimen objetivo por daño especial o riesgo excepcional, ante el actuar legítimo que sin embargo acarrea daños a quien no está obligado a soportarlo; ello no significa que no deba evaluarse en cada caso particular, la concreción de una falla en el servicio, misma que una vez edificada, debe privilegiarse sobre los primeros.

Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia de 07 de abril de 2011, en el expediente bajo radicación interna 20733, iteró:

“La Sala ha explicado, en reiteradas oportunidades, que, por regla general, la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas debe analizarse bajo el título jurídico de riesgo y que la conducción y transmisión de energía eléctrica califica dentro de esta actividad, por la contingencia al daño ante el elemento altamente peligroso que circula por las redes.

El riesgo tiene ocurrencia cuando el Estado en desarrollo de una actividad de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional; éste, dada su gravedad, excede las cargas normales que deben soportar los particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de dicho servicio público.¹³

La Sección Tercera en reciente jurisprudencia precisó:

¹³ Entre otras se pueden consultar, Sección Tercera, Sentencia de 1º de marzo de 2006, Expediente 250002326000199603154 (21700). C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia de 9 de junio de 2005, expediente 66001233100019960349501-15260, C.P. María Elena Giraldo Gómez, sentencia de 14 de junio de 2001, expediente 12.696, C.P. Alier Hernández Enríquez. sentencia de 15 de marzo de 2001, expediente 11.162, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

“Como se observa, el régimen de imputación del riesgo excepcional mantiene como asidero y fundamento el concepto de daño antijurídico (artículo 90 de la C.P.), en la medida en que éste comporta una lesión a un bien jurídicamente tutelado cuyo titular –quien ha sufrido las consecuencias de un riesgo anormal–, no se encuentra en la obligación de soportarlo, dado que ese detrimento se impone con transgresión del principio de igualdad ante las cargas públicas. Se trata, en consecuencia, de un régimen objetivo de responsabilidad, en el cual corresponde a la Administración, para exonerarse de responsabilidad, la carga de probar el rompimiento del nexo causal por la ocurrencia de una causa extraña.” (Sentencia de 28 de abril de 2010, expediente 25000232600019950090201-18646, María González Bernal y otros Vs. Empresa de Energía de Bogotá, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez)

Más adelante la misma Sección sostuvo:

“Ahora bien, en relación con la conducción de energía eléctrica, ésta ha sido tradicionalmente considerada por la doctrina y la jurisprudencia como una actividad peligrosa, de la cual, además se ha dicho que cuando su guarda está a cargo de una entidad estatal, el daño causado en desarrollo de la misma resulta imputable a ésta.” Sección Tercera, sentencia de 23 de junio de 2010, expediente 54001233100019940871401-19572. Nancy Ceballos Sánchez y otros Vs. Municipio de San José de Cúcuta, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero)

Sin embargo, también ha precisado esta Sección¹⁴ que cuando se trate de un hecho o acto previsible o resistible para la entidad, se presenta una falla del servicio en el entendido que la entidad, teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso.

4.2.2. De la culpa de la CEO en el presente asunto.

Dado que la Compañía Energética de Occidente tiene el carácter de una Sociedad por Acciones Simplificada, la responsabilidad extracontractual por dolo o culpa, se rige por el artículo 2341 del Código Civil, que consagra:

ARTICULO 2341. <RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL>. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

De acuerdo al material probatorio obrante dentro del plenario y en específico el dictamen pericial rendido en sede de instancia, este Tribunal se convence de que, en el asunto de autos, no es factible dar aplicación al régimen objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional, siendo del caso estructurar la responsabilidad extracontractual por culpa, como pasa a verse.

¹⁴ Sentencia de 28 de abril de 2010, expediente 25000232600019950090201-18646, María González Bernal y otros Vs. Empresa de Energía de Bogotá, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

Según los recursos de alzada elevados por el extremo pasivo de la litis, las conclusiones a que llegó la perito dentro del proceso, fue que las líneas de energía eléctrica cumplían con las normas de seguridad y distancia establecidas en la norma.

Sin embargo, escuchada en su totalidad la introducción del dictamen en la audiencia de pruebas, la Sala encuentra que, si bien es cierto, la experta concluye en el cumplimiento de las normas de distancia y seguridad de las redes de energía eléctrica, no lo es menos que también es enfática en advertir que el cumplimiento de los requerimientos, se aduce al momento de la visita al lugar de los hechos, esto es, en el año 2016.

Pese a ello, indicó que al momento del accidente, lo que posiblemente ocurrió es que las ramas del árbol de mango, al cual subió el niño Casamachín Mendez no cumplieran con las normas sobre distancia, (pero fueron podadas con posterioridad al insuceso), refiriendo en su dictamen:

"Podríamos intuir que dado que se presentaron quemaduras grado III, los valores de corriente debieron estar entre los 20 y los 50 mA/mm². Debemos concluir en el análisis que el afectado estaba subido en un árbol grande, lo cual convierte a los dos en un solo cuerpo con una resistencia mayor a la que hubiera tenido el afectado ante la descarga, si hubiera estado en el piso. Pudo pasar que, parte de la corriente circuló por el árbol, por tanto el daño fue menor.

Pudo pasar que al tratar el accidentado de subirse al árbol con la varilla movió alguna rama de este. Y fue la rama y no la varilla la que recibió la descarga. Como el árbol fue podado no hay manera de saber si las ramas estaban muy cerca de la línea de media tensión en el momento del accidente.

El árbol se encuentra a unos dos (2) metros de la red de baja tensión y su copa no alcanza a superar la altura de la red de media tensión como se observa en la foto No. 5.

Con respecto a lo que sucedió con las ramas del árbol que pudieron ser las que se pusieron en contacto con la red eléctrica, podemos ver en el folio 295 del expediente que se hizo una poda de realce; se ven los cortes de dos ramas grandes que salen en dirección al vano de red de media tensión que alimenta el transformador."

Por su parte, en la audiencia, al ser interrogada respecto del cumplimiento de la norma técnica expresó:

"hoy se cumple porque la rama del árbol fue cortada pero en su momento debió pasar que la rama se estaba acercando, sí estaba muy cerca de la línea."

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

Ante el interrogante de si para el día del accidente posiblemente no se estaba cumpliendo con la distancia, significó:

“Si, los operadores de red tienen una obligatoriedad con respecto a la vegetación arbórea que está alrededor de las líneas, ellos deben mantener despejadas las redes precisamente para evitar eso.”

Finalmente, cuestionada si a la fecha de los hechos, las medidas de seguridad no se estaban cumpliendo, fue contundente al referir que “con respecto al árbol no.”

Acorde con lo anterior, la Resolución 18-1294 de 06 de agosto de 2008, aplicable al presente asunto, dada la fecha de acontecimiento de los hechos, en su artículo 27, dispone:

“ARTÍCULO 27º AISLAMIENTO

Para el aislamiento de las líneas de transmisión se deben cumplir los siguientes criterios.

27.1 Distancias mínimas de seguridad.

Las líneas de transmisión deben cumplir las distancias mínimas de seguridad establecidas en el Artículo 13º del presente Anexo General, en las peores condiciones de temperatura, vientos o fuerzas eléctricas que soporten los conductores.

Se debe garantizar que en las zonas de servidumbre se mantenga controlado el crecimiento de la vegetación de tal forma que no se comprometan las distancias de seguridad.

El dimensionamiento eléctrico de las estructuras se debe definir mediante combinación de las distancias mínimas correspondientes a las sobretensiones debidas a descargas atmosféricas, a las sobretensiones de maniobra y a las de frecuencia industrial. Adicionalmente, debe tener en cuenta los niveles de contaminación, la altura sobre el nivel del mar y las distancias mínimas para mantenimiento en tensión.” (Negrilla de la Sala).

A partir de lo anterior, siendo que la obligación de la poda y mantenimiento de la vegetación arbórea está a cargo del operador eléctrico y que de acuerdo al dictamen pericial, presuntamente el contacto con la red de energía de media tensión, ocurrió con una rama del árbol y no así con la varilla, como lo manifiestan los apelantes, es palpable que lo acaecido en este caso no puede estructurarse bajo el régimen de imputación objetivo de riesgo excepcional, pues la omisión de la poda, da lugar a estructurar la culpa de la CEO.

Tampoco pueden atenderse los argumentos de la CEO, al referir que era el propietario del inmueble a quien correspondía solicitar la poda del árbol, en primer lugar porque según puede observarse de las fotografías aportadas con el dictamen pericial, el árbol no se encuentra al interior del predio sino sobre la zona de servidumbre y en cercanías a la red privada, pero también a la red pública, lo que de suyo presupone que la obligación de poda estaba en el operador, con la periodicidad requerida, aspecto

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

que no fue demostrado al interior del proceso, circunstancia que redundó en la culpa aquí enrostrada.

4.2.3. Del eximente de responsabilidad por hecho exclusivo de la víctima.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido tradicionalmente como causales eximentes de responsabilidad, la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima, cuya acreditación impide jurídicamente imputar al Estado la responsabilidad por los daños por los cuales se reclama.

En relación con todas ellas, la Alta Corporación ha señalado que para la acreditación de las causales eximentes de responsabilidad deben concurrir los siguientes elementos: (i) su *irresistibilidad*; (ii) su *imprevisibilidad* y (iii) su *exterioridad* respecto del demandado, decantando lo siguiente:

“En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados—.

Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable, como lo indica la doctrina:

«La imposibilidad de ejecución debe interpretarse de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida»¹⁵.

En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual “no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia”¹⁶, toda vez que “[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación”¹⁷, entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no

¹⁵ Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, *Les responsabilités*, Bruselas, 1981, p. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 19.

¹⁶ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 noviembre de 1989, *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, Bogotá, Legis, p. 8.

¹⁷ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 mayo de 1936, *Gaceta Judicial*, tomo XLIII, p. 581.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.

Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de "imprevisto" de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil¹⁸ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual "[I]mprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia"19. La recién referida acepción del vocablo "imprevisible" evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.

No está de más señalar, en cualquier caso, que la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concurra la culpa del demandado, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento culposo y no al advenimiento del anotado suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente.

Así pues, resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia. En la dirección señalada marcha, por lo demás, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha matizado la rigurosidad de las exigencias que, en punto a lo "inimaginable" de la causa extraña, había formulado en otras ocasiones:

(...)

Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa

¹⁸ Nota original en la sentencia Citada: Cuyo tenor literal es el siguiente: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

¹⁹ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, p. 21.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración —al menos con efecto liberatorio pleno— de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada"²⁰.

La Compañía Energética de Occidente y sus aseguradoras coincidieron en alegar que en el accidente sufrido por el niño Keveen Ignacio Casamachín Méndez, no puede edificarse la responsabilidad extracontractual, como quiera que la conducta del niño al subirse al árbol de mango con una varilla metálica y tocar la red eléctrica, así como el descuido de su progenitor al permitirle el ascenso sin supervisión, hacen operable el eximente de responsabilidad por hecho exclusivo de la víctima.

Frente a este tópico, lo primero que descarta la Sala es el hecho de la víctima por el porte de la varilla, y su incidencia en el insuceso, toda vez que el dictamen pericial descartó tal posibilidad, significando como causa probable del incidente el acercamiento de una rama del árbol en un interregno muy corto, porque a juicio de la experta, de haber ocurrido de otra manera, las lesiones o el resultado mismo del accidente hubiese sido peor.

Siendo así las cosas y teniendo como causa probable del accidente, el acercamiento de una rama del árbol al que ascendió el niño Casamachín Méndez, a la línea de media tensión; de acuerdo al contenido obligacional del que son titulares los operadores de redes de energía, mal podría en el sublite plantearse la imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad a efectos de predicar el hecho de la víctima.

A la anterior conclusión arriba la Sala, pues por más que el niño Casamachín Yule hubiese subido al árbol, era perfectamente previsible para la CEO que la falta de mantenimiento de la vegetación arbórea en la zona aledaña a sus redes de energía podía causar un incidente como el

²⁰Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente No. 16.530.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

acontecido el 27 de diciembre de 2010, ante cualquier persona que subiera al árbol que sobrepasaba los límites de distancia permitidos.

En cuanto a la irresistibilidad, justamente la norma técnica en la materia exige a los operadores de energía eléctrica mantener despejada el área de servidumbre de las redes, a efectos de aminorar al máximo esta clase de accidentes, que entraña que del insuceso tampoco puede predicarse su exterioridad, porque jurídicamente los daños ocasionados por accidentes en la conducción de energía eléctrica son imputables a su operador; razones de peso para denegar la alzada en cuanto al hecho exclusivo de la víctima.

4.2.4. No se configura la concausa.

Descartado el eximente de responsabilidad por el hecho exclusivo de la víctima, es del caso pronunciarse sobre la figura de la concausa, ya que el a quo consideró que tanto la conducta del niño como la falta de cuidado del progenitor frente al hijo, hacen operable la reducción del quantum indemnizatorio en el 50%.

La parte demandante sentó su desacuerdo en la reducción de la indemnización, por considerar que tal criterio desconocía la cosmovisión del niño en su calidad de indígena, quienes tienen como práctica ancestral, subir a los árboles a cosechar frutos.

Para la Sala, tiene total asidero el planteamiento del recurrente, en tanto, en virtud de la constitucionalización del derecho administrativo, no resulta loable en un juicio de responsabilidad, estandarizar las conductas de las comunidades indígenas con aquellas requeridas a la cultura occidental.

Partiendo de esta premisa, debe tenerse en cuenta que reposa dentro del plenario, certificación del Cabildo Indígena del Resguardo de Toribío, de 21 de noviembre de 2012, en el que se establece que el niño KEVEEN IGNACIO CASAMACHIN MENDEZ es comunero de dicho resguardo.

Conforme a lo anterior, el niño KEVEEN IGNACIO CASAMACHIN MENDEZ en su calidad de indígena goza de una especial protección constitucional en sus usos y costumbres, tal como lo ha establecido la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-730 de 2016, al reafirmar:

“El reconocimiento de la diversidad étnica colombiana, como manifestación de su multiculturalidad y pluralismo, fue consagrado en la Constitución de 1991 a través de la integración de las comunidades indígenas a las visiones y procesos de las mayorías, otorgándoles la posibilidad de participación dentro de los mismos para, de esta manera, garantizar y proteger sus derechos como minorías, consistentes en el crecimiento y desarrollo de acuerdo con sus costumbres y valores propios²¹.”

²¹ Ver sentencia T-371 de 2013.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

Así, en virtud del artículo 7° de la Constitución, el Estado debe reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, lo que deriva en que los diferentes grupos étnicos que hacen parte de ella, dentro de los cuales se encuentran los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas, son titulares de derechos fundamentales y sujetos de especial protección constitucional al ser identificadas como comunidades minoritarias históricamente discriminadas y en situación de vulnerabilidad.

En concordancia con lo anterior, los artículos 8° y 9° de la Carta consagran la obligación por parte de los entes estatales de proteger la riqueza cultural de la Nación y la importancia de la autodeterminación de los pueblos. En ese sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que el amparo de los derechos fundamentales de estas comunidades es indispensable para garantizar su supervivencia, lo que implica la conservación de su cultura, diferenciada de la mayoritaria, sus tradiciones ancestrales, sus valores, su cosmovisión y su identidad social, religiosa y jurídica, entre otros.”

En esta línea, siendo que el niño Casamachín Mendez pertenece al resguardo de Toribío, donde para el año 2010, acababa de terminar su año lectivo en dicha comunidad, cierto es que pertenece a la comunidad NASA, asentada en varios municipios del departamento del Cauca.

Ahondando en los usos y costumbres de dicha comunidad, es del caso traer a líneas la cosmovisión expuesta por la Asociación de Cabildos Indígenas Nasa, que pregona:

“Pueblo indígena de americalatina ubicado en Colombia departamento del Cauca sona Tierradentro. Que se divide en dos municipios, Paez e Inza. Los nasa ocupan actualmente un territorio ancestral que atreves del tiempo se han venido construyendo como resguardos en los diferentes sitios de esta zona.

Es un pueblo indígena milenario, con sus luchas colectivas enfrentando el poder oligarca, ha pervivido en el tiempo sabiendo mantener su identidad y sus pensamientos.

La defensa de su territorio ha sido su prioridad dentro del proceso político organizativo y desarrollo histórico.

Sus luchas significan la perdida de grandes dirigentes que se comprometen con la defensa del territorio y la existencia de su pueblo.

*La espiritualidad es base y forma de vida de sus creencias. los ritos, los mitos, leyendas; son la forma de resistencia que permite a las nuevas generaciones mantener la ideología e identidad de pueblos indígenas nasa. **La tierra para los nasas es la madre, la que les brinda la subsistencia alimentaria, refugio, les da el conocimiento, armonía, fortaleza y resistencia. “nuestra mama wala”.***

Para el indígena nasa la tierra no es un simple componente del sistema productivo, la tierra representa la esencia de la vida y fuente de seguridad.

Un libro abierto al pensamiento, lleno de conocimiento y sabiduría. Las danzas, el dialecto, y la música propia nos identifica como “nas nasa” el vivir

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

pensar y sentir como verdaderos hijos de u"ma kiwe, nuestra madre tierra."²²
(sic)

De igual manera, la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca ASIN; expresa como cosmovisión y derecho propio:

"Aprender de la madre tierra y sentir a los seres de la naturaleza es nuestra esencia como pueblo, es por eso que nos parece fundamental mencionar todo el conocimiento que nos bridan los y las tasxkwewe'sx. Las plantas desde la sabiduría de los y las kiwe thë'sa, son mayores y mayores con mucho conocimiento. Tasxkwe Thë'sata', dice el mayor Nxun Tumbo, las plantas son Thë'sa, se asume la categoría de personas con un conocimiento muy profundo. Gracias a las plantas respiramos, aprendemos los colores de la naturaleza, nos curamos de las desarmonías y generamos un ambiente del buen vivir. Cada planta es única, sagrada y la podemos entender como el yu'ce tasxkwe, la planta medicinal. Sin las plantas sería imposible equilibra las energías en el territorio, tal como lo dice el compañero kiwe thë' Leonidas Urriaga:yakum pcuté' kwe'sxa' mtexukxtha'w, si se acaba la Yacuma, que sería de nosotros, ¿para a dónde cogeríamos? Esta preocupación del mayor es real teniendo en cuenta que los monocultivos del café están arrasando, sin ningún tipo de consideración, los tules de la Yacuma y como si fuera poco las concesiones viales como las transversales, no respetan ni consideran la vida de ninguna planta tal cual como sucedió en el Páramo de Guanacas con elsxuukwe o el fresco de páramo fue arrasado en minutos por retroexcavadoras y buldóceres.

Entonces, los pueblos indígenas, para mantener la armonía y el equilibrio, a través del tiempo hemos creado formas propias de control. Entre ellos tenemos la administración de la yutsexi o la aplicación del remedio desde del conocimiento ancestral, cultural y espiritual que parte de la ley de origen y los principios que regulan el cosmos. La práctica de la cosmovisión a través del derecho propio está bajo la orientación espiritual de los Kiwe thé o sabios de la tierra.

Es la orientación desde el pensamiento del corazón para fortalecer el SEIP para lo cual se vivencia la práctica cultural a través de los diferentes rituales de armonización colectivos, familiar y personal en los sitios sagrados como los páramos, las lagunas, los cerros, los ríos, la tulpa y alrededor del fuego (fogatas)

*En un primer momento se busca compartir el conocimiento ancestral al equipo dinamizador zonal a fin llegar a los diferentes espacios de generación y recreación del conocimiento con orientaciones espirituales pertinentes y coherentes a los principios del SEIP.*²³

Durante el año que acaba de pasar, se logró trabajar de manera permanente alrededor de la tulpa para compartir conocimientos, experiencias y prácticas rituales con sabedores ancestrales permitido avanzar en la construcción un corpus teórico de la educación propia recogiendo elementos conceptuales desde la cosmovisión y espiritualidad nasa."

MANGUARED, página de cultura y primera infancia en la red, reconoce frente a la diversidad étnica y cultural de los niños indígenas que:

²² <https://tierradentro.co/cosmovision-nasa/>

²³ <https://nasaacin.org/tejidos-y-programas/tejido-de-educacion/hilos/cosmovision/>

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

“La **diversidad étnica y cultural** de los pueblos indígenas reside, también, en la niñez o, mejor dicho: en la niñez de los pueblos indígenas –en su concepto y en las maneras de vivir e interactuar con los entornos– se conjuga buena parte de la diversidad étnica y cultural de nuestro país.

Colombia es el segundo país del continente de América con mayor cantidad de **pueblos indígenas** en el territorio después de Brasil. En total, según el **Ministerio del Interior**, existen más de 90 pueblos indígenas a lo largo y ancho del territorio: los Mokana, los Yuko, los Chimila, los Tule, los Betoye, los Andoke, los Amorúa, los Dujos, los Letuamo, los Kurripako, los Piratapuyo, los Yurutí, los Espeara Siapidara, entre muchos-muchos otros. Cada uno de estos pueblos posee características específicas sobre la apropiación del medio en el que viven, la organización de los espacios y los actores sociales, las actividades diarias como la pesca, la caza, la recolección, la agricultura, y sobre los componentes culturales que encierran sus **identidades y saberes indígenas**: la lengua, la música, la danza, la religión y, entre otros, las prácticas de crianza y el cuidado de los niños:

«Cada pueblo indígena tiene una forma particular de producir una representación propia del mundo que lo rodea, de esa misma manera el lugar ocupado por los niños es específica en cada cultura según el tipo de vivencia en el que es atendido y crece. Esta etapa es fundamental en la vida de todo pueblo y ser humano ya que en ella se empiezan a fundamentar de manera diferenciada las bases de su historia, cultura e identidad», escribió, en 2009, la **Comisión de Trabajo y Concertación de la Educación para Pueblos Indígenas** (CONTCEPI).

Las configuraciones culturales de los pueblos indígenas no son universales ni homogéneas y en ese mismo sentido tampoco lo son las prácticas de crianza alrededor de la primera infancia como un ciclo de vida –ni en ningún pueblo o comunidad o país. En los pueblos indígenas, en general, los espacios como la maloka, la laguna, el bosque, el volcán, la chagra, el fogón o la tulpa, entre otros, constituyen el territorio donde confluyen la identidad cultural y la transmisión de ésta a los niños. Así mismo, individuos como los sabedores, los abuelos, los médicos tradicionales, los taitas –además de los padres– se convierten en mediadores esenciales para la construcción de valores y saberes en los niños.

Por ejemplo, en el **pueblo indígena Kamëntsá**, en Putumayo, las actividades de cocina de alimentos propios, como la cidrayota, que se llevan a cabo en un **shinÿak** o fogón, son el espacio para que los adultos y los niños participen, interactúen e intercambien sus tradiciones: el fogón es el espacio de aprendizaje. Otro ejemplo es la forma en que el **pueblo Misak**, en Cauca, interactúa con los niños alrededor de la lengua, de sus primeras palabras y su cultura: los adultos no pueden reírse ni burlarse de los niños –así sea por cariño– mientras ellos aprenden a hablar y a pronunciar las consonantes; según ellos, las burlas, en esos casos, hacen que el niño no respete o sea grosero en un futuro. Finalmente, por ejemplo, en el pueblo Nasa el lugar de encuentro de la comunidad, donde se concentran los principales aprendizajes de la infancia sobre la cultura, es la **tulpa** –conformado por tres rocas principales (que representan al padre, la madre y los hijos), troncos de madera (la familia) y el fuego (la sabiduría); allí, alrededor, los taitas y **malulas** (abuelos y abuelas) transfieren oralmente sus tradiciones a la comunidad, en general, y a los niños, a través de sus padres y cuidadores, en particular.

Estas singularidades culturales han exigido que las políticas públicas del país integren y entiendan, poco a poco, diferentes pautas educativas y prácticas de crianza que materialicen y reconozcan la diversidad. Por eso la **Política Pública de Cero a Siempre** pretende fomentar el desarrollo

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

*integral de los niños indígenas en escenarios significativos acordes a su cultura e identidad con **enfoque diferencial** (los servicios de educación inicial de modalidad propia e intercultural para comunidades étnicas y rurales hacen parte de esa apuesta); también hacen parte las acciones del Estado que buscan materializar, fomentar y afianzar, a través de las **expresiones artísticas propias**, las identidades de cada pueblo indígena. En ese sentido, **Maguaré y MaguaRED** ha reconocido la diversidad étnica a través de sus contenidos para la primera infancia: cuentos bilingües en lenguas indígenas y en español, canciones en lenguas indígenas, narraciones infantiles que representan la **cosmogonía** y costumbres de las distintas culturas, además de experiencias, crónicas, documentos de consulta e información que busca reconocer la diversidad y las particularidades de los sujetos sociales, pero, sobre todo, de los niños.*

*Ahora, ese reconocimiento no solo se debe manifestar entre las culturas étnicas del país –para ellos y con ellos. Los padres, cuidadores, maestros, agentes educativos o cualquier persona cercana a la primera infancia tiene el deber –tenemos el deber– de transmitir a los niños –no importa su cultura o lugar de nacimiento– la **diversidad del país** y el mundo, que ellos conozcan – a través del juego, **la literatura**, las canciones y las palabras de cariño– que hay otros niños, como ellos, que viven y conviven de otras formas, con otra música, otros espacios y lenguas, otros juegos, al igual que ellos mismos, y que esa condición –esa diferencia– los une –nos enriquece. Conocer esos **prácticas culturales en los pueblos indígenas**, desde la crianza, es el objetivo principal del **contenido** que desarrollaremos durante todo agosto en **Maguaré y MaguaRED**.*

Al fin y al cabo todos los niños son, como se dice en guambiano, “Tatakwe luuɕkwe, mamakwe luuɕkwe” o, lo mismo, “Hijito de papá, hijito de mamá”, en español.”

Aunado a ello, la Organización Internacional del Trabajo, en la investigación denominada “Trabajo infantil indígena en Colombia”, publicado en el año 2010, pormenorizó:

“El niño aprende a través de la interacción y la participación activa. Desde pequeño se le enseña a reconocer los lugares de su hábitat, se le permite participar en las labores cotidianas, en algunos de los ritos importantes de su comunidad y se le explica, de manera sencilla, complejas elaboraciones culturales consignadas en los mitos y en los ritos.

Es en la interacción social que el niño o la niña reconoce a sus parientes y a otros miembros de la sociedad y es allí mismo cuando eventuales palabras oportunas y modelos de comportamiento le permiten comprender la diversidad de las relaciones sociales y su propio lugar al interior de la sociedad.

El aprendizaje es un asunto social que, cada vez más, demanda conocimientos que se hallan en los otros. Aunque debe reconocerse la autonomía de los niños y su activa contribución a la producción social y cultural, su mundo no está separado del de los adultos de una manera tan tajante como en el caso de la sociedad occidental.

Poco a poco, a medida que aprende a realizar las tareas del adulto, su propia identidad se consolida en el intercambio con los otros. Todo indica que no hay dependencia sino una relación equitativa de intercambio recíproco de autonomías.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

Se ha demostrado que el aprendizaje indígena se apoya en la observación y la experimentación, más que en la instrucción, demostración, memorización y repetición. Los pueblos indígenas no separan la experimentación de la abstracción, o como se ha resaltado en diferentes oportunidades, la acción y la simbolización.

Con frecuencia, la experimentación se apoya en la abstracción de experiencias anteriores que se hallan codificadas en expresiones simbólicas. Este referente, la construcción del conocimiento a través de la experimentación atada a la experiencia anterior (condensada en expresiones simbólicas), conforma otro núcleo importante de la epistemología de los saberes indígenas. Es por ello que suele advertirse como característica paradigmática de su conocimiento que la experiencia no se halla separada de la cosmovisión.

Se dice, por ejemplo, que los hombres kogi tejen su vida en los telares porque la simbología del telar representa el cosmos; con el tejido se recorre el lugar de la persona en el universo. Asimismo, en la construcción de las malocas amazónicas se reconstruye el cosmos representado en su arquitectura que da ubicuidad al constructor en el universo. También ocurre entre muchos otros grupos étnicos que la cerámica, la cestería o los tejidos, encuentren explicación en los mitos porque sus armazones y diseños son representación de diferentes seres que habitan el cosmos.

No olvidemos que la simbología da cuenta de la construcción de la persona desde su gestación, iniciación a la alimentación, relación con otros miembros de la sociedad y la naturaleza, y casi toda novedad de la vida cotidiana de la persona.

En la medida en que no hay una tajante distinción de la infancia en lo referente al desarrollo de la persona, y que este último es concebido como un proceso de crecimiento acompañado de la progresiva experimentación y conocimiento del entorno natural, social y cultural, los diferentes hitos y ritos que los grupos indígenas colombianos distinguen durante el crecimiento de niños y niñas aparecen como momentos de una continuidad a través de los cuales se estimula, promueve y fortalece la autonomía de la persona. Más que etapas, que se espera sucedan una tras otra hasta delinear al individuo y cuya falta podría causar inesperadas anomalías, la infancia aparece como un proceso de desarrollo de la persona que, por supuesto, atiende a las expectativas culturales, pero también respeta las potencialidades del individuo y promueve sus propias capacidades.

Dicha autonomía es fundamental para su participación como individuo, puesto que todos los miembros de la sociedad deben desempeñar ciertas tareas básicas que son complementarias entre sí para garantizar la producción y reproducción de sí mismos y de la comunidad."

Con base en todo el reconocimiento nacional e internacional, institucional y privado, a la cosmovisión de las comunidades indígenas y específicamente al aprendizaje de los niños indígenas, el cual, en el caso de los pertenecientes a la comunidad NASA, está íntimamente ligado a la "madre tierra" y su interacción con la naturaleza, no se comparte la posición del a quo, la cual es avalada por el extremo procesal pasivo, al considerar que el niño con su conducta o el progenitor con su falta de supervisión contribuyeron co-causalmente con el daño generado.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

A la anterior conclusión arriba la Sala, porque los niños indígenas desde muy temprana edad, en sus usos y costumbres interactúan con el ambiente y aprenden las labores agrícolas, en las que evidentemente está el cultivo de frutos de los árboles, labor que es enseñada ancestralmente como relatan los documentos referenciados y que mal pueden erigirse, en tratándose de las comunidades indígenas en una labor imprudente o culposa, cuando su propia cosmovisión prepara al niño desde temprana edad para estas prácticas.

Es por esto que la Corporación insiste, que en el sublite, el Juez de lo Contencioso Administrativo no puede estructurar un juicio de responsabilidad bajo la óptica de la cultura de occidente, donde el ascenso a un árbol por parte de un menor de edad, hace responsable a sus progenitores de los riesgos que este entrañe, en tanto converge una cuestión riesgosa o peligrosa, ante su falta de pericia para efectuar tales actividades, que no así para un niño indígena NASA; dado su contacto directo con la naturaleza, como parte de su desarrollo con enfoque diferencial, reconocido constitucionalmente por nuestra Carta Política.

De otra parte, tiene total acierto el análisis efectuado por la parte demandante, al concretar que el riesgo esperado frente a un niño que se sube a un árbol, independientemente de que pertenezca o no a una comunidad indígena, es que se caiga del mismo, se raspe, sufra lesiones con el mismo árbol o incluso que sea atacado por un animal, pero no resultar electrocutado con líneas de energía eléctrica de media tensión, máxime cuando las normas técnicas en la materia, hacen inesperable que un árbol que debe cumplir con las distancias de aislamiento, se acerque a la línea, causando quemaduras como las que padeció el niño Casamachín Méndez.

Por estas razones, no comparte el Tribunal la disminución efectuada por la instancia, siendo del caso revocar esta decisión, para mantener el quantum indemnizatorio por perjuicio moral y daño a la salud de 60 smlmv a favor de la víctima directa por cada ítem, y para su progenitor por

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

concepto de perjuicio moral 60 smlmv y 30 smlmv a favor de su hermana, por el mismo concepto.

Se advierte además, que de la condena in genere ordenada por la instancia, no se podrá efectuar reducción en aplicación de la concausa.

5. De la cobertura de Liberty Seguros S.A.

En su recurso de apelación, Liberty Seguros S.A. manifestó que siendo que se cobertura amparaba el 15% del siniestro, en el cual no se debían incluir los perjuicios de índole moral, una vez descontado el deducible, no había valor a reconocer por parte de la aseguradora, solicitando efectuar esta declaración en la decisión de segunda instancia.

De manera sumaria, habrá de decirse que la póliza No. 0150450-4 que ampara la responsabilidad extracontractual de la CEO, la cual establece una participación de coaseguradoras entre Seguros Generales Suramericana S.A. y Liberty Seguros S.A., fija dicha participación el 85% y el 15%, respectivamente.

De otro lado, tal como lo adujo la instancia, el seguro de responsabilidad extracontractual, ampara "LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL QUE LE SEA IMPUTABLE AL ASEGURADO, COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LOS DAÑOS MATERIALES, LESIONES PERSONALES Y/O MUERTE QUE SE OCASIONEN A TERCEROS SIEMPRE Y CUANDO SE TRATE DE SINIESTROS OCURRIDOS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA POLIZA Y CAUSADOS DIRECTAMENTE POR:

2. LAS OPERACIONES QUE LLEVA EL ASEGURADO, EN EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES DESCRITAS EN LAS CONDICIONES PARTICULARES DE ESTA POLIZA.

ESTA COBERTURA INCLUYE TODOS TODOS LOS RIESGOS QUE SON INHERENTES A LAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR EL ASEGURADO EN EL GIRO NORMAL DE SUS NEGOCIOS, ESPECIFICADAS EN LA SOLICITUD Y/O EN LAS CONDICIONES PARTICULARES DE ESTA PÓLIZA.

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

Una vez verificada la póliza, no se encuentran condiciones particulares en las que se haya excluido el perjuicio moral en cabeza de Liberty Seguros S.A, razón por la cual el planteamiento de la recurrente debe ser descartado por esta colegiatura, por no contar con sustento probanzal al respecto, porque la póliza aportada al plenario no da cuenta de las restricciones evidenciadas por la llamada en garantía, siendo del caso confirmar la decisión de instancia en este aspecto, dado que el porcentaje que pretende sea declarado por esta instancia está dado por el contrato, que es ley para las partes.

6. Costas de segunda instancia.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En consecuencia fíjense por concepto de agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de la condena impuesta, a cargo de la CEO, Seguros Generales Suramericana S.A. y Liberty Seguros S.A.

De conformidad con lo señalado en el artículo 366 del CGP, las agencias en derecho deberán liquidarse por el juzgado de origen una vez quede ejecutoriado el auto que ordene estar a lo dispuesto por el superior, para lo cual deberá seguir las reglas previstas en la citada disposición legal.

III. DECISIÓN

Por lo anteriormente expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia No. 064 de 19 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, atendiendo las precisas razones expuestas en esta providencia, salvo los numerales sexto y séptimo, los cuales quedarán así:

"SEXTO.- Condenar a LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A. ESP, a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES, los siguientes montos y a favor de los siguientes actores:

KEVEEN IGNACIO CASAMACHIN MENDEZ	60 SMLMV
JOSÉ IGNACIO CASAMACHIN YULE	60

Expediente: 19001-33-31-008-2013-00090-03.
Demandante: JOSE IGNACIO CASAMACHÍN YULE Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y OTROS.
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA - SEGUNDA INSTANCIA.

	SMLMV
DAILIN YIRSELI CASAMACHIN TENORIO	30
	SMLMV

SÉPTIMO.- Condenar a LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A. ESP, a pagar por concepto de DAÑO A LA SALUD, SESENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a favor de KEVEEN IGNACIO CASAMACHIN MENDEZ."

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de segunda instancia a la Compañía Energética de Occidente, Seguros Generales Suramericana S.A. y Liberty Seguros S.A, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes dentro de los tres días siguientes, mediante el envío del texto de esta providencia al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales.

CUARTO.- En firme esta decisión, devuélvase al juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

JAIRO RESTREPO CÁCERES