



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAGISTRADO PONENTE: LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Ibagué, diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 73001-33-33-009-2015-00169-01
INTERNO: 1327-2017
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: ALICIA BASURTO DE CARVAJAL -OTROS
APODERADO : JULIO CONRADO MOLANO HURTADO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE IBAGUÉ
APODERADA: APODERADA RENUNCIÓ AL PODER
DEMANDADO: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO IBAL SA
ESP OFICIAL
APODERADA: SELENA PIEDAD MONTOYA CHACÓN
TEMA: ACCIDENTE DE TRANSEÚNTE POR CAER EN
ALCANTARILLA SIN TAPA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Municipio de Ibagué y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado IBAL SA ESP en contra de la sentencia del 15 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, por medio de la cual se accede parcialmente a las pretensiones.

1. ANTECEDENTES

La parte accionante, en ejercicio del medio de control de reparación directa, mediante apoderado, promovió demanda contra el municipio de Ibagué y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado IBAL SA ESP, con el fin de que se declaren administrativa y patrimonialmente responsables por los perjuicios morales, materiales y daño a la vida en relación causados a los demandantes, con ocasión a las lesiones sufridas por Alicia Basurto al caer en una alcantarilla sin tapa el 29 de marzo de 2013.

Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a las demandadas pagar a favor de los demandantes perjuicios morales, así: i) a Alicia Basurto la suma de 90 SMLMV y ii) a Carmen Rosa Carvajal Basurto, Luz Marina Carvajal Basurto, Edna Liliana Carvajal Basurto, Alicia Carvajal Basurto, María Zunilda Arias Basurto, Diego Javier González Basurto y Luís Gutiérrez Basurto, la suma de 40 SMLMV para cada uno.

Que se condene a las demandadas a pagar a favor de la parte demandante la suma de \$15.000.000 por concepto de daño emergente.

Que se condene a las demandadas a pagar a favor de los demandantes la suma de \$10.000.000 por concepto de lucro cesante.

Que se ordene a las demandadas reconocer a Alicia Basurto la suma equivalente a 90 SMLMV por la pérdida total del goce fisiológico o goce de la vida en relación, al quedar con graves secuelas y lesiones permanentes.

Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos previstos en los artículos 192 del CPACA.

2. HECHOS

Los que tienen relevancia jurídica son los siguientes:

2.1. El 29 de marzo de 2013, siendo aproximadamente las 10:00 a.m, Alicia Basurto mientras se encontraba participando de una procesión de semana santa, cayó en una alcantarilla sin tapa o reja protectora ubicada entre la manzana R y S casa No. 9 de la Ciudadela Simón Bolívar de Ibagué.

2.2 Debido a la caída, la víctima tuvo graves lesiones, siendo atendida en la Clínica Tolima de Ibagué donde le diagnosticaron "*Trauma en cuello del pie izquierdo, con dolor en reja costal izquierda, asociada a edema posterior por caída, fractura de tibia y peroné izquierdo, fractura de diáfisis y metáfisis distal de tibia con trazo articular parcial posterior*", por lo que es llevada a cirugía.

2.3 Además de las cirugías y tratamientos médicos que incapacitaron a Alicia Basurto por más de 12 meses, los informes médicos dan cuenta que, como consecuencia de dicha caída, tiene secuelas y deformidad física que le afecta la locomoción de carácter permanente, y se trata de una persona de 73 años de edad.

2.4 Que en el lugar del accidente no existía ninguna señal preventiva que indicara a los transeúntes el peligro que se presentó en la vía, lo que dio lugar a la caída de Alicia Basurto.

2.5 Alicia Basurto víctima directa del accidente, es madre de Carmen Rosa Carvajal Basurto, Luz Marina Carvajal Basurto, Edna Liliana Carvajal Basurto, Alicia Carvajal Basurto, María Zunilda Arias Basurto, Diego Javier González Basurto y Luís Gutiérrez Basurto

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 MUNICIPIO DE IBAGUÉ

Sostuvo que se opone a las pretensiones.

Que el municipio no está llamado a responder por los hechos de la demanda, teniendo en cuenta que el encargado de la prestación del servicio de alcantarillado es el IBAL SA ESP OFICIAL, de conformidad con lo establecido en la Ley 142 de 1994, es decir, que en caso de existir falla en el servicio esta debe ser endilgada a dicha empresa y no al ente territorial.

Que la demandante incurrió en violación a las normas de tránsito, lo cual dio lugar a las lesiones que sufrió, por lo anterior se configuró culpa exclusiva de la víctima.

Que puede existir concurrencia de culpas, pues, la víctima era una persona de avanzada edad que no debería deambular sola y cruzar vías con alto flujo vehicular, porque ello constituye una imprudencia no solo de la afectada sino de sus familiares.

Que los perjuicios morales y daño a la vida en relación no se encuentran acreditados en este asunto.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, culpa exclusiva de la víctima y la genérica.

3.2 EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO IBAL SA ESP OFICIAL

Sostuvo que se opone a las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamento fáctico y jurídico, porque los hechos de la demanda al parecer tuvieron ocurrencia en otras circunstancias y en fechas diferentes a las indicadas.

Que existen inconsistencias en los hechos expuestos en la demanda, pues, en esta se indicó que el accidente ocurrió el 29 de marzo de 2013 a las 10.23 am., pero en los datos clínicos se puede inferir que ocurrieron el 2 de abril de 2013, es decir, que existe cinco días de diferencia.

Que no existe nexo causal entre el daño alegado y la responsabilidad de la entidad demandada, como quiera que no se aportó prueba alguna que lo así lo acredite, y ni siquiera se puede establecer del registro fotográfico aportado que fue en ese lugar donde ocurrieron los hechos en los que resultó lesionada Alicia Basurto.

Por lo anterior, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

4. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, en sentencia del 15 de septiembre de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones, tras considerar que se configuraron en su totalidad los elementos de la responsabilidad del Estado, ante la falta de cumplimiento de parte de las entidades demandadas de su deber de propender por el adecuado y oportuno mantenimiento de la rejilla del sumidero de agua o la señalización correspondiente, evitando accidentes como el que originó el daño a la demandante; sin embargo, solo reconoció perjuicios morales.

La *a quo*, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR administrativamente responsables al IBAL SA ESP y al MUNICIPIO DE IBAGUÉ, por los daños causados a los actores como consecuencia de las lesiones que sufrió la señora ALICIA BASURTO DE CARVAJAL, el 29 de marzo de 2013.

SEGUNDO: CONDENAR al IBAL SA ESP y al MUNICIPIO DE IBAGUÉ a pagar solidariamente por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas:

2.1 A favor de ALICIA BASURTO, en su calidad de víctima directa, la suma equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

2.2 A favor de Carmen Rosa Carvajal Basurto, Luz Marina Carvajal Basurto, Edna Liliana Carvajal Basurto, Alicia Carvajal Basurto, María Zunilda Arias Basurto, Diego Javier Basurto, Luís Alberto Gutiérrez Basurto, en calidad de hijos de la víctima directa, la suma equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, para cada uno.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por las entidades demandadas, así como la de culpa exclusiva de la víctima y concurrencia de culpas imputada por la apoderada judicial del Municipio de Ibagué.

QUINTO: DAR cumplimiento a la sentencia en los términos dispuestos en el art. 192 del CPACA (...)."

5. RECURSO DE APELACIÓN

5.1 EMPRESA IBAGUEREÑA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO IBAL SA ESP

Sostuvo que hay que tener en cuenta que la entidad tiene a su cargo la prestación del servicio de mantenimiento y reparación de aproximadamente 16.000 alcantarillas en Ibagué, lo que conlleva a que sea imposible que todos los días destine personal para la vigilancia de las mismas, razón por la cual, es también responsabilidad de la comunidad, y sobre todo de los vecinos más próximos a la alcantarilla dar aviso que la misma se encuentra sin tapa, pues, para ello el IBAL SA ESP tiene destinado un call center, el cual tiene como función atender las llamadas de la comunidad y brindar solución a sus necesidades.

Que de acuerdo al listado de reportes call center del año 2012 y 2013 hasta el mes de marzo, de la División Técnica de alcantarillado, de instalación de tapas de pozos o de la instalación de rejillas, se evidencia que ningún habitante del sector reportó la falta de la tapa de la alcantarilla de la dirección donde aparentemente ocurrieron los hechos; lo anterior, se evidencia también en las declaraciones de los testigos Cenobia y Luz Marina, quienes viven al frente de la alcantarilla y jamás dieron aviso al IBAL.

Que hay que destacar que las fotografías allegadas como pruebas en la demanda no cumplen con una serie de requisitos que permitan generar certeza y veracidad de las mismas.

Que otro motivo de inconformidad radica en el reconocimiento de perjuicios morales, porque este depende de la gravedad de la lesión, y en este asunto, no se acreditó ni la gravedad ni las secuelas de las lesiones; contrario a ello, se probó que la víctima se tardó

en asistir al servicio médico 5 días después de haber sufrido fractura de tibia y peroné, lo cual resulta extraño, porque el dolor pudo ser alto, es decir, que no hay certeza que las lesiones sufridas hayan sido consecuencia de la caída en la alcantarilla.

Que existe inconformidad frente a la condena impuesta a la entidad a favor de los hijos de la afectada, en la suma equivalente a 20 SMLMV para cada uno, pues, la parte actora tenía el deber mínimo de probar el padecimiento de sentimientos de aflicción, frustración, desesperación, desolación, ya que si bien, el sufrimiento moral se padece interiormente, son sus manifestaciones externas las que permiten su afirmación.

Que de lo probado se acreditó que: i) Alicia Basurto es una persona de la tercera edad y, aun así asistió sola a una jornada de caminata extensa como lo es el santo viacrucis, ii) acudió al servicio médico 5 días después de haber sufrido una fractura de tibia y peroné como consecuencia de una caída en una alcantarilla, ii) la afectada no asistió a controles médicos, lo que causó una inadecuada rehabilitación; circunstancia que permiten inferir la falta de acompañamiento de sus 7 hijos, lo cual sirve como indicio para negar el reconocimiento del perjuicio moral a estos.

Que la *a quo* reconoció como perjuicios morales una cuantía muy elevada, sin tener en cuenta el material probatorio, es decir, se reconoció un grado más del mínimo establecido jurisprudencialmente, sin tener en cuenta que la recuperación tardía de la afectada se debía a su propia culpa por no asistir a las citas médicas.

Por lo anterior, solicitó que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar se nieguen las pretensiones.

5.2 MUNICIPIO DE IBAGUÉ

Indicó que, si bien el ente territorial tiene la obligación constitucional de garantizar la prestación de los servicios públicos, aquello no implica *per se*, que debe prestar el servicio de manera directa, por ello creó a la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado IBAL SA ESP, quien es la encargada de garantizar el servicio de saneamiento básico.

Que al estar dentro del perímetro hidrosanitario del IBAL el lugar donde ocurrieron los hechos, la carga obligacional no esta a cargo del ente territorial sino de la empresa prestadora de servicios públicos, quien tiene la obligación de realizar el mantenimiento a las alcantarillas y a sus redes.

Por lo que solicitó se revoque la condena impuesta en contra del municipio de Ibagué.

6. TRÁMITE PROCESAL

El proceso fue radicado en esta Corporación el 31 de octubre de 2017. Mediante auto del día 7 de noviembre del mismo año, se admitió el recurso de apelación, y el 20 de noviembre de 2017, se corrió traslado a las partes, por término de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público, por un término igual, para que rindiera su concepto; oportunidad en la que la parte demandante y parte demandada reiteraron los argumentos expuestos en sus respectivos escritos.

7. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

Sostuvo que el daño consiste en las lesiones sufridas por Alicia Basurto y la discusión se centraría en la cuantificación de los perjuicios, aspecto frente al cual la normatividad procesal permite acudir, entre otras y en última instancia al incidente consagrado en el artículo 193 del CPACA.

Que, aunque la prueba aportada al proceso no es abundante, el análisis realizado por la juez de primera instancia no resulta subjetivo o caprichoso, pues, se aprecia que expone la valoración que le dan a los elementos probatorios recaudados, especialmente la prueba testimonial, los cuales permiten colegir la existencia del daño y que este se produjo por la falta de tapa de la alcantarilla el día 29 de marzo de 2013, siendo esto la causa adecuada del daño.

Que los elementos de la responsabilidad estatal se encuentran configurados, por lo que se debe confirmar la sentencia de primera instancia en relación con ese aspecto.

Que, frente a la indemnización de perjuicios, consideró que le asiste razón al apelante al predicar que no existen elementos probatorios que permitan establecer las consecuencias de la lesión y su incidencia en los perjuicios causados; por lo que es necesario el dictamen de expertos en la materia para que determinen la gravedad de la lesión.

Por lo anterior, sugirió que la condena sea en abstracto para que los perjuicios sean liquidados en incidente, conforme lo faculta la Ley 1437 de 2011.

8. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

8.1. COMPETENCIA

Es competente el Tribunal Administrativo del Tolima para conocer del presente asunto, conforme a lo dispuesto por el artículo 73 y siguientes de la Ley 270 de 1996 y por los artículos 153 y 243 de la Ley 1437 del 2011, en concordancia con el art. 328 del CGP.

8.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde determinar sí:

- i) Se encuentra acreditado el daño antijurídico alegado por la parte demandante con ocasión a un accidente sufrido por Alicia Basurto de Carvajal, al caer a una alcantarilla que se encontraba sin tapa.
- ii) Sí la respuesta anterior es afirmativa, existe responsabilidad del IBAL SA ESP y del Municipio de Ibagué, en la configuración del daño antijurídico sufrido por los demandantes.
- iii) El reconocimiento de los perjuicios morales se ajustó a los parámetros establecidos por el Consejo de Estado.

- iv) El registro fotográfico aportado puede ser valorado en conjunto con otras pruebas existentes en el proceso.

8.3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

A partir de la Constitución Política de 1991, las entidades públicas deben responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que causen por acción u omisión siempre que les sean imputables¹, y no es que anteriormente no respondieran, es sólo que con su vigencia, ella dispuso en un articulado ese sentido.

Nuestro órgano de cierre² aduce que *“Esta norma, que se erige como el punto de partida en la estructura de la responsabilidad Estatal en Colombia, afianza sus raíces en los pilares fundamentales de la conformación del Estado Colombiano, contenidos en el artículo 1 superior, a saber, la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*. De igual forma, con ponencia de Jaime Orlando Santofimio, en sentencia del 09 de mayo de 2011, radicación No.: 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976), expresó:

“Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional), y; adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

(...)

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo

¹ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, C.P.: Olga Mélida Valle De La Hoz, en sentencia del 30 de enero de 2013, radicación No.: 25000-23-26-000-2001-01156-01(25573).

que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no.”

En consecuencia, se hace necesario dilucidar en el caso concreto si se configuran los elementos legales para que surja el deber del Estado de responder, esto es, el daño antijurídico, la imputabilidad del mismo al demandado y el nexo causal entre uno y otro.

8.3.1. El daño ha sido tradicionalmente entendido como aquel menoscabo o detrimento que sufre una persona y que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; sin embargo, para que genere responsabilidad debe ser: cierto, personal y antijurídico. Es cierto cuando efectivamente ocurre de tal suerte que el *hipotético no puede ser indemnizado*. Así mismo, cuando se menciona que sea personal, se refiere que sólo su víctima está legitimada para la reclamación. El Consejo de Estado³ ha señalado: “*El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.*”

En otro fallo⁴ indicó: “*En cuanto al daño antijurídico, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho*”, y que la “*Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración*”.

El precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “*principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución*”⁵. En efecto, el daño antijurídico se concibe como aquel que la víctima no está obligada a soportar y por tanto, resulta jurídico

³ Sección Tercera, Subsección A, C. P.: Hernan Andrade Rincón, en sentencia del 26 de mayo 2011, radicación No.: 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097),

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P.: Jaime Orlando Santofimio, en sentencia del 09 de mayo de 2011, radicación No.: 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976).

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

si se constituye en una carga pública, o, antijurídico si es consecuencia del desconocimiento por parte del mismo Estado del derecho legalmente protegido, dando como resultado el no tener el deber legal de soportarlo.

8.3.2. De la imputación. Al respecto se ha distinguido entre la imputación fáctica (*imputatio facti*) y la imputación jurídica (*imputatio iure*) con el objeto de determinar quién debe entrar a resarcir el daño causado. Así, Enrique Gil Botero, en el salvamento de voto que hace a la sentencia del 26 de mayo de 2010⁶ expresó:

“Ahora bien, en materia del llamado nexos causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribubilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar – acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (imputatio iure) 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 o regímenes de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política⁷.”

El Estado, entonces, es responsable extracontractualmente una vez se haya configurado la existencia de un daño antijurídico y la imputación del mismo desde el punto de vista fáctico y jurídico y, siempre y cuando se predique el nexo de causalidad entre estos.

8.4 HECHOS RELEVANTES QUE SE ENCUENTRAN PROBADOS.

HECHO PROBADO	MEDIO PROBATORIO
1. El 29 de marzo de 2013, Alicia Basurto de Carvajal mientras participaba en una procesión de semana santa, cayó en un hueco de una alcantarilla que no tenía tapa, la cual se encontraba ubicada en el sector de la manzana R casa 9 la Esperanza de Ibagué;	Documental.- Constancia del 16 de agosto de 2013, suscrita por el Párroco Giovany Moreno Aldana, de la Parroquia de San Lorenzo, Diácono y Mártir de Ibagué (Fol. 42) Testimonios: Cenobia Barragán, Luz Marina Imbachi Grisales y Giovany Moreno Aldana

⁶ Radicación No. 05001-23-26-000-1994-02405-01(18590) C.P.: Dr. Mauricio Fajardo Gómez,

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

2. Debido al accidente le fue diagnosticado “ <i>Fractura de diáfisis de peroné y metáfisis distal de tibia con trazo articular parcial posterior</i> ”, como consta en la historia clínica, donde se advierte que asistió al servicio médico el día 3 de abril de 2013, y por su diagnóstico fue sometida a cirugía.	Documental.- Historia clínica de la Clínica Tolima de Ibagué (Folios 21 al 41)
3. Alicia Basurto de Carvajal es madre de Carmen Rosa Carvajal Basurto, Luz Marina Carvajal Basurto, Edna Liliana Carvajal Basurto, Alicia Carvajal Basurto, María Zunilda Arias Basurto, Diego Javier González Basurto y Luís Gutiérrez Basurto	Documental.- Registros civiles de nacimiento de los demandantes (Fol. 10 al 17)

8.5.1. EL DAÑO ANTIJURÍDICO

El daño antijurídico es entendido como la lesión que una persona no tiene el deber jurídico de soportar, y es uno de los presupuestos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de éste elemento imposibilita el surgimiento de la responsabilidad endilgada, lo que naturalmente significa que se hace imposible la declaración de responsabilidad a cargo del Estado.

Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal.

Sobre el tema nos ilustra el profesor Juan Carlos Henao Pérez, que:

“(...) para que se declare la responsabilidad es menester que se presenten en forma concurrente una falla del servicio, un daño y una relación de causalidad entre uno y otro⁸. (...) Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del actor resultará necio e inútil. (...) De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria. (...) El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. (...) Primero se ha de estudiar el daño, luego la imputación y, finalmente, la justificación del porqué se debe reparar, esto es, el fundamento. (...) El daño deber ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización. (...) El demandante no puede limitarse, si quiere sacar avante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio”⁹

En el presente caso, se encuentran acreditadas las lesiones sufridas por Alicia Basurto de Carvajal, así:

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de septiembre de 1993, C. P.: Daniel Suárez Hernández, exp.: 8298

⁹ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *El Daño Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2010. Págs. 35 – 40.

- Historia Clínica emitida por la Clínica Tolima de Ibagué, en la que consta¹⁰:

“(...) Fecha-Hora de Atención: 03/04/2013 12:38

(...)

MOTIVO DE CONSULTA

TRAUMA EN CUELLO DE PIE IZQUIERDO HECHO OCURRIDO AYER – TOMA ACETAMINOFEN Y SE APLICO DICLOFENACO—HTA

(...)

MOTIVO DE CONSULTA:

TRAUMA EN CUELLO DE PIE IZQUIERDO HECHO OCURRIDO AYER - TOMA Y SE APLICO DICLOFENO—HTA.

ENFERMEDAD ACTUAL

PACIENTE FEMENINA DE 71 AÑOS DE EDAD, QUIEN INGRESO POR CUADRO CLÍNICO DE 1 DÍA DE EVOLUCIÓN, CARACTERIZADO POR PRESENTAR DOLOR EN PIE IZQUIERDO ASOCIADO A EDEMA POSTERIOR A TRAUMATISMO POR CAÍDA DE SU PROPIA ALTURA AL CER EN ALCANTARILLA, MOTIVO POR EÑL CUAL CONSULTA. (SIC)

(...)

CLASIFICACIÓN: FRACTURA DE TIBIA Y PERONÉ IZQUIERDO REQUIERE CORRECCIÓN QX (...)

OBJETIVO:

TRAUMA EN PIERNA DISTAL IZQUIERDA EL DÍA DE AYER AL CAER A UNA ALCANTARILLA, CON DOLOR Y LIMITACIÓN A LA MOVILIDAD E IMPOSIBILIDAD AL APOYO POR DOLOR

OBJETIVO

DOLOR Y DEFORMIDAD EN VALGO DE PIERNA DISTAL CON DOLOR A LA MOVILIDAD DE TOBILLO.

ANÁLISIS DE RESULTADOS

FRACTURA DE DIÁFISIS DE PERONÉ Y METÁFISIS DISTAL DE TIBIA CON TRAZO ARTICULAR PARCIAL POSTERIOR.

ANÁLISIS:

SE EXPLICA DIAGNOSTICA A LA PACIENTE Y SU HIJA, Y SE PROPONE TRATAMIENTO QUIRÚRGICO, EX'LICANDO (SIC) RIESGO DE INFECCIÓN Y LESIÓN NEUROVASCULAR, AFLOJAMIENTO, NO UNIÓN Y MALUNION (SIC) DE LA FRACTURA.

(...)

ANÁLISIS

PTE CON FX TOBILLO IZQUIERDO CON INDICACIÓN DE MANEJO QUIRÚRGICO POR ORTOPEDIA CON HTA DE BASE CONTROLADA EN

¹⁰ Vista en los folios 21 al 41

ESPERA DE VX POR ANESTESIOLOGÍA PARA PROGRAMAR PROCEDIMIENTO PTE ES ABLE SE CONTINUAR IGUAL MANEJO MÉDICO MÁS VIGILANCIA CLÍNICA.

PLAN DE EVOLUCIÓN:

CONTINUAR IGUAL MANEJO MÉDICO MAS VIGILANCIA CLÍNICA PEDN VX POR ANESTESIOLOGÍA PARA PROGRAMAR CX POR ORTOPEDIA. (...)

ANÁLISIS:

CONSIDERO QUE DESDE MI PUNTO DE VISTA NO HAY CONTRAINDICACIÓN PARA PROCEDIMIENTO QX SE INDICA MANEJO CON LOSARTAN 50 CADA 12 HORAS Y CONTINUAR MANEJO POR SERVICIO TRATANTE POR AHORA NO REQUIERE TTO ANTIBIÓTICO PARA SU BACTERIURIA.

(...)

06/04/2013 (...)

ANÁLISIS

EN EL DÍA DE AYER SE COMPLETAN VALORACIONES DE MEDICINA INTERNA Y ANESTESIA, Y SE PROGRAMÓ CIRUGÍA PARA LAS 9:00 AM EL DÍA DE HOY, PERO DESDE LAS 4 PM DEL DÍA DE AYER ME AVISAN QUE NO SE PUDO CONSEGUIR EL MATERIAL SOLICITADO, Y ME CONFIRMAN A LAS 22:00 QUE NO SE PUEDE CONSEGUIR PARA LA CIRUGÍA. EN EL MOMENTO NO ESTÁ COMPLETA EL MATERIAL, SE ESPERA TRÁMITE ADMINISTRATIVO PARA SOLUCIONAR LO DICHO. (...)

PLAN DE EVOLUCIÓN:

MANEJO POR ORTOPEDIA

ANALGESIA

CIRUGÍA 10+00

(...)

PLAN DE EVOLUCIÓN:

Se retira sutura, Se insiste en movilidad en dorsiflexión, seguir uso de férula permanente y se indica marcha con uso de dos muletas sin apoyo. Cita 6 semanas.

(...)

FECHA: 29/01/2014 09:02

SUBJETIVO

9 meses de postoperatorio de osteosíntesis de peroné con placa, se citó con rx en mayo de 2013, acude 7 meses después, sin la radiografía solicitada. (...)"(negrilla fuera de texto)

Así las cosas, se tiene acreditado el daño en el presente caso, esto es, las lesiones sufridas por Alicia Basurto de Carvajal; y el daño sufrido por el ii) daño sufrido por sus familiares, pues, se acreditó que Carmen Rosa Carvajal Basurto, Luz Marina Carvajal

Basurto, Edna Liliana Carvajal Basurto, Alicia Carvajal Basurto, María Zunilda Arias Basurto, Diego Javier González Basurto y Luís Gutiérrez Basurto, son hijos de la víctima, esto conforme al registro civil de nacimiento de cada uno de los demandantes, los cuales dan cuenta del parentesco existente entre la referida víctima directa y quienes acudieron al proceso en calidad de hijos.

8.5.2. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE AL CASO CONCRETO

En el *sub judice* la parte actora pretende que se declare a las demandadas responsables administrativa y patrimonialmente por los perjuicios morales, materiales y daño a la vida en relación causados a los demandantes con ocasión a las lesiones sufridas por Alicia Basurto al caer en una alcantarilla sin tapa el día 29 de marzo de 2013.

El juez de instancia, accedió parcialmente a las pretensiones, tras considerar que se configuraron en su totalidad los elementos de la responsabilidad del Estado, ante la falta de cumplimiento de parte de las entidades demandadas de su deber de propender por el adecuado y oportuno mantenimiento de la rejilla del sumidero de agua o la señalización correspondiente, evitando accidentes como el que originó el daño a la demandante; sin embargo, solo reconoció perjuicios morales.

Por su parte la demandada IBAL SA ESP Oficial, indicó en su apelación que: i) tiene a su cargo la prestación del servicio de mantenimiento y reparación de aproximadamente 16.000 alcantarillas en Ibagué, lo que conlleva a que sea imposible que todos los días destine personal para la vigilancia de las mismas, razón por la cual, es también responsabilidad de la comunidad dar aviso de las alcantarillas sin tapa, y en este asunto, no se evidencia que ello se haya informado; ii) que las fotografías allegadas como pruebas en la demanda no cumplen con una serie de requisitos que permitan generar certeza y veracidad de las mismas; iii) que no se acreditó la gravedad ni las secuelas de las lesiones de la víctima; contrario a ello, se probó que se tardó en asistir al servicio médico 5 días después de haber sufrido fractura de tibia y peroné, sin que exista certeza que las lesiones sufridas hayan sido consecuencia de la caída en la alcantarilla; iv) que Alicia Basurto es una persona de la tercera edad y, aun así asistió sola a una jornada de caminata extensa como lo es el santo viacrucis y no asistió a controles médicos, circunstancia que permite inferir la falta de acompañamiento de sus 7 hijos, lo cual sirve como indicio para negar el reconocimiento del perjuicio moral a estos; y v) el reconocimiento de perjuicios morales se dio en una cuantía muy elevada, sin que se acreditara la gravedad ni secuelas de las lesiones, y se reconoció un grado más del mínimo establecido jurisprudencialmente, sin tener en cuenta que la recuperación tardía de la afectada se debía a su propia culpa por no asistir a las citas médicas.

Y el municipio de Ibagué indicó en su apelación que, si bien el ente territorial tiene la obligación constitucional de garantizar la prestación de los servicios públicos, aquello no implica *per se*, que debe prestar el servicio de manera directa, por ello creó a la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado IBAL SA ESP, quien es la encargada de garantizar el servicio de saneamiento básico y tiene la obligación de realizar el mantenimiento a las alcantarillas y a sus redes.

8.5.2.1 Para determinar si el daño antijurídico alegado puede ser imputado a las demandadas, se debe indicar que el análisis se hará conforme al título de imputación jurídico de falla o falta del servicio en consideración a la irregularidad que se predica por parte del demandante frente al cumplimiento de las obligaciones que tienen las entidades, lo cual debe estar plenamente probada, al igual que cada uno de los elementos configuradores de la responsabilidad.

En el proceso se aportaron los siguientes elementos probatorios:

- Registros civiles de nacimiento de Carmen Rosa Carvajal Basurto, Luz Marina Carvajal Basurto, Edna Liliana Carvajal Basurto, Alicia Carvajal Basurto, María Zunilda Arias Basurto, Diego Javier González Basurto y Luís Gutiérrez Basurto, que demuestran la calidad de hijos de Alicia Basurto de Carvajal, quien es la víctima directa.¹¹
- Historia clínica emitida por la Clínica Tolima de Ibagué, en la que se evidencia que Alicia Basurto de Carvajal acudió el 3 de abril de 2013, al servicio médico por una “*fractura de diáfisis de peroné y metáfisis distal de tibia con trazo articular parcial posterior*”, la cual requirió cirugía por la especialidad de ortopedia, así¹²:

**“(…) ANÁLISIS DE RESULTADOS
FRACTURA DE DIÁFISIS DE PERONÉ Y METÁFISIS DISTAL DE TIBIA
CON TRAZO ARTICULAR PARCIAL POSTERIOR.**

ANÁLISIS:

SE EXPLICA DIAGNOSTICA A LA PACIENTE Y SU HIJA, Y SE PROPONE TRATAMIENTO QUIRÚRGICO, EXPLICANDO (SIC) RIESGO DE INFECCIÓN Y LESIÓN NEUROVASCULAR, AFLOJAMIENTO, NO UNIÓN Y MALUNION (SIC) DE LA FRACTURA.

(…)

**PLAN DE EVOLUCIÓN:
MANEJO POR ORTOPEDIA
ANALGESIA
CIRUGÍA 10+00**

(…)

PLAN DE EVOLUCIÓN:

Se retira sutura, Se insiste en movilidad en dorsiflexión, seguir uso de férula permanente y se indica marcha con uso de dos muletas sin apoyo. Cita 6 semanas.

(…)

FECHA: 29/01/2014 09:02

SUBJETIVO

9 meses de postoperatorio de osteosíntesis de peroné con placa, se citó con rx en mayo de 2013, acude 7 meses después, sin la radiografía solicitada. (…)

¹¹ Vistos en los folios 10 al 17

¹² Visto en los folios 21 al 41

(negrilla fuera de texto)

- Constancia del 16 de agosto de 2013, suscrita por el Párroco Giovany Moreno Aldana, de la Parroquia de San Lorenzo, Diácono y Mártir de Ibagué, en la que indicó¹³:

“(...) El día 29 de marzo del presente año realice en la comunidad el Santo Viacrucis desde Makro, pasando por las tres etapas de la Ciudadela simón Bolívar, Nuevo Combeima, la Cima, la esmeralda hasta llegar a la Parroquia, entre las manzanas R y S q colinda con la casa # 9 frente a la escuela del Nuevo Combeima la señora Alicia se cayó en una alcantarilla que estaba destapada y hasta el momento sigue así, debido a esto ha tenido serie de problemas de Salud pues se vio seriamente afectado un Tobillo el cual tuvo que ser operado y tiene platino y tornillos”.

Lo anterior, fue ratificado por el Párroco Giovany Moreno Aldana, en su declaración rendida como testigo.

- 4 fotografías que ilustran la imagen de una alcantarilla sin tapa, las cuales se encuentran en los folios 44 al 46.
- En interrogatorio de parte Alicia Basurto de Carvajal, indicó que:

“(...) APODERADA DEL IBAL SA ESP, PREGUNTÓ. cuántos años tenía usted al momento del accidente ocurrido en el viacrucis el 29 de marzo del 2013? Respondió. Tenía 64 años (...) Señorita ese accidente ocurrió el 29 de marzo del 2013. APODERADA DEL IBAL SA ESP, PREGUNTÓ: ¿infórmele al despacho la razón por la cual tardaron 5 días en llevarla al médico? Respondió. Porque señorita no, pues, yo no sabía que era, que a mí se me había partido la pierna y por eso no me llevaron, pero yo no me podía parar y yo no podía afirmar la pierna, entonces yo le dije a Rosa que me llevaran a la Clínica y, ese día me llevaron a la clínica y como a las 2 de la mañana el ortopedista me dio el dictamen, me dijo la tengo que dejar hospitalizada Alicia, porque a usted se le partió la pierna.(...)”.

- La testigo Cenobia Barragán, indicó en su declaración que:

“(...) nosotros íbamos un viernes santos en una procesión del viacrucis, iba una multitud de gente siempre considerable, en las cuales yo iba al pie de la manzana R casa 9 barrio la esmeralda, casi al frente de mi casa y, la señora que iba al lado, que hasta ahora he establecido bien sus nombres y apellidos, cayó sobre una alcantarilla, un roto que había ahí en ese sector, en el pavimento, de ahí la levantamos con mi hija y otra señora que iba al pie, la sentamos, fuimos y le trajimos un poquito de agua, en eso se arrimó un señor de con una sotana blanca, no sé si era un sacerdote o un auxiliar del padre que iba en el ejercicio, porque eso fue un 29 de marzo del 2013, viernes santos, entonces, íbamos en una procesión religiosa y, de ahí a la señora se la llevaron en un carro o pues se la llevaron para la vivienda, eso es lo que yo tengo como conocimiento que paso con ella. Después fui contactada para venir a certificar la declaración, la cual estoy dando hoy y sosteniendo mi verdad y sosteniendo lo que vi y lo que paso ese día hasta donde mis conocimientos tienen alcance. Gracias. (...) LA JUEZ, PREGUNTÓ. ¿Con anterioridad a la fecha del viacrucis o el percance que tuvo la señora Alicia Basurto, usted la conocía a ella de alguna manera?

¹³ Visto en el folio 42

Respondió. No señora, en ningún momento no sabía ni siquiera la dirección donde vivía ni como se llamaba ni nada de ella ni de familia de ella. No en ningún momento una amistad previa a ese acontecimiento, no señora, no. (...) LA JUEZ, PREGUNTÓ ¿a qué horas ocurrió ese accidente? Respondió. Eso fue antes de mediodía, en las horas de la mañana. LA JUEZ, PREGUNTÓ ¿por qué se iba por la vía, o sea por la vía y no por el andén? Respondió. Porque era la parte donde se iba circulando la procesión, donde estaban las estaciones del santo viacrucis y ese sector o vía estaba despejada de tránsito vehicular, por eso estábamos y, además ella se fue hacia el roto fue en el sector al pie del separador, ahí no había ni andenes ni hay corredores, sino simplemente la vía vehicular, porque ahí lo que colinda al pie es un separador, eso fue justamente en frente de una escuela llamada Nuevo Combeima Satélite Palacio Rudas y frente a la manzana R casa 9 barrio la esmeralda en la cual es mi residencia. LA JUEZ, PREGUNTÓ. ¿Qué fue lo que usted presenció? Respondió. Lo que yo presencie fue que ella iba un poquitico, unos pasitos más adelante que nosotros y ella casi desaparece entre ese roto, de ahí nosotros la sacamos, se fue se fue de pies a ese a esa alcantarilla o a ese roto que había abierto y de ahí nosotros la sacamos. LA JUEZ, PREGUNTÓ. ¿Usted sabe si esa alcantarilla o ese roto que usted dice, tenía algunas señales de prevención o algo? Respondió. No tenía señales de prevención, puesto que yo distinguía bien ahí, porque vivo en el sector y eso era un roto normal de los que uno encuentra en muchas ocasiones en la calle, sino que lo que pasa es que habían estado tapado como de hojarasquitas, ramitas entonces eso obstaculizaba, impedía verlo y cómo íbamos tanta gente ahí apeñuscados casi no dejaba porque le ponía uno el pie al otro, puesto que iba una multitud de gente en procesión. (...) LA JUEZ, PREGUNTÓ. Usted dice que vive cerca al sector, ¿esa alcantarilla o ese hueco que usted menciona estaba con mucha anterioridad a esa procesión? ¿Y todavía persiste o como está la situación? Respondió. Yo ese hueco lo venía observando, puesto que ahí al frente hay una escuela, lo venía observando desde hacía desde hacía mucho tiempo ahí y, no se decirle más o menos 1 año antes ya lo había visto, no sé cuánto tiempo lleva ahí, pero si más de 1 año que lo venía observando y de pronto automáticamente desapareció, lo taparon, le pusieron una rejilla y no se si tapo la alcaldía o el IBAL, no puedo decirlo, no porque no estuve en el momento en que lo taparon, no sé qué uniforme llevaban, pero bueno gracias a Dios ya lo taparon. **APODERADO DEL DEMANDANTE, PREGUNTÓ ¿Diga en esta audiencia si las figuras fotográficas que le voy a mostrar corresponden a la señora Alicia Basurto? (...) Las imágenes fotográficas están relacionadas a folio 43, 44, 45 y 46 del cuaderno principal del proceso. Respondió. Esa es la ubicación de ese de ese roto, dada con la con la colindancia con el sector de al frente de mi casa, ese es el separador y acá, a mano izquierda el separador y a mano derecha queda al frente de la escuela Nuevo Combeima, ese roto esta exactamente como es la forma, cuadradito y un poquito alargado, esa esa era la forma de ese roto, acá vemos el mismo roto ya un poquito ahí ya se distorsiona la forma, porque ya está tomado más de cerca pero es el mismo acá en esta calle que cruza aquí es el sector para la esmeralda, la vía entrada de la esmeralda y acá en este sector sigue su carrera curso a la cima frente al Nuevo Combeima. Me da un poquito de risa porque cuando eso mi casa que es la que se ve al fondo había una camioneta que le dejamos parquear a un señor por unos días y nosotros teníamos hecho un cambuche ahí en machimbre y, si es que es exactamente el sector pueden colaborar con la dirección a la manzana R casa 9 barrio la esmeralda y ese es el roto donde cayó la señora, ahí nuevamente vemos casi la misma foto tomada un poquito más y la amplitud de la vía por donde bajaba el viacrucis en ese momento, esas son las fotos legítimas cuando estaba ese roto sin tapar.**

APODERADO DE LA DEMANDANTE, PREGUNTÓ ¿entonces esas corresponden a las fotos del hueco? Respondió. Si señor, exactamente esas son las fotos que corresponden al hueco o alcantarilla o roto que había en esa época en ese sector, ya ahorita pues, me consta que no existe. (...) APODERADA DEL IBAL SA ESP ¿usted reportó alguna vez al IBAL o alguna entidad, como vecina del sector, al percatarse la alcantarilla sin tapa frente a su vivienda, usted reportó esta irregularidad? Respondió.- No señora, no la reporté.”

- La testigo Luz Marina Imbachi Grisales, indicó en su declaración, que:

“(...) yo la distingo hace mucho tiempo a ella, más o menos por hay unos 3 a 4 años, de casualidad nos encontramos ese día, yo vivía en Ciudad Luz y ella vivía en Simón Bolívar, nos encontramos ahí en el viacrucis y alcanzamos a andar como unas 4 cuadras, cuando ella se cayó, yo no vi el hueco la verdad y ella tampoco, porque tenía hojas, basura, no estaba totalmente tapado, pero, no lo vimos, cuando vi que se cayó ella ahí, entonces yo ¡ay! ¿Señora Alicia qué le pasó? dijo ¡ay no! me caí, como que me lastime el pie y la ayude a parar, pero yo no podía con ella, entonces se arrimaron más personas la ayudaron a sacar de ahí, la sentaron en el andén, en un momentico llego una señora y le paso un bastón y agua, y yo no la tengo presente, creo que es la señora Flor, no me acuerdo desde ese día, pero le dieron un bastón y agua a ella, después vinieron familiares y se la llevaron y como a los 2 o 3 días, no sé, como que la llevaron al médico, porque no la llevaron de una vez, porque yo la llame y me dijo, no me van a mirar a ver que es, porque no me aguanto el dolor, después fue que supe que era que se había fracturado el pie, porque yo, pues, con ella casi no me volví a ver, después con el tiempo fui y ya estaba enyesada, ya le tenían enyesado el pie y de ahí, pues, me vine dando cuenta que ella sigue con el problema del pie, le duele mucho por el platino que tiene. LA JUEZ, PREGUNTÓ. ¿cuánto hace que usted conoce a la señora Alicia Basurto? Respondió. De 3 a 4 años. LA JUEZ PREGUNTÓ. ¿Me puede decir cuando fue el accidente que ella tuvo? Respondió. Fue el 29 de marzo, entre 9 y media y 10 de la mañana, íbamos en la procesión, eso queda al frente de la Escuela del Palacio Rudas, en la sede del Palacio Rudas. LA JUEZ, PREGUNTÓ. ¿Recuerda el año en que ocurrió ese accidente? Respondió. En el 2013 (...) LA JUEZ, PREGUNTÓ. ¿Usted recuerda si ella iba acompañada ese día de la procesión? ¿Y de quién? Respondió. Ella iba con una hija pero ella se puso a hablar conmigo, se arrimó al lado mío y yo no me di cuenta cual era la hija, no la distinguía a la hija de ella. LA JUEZ, PREGUNTÓ. ¿Usted puede indicar por que iba por la vía pública y no iba por el andén la señora Alicia Basurto? Respondió. Porque íbamos en la procesión y la procesión era por la calle. LA JUEZ, PREGUNTÓ. ¿usted le puede indicar al despacho si sabe dónde tuvo la lesión la señora Alicia Basurto? Respondió. En la pierna, como en la canilla. LA JUEZ, PREGUNTÓ ¿Indíquele al despacho si usted con anterioridad conocía ese sector? Respondió. ¿ahí en la escuela? LA JUEZ, PREGUNTÓ. ¿Si, el sector en donde ocurrió el accidente?. Respondió. Si, yo conocía ahí porque ahí vivía una hermana mía y yo conozco por ahí, trabajé en la escuela también. LA JUEZ, PREGUNTÓ ¿Usted sabe si esa alcantarilla o ese hueco existían? Respondió. Ese hueco llevaba tiempo destapado, mucho tiempo, porque cuando yo trabajaba eso ya estaba así. LA JUEZ, PREGUNTÓ ¿Usted sabe si esa alcantarilla o ese hueco tenían algunas señales de prevención para los posibles transeúntes? Respondió. No, no tenía (...) LA JUEZ, PREGUNTÓ ¿Y usted que más sabe de ese accidente? ¿Qué paso con la señora Alicia Basurto? ¿La llevaron al médico? ¿Y qué le paso a ella? ¿Qué sabe? Respondió. Como a los 4 días la llevaron al médico y la tuvieron hospitalizada mientras le hicieron la cirugía, le colocaron el yeso. (...) APODERADA DEL IBAL SA ESP, PREGUNTÓ. ¿usted que conocía de la alcantarilla sin rejilla y sin tapa, (...) desde hace tiempo estaba así.

Respondió. Yo la había visto, porque yo trabajaba en la escuela, pero al momento en el que íbamos caminando, pues uno va rezando, no va pendiente de que se va a tropezar con algo ni nada y como la gente lo iba como corriendo a uno, corriendo, entonces ya íbamos casi encima del separador, si, entonces, sé que estaba ahí, por eso le digo, porque yo trabajaba en la escuela yo muchas veces me senté ahí a descansar en las horas de almuerzo, yo sabía que estaba el hueco, pero en ese momento uno iba en esa procesión, pero cuando el accidente yo ya no trabajaba ahí, simplemente fue la procesión porque estoy acostumbrada a ir a la procesión, en el momento no, va uno pendiente de la procesión”.

- El Párroco Giovany Moreno Aldana, en su declaración, indicó:

“(..) Bueno, yo llegue de párroco a San Lorenzo el 22 de diciembre de esa fecha salió el Decreto del 2006 y dure hasta el 30 de diciembre del 2014, en el año 2013, marzo del 24 al 31 de marzo de 2013, celebre la semana santa, cada año tenía un recorrido diferente, en ese año inicie el recorrido desde Makro bajando por la vía principal y tomando la vía de la ciudadela primera etapa y ante todo desviándome a la tercera etapa ya terminada, la tercera etapa donde colinda con el nuevo combeima, ya en esa fecha ya llevaba 6 años y 3 meses de párroco, bajando en ese lado hay un cancha allí incluso me acuerdo que tuve la novena estación y más adelantico hay una curva donde íbamos a seguir para pasar al barrio la esmeralda yo venía dirigiendo la procesión, como es propio de sacerdote en los días santos con mis acompañantes que me ayudaban en el canto y las lecturas, después de haber terminado como unos 15-20 metros de la estación, antes de voltear la curva, varios fieles me dijeron ¡padre padre un momentico!, yo ¿qué paso hijos?, Padre es que una señora se cayó en una alcantarilla, bajando a mano izquierda, ¿por qué tengo en cuenta el lugar? Porque al frente yo celebraba cada mes la eucaristía, cada mes celebraba la eucaristía al frente hay un colegio y enseguida hay una cancha donde cada mes celebraba la eucaristía y allí claro en este extremo entonces había allí una alcantarilla, pues, lógicamente y cuando me hicieron parar allí yo dije ¿quién se cayó? Me dijeron la señora Alicia, yo en ese momento dije bueno vamos a orar, pensé que era una caída así como de (...) y los cercanos colaboradores míos, seminaristas que en esa época me enviaron me dijeron padre, pues, colabórenmele porque yo no puedo parar yo estoy dirigiendo la reflexión y seguí, cuando ya llegué a la parroquia entonces me dijeron padre es que la señora Alicia Basurto la que viene a la misa yo la distingo (...) se cayó allá en la alcantarilla, ya meses después entonces ella fue a la parroquia, al despacho parroquial a que la atendiera yo le dije ¿bueno hija que paso? Y me dijo no padre en esa situación, incluso yo le colabore hasta un oficio una carta que ustedes la deben de tener en la que expresaba la solicitud del interesado, pues, que miraran como le habían hecho una cirugía, una intervención quirúrgica, le habían implantado platinos y tornillos y pues ella a partir de ese suceso y además repito como párroco la veía los domingos en la eucaristía y ella iba en la procesión, ellos iban en la procesión, si no fuera así pues yo no le hubiese dado un documento en el que certificara. LA JUEZ, PREGUNTÓ. El documento que usted menciona es el que ahora acá folio 42 del expediente se lo voy a poner presente para que manifieste si es el que usted ha relatado. Respondió. Si Doctora, esta es mi firma y es la razón social de la parroquia. LA JUEZ, PREGUNTÓ ¿Por favor indíquele al despacho si usted sabe si ese hueco o esa alcantarilla por donde paso el viacrucis tenía alguna señal de prevención o algo así que se pudiera identificar? Respondió. Doctora, no tenía porque generalmente yo vi para el frente yo celebraba la eucaristía, yo a veces me iba a pie, a veces me iba en el carro personal, en mi carro y entonces obligatoriamente pasaba por ese extremo, entonces no, como hay lugares que

le colocan un palo y le colocan algo, pero no. (...) APODERADA DEL IBAL SA ESP ¿Padre usted reportó alguna entidad o al IBAL la asistencia de la alcantarilla sin tapa alguna vez? Respondió. Incluso a partir de ese suceso estuve hablando, le hice un comentario a los de la junta de acción comunal del sector, precisamente por eso, porque pues son las personas responsables de estar pendientes de esas actividades, incluso de esa alcantarilla, pero que yo lo haya hecho directamente o lo haya llamado, no. (...) APODERADA IBAL SA ESP: ¿Padre infórmele al despacho si usted vio personalmente el accidente que sufrió la señora Alicia Basurto Carvajal durante el recorrido de la procesión del santo viacrucis el 29 de marzo del 2013, si usted lo vio personalmente? Respondió. Que yo lo haya visto no, pero mis colaboradores cercanos que estaban allí me hicieron parar en la procesión después de haber terminado la 9 estación, me dijeron padre pare un momentico que la señora Alicia se cayó a una alcantarilla incluso me pidieron que hiciera una oración yo iba dirigiendo, iba repito muchísima gente, visualmente el momento no la vi allí, pero si por la feligreses y la comunidad que iba allí si me manifestaron que había sido ella y después me reportaron nuevamente. (...) **APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE, PREGUNTÓ. ¿manifieste en esta audiencia si las imágenes fotográficas contenidas a folio 43-44-45 y 46 del expediente, corresponden a la alcantarilla donde se fue la señora Alicia y si por allí paso la procesión del santo viacrucis? Respondió. Si corresponde.**

- El testigo Alfonso Augusto del Campo Naged, en su declaración, indicó:

“(...) soy trabajador oficial de la empresa de acueducto y alcantarillado el IBAL desde el 11 de marzo del 2013, desempeñándome en ese momento como jefe del grupo de proyectos y a partir del 31 de marzo del 2015 como jefe del grupo técnico de alcantarillado. (...) efectivamente no conozco la señora Basurto, tuve conocimiento de este percance a raíz pues de la acción directa, de la reparación directa que ella puso, igual como lo manifesté en mi presentación ahora pues yo estoy en el grupo técnico de alcantarillado desde el 31 de marzo del 2015 para la fecha de los hechos no estaba desempeñando el cargo en alcantarillado, por lo tanto, no tenía conocimiento, por lo tanto lo que tengo yo de conocimiento y al respecto del caso de la señora ha sido porque he estado revisando los datos que tenemos y en el call center y todo, las llamadas que se reportan del incidente que tuvo la señora, puedo manifestar su señoría que nosotros en el perímetro hidrosanitario del IBAL y digo perímetro hidrosanitario porque es que nosotros como empresa no tenemos cobertura en toda la ciudad, especialmente por el sistema de suministro de agua potable de nosotros es por gravedad por lo tanto hay partes que no llegamos, contamos con cerca de 16.000 estructuras de alcantarillados entre pozos, sumideros y pasacalles por toda la ciudad, nosotros tenemos implementado semanalmente hacer una limpieza a todos los sistemas de alcantarillados pero vamos por barrios nosotros lo denominamos plan PEPA plan estratégico de prevención de alcantarillado, donde vamos barrio por barrio revisando, limpiando y cambiando las estructuras que están viendo defectuosas si en un momento dado hay alguna parte donde hay ausencia de tapas en este caso no es una tapa de alcantarilla si no es una rejilla de un sumidero, que están pegados a los andenes que para la fecha de los hechos no estaba colocada, suele pasar su señoría que nosotros no nos enteramos es muy difícil que el IBAL tenga 16.000 unidades de estructuras revisadas en su momento, estuve averiguando en el call center, que es donde se reciben todas las llamadas para la fecha del 2013 para el 29 de marzo y si había existido algún reporte o anterior a esta fecha que no existiera la tapa, y pues no se encontró evidencia alguna, solamente tengo la evidencia que se instaló la tapa en el segundo semestre de ese 2013, donde seguramente la comunidad manifestó que existía la ausencia, entonces como le

*repito la manera de nosotros atender todas estas emergencias de estas ausencias de tapas es básicamente por los llamados de la comunidad y con el plan como le repito plan PEPA que nosotros vamos semanalmente a dos barrios o tres barrios haciendo esta atención a la comunidad, vuelvo y repito no conozco a la señora Basurto, no conocía el tema solamente ahora con la acción de reparación directa y pues estoy acá su señoría para poder aportar lo que yo tenga. LA JUEZ, PREGUNTÓ ¿Usted conocía de la existencia de ese sumidero allí en ese barrio? Respondió. No, la verdad que no señorita, igual como le digo son tantos que realmente saber la ubicación exacta de cada uno en los barrios es muy complicado. LA JUEZ, PREGUNTÓ. ¿Usted sabe si, cuando si ese sumidero tenía una señal de prevención o algo para que la gente tuviera cuidado de no caerse o algún vehículo de no caer allí? Respondió. No, no tengo conocimiento pero si quisiera como manifestar algo su señoría y es que el material del que están hechas las rejillas son en hierro, el hierro que es muy fácil que las personas amigas de lo ajeno se la roben, yo pienso que ya todos sabemos que esas tapas se las están robando por todas partes, porque lo que hacen es ir a las chatarrerías y venderlas, entonces si en un momento dado un amigo de lo ajeno se roba la tapa o se roba en este caso la rejilla, no estoy diciendo que sea el caso, pero puede ser y a los 10 o a los 15 minutos pasa una persona y se cae, es muy difícil para el IBAL acudir a ver atendido esa rejilla porque son 5 o 10 minutos que precisamente puede pasar se caiga una persona, entonces es por eso que yo manifiesto que es muy importante que las personas acudan al call center que llamen e informen y nosotros ahí si ya vamos, por lo menos señalizamos si no tenemos la capacidad de la rejilla, señalizamos y luego vamos e instalamos la rejilla, en este momento las estamos instalando en fibrocemento para evitar precisamente que se las roben porque ya así es más fácil que no las puedan vender. LA JUEZ, PREGUNTÓ. ¿Ese sumidero son de responsabilidad del IBAL? Respondió. Sí señora, estando dentro del perímetro hidrosanitario como le digo, por cómo no tenemos cobertura, pero el barrio combeima y el barrio la esmeralda que prácticamente fue en el barrio la esmeralda al frente de la escuela, es cobertura del IBAL. (...) APODERADO DEL MUNICIPIO DE IBAGUÉ, PREGUNTÓ ¿el sumidero señalado anteriormente y ya reconocido, se ponen de presente al ingeniero los folios número 43-44-45 y 46 del expediente a fin de que reconozca el sumidero mencionado donde presuntamente ocurrió el incidente de la señora Basurto, se pregunta ¿conoce usted y lo reconoce como responsabilidad del IBAL la instalación, el retiro o el mantenimiento de dicho sumidero en el sector ubicado en el barrio la esmeralda frente a la institución educativa nuevo combeima? **Respondió. Si su señoría yo lo había manifestado está dentro de las responsabilidades del IBAL y está dentro de la cobertura del mismo.***

De acuerdo a lo anterior, se logra establecer que Alicia Basurto de Carvajal mientras participaba en una procesión de semana santa, específicamente el día 29 de marzo de 2013, cayó en un hueco de una alcantarilla que no tenía tapa, la cual se encontraba ubicada en el sector de la manzana R casa 9 la Esperanza de Ibagué; accidente que le ocasionó “*Fractura de diáfisis de peroné y metáfisis distal de tibia con trazo articular parcial posterior*”, como consta en la historia clínica, donde se advierte que asistió al servicio médico el día 3 de abril de 2013, y por su diagnóstico fue sometida a cirugía.

Es decir, que a diferencia de lo manifestado por el IBAL SA ESP en su apelación, sí existe certeza de las lesiones y que estas se dieron como consecuencia de la caída en una alcantarilla sin tapa, porque como se indicó anteriormente, en la historia clínica se advierte que se diagnosticó “*Fractura de diáfisis de peroné y metáfisis distal de tibia con trazo articular parcial posterior*”, para lo cual requirió cirugía, es decir, no fue una simple

caída, y aunque la demandante asistió al servicio médico solo hasta el 3 de abril de 2013 a la Clínica Tolima, aun cuando los hechos ocurrieron el día 29 de marzo de ese mismo año (5 días después), ello no es suficiente para concluir que su diagnóstico no fue producto de la caída, pues, por el contrario la prueba documental y testimonial dan cuenta de dos supuestos, uno que la víctima tuvo una caída en la alcantarilla sin tapa y el otro, que sufrió fractura de peroné y metáfisis.

Es decir que al apreciar de manera integral la prueba aportada, se evidencia que Alicia Basurto, tuvo un accidente al caer en una alcantarilla sin tapa la cual le generó lesiones que fueron diagnosticadas como *“Fractura de diáfisis de peroné y metáfisis distal de tibia con trazo articular parcial posterior”*; sin que las demandadas hayan logrado probar lo contrario.

Es necesario agregar a lo anterior, que frente a la falta de tapa de la alcantarilla, también se aportó un registro fotográfico, que según la demandada IBAL SA ESP, no cumple con los requisitos para generar certeza y veracidad; pero el *a quo* en relación con ese material probatorio, indicó lo siguiente: *“(…) merece la pena precisar del material probatorio relevante para el presente acápite; en primer lugar que las imágenes fotográficas arrimadas, evidencian con claridad las condiciones ya anotadas del sumidero sin rejilla, y si bien no se pasa por alto que dichas imágenes, no permiten observar la ausencia de señalización preventiva en la proximidad de aquel y tampoco cuentan con una fecha de registro, tal vacío logra superarse, al acompasarse esta prueba, con lo depuesto por la testigo LUZ MARINA IMBACHI, quien señaló que (...) de manera pues, que al armonizarse la documental (registro fotográfico) con lo así expuesto por los testigos”*.

En materia de valor probatorio del registro fotográfico, el Consejo de Estado indicó, al respecto:

“(…) RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO / VALOR PROBATORIO DE LA FOTOGRAFÍA

Dado que la testigo en referencia contextualizó espacial y temporalmente los ámbitos de realidad reflejados en las fotografías descritas, dichos documentos cuentan con mérito probatorio (...) De igual modo, se ha indicado que las fotografías pueden constituir un importante apoyo en la apreciación del contenido de la prueba testimonial copiada al expediente, siempre que los testigos hayan tomado parte en o presenciado la escena que el documento fotográfico refleja.

(...)

De igual modo, se ha indicado que las fotografías pueden constituir un importante apoyo en la apreciación del contenido de la prueba testimonial copiada al expediente, siempre que los testigos hayan tomado parte en o presenciado la escena que el documento fotográfico refleja —cosa que ocurre en el sub iudice—:

“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. Los Códigos de Procedimiento Civil y Penal colombianos lo autorizan” (subraya la Sala)¹⁴(...)”¹⁵.

Conforme a lo anterior, aunque el registro fotográfico aportado con la demanda y que se encuentra en los folios 43 al 46, no cuenta con el dato exacto de la fecha en que fueron tomadas como lo manifiesta el apelante, lo cierto es que, las imágenes contenidas en este, fueron reconocidas por los testigos Cenobia Barragán y el Párroco Giovany Moreno Aldana, quienes, al verlas, indicaron:

- Cenobia Barragán, que: “(...) **APODERADO DEL DEMANDANTE, PREGUNTÓ ¿Diga en esta audiencia si las figuras fotográficas que le voy a mostrar corresponden a la señora Alicia Basurto? (...) Las imágenes fotográficas están relacionadas a folio 43, 44, 45 y 46 del cuaderno principal del proceso. Respondió. Esa es la ubicación de ese roto, dada con la con la colindancia con el sector de al frente de mi casa, ese es el separador y acá, a mano izquierda el separador y a mano derecha queda al frente de la escuela Nuevo Combeima, ese roto esta exactamente como es la forma, cuadradito y un poquito alargado, esa esa era la forma de ese roto, acá vemos el mismo roto ya un poquito ahí, ya se distorsiona la forma, porque ya está tomado más de cerca, pero es el mismo acá en esta calle que cruza aquí es el sector para la esmeralda, la vía entrada de la esmeralda y acá en este sector sigue su carrera curso a la cima frente al Nuevo Combeima. Me da un poquito de risa porque cuando eso mi casa que es la que se ve al fondo había una camioneta que le dejamos parquear a un señor por unos días y nosotros teníamos hecho un cambuche ahí en machimbre y, si es que es exactamente el sector pueden colaborar con la dirección a la manzana R casa 9 barrio la esmeralda y ese es el roto donde cayó la señora, ahí nuevamente vemos casi la misma foto tomada un poquito más y la amplitud de la vía por donde bajaba el viacrucis en ese momento, esas son las fotos legítimas cuando estaba ese roto sin tapar. APODERADO DE LA DEMANDANTE, PREGUNTÓ ¿entonces esas corresponden a las fotos del hueco? Respondió. Si señor, exactamente esas son las fotos que corresponden al hueco o alcantarilla o roto que había en esa época en ese sector, ya ahorita pues, me consta que no existe. (...).”**
- Párroco Giovany Moreno Aldana, en su declaración, indicó: “(...) **APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE, PREGUNTÓ. ¿manifieste en esta audiencia si las imágenes fotográficas contenidas a folio 43-44-45 y 46 del expediente, corresponden a la alcantarilla donde se fue la señora Alicia y si por allí paso la procesión del santo viacrucis? Respondió. Si corresponde”.**

¹⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo segundo, Temis, Bogotá, 2.002, p. 565.

¹⁵ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección A; Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, Bogotá, D.C., Diez (10) De Septiembre De Dos Mil Catorce (2014), Radicación Número: 25000-23-26-000-1999-01964-01(27847)

Es decir, que las imágenes puestas de presente a los testigos pueden ser valoradas en conjunto con los demás medios probatorios, tal y como lo hizo el *a quo*, ya que fueron reconocidas y corroboradas por los testigos quienes señalaron que se trató del hueco o alcantarilla donde se cayó la demandante.

Además de lo anterior, los testigos también fueron claros en señalar que el hueco o alcantarilla sin tapa no tenía ningún tipo de señalización que permitiera advertir de su existencia, así:

- Cenobia Barragán “(...) *¿Usted sabe si esa alcantarilla o ese roto que usted dice, tenía algunas señales de prevención o algo? Respondió. **No tenía señales de prevención**, puesto que yo distinguía bien ahí, porque vivo en el sector y eso era un roto normal de los que uno encuentra en muchas ocasiones en la calle, sino que lo que pasa es que habían estado tapado como de hojarasquitas, ramitas entonces eso obstaculizaba, impedía verlo y cómo íbamos tanta gente ahí apeñuscados casi no dejaba porque le ponía uno el pie al otro, puesto que iba una multitud de gente en procesión (...)*”
- Luz Marina Imbachi Grisales “(...) *Usted sabe si esa alcantarilla o ese hueco tenían algunas señales de prevención para los posibles transeúntes? Respondió. No, no tenía (...)*”

Así las cosas, al estar acreditado el daño alegado y que la causa del mismo fue una alcantarilla sin tapa que se encontraba en la vía pública, surge la necesidad de establecer a quien se le puede endilgar dicha responsabilidad.

Pues bien, dentro de la prueba testimonial, también se recepcionó la declaración Alfonso Augusto del Campo Naged, quien indicó que desde el 11 de marzo de 2013 se desempeña como jefe del grupo de proyectos y a partir del 31 de marzo del 2015 como jefe del grupo técnico de alcantarillado, y quien además reconoció que la alcantarilla donde ocurrió el hecho es responsabilidad de la empresa prestadora del servicio de Acueducto y Alcantarillado, así: “(...) **LA JUEZ, PREGUNTÓ. ¿Ese sumidero son de responsabilidad del IBAL? Respondió. Sí señora, estando dentro del perímetro hidrosanitario (...) pero el barrio combeima y el barrio la esmeralda que prácticamente fue en el barrio la esmeralda al frente de la escuela, es cobertura del IBAL. (...) APODERADO DEL MUNICIPIO DE IBAGUÉ, PREGUNTÓ ¿el sumidero señalado anteriormente y ya reconocido, se ponen de presente al ingeniero los folios número 43-44-45 y 46 del expediente a fin de que reconozca el sumidero mencionado donde presuntamente ocurrió el incidente de la señora Basurto, se pregunta ¿conoce usted y lo reconoce como responsabilidad del IBAL la instalación, el retiro o el mantenimiento de dicho sumidero en el sector ubicado en el barrio la esmeralda frente a la institución educativa nuevo combeima? Respondió. Si su señoría yo lo había manifestado está dentro de las responsabilidades del IBAL y está dentro de la cobertura del mismo”.**

En este asunto, la obligación de protección que se dice incumplida en la demanda, encuentra fundamento normativo en la Constitución Política, así:

“(...) **ARTICULO 2o.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de

todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.(...)

ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

(...)

ARTÍCULO 311. Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

(...)

ARTÍCULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. (...)

ARTÍCULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

ARTÍCULO 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.” (negrilla fuera de texto)

Al respecto, la Ley 142 del 11 de julio de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, dispone:

“(…) **ARTÍCULO 5o. COMPETENCIA DE LOS MUNICIPIOS EN CUANTO A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.** Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:

5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada*, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente. (...).

14.14. PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS POR UN MUNICIPIO. Es la que asume un municipio, bajo su propia personalidad jurídica, con sus funcionarios y con su patrimonio. (...)

14.16. RED INTERNA. Es el conjunto de redes, tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de suministro del servicio público al inmueble a partir del medidor. Para edificios de propiedad horizontal o condominios, es aquel sistema de suministro del servicio al inmueble a partir del registro de corte general cuando lo hubiere.

14.17. RED LOCAL. Es el conjunto de redes o tuberías que conforman el sistema de suministro del servicio público a una comunidad en el cual se derivan las acometidas de los inmuebles. La construcción de estas redes se regirá por el Decreto 951 de 1989, siempre y cuando éste no contradiga lo definido en esta Ley. (...)

4.21. SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible, tal como se definen en este capítulo.

14.22. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO. Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

14.23. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ALCANTARILLADO. Es la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos.

(...)

ARTÍCULO 26. PERMISOS MUNICIPALES. En cada municipio, quienes prestan servicios públicos estarán sujetos a las normas generales sobre la planeación urbana, la circulación y el tránsito, el uso del espacio público, y la seguridad y tranquilidad ciudadanas; y las autoridades pueden exigirles garantías adecuadas a los riesgos que creen.

Los municipios deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de empresas de servicios públicos, o a la provisión de los mismos bienes y servicios que estas proporcionan, en la parte subterránea de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público. Las empresas serán, en todo caso, responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes.

Las autoridades municipales en ningún caso podrán negar o condicionar a las empresas de servicios públicos las licencias o permisos para cuya expedición fueren competentes conforme a la ley, por razones que hayan debido ser consideradas por otras autoridades competentes para el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, ni para favorecer monopolios o limitar la competencia.

(...)

ARTÍCULO 28. REDES. Todas las empresas tienen el derecho a construir, operar y modificar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos, para lo cual cumplirán con los mismos requisitos, y ejercerán las mismas facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades oficiales que han estado encargadas de la prestación de los mismos servicios, y las particulares previstas en esta Ley.

Las empresas tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, cuyos costos serán a cargo de ellas. (...)
(negrilla fuera de texto)

El Decreto 302 de 2000, “Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado”, dispone:

Artículo 1. Objeto. El presente decreto contiene el conjunto de normas que regulan las relaciones que se generan entre la entidad prestadora de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y los suscriptores y usuarios, actuales y potenciales, del mismo.

(...)

Artículo 21. Mantenimiento de las instalaciones domiciliarias. El mantenimiento de las redes internas de acueducto y alcantarillado no es responsabilidad de la entidad prestadora de los servicios públicos, pero ésta podrá revisar tales instalaciones y exigir las adecuaciones y reparaciones que estime necesarias para la correcta utilización del servicio. Cada usuario del servicio deberá

mantener en buen estado la instalación domiciliaria del inmueble que ocupe y, en consecuencia, la entidad prestadora de los servicios públicos no asumirá responsabilidad alguna derivada de modificaciones realizadas en ella. De todas formas los usuarios deben preservar la presión mínima definida en el Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico. (...)

Artículo 22. Mantenimiento de las redes públicas. La entidad prestadora de los servicios públicos está en la obligación de hacer el mantenimiento y reparación de las redes públicas de acueducto y alcantarillado. Así mismo deberá contar con un archivo referente a la fecha de construcción de las redes, especificaciones técnicas y demás información necesaria para el mantenimiento y reposición de la misma. (...) (negrilla fuera de texto)

Así las cosas, es claro que la norma superior establece que los municipios como entidades fundamentales de la división política y administrativa les corresponde prestar los servicios públicos que determina la ley; sin embargo, el artículo 367, permite que los entes territoriales presten directamente los servicios públicos siempre que cuenten con las características técnicas y económicas del servicio.

De esta manera, la Ley 142 de 1994, guarda relación con el artículo 367 de la Constitución Política, pues, en desarrollo de ese mandato estableció la posibilidad de que el Estado preste directamente el servicio, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, entendiéndose como prestación directa por parte de un Municipio y a voces del artículo 14.14 *ibídem*, la que hace bajo su propia personalidad jurídica, con sus funcionarios y con su patrimonio, por lo, que la prestación será indirecta, cuando lo haga a través de empresas de servicios públicos oficiales, mixtas e incluso privadas en las que exista una participación estatal mínima.

Teniendo en cuenta estos preceptos legales, se evidencia que en el municipio de Ibagué se creó la Empresa de Acueducto y Alcantarillado IBAL SA ESP Oficial para que esta entidad prestará de manera directa el servicio de acueducto y Alcantarillado¹⁶.

Conforme a lo anterior, aunque existe una obligación legal y reglamentaria de los municipios en materia de prestación de servicios públicos; en este asunto no se probó la acción u omisión en la que incurrió exactamente el ente territorial que dio lugar a la falla en el servicio y en consecuencia al daño alegado, pues, el municipio de Ibagué no presta de manera directa el servicio de acueducto y alcantarillado, siendo necesario entonces probar por parte de la actora la falla o falta en la que pudo incurrir; por tanto, le asiste razón al apelante municipio de Ibagué, y por tanto, se absolverá de cualquier responsabilidad imputada.

En este orden de ideas, de acuerdo a la normatividad expuesta es función de la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado IBAL SA ESP, realizar el mantenimiento y reparación de las redes públicas de alcantarillado, y es tan así que el mismo Jefe de Alcantarillado de dicha empresa, reconoció en su declaración la responsabilidad que tenía el IBAL en la instalación, el retiro o el mantenimiento de la alcantarilla ubicada en el

¹⁶ Certificado de existencia y Representación legal de la Cámara de Comercio de Ibagué (Fol. 111 – 116)

barrio la esmeralda frente a la institución educativa nuevo combeima, lugar donde ocurrió el accidente, al encontrarse dentro de su cobertura, como lo indicó el testigo.

El Consejo de Estado, frente a las obligaciones de las empresas prestadoras de servicios públicos, ha indicado:¹⁷

“(…) No puede perderse de vista, adicionalmente y en relación con las obligaciones a cargo de las aludidas empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que el marco normativo vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos que dieron lugar a la iniciación del presente proceso —1 de noviembre de 1998—, esto es, el Decreto 951 de 1989¹⁸ y la Ley 142 de 1994, era —es, en el caso del último cuerpo normativo citado— claro en establecer que las redes de acueducto y alcantarillado deben fluir por la vía pública —soterradamente, según lo precisa el artículo 26 de la Ley 142 en cita—, que dentro del concepto de red deben incluirse el medidor y el habitáculo que lo protege y que la conservación y el mantenimiento de dichas instalaciones constituye responsabilidad de la empresa de servicios públicos respectiva, la cual debe asumir la responsabilidad derivada de los daños atribuibles a defectos o fallas en la construcción o funcionamiento de las referidas redes (…).”

Por lo anterior, tal y como lo concluyó el Juez de instancia, se debe endilgar responsabilidad al Instituto Ibaguereño de Acueducto y Alcantarillado—IBAL SA ESP, a título de falla de servicio por omisión, en atención a que de conformidad con las funciones que le corresponden, debía velar por mantener en buenas condiciones el sistema de alcantarillado y acueducto, es decir, que la alcantarilla a donde cayó Alicia Basurto de Carvajal debía contar con su correspondiente tapa, a fin de evitar que transeúntes pudieran sufrir algún percance como el aquí expuesto.

Conforme a los argumentos expuestos, se puede concluir que se encuentran acreditados todos los presupuestos necesarios para que pueda predicarse la falla del servicio de la conducta pasiva asumida por el IBAL SA ESP; como quiera que se logró demostrar que el daño alegado por los demandantes se dio a causa de una caída de Alicia Basurto de Carvajal a una alcantarilla que se encontraba sin su correspondiente tapa, existiendo nexo causal entre el daño y el deficiente funcionamiento de la Administración, en cabeza de dicha entidad, quien omitió su deber de conservar en debida forma y condiciones la alcantarilla.

Así pues, al encontrarse reunidos los elementos daño, falla del servicio y nexo causal en el presente caso, deberá confirmarse la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, efectuada por el fallador de instancia, pero solo a cargo del Instituto Ibaguereño de Acueducto y Alcantarillado—IBAL.

8.5.2.2 INDEMNIZACIÓN PERJUICIOS MORALES

¹⁷ Consejo de Estado-Sala de Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección A; Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, Bogotá, D.C., diez (10) De Septiembre de dos Mil Catorce (2014), Radicación Número: 25000-23-26-000-1999-01964-01(27847), Actor: Elisa Caro Torres Y Otros.

¹⁸ Decreto posteriormente declarado nulo por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante sentencia del 16 de julio de 1998, Magistrado Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez, Expediente No. 4653, pues entendió la referida Sección de esta Corporación que el acto administrativo general en mención había sido proferido por el Gobierno Nacional incurriendo en exceso respecto del ejercicio de la potestad reglamentaria, comoquiera que se excedió el objeto de la ley que mediante dicho Decreto se dijo reglamentar, vale decir, la Ley 109 de 1936.

El IBAL SA ESP, apeló el reconocimiento de los perjuicios morales, porque consideró que: i) Alicia Basurto es una persona de la tercera edad y, aun así asistió sola a una jornada de caminata extensa como lo es el santo viacrucis y no asistió a controles médicos, circunstancia que permite inferir la falta de acompañamiento de sus 7 hijos, lo cual sirve como indicio para negar el reconocimiento del perjuicio moral a estos; y ii) el reconocimiento de perjuicios morales se dio en una cuantía muy elevada, es decir, en un grado más del mínimo establecido jurisprudencialmente, sin tener en cuenta que la recuperación tardía de la afectada se debía a su propia culpa por no asistir a las citas médicas.

Frente al primer argumento, se debe indicar que no fue probado en este asunto ese supuesto relacionado con la falta de acompañamiento de los hijos hacia la víctima directa; además, *para el reconocimiento de los perjuicios morales* en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 proferida por el Consejo de Estado, se precisó que a las personas que se encontrarán en el primer y segundo nivel de relación afectiva, únicamente, les bastaba con aportar la prueba del parentesco o de la relación marital, para inferir su afectación moral, presunción que es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso; y en este asunto, se probó que Carmen Rosa Carvajal Basurto, Luz Marina Carvajal Basurto, Edna Liliana Carvajal Basurto, Alicia Carvajal Basurto, María Zunilda Arias Basurto, Diego Javier González Basurto y Luís Gutiérrez Basurto son hijos de Alicia Basurto de Carvajal; sin que la demandada haya desvirtuado tal presunción.

Ahora, frente al segundo argumento relacionado con que el reconocimiento de perjuicios morales se dio en una cuantía muy elevada, es decir, en un grado más del mínimo establecido jurisprudencialmente, sin tener en cuenta que la recuperación tardía de la afectada se debía a su propia culpa por no asistir a las citas médicas; se debe decir, que no se acreditó por parte de la demandada IBAL SA ESP, que la recuperación de Alicia Basurto fue tardía y que ello se debía a su culpa, tal supuesto no fue demostrado.

Y por otra parte, en cuanto a que la cuantía de los perjuicio morales fue muy elevada porque no se acreditó la gravedad ni secuelas de las lesiones; es preciso indicar que ante la imposibilidad de cuantificar el daño moral, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido un tope monetario para la indemnización de dicho perjuicio, que se ha tasado, por regla general, en el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales cuando el daño cobra su mayor intensidad, caso correspondiente al padecimiento sufrido por las propias víctimas o por quienes acrediten relaciones afectivas propias de las relaciones conyugales y paterno-filiales (primer grado de consanguinidad) con la víctima que ha perdido la vida o sufrido una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, según el caso. En cuanto a los demás ordenes de parentesco, se ha establecido que la cuantía de la indemnización debe corresponder a un porcentaje de ese límite.¹⁹

En el caso concreto, se tiene probado que el daño sufrido por Alicia Basurto de Carvajal, producto de las lesiones sufridas tras caer en una alcantarilla sin tapa, diagnosticadas como *“Fractura de diáfisis de peroné y metáfisis distal de tibia con trazo articular parcial*

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.

posterior”, tal y como consta en la historia clínica; sin embargo, no obra certificado alguno que permita demostrar el porcentaje exacto de afectación.

Al respecto, el Consejo de Estado en sede de tutela, frente a la manera de determinar la gravedad o intensidad de la lesión o afectación del daño, indicó que²⁰:

“(...) La misma decisión, en punto de determinar la gravedad de la lesión causada a la víctima directa señaló que:

“(...) Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso”.

En concreto, el Consejo de Estado, en la mencionada providencia determinó las siguientes reglas sobre el asunto: (i) la reparación se fundamenta en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, sus familiares y demás personas allegadas; (ii) el referente en la liquidación del perjuicio es la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima, cuyo manejo se divide en seis rangos, de acuerdo con la tabla transcrita; (iii) para las víctimas indirectas, se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que se hallen respecto del lesionado, conforme dicha tabla, y (iv) la gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Como se observa, la sentencia de unificación no exige una prueba concreta (tarifa legal) para valorar la gravedad o levedad de la lesión, en términos porcentuales, como podría ser un certificado de pérdida de capacidad laboral, lo que conduce, a que el fallador tenga discrecionalidad para llegar a esta valoración a partir de distintos medios probatorios según las condiciones del caso concreto y el material fáctico con el que cuente.

En efecto, en sentencia del 9 de octubre de 2014, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en acatamiento de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, determinó que el reconocimiento y la tasación del daño no se limitan a "constatar el porcentaje certificado de la pérdida de capacidad laboral, sino que deben tener en cuenta las consecuencias de la enfermedad, el accidente o, en general, el hecho dañino, que reflejen alteraciones en el comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven su situación, como los casos estéticos o lesiones sexuales, que difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad"²¹.

Posteriormente, en sentencia de 10 de agosto de 2016, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que las pruebas de la incapacidad médico legal o del porcentaje de pérdida de capacidad laboral "no constituyen tarifa legal para acreditar la magnitud de la lesión, por lo que, ante su ausencia, deberá tenerse

²⁰ Consejo de Estado - Sala de Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas; Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de dos mil diecinueve (2019), Radicación: 11001-03-15-000-2018-03311-01, Accionante: Sociedad Médico Quirúrgica Del Tolima S.A. -Clínica Tolima S.A.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de octubre de 2014, Exp. 29033.

en cuenta cualquier otro medio probatorio que permita determinar la gravedad o levedad del daño"²².

Sin embargo, la ausencia de tarifa legal no significa, de forma alguna, que el fallador prescinda de sustento probatorio, sino que pueda llegar a la conclusión sobre la lesión a partir de distintos medios de información. Lo que incluso puede conducir a que, a falta de un certificado de pérdida de capacidad laboral que, de alguna forma, goza de cierta contundencia conclusiva, el juez deba fundamentar cuál es el soporte probatorio que le lleva a una determinada estimación de la gravedad o levedad de la lesión (...)"

Teniendo en cuenta que aunque es necesario determinar la gravedad o levedad del daño para establecer el monto indemnizatorio; es decir, el rango sobre el cual se partirá frente a los topes fijados por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación 28 de agosto de 2014, para llegar a esa determinación no se exige una prueba en concreto (tarifa legal), como es el certificado de la pérdida laboral; **sino que se permite al fallador de manera discrecional efectuar esa valoración a través de otros medios de prueba y material fáctico.**

Como quiera que la reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas; para el efecto se fijó como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la siguiente tabla que está dividida en seis rangos, así:²³

"(...)

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

"(...)"

Conforme a ello, y ante la ausencia de certificado que permita determinar el porcentaje de gravedad o levedad de las lesiones sufridas por Alicia Basurto, la juez *a quo*, realizó la siguiente valoración:

"(...) Así las cosas, en este evento, para determinar la gravedad de las lesiones sufridas por la señora ALICIA BASURTO DE CARVAJAL, si bien el despacho

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 37040 de 2016.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp.31172.

no cuenta con una incapacidad médica que le permita determinar con precisión el tiempo en que tardó su recuperación, no puede dejar de valorar el resto de pruebas que fueron arrojadas al plenario y que le permiten inferir la magnitud de las mismas a efecto de establecer la reparación del daño moral a que tienen derecho los demandantes.

Bajo tal egida, de las copias de la historia clínica que reposan en las diligencias, se advierte que la caída dentro del sumidero de aguas sin rejilla le generó a la señora BASURTO DE CARVAJAL inicialmente “edema a nivel de tobillo izquierdo, dolor a la movilización y bipedestación”, pero al serle practicada tomografía axial computada de miembros inferiores y articulaciones, le permitió determinar a los galenos la magnitud de la lesión que aquejaba a la paciente, la que describen como “fractura de diáfisis de peroné y metáfisis distal de tibia con trazo articular parcial posterior” y a su vez determinar que requería de corrección quirúrgica denominada “osteosíntesis de peroné con placa bloqueada de tercio de caña, reducción de fractura de tibia”, para lo cual permaneció hospitalizada entre 4 al 7 de abril del 2013 mientras se efectuaban los exámenes por medicina especializada.

Posteriormente y transcurridos 17 días de la intervención quirúrgica, al consultar por ortopedia, se determinó por galeno tratante “seguir uso de férula permanente y se indica marcha con uso de dos muletas sin apoyo”.

En este orden de ideas, si bien no existe prueba que arroje certeza del tiempo que tardó su recuperación para catalogar con precisión la levedad o gravedad de la lesión que sufrió la señora ALICIA BASURTO DE CARVAJAL, no puede perderse de vista que conforme a lo probado dentro del plenario, esta fue grave, pues, se dictaminó la necesidad de una intervención quirúrgica, hospitalización y además colocar una placa en su extremidad izquierda tal y como se desprende de las imágenes de rayo x que se aportaron en la demanda, además de la recomendación de usar férula permanente y manejo de muletas para la marcha, de manera que tal detrimento a su salud, le generó no solo a ella como afectada directa sino a sus hijos, angustia, tristeza o aflicción, por tal razón aplicando los criterios de tasación fijados para tales casos en la sentencia de unificación referida líneas atrás, les serán reconocidos a los demandantes los siguientes valores (...)

Es claro, entonces que la juez de instancia, para el reconocimiento de los perjuicios morales, realizó una valoración teniendo en cuenta los elementos probatorios aportados al proceso y de acuerdo al *arbitrio iuris* que tiene el juez, aplicó el reconocimiento del daño moral por lesiones, en el monto correspondiente al nivel 2 del rango igual o superior al 10% e inferior a 20% establecido en la tabla de perjuicios morales fijada por el Consejo de Estado²⁴, por considerar que el padecimiento de Alicia Basurto de Carvajal dio lugar a su hospitalización entre el 4 al 7 de abril de 2013, a atención con medicina especializada (ortopedia) y a la realización de una cirugía, es decir, que el monto reconocido por perjuicios morales fue debidamente justificado, sin que esta Sala advierta que la decisión fue caprichosa o excesiva, por el contrario se dio en uso de la facultad *arbitrio iuris* que tiene el operador judicial; por lo que se confirmará la condena por perjuicios morales en el monto establecido en primera instancia, esto es, 20 SMLMV para cada uno de los demandantes.

²⁴ Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014.

8. DE LA CONDENA EN COSTAS

El CPACA en el artículo 188 señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que este compilado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso para la liquidación y ejecución de las agencias en derecho.

Por lo anterior, solo se condenará a la parte demandada IBAL SA ESP en las costas de segunda instancia siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Para el efecto, se señalará un (1) salario mínimo mensual legal vigente, como agencias en derecho y se ordenará a la secretaría del *a-quo* que liquide tales costas, conforme a las reglas mencionadas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

MODIFICAR la sentencia del 15 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, la cual quedará así:

PRIMERO: ABSOLVER al MUNICIPIO DE IBAGUE de cualquier responsabilidad extracontractual por la falla en el servicio endilgada en el presente asunto.

SEGUNDO: DECLARAR administrativamente responsable al IBAL SA ESP, por los daños causados a los demandantes como consecuencia de las lesiones sufridas por Alicia Basurto de Carvajal, el 29 de marzo de 2013.

TERCERO: CONDENAR al IBAL SA ESP a pagar a favor de los demandantes por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas:

- i) A favor de Alicia Basurto de Carvajal, en calidad de víctima directa, la suma equivalente a 20 SMLMV a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- ii) A favor de Carmen Rosa Carvajal Basurto, Luz Marina Carvajal Basurto, Edna Liliana Carvajal Basurto, Alicia Carvajal Basurto, María Zunilda Arias Basurto, Diego Javier González Basurto y Luís Gutiérrez Basurto, en calidad de hijos de la víctima directa la suma de 20 SMLMV a la fecha de ejecutoria de esta providencia, para cada uno de ellos.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: DECLARAR no probada las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la demandada IBAL SA ESP, así como la de culpa exclusiva de la víctima y concurrencia de culpas.

SEXTO: DAR cumplimiento a la sentencia en los términos dispuestos en el art. 192 del CPACA.

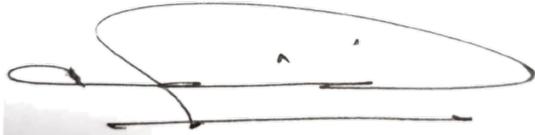
SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS de primera instancia al IBAL SA ES, fijando para ello, como agencias en derecho la suma de \$400.000, conforme los parámetros señalados en la parte final de esta providencia.

OCTAVO: Una vez ejecutoriada la sentencia, dar cumplimiento a la misma en los términos del 192 del CPACA.

NOVENO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada IBAL SA ESP, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA, para lo cual se fija el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, como agencias en derecho. Por Secretaría del Juzgado de origen se deberán liquidar.

DÉCIMO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes.

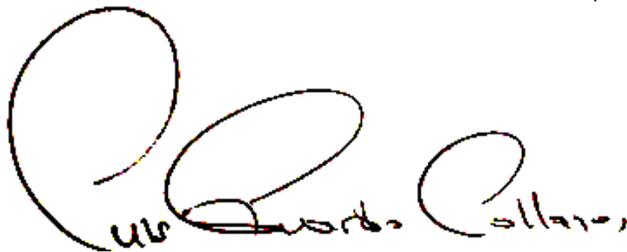
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado



LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado

Firmado Por:

Luis Eduardo Collazos Olaya
Magistrado
Oral 001
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **22e818a266ef265af29d88cc63dae61181da066aaa0af39eac11b0253d82915c**

Documento generado en 23/08/2021 08:15:17 a. m.