

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejera Ponente: RUTHSTELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 050012331000199500159-01 (19043)

Actor: ISABEL CAICEDO DE ORREGO y OTROS

Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN

Asunto: Acción de reparación directa

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 15 de diciembre de 1999, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda. La sentencia recurrida será modificada. Su parte resolutive es la siguiente:

"1. Declarar no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación por pasiva, culpa de la víctima y hecho de un tercero, propuestas por la apoderada de las Empresas Públicas de Medellín y los apoderados de la Compañía Suramericana de Seguros y la Previsoras S.A.

"2. Declarar responsable a las Empresas Públicas de Medellín de los perjuicios sufridos por la señora Isabel Caicedo de Ortega y a sus hijos Sergio Alexander y Edison Andrés Ortega Caicedo, causados con la muerte del señor Jaime de Jesús Orrego Calderón, acaecida el 6 de mayo de 1994, en el municipio de Itagüí.

"3. Como consecuencia de lo anterior, se condena a las Empresas Públicas de Medellín, a pagar por concepto de perjuicios morales a la señora Isabel Caicedo de Orrego, en calidad de cónyuge del señor Jaime de Jesús Orrego Calderón, el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro y a los menores Sergio Alexander Orrego Caicedo y Edison Andrés Orrego Caicedo, representados legalmente por la señora Isabel Caicedo de Orrego, el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos oro para cada uno. El valor del gramo oro será el cual certifique el Banco de la República para la ejecutoria de la sentencia.

"4. Se condena a las Empresas Públicas de Medellín a pagar a la señora Isabel Caicedo de Orrego por concepto de perjuicios materiales, en su modalidad de lucro cesante, la suma de veintiún millones setecientos sesenta mil ciento setenta y cinco pesos (\$21.760.175).

"5. Se condena a las Empresas Públicas de Medellín a pagar a Sergio Alexander Orrego Caicedo, representado por la señora Isabel Caicedo de Orrego por concepto de perjuicios materiales, en su modalidad de lucro cesante, la suma de dos millones ciento cincuenta y un mil seiscientos setenta y siete pesos (\$2.151.677).

"6. Se condena a las Empresas Públicas de Medellín a pagar a Edison Andrés Orrego Caicedo, representado por la señora Isabel Caicedo de Orrego por concepto de perjuicios materiales, en su

modalidad de lucro cesante, la suma de un millón seiscientos veintiún mil quinientos sesenta y tres pesos (\$1.621.563).

"7. Las Aseguradoras La Previsora S.A. y Compañía Suramericana de Seguros S.A. cancelarán las indemnizaciones previstas en esta sentencia, de acuerdo con lo establecido en las pólizas de seguros relacionadas en esta providencia.

"8. Las sumas a que se refieren las condenas decretadas en esta sentencia devengarán intereses moratorios a partir de su ejecutoria".

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

Mediante escrito presentado el 6 de febrero de 1995, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la señora ISABEL CAICEDO DE ORREGO, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos. menores SERGIO ALEXANDER y EDISON ANDRES ORREGO CAICEDO, formuló demanda en contra de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN, con el fin de que se declarara a la entidad patrimonialmente responsable de los perjuicios que sufrieron como consecuencia de la muerte del señor JAIME DE JESUS ORREGO CALDERÓN, ocurrida el 6 de mayo de 1994.

A título de indemnización, se solicitó en la demanda: (i) por los perjuicios morales, el pago de una suma equivalente a 1.000 gramos de oro, a favor de cada uno de los demandantes, y (ii) por los perjuicios materiales, la suma que resulte de liquidar \$800.000, que eran los ingresos que recibía la víctima, con los cuales atendía la subsistencia de su cónyuge e hijos, por el interés compuesto que resulta de adicionar el interés legal con la corrección monetaria, por el tiempo probable de vida del occiso.

2. Fundamentos de hecho

Los hechos relatados en la demanda son los siguientes: Aproximadamente a las 10:20 a.m. del 6 de mayo de 1994, el señor Jaime de Jesús Orrego Calderón se encontraba laborando como contratista de la empresa Constructora Hato Viejo Ltda., en la urbanización El Encanto, en el municipio de Itagüí cuando fue requerido por los ingenieros Augusto Zapata, quien laboraba al servicio de la Constructora, y Luis Fernando Yepes, empleado de Empresas Públicas de Medellín, para que ingresara a una cámara del acueducto y alcantarillado de la urbanización, a inspeccionarla.

Pocos momentos después de bajar, el señor Orrego Calderón intentó ganar la escalerilla para salir, pero no lo logró porque sufrió un desmayo y cayó al fondo de la cámara. Fue entonces cuando los ingenieros Zapata y Yepes ordenaron al señor Abel Posso que bajara a auxiliarlo, lo que efectivamente hizo, pero éste también perdió el conocimiento y cayó al fondo de la cámara.

El Ingeniero Zapata le ordenó a un tercer obrero que bajara a auxiliar a sus dos compañeros, lo ataron de una cuerda y le advirtieron que si percibía algo extraño halara de la cuerda, para subirlo de manera inmediata. El obrero bajó y al sentirse mal haló de la cuerda, por lo que fue alzado con prontitud; no obstante, salió de allí asfixiado y amoratado.

Mientras llegaban los bomberos a auxiliar a los dos trabajadores, sus compañeros trataron de suministrarles oxígeno a través de unos tubos y un ventilador. Cuando los bomberos lograron sacarlos, el señor Orrego Calderón ya había fallecido, en tanto que el señor Posso fue llevado al Instituto de Seguros Sociales.

Funcionarios de Empresas Públicas de Medellín llegaron al lugar de los hechos, provistos de aparatos especializados y concluyeron que en la recámara había gases tóxicos.

Se afirma en la demanda que la muerte del señor Orrego Calderón es imputable a Empresas Públicas de Medellín, a título de falla del servicio, porque ésta se produjo por la omisión de la entidad de tomar medidas que previnieran la acumulación de gases tóxicos en las recámaras de acueducto y alcantarillado.

3. La oposición de la demandada

Empresas Públicas de Medellín se opuso a las pretensiones de la demanda. En relación con los hechos de la misma, manifestó que el señor Jaime de Jesús Orrego Calderón no era el encargado de los asuntos de acueducto y alcantarillado en la construcción de la urbanización El Encanto, sino el contratista de las instalaciones telefónicas, y que no fue requerido por el ingeniero de la Constructora ni por el Interventor de la empresa para bajar a la caja del acueducto y alcantarillado, sino que él mismo se ofreció a inspeccionar la caja de la válvula reguladora del acueducto; que cuando el personal de bomberos llegó logró recararlo con vida, pero que falleció mientras era atendido; que tampoco era cierto que los empleados de la empresa hubieran concluido que la cámara tuviera gases tóxicos; que, por el contrario, su apreciación era la de que no se encontraba esa clase de gases, porque, en general, éstos nunca se acumulan en una caja de válvula reguladora de acueducto.

La entidad demandada formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación por pasiva, culpa de la víctima y hecho de un tercero, con fundamento en que la víctima no laboraba para la empresa sino al servicio de un contratista; obró con imprudencia, al ofrecerse a realizar un trabajo para el cual no estaba entrenado; el Ingeniero encargado de la construcción negligentemente permitió que el trabajador realizara una labor que no era de su competencia; el señor Orrego sufrió un accidente de trabajo y, por lo tanto debió demandarse a la Constructora Hato Viejo Ltda., que era su empleador; la empresa sólo estaba prestando la asesoría solicitada por el constructor para el empalme del acueducto y para cumplir a cabalidad su encargo solicitó a la contratista la inspección de la caja de válvula, sin escoger a la persona que debía realizar esa labor, ni darle ninguna orden.

4. Llamamiento en garantía

Empresas Públicas de Medellín llamó en garantía a La Previsora S.A., Compañía de Seguros y a la Compañía Suramericana de Seguros S.A., con fundamento en la póliza de seguros de responsabilidad civil extracontractual No. 1402. El Tribunal a quo admitió el llamamiento en garantía formulado, mediante auto de 10 de agosto de 1995.

La Compañía Suramericana de Seguros S.A. dio respuesta a la demanda. Se opuso a las pretensiones formuladas en la misma. Adujo que no le constaban los hechos relacionados en ella, pero que se atenía a lo afirmado por la empresa, en cuanto a su ausencia de responsabilidad en el daño y formuló las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero e inexistencia de falla del servicio, con argumentos idénticos a los expuestos por Empresas Públicas de Medellín al contestar la demanda.

En cuanto al llamamiento en garantía, manifestó que era cierto que la Compañía figuraba como coaseguradora en el 40% del contrato de seguros de responsabilidad civil extracontractual que Empresas Públicas de Medellín había celebrado con La Previsora, y formuló las excepciones de: (i) inexistencia de la obligación, porque si no podía predicarse responsabilidad de la empresa demandada, tampoco existía obligación de indemnizar suma alguna por los hechos de que trata la demanda; (ii) límite del valor asegurado, para que en el evento de que se llegare a declarar la responsabilidad de la empresa demandada, se tuvieran en cuenta los límites del valor asegurado que están pactados en el contrato mencionado, así como el deducible que es de 50.000 dólares por evento, y (iii) coaseguro pactado, porque en el contrato de seguro se pactó que su obligación se limitaba al 40% del riesgo asegurado,

La Previsora S.A., Compañía de Seguros se opuso a las pretensiones de la demanda, con argumentos similares a los expuestos por Empresas Públicas de Medellín al contestar la demanda.

En cuanto al llamamiento en garantía, manifestó que si bien el siniestro se produjo durante la vigencia de la póliza, la eventual indemnización que deba pagarse a los demandantes no es asumida en su totalidad por las compañías aseguradoras; que dicha obligación sólo surge una vez el asegurado asuma en forma directa el deducible pactado; además, que la Previsora asumió el 60% del riesgo y el otro 40% lo asumió la Compañía Suramericana de Seguros; por lo tanto, al momento de definirse lo relacionado con el contrato de seguros, deberá determinarse cuál es la obligación que corresponde a cada compañía, sin que pueda predicarse solidaridad entre ellas, de conformidad con los artículos 1092 y 1095 del Código de Comercio.

5. La sentencia recurrida

Consideró el Tribunal a quo que Empresas Públicas de Medellín era responsable del daño sufrido por los demandantes, porque si bien dicha entidad no suscribió ningún contrato con la urbanizadora El Encanto para la construcción de las redes de acueducto y alcantarillado de la misma, sí revisó y aprobó los planos de las redes, realizó la supervisión de la construcción y recibió las obras. Agregó que a la entidad pública le corresponde la construcción de la caja de válvulas reguladoras del acueducto, así como efectuar su mantenimiento, y que el señor Jesús Orrego Calderón ingresó a dicha cámara porque se requería determinar las condiciones de suspensión del flujo del agua, para darle dicho servicio a la urbanización, y que su ingreso a la cámara fue en presencia del ingeniero interventor de la empresa, labor que, además, de acuerdo con el testimonio del mismo podía realizar cualquier persona.

6. Lo que se pretende con la apelación

La parte demandada solicita que se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda. Insistió en que: (i) el occiso no era operador de cámara de inspección, ni de acueducto, ni de alcantarillados, sino de algo muy diferente, como eran las telecomunicaciones, y al no conocer dichos menesteres, no debió ofrecerse para practicar la inspección que se pedía, ni esa acción se la debió permitir su jefe inmediato; (ii) el funcionario de la empresa no dio su aprobación para que el señor Orrego ingresara a la cámara; se limitó a requerir el ingreso de algún empleado de la constructora y no le correspondía saber cuál de los empleados de la constructora estaba capacitado para hacerlo; además, obró conforme a las normas técnicas vigentes sobre la materia que indicaban que había que dejar transcurrir 3 minutos después de levantada la tapa para ingresar a la cámara. Por lo tanto, no se incurrió en ninguna falla del servicio; (iii) entre la empresa demandada y la urbanizadora no existía ningún tipo de contrato, sólo se le estaba prestando asesoría para el diseño e instalación de las redes. En la ley 142 de 1994, en el decreto 1842 de 1991 y en el Contrato de Condiciones Uniformes de Acueducto y Alcantarillado se atribuye la responsabilidad por las redes y acometidas al propietario de las mismas, que en el caso concreto era el constructor. Si se trata de las redes públicas, su

mantenimiento corresponde a la entidad que presta el servicio; (iv) el artículo 90 de la Constitución no consagró ninguna responsabilidad objetiva; por lo tanto, la empresa no es responsable sólo por ser propietaria de las cámaras.

7. Actuación en segunda instancia.

Del término concedido en esta instancia para presentar alegaciones sólo hizo uso la empresa demandada, quien reiteró los argumentos expuestos en el escrito de apelación.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en proceso con vocación de doble instancia, en el cual se accedió a las pretensiones formuladas. Se anticipa que la decisión adoptada por el a quo habrá de modificarse, en relación con la liquidación de las indemnizaciones reconocidas a los demandantes.

2. El perjuicio sufrido por los demandantes

2.1. La muerte del señor JAIME DE JESÚS ORREGO CALDERÓN, ocurrida en el municipio de Itagüí, Antioquia, el 6 de marzo de 1994 fue acreditada con: (i) el acta de la diligencia de levantamiento del cadáver practicada por el Inspector de Permanencia de Itagüí (fl 123); (ii) el informe de la necropsia practicada al cadáver por el médico legista del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en la cual se concluyó que la muerte del señor Orrego Calderón " fue consecuencia natural y directa de anoxia histotóxica por monóxido de carbono. Historia de confinamiento en una alcantarilla. Lesión de naturaleza simplemente mortal. Esperanza de vida de 35 años más" (fls, 127-134), y (iii) el registro civil de la defunción (8. 175).

2.2. La muerte del señor JAIME DE JESÚS ORREGO CALDERÓN causó darlos a los demás demandantes, quienes demostraron el vínculo que los unía a él, así: (i) la señora ISABEL CAICEDO ORTIZ acreditó ser su esposa, según consta en el registro civil del matrimonio celebrado entre ellos (fl. 4), y (ii) los entonces menores de edad SERGIO ALEXANDER y EDTSON ANDRÉS ORREGO CAICEDO demostraron ser hijos del fallecido, tal como consta en sus registros civiles de nacimiento (fls. 6 y 7).

2.3. La demostración del vínculo matrimonial y de parentesco en el primer grado de consanguinidad entre los demandantes y Jaime de Jesús Orrego Calderón, unida a las reglas de la experiencia, permite inferir el dolor moral y el daño material que aquéllos sufrieron por la muerte de éste.

3. La muerte del señor Orrego Calderón es imputable a Empresas Públicas de Medellín

3.1. En relación con las circunstancias en las cuales se produjo la muerte del señor Orrego Calderón, obra el acta de la diligencia de levantamiento del cadáver, practicada en la carrera 50 con calle 26, del municipio de Itagüí, Antioquia, en la cual se incluyó la versión que sobre los hechos suministró el señor José Danilo Zapata Quiroz, compañero de labores del fallecido:

“... sobre la ocurrencia de los sucesos manifestó el señor Zapata Quiroz: él es compañero mío de trabajo, él se entró al alcantarillado a arreglar una válvula de tubería de acueducto y al parecer se asfixió y cayó, pudo haberse dado ese golpe en la cabeza en la caída, por los gases que contiene esa tubería, estaba otro compañero fue a cogerlo, también se asfixió y lo llevaron a los Seguros Sociales" (fl. 123).

En términos similares declaró ante el a quo el señor Luis Fernando Yepes Sierra (fls. 113-116), ingeniero asignado por Empresas Públicas de Medellín para brindar asesoría a la Constructora Hato Viejo Ltda., que adelantaba la construcción de la urbanización El Encanto:

"Estuve presente en el lugar de los hechos. El señor Orrego entró en una cámara de válvulas reguladoras de acueducto, cuando intentaba salir perdió el conocimiento y cayó al fondo de la caja; por la imposibilidad de rescatarlo con personal de la obra, fue necesario acudir a los bomberos, quienes lo rescataron del fondo de la caja con vida y falleció mientras lo trataban de recuperar ... Entró otra persona a tratar de rescatar al señor Orrego, [este último] perdió el conocimiento mientras trataba de rescatarlo, fue rescatado por los bomberos y fue recuperado totalmente".

La versión brindada por los testigos antes señalados, en relación con las circunstancias en las cuales falleció el señor ORREGO CALDERÓN aparece confirmada con la diligencia de levantamiento del cadáver, practicada por el Inspector de Permanencia de Itagüí, en la cual consta que el cuello sin vida del fallecido se hallaba "sobre el piso, en la vía pública en la carrera 50 con calle 26, del municipio de Itagüí, Antioquia (fl. 123), y el informe de la necropsia practicada al cadáver por el médico legista del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en la cual se concluyó que la muerte del señor Orrego Calderón : "fue consecuencia natural y directa de anoxia Histotóxica de confinamiento en una alcantarilla ". (fls, 127-134).

3.2. En la declaración que rindió ante el a quo, el señor Alonso Sierra García, Jefe del Departamento Mantenimiento Alcantarillado de Empresas Públicas de Medellín (fls. 116-118), afirmó que llegó al lugar de los hechos,

aproximadamente dos horas después de que éstos ocurrieran, con el fin de establecer la existencia de gases tóxicos en la cámara; que con los dispositivos con los que cuenta la empresa no se detectó la presencia de dichos gases y que, además, no existe ninguna razón técnica que explique su producción en ese tipo de cámaras:

"El mismo día después de los hechos, se me solicitó visitar el lugar para inspeccionar si había algún problema relacionado con las redes de alcantarillado, que son las que maneja mi dependencia. La solicitud se hizo con base en que en Alcantarillado tenemos varios dispositivos que miden toxicidad o presencia de gases tóxicos en las cámaras de las redes de acueducto y alcantarillado, entonces, la solicitud era para realizar esas mediciones, a ver si en el sitio había alguna presencia de gas raro o tóxico. Asistí con una funcionaria del Departamento de Salud y Seguridad a realizar esas mediciones... No detectamos ningún gas tóxico raro. Esos dispositivos que nosotros tenemos detectan la presencia de ácido sulfídrico, de gas metano, detectan porcentajes de explosividad en caso de existir en el sitio... En esas cajas de válvulas no tiene por qué existir presencia de gases tóxicos. En las redes de acueducto de Empresas Públicas, en los veinte atlas que llevo en la entidad nunca había ocurrido un caso como este, en cajas de válvulas de acueducto... Hasta mi conocimiento no es posible que se origine un gas tóxico en esas válvulas reguladoras. Esas válvulas son componentes metálicos de acero, bronce y no tiene forma de reaccionar con el agua, ni reaccionar entre ellos para formar los gases referidos. Por sí solas no tiene por qué producir reacciones que formen esos gases".

A pesar del criterio del funcionario de la entidad demandada, lo cierto es que se acreditó que el señor Orrego Calderón falleció por "anoxia bistóxica por monóxido de carbono ", luego de haber ingresado a la cámara de la válvula del alcantarillado, de donde fue sacado por los bomberos, porque los otros compañeros del fallecido que ingresaron a dicha cámara con el fin de rescatarlo, sufrieron también los efectos de tales gases, como lo manifestaron los testigos presenciales del hecho, señores José Danilo Zapata Quiroz y Luis Fernando Yepes Sierra, a los cuales se hizo ya alusión.

Hay que advertir que el señor Alonso Sierra García, como él mismo lo señaló, acudió al lugar de los hechos dos horas después de que éstos ocurrieran, tiempo durante el cual es posible que se hubieran evaporado los gases tóxicos, lo que explica el porqué el funcionario no detectó su presencia cuando hizo la inspección técnica al lugar.

3.3. Ahora bien, se discute en el proceso quien debe responder patrimonialmente por los daños causados a los demandantes como consecuencia de la muerte del señor Orrego Calderón, porque en tanto que la parte demandante señaló que esa responsabilidad era imputable a Empresas Públicas de Medellín, a título de falla del servicio, porque la misma se produjo por la omisión de la entidad de tomar medidas que previnieran la acumulación de gases tóxicos en las recámaras de acueducto y alcantarillado, la empresa señaló que ese daño era imputable a la constructora de la urbanización, que era la propietaria de las redes y acometidas del Acueducto y Alcantarillado.

3.3.1. Considera la Sala que el daño sufrido por los demandantes es imputable a Empresas Públicas de Medellín, en primer término, porque dicha entidad tenía a su cargo la construcción y mantenimiento de las cajas de válvulas del acueducto.

El señor Luis Fernando Yepes Sierra, funcionario de la entidad demandada, en la declaración que rindió ante el a quo (fls. 113-116), describió lo que era una caja de válvulas reguladoras de acueducto; precisó que dichas cajas eran construidas por Empresas Públicas de Medellín, y señaló que qué consistía el mantenimiento que la empresa les daba a las mismas:

"Una caja de válvulas reguladoras de acueducto es un lugar donde reposa una válvula que se utiliza para manejar las presiones del acueducto, son totalmente amplias son construidas por contratistas de las Empresas Públicas y el mantenimiento es de las Empresas Públicas... El sostenimiento no es propiamente a las cajas sino a las válvulas. La caja como tal no requiere ningún mantenimiento".

De igual manera, el señor. Alonso Sierra García, Jefe del Departamento de Mantenimiento de Alcantarillado de Empresas Públicas de Medellín, afirmó ante el a quo (fls. 116-119), que el mantenimiento de las válvulas reguladoras del acueducto sí correspondía la empresa, pero que no tenía conocimiento sobre la frecuencia con la cual se hacía dicho mantenimiento, ni cuándo se había hecho la última revisión a la caja de válvulas donde se produjeron los gases que causaron la muerte al señor Orrego Calderón:

"No tengo conocimiento de la última revisión que se le haya hecho a la válvula, pero sí hace parte del programa que tienen las redes de acueducto, sobre todo esas válvulas reguladoras de acueducto son objeto de un mantenimiento especial, pero no tengo conocimiento con qué periodicidad se hace".

3.3.2. En segundo término, considera la Sala que la empresa demandada es la responsable de los perjuicios causados a los demandantes como consecuencia de la muerte del señor Orrego Calderón, porque la misma empresa había asignado a uno de sus funcionarias para brindar

asesoría al constructor sobre la instalación de los servicios de acueducto y alcantarillado, servicios en relación con los cuales había aprobado los planos de construcción de las redes y había recibido previamente las obras.

En relación con la aprobación de los planos de las redes de acueducto y alcantarillado de la urbanización El Encanto, el recibo de las obras y la asesoría que se estaba brindando al constructor para la instalación del servicio, obra en el expediente la prueba documental allegada, en respuesta al oficio del a quo, por la misma entidad demandada (fls. 102-109).

Hace parte de dichos documentos el memorando dirigido el 29 de marzo de 1996, por el Jefe del Departamento de Interventoría Acueducto de Empresas Públicas de Medellín al Departamento Jurídico de Procesos y Reclamaciones de la misma empresa (fl. 103), en el cual se describió la intervención de la empresa en relación con el hecho en el cual falleció el señor Orrego Calderón:

"1. Para la construcción de las redes de acueducto y alcantarillado de la urbanización El Encanto, y para su posterior recibo, no existió ningún tipo de contrato entre las Empresas Públicas de Medellín y la firma urbanizadora.

"2. De acuerdo con el procedimiento definido por las Empresas para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado a la mencionada urbanización, los Departamentos de Diseño Acueducto y Saneamiento le revisaron y aprobaron los planos a las redes de Acueducto y Alcantarillado y el Departamento de Interventoría Acueducto le realizó la supervisión de la construcción y finalmente recibió las obras construidas. Anexamos copia del acta de recibo de las redes y del oficio de diciembre 1 de 1992 mediante el cual se designó al ingeniero que realizó la supervisión. Es de anotar que esta supervisión es ejercida sin costo alguno para el constructor.

"3. En el inicio de las labores de supervisión, el ingeniero asignado le envió a los constructores una comunicación 'acta de inicio de obra', de la cual anexamos una copia, donde se establecen algunas normas de construcción y procedimientos para la supervisión de las obras.

"En conclusión, entre las Empresas y los urbanizadores no existió ninguna relación contractual, las relaciones entre estos se limitan a asesoría, supervisión y posterior recibo de las redes construidas, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para esto. Después de entregada el acta de recibo se legalizan las instalaciones de acueducto y alcantarillado, finalizando con esta actividad las relaciones entre las Empresas y los Constructores".

Obra, además, el memorando dirigido el 7 de septiembre de 1993, por el Jefe del Departamento de Interventoría Acueducto de Empresas Públicas de Medellín a la Constructora Hato Viejo, en relación con la solicitud de Interventoría Acueducto y Alcantarillado Urbanización El Encanto, en el cual consta lo siguiente:

"En atención a su solicitud, les comunicamos que el Ingeniero LUIS FERNANDO YEPES SIERRA realizará la supervisión de las obras del asunto, con el objeto de que éstas se ajusten a los planos aprobados por las Empresas Públicas y a las normas y especificaciones establecidas por las mismas.

"De antemano les manifestamos que la aceptación que se haga de las obras se fundamenta en la información suministrada por ustedes, por lo tanto, si posteriormente se encuentran defectos de construcción o errores en los diseños de las obras, las reparaciones serán de responsabilidad del constructor o urbanizador".

Adicionalmente, obra copla de las Normas y Especificaciones Generales de Construcción, que según la empresa debía tener en cuenta la Constructora para adelantar las obras de acueducto y alcantarillado en la urbanización (fl. 105-108), normas de las que se destaca aquella que prohibía al urbanizador la manipulación de las válvulas del acueducto sin la debida autorización de la empresa:

"13. Para la realización de los empalmes de las redes de acueducto construidas a las redes existentes de las Empresas, el Urbanizador deberá solicitar a la Interventoría la autorización correspondiente con 8 días de anticipación como mínimo a interventoría revisará los nichos, materiales, equipos y elementos necesarios para los empalmes.

"Por ningún motivo será permitido al urbanizador y/o constructor operar válvulas de acueducto; en caso de existir necesidad de operarlas será solicitado el permiso a la Interventoría con la debida anticipación".

Finalmente, se allegó el acta de 3 de octubre de 1994 (fl. 109), en la que se recibían dichas redes, porque se ajustaban a las normas y especificaciones técnicas de la Empresa, lo que autorizaba a la urbanizadora para anexarlas a las redes oficiales. Consta en dicha acta que:

"De acuerdo con los planos aprobados por el Departamento Diseño Acueducto y Alcantarillado, en noviembre 4 de 1993..., se construyeron las redes y obras accesorias que a continuación se detallan, cumpliendo las normas establecidas por las Empresas Públicas de Medellín, bajo la interventoría del Ingeniero LUIS FERNANDO YEPES S.

"En consecuencia, estas redes pueden ser anexadas a las redes oficiales.

"Se construyeron 65 domiciliarias de acueducto, 33 aguas residuales, 32 aguas lluvias".

Al momento de producirse la muerte del señor Orrego Calderón, el señor Luis Fernando Yepes Sierra estaba brindando asesoría al constructor, en relación con la instalación del servicio de acueducto a la urbanización, para lo cual se requería inspeccionar la válvula reguladora del mismo. Para la práctica de esa inspección, el señor Orrego Calderón brindó su colaboración, y ésta fue permitida por el señor Yepes Sierra, sin formular ninguna observación, porque, tal como lo declaró ante el a quo, esa labor la podía realizar cualquier particular, en presencia de funcionarios de la empresa:

"El se ofreció a hacer una inspección que se necesitaba para un trabajo que se necesitaba hacer en la urbanización El Encanto. Trabajaba para la urbanización El Encanto. Era necesario hacer una inspección, la cual tratamos de hacer desde afuera, pero el señor Ortega se ofreció a ingresar a hacer la inspección... La inspección era necesaria para determinar las condiciones para hacer una suspensión del servicio de acueducto, con el objetivo de darle servicio a la urbanización El Encanto. El se ofreció porque pasó por ahí y nos vio que estábamos tratando de inspeccionar y además se había requerido la presencia de otra persona... La inspección la puede hacer cualquiera de las dos empresas o la constructora... La puede hacer un particular en presencia de funcionarios de las Empresas. Lo que se busca es que los particulares no operen sin presencia de funcionarios de las Empresas en su infraestructura, es evitar fraudes en el servicio".

En conclusión, Empresas Públicas de Medellín es patrimonialmente responsable por la muerte del señor Jaime de Jesús Orrego Calderón porque la muerte de éste se produjo como consecuencia de la inhalación de gases tóxicos que se hallaban en la cámara de la válvula reguladora del acueducto, ubicada en la urbanización El Encanto, construida, como las demás cámaras de esta

naturaleza, por dicha empresa, que, además, tenía a cargo el mantenimiento de la misma, y que se hallaba en ese momento, justamente, brindando asesoría al constructor para la instalación del servicio y requirió la colaboración de un trabajador para realizar la inspección de dicha válvula .

Ahora bien, el hecho de que se desconozca la razón técnica por la cual se concentraron esos gases en la cámara de la válvula del acueducto no desvirtúa la falla del servicio que se atribuye a la entidad demandada. Esa razón bien pudo estar asociada al poco tiempo transcurrido entre el momento en que se retiró la tapa de la cámara y aquél en el cual ingresó el señor Orrego Calderón a la misma, porque, según el Ingeniero Yepes Sierra, el tiempo que debía transcurrir entre esos hechos era apenas de tres minutos:

"La precaución mínima es retirar la tapa y esperar un tiempo a que la cámara se airee, unos tres minutos aproximadamente, tiempo que transcurrió ampliamente y antes del ingreso del señor Orrego Calderón".

Pero, el Señor Alonso Sierra García, Jefe del Departamento Mantenimiento Alcantarillado de Empresas Públicas de Medellín, afirmó que dicho lapso debía ser de al menos quince minutos:

"La precaución más importante que se debe tener antes de ingresar a una cámara de estas es, luego de destaparla, dejar que se airee por sí misma, durante un lapso de 15 minutos o más".

Valga señalar que la muerte del señor Orrego Calderón no es imputable a la empresa constructora porque el accidente no se produjo en las redes a cargo del constructor sino, se reitera en la cámara de la válvula reguladora del acueducto, a cargo de la empresa demandada.

Finalmente, se señala que es cierto que no se demostró que existiera alguna relación contractual entre la empresa constructora y la entidad pública demandada, pero, se insiste, no se imputa la responsabilidad patrimonial a ésta por el hecho de aquélla relacionado con la ejecución de una obra pública¹, sino por hechos atribuibles a la misma demandada, relacionados con las deficiencias en la construcción o mantenimiento de la cámara de la válvula o con las medidas de precaución que debieron observarse al momento de permitir el ingreso a la misma del particular.

¹ Tratándose de daños causados con ocasión de una obra pública, cuando su construcción se realiza a través de particulares, la Sala ha reiterado que el Estado es responsable de los mismos, en tanto la entidad es beneficiaria y destinataria de la obra. En Sentencia de 9 de octubre de 1985, exp. 4555, dijo la Sala: "Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra: su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del cocontratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular participe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal. En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa' Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento

o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las personas vinculadas a su servicio". Criterio que ha sido reiterado por la Sala, por ejemplo, en sentencias de 28 de noviembre de 2002, exp. 14.397; 28 de abril de 2005, exp. 14.178; 7 de diciembre de 2005, exp. 14.065; 3 de mayo de 2007, exp. 19.420, y de 3 de diciembre de 2007, exp. 16.352.

4. No hubo culpa de la víctima

La entidad demandada adujo que el daño era imputable a la víctima, quien de manera negligente se había expuesto al riesgo, al haberse ofrecido para realizar una labor para la cual no estaba capacitado.

Cabe señalar que mediante resolución de 27 de enero de 1995 (fl. 135-137), la Fiscalía Diecinueve de la Unidad Seccional de Fiscalías Antioquia, se declaró inhibida para iniciar investigación penal, por considerar que no existió ninguna conducta delictiva y que la muerte del señor Ortega se debió a su propia imprudencia. Se dijo en la providencia:

"De la prueba recopilada y declaraciones enunciadas se desprende que la muerte de JAIME' DE JESÚS ORREGO CALDERÓN se debió a imprudencia y falta de cuidado, introduciéndose en el interior de una tubería sin la protección debida, más que el debía saber de la existencia de gases asfixiantes nocivos a la salud, y como se vio, de consecuencias mortales, produciéndose la muerte de forma inmediata. Con esto se descarta que haya existido una conducta delictiva en este suceso...".

En primer término, se advierte que la decisión adoptada por el juez penal no tiene efectos de cosa juzgada en relación con la decisión que deba adoptarse en este proceso².

² En sentencia de 13 de agosto de 2008, exp. 16.533, la Sala precisó que "la sentencia penal que se profiera en el proceso penal que se adelante contra el servidor estatal, sea ésta condenatoria o absolutoria, no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación que se adelante contra el Estado por esos mismos hechos, porque, conforme se ha sostenido en las providencias en las que se ha acogido dicho criterio: (i) las partes, el objeto y la causa en ambos procesos son diferentes: a través del ejercicio de la acción penal, el Estado pretende la protección de la sociedad, con la represión del delito y para ello investiga quién es el autor del mismo y cuál su responsabilidad; a través del ejercicio de la acción de reparación, la víctima del daño antijurídico pretende la indemnización de los perjuicios que le ha causado el Estado con una acción que le sea imputable: (ii) los principios y normas que rigen ambos procesos son, en consecuencia, diferentes, lo cual incide, entre otros eventos en los efectos de las cargas probatorias, así: en el proceso penal la carga de la prueba de la responsabilidad del sindicado la tiene el Estado, quien deberá desvirtuar la presunción de responsabilidad que por mandato constitucional ampara a todas las personas; en tanto que en la acción de reparación directa, quien finalmente soporta los efectos adversos de la carencia de prueba de los elementos de la responsabilidad estatal es el demandante, y (iii) el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la culpa personal del agente, sino el daño antijurídico imputable a la entidad; de tal manera que aunque se absuelva al servidor por considerar que no obró de manera dolosa o culposa, en los delitos que admiten dicha modalidad,

el Estado puede ser condenado a indemnizar el daño causado, bajo cualquiera de los regímenes de responsabilidad y, en cambio, el agente puede ser condenado penalmente, pero el hecho que dio lugar a esa condena no haber tenido nexo con el servicio. Adicionalmente, se observa que la responsabilidad patrimonial del Estado no constituye el efecto civil de un ilícito penal, por eso, no son aplicables las normas relacionadas con los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre la pretensión indemnizatoria que se formule en proceso separado del penal. Ello por cuanto la responsabilidad del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, se genera en los eventos en los cuales se causa un daño antijurídico imputable a la entidad demandada, al margen de que ese daño hubiera sido causado con una conducta regular o irregular".

En segundo término, para establecer si el daño es imputable a la propia víctima, es relevante hacer una breve referencia a los criterios sostenidos por la Sala en relación con esa causal de exoneración de responsabilidad.

Ha considerado la Sala que para que la conducta de la 'víctima pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, la misma debe ser causa determinante en la producción del daño y ajena a la Administración.

En los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad. Si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa.

Ahora bien, cuando la intervención de la víctima incide en la causación del daño, pero no excluye la intervención causal del demandado, habrá lugar a la reducción de la indemnización establecida en el artículo 2357 del Código Civil, conforme al cual "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente"

Sin embargo, cabe advertir que esa noción culpabilista que se proyecta en dicha norma no puede ser trasladada al campo de la responsabilidad patrimonial del Estado, habida consideración de que el criterio de imputación que rige esa responsabilidad, en los términos del artículo 90 de la Constitución, se construye a partir de la verificación de la antijuridicidad del daño y del vínculo causal entre ese daño y la actuación u omisión de la Administración.

Luego, si de la atribución de responsabilidad al Estado están ausentes, como requisito para su estructuración, los criterios subjetivos de valoración de la conducta del autor, tales criterios no pueden ser exigidos cuando se pretenda reducir el valor de la indemnización por la intervención causal relevante de la propia víctima. En pocos términos: en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado la valoración objetiva de la intervención causal tanto de la Administración como de la propia víctima resultan suficientes para determinar si la causa del daño lo fue la actuación del ente demandado o de la víctima, con el fin de establecer si hay lugar a condenar a aquélla o a absolverla por haberse producido una causal excluyente de responsabilidad, o si ambas concurren en la producción del daño y, entonces, reducir el valor de la indemnización en proporción directa a la mayor o menor contribución de la conducta de la víctima en su producción.

Por lo tanto, cuando se pretenda reducir el valor de la indemnización que deba pagar la entidad con fundamento en la intervención de la víctima en la causación del daño, habrá de tenerse en cuenta la relevancia de esa intervención en el resultado y no la intensidad de la culpa en la que aquélla hubiera incurrido.

En pocos términos, cuando se produce un daño, debe establecerse si la actividad de la Administración fue causa exclusiva y determinante en su producción, o si esa actividad fue causa dicente pero concurrió con la actuación de la víctima, o si dicha actividad no fue más que una causa pasiva en la producción de aquél, porque la causa exclusiva y determinante del mismo fue la actuación de la propia víctima.

En el caso concreto, si bien está demostrado que el señor Orrego Calderón se ofreció voluntariamente para ingresar a la cámara de la válvula reguladora del acueducto y, en cambio, no está acreditado que tuviera ningún conocimiento especializado o entrenamiento previo en cuestiones relacionadas con la instalación de dicho servicio, no puede considerarse que su actuación fuera la causa eficiente del daño, porque se trataba de realizar una labor material simple y, además, contaba con la autorización del experto, el Ingeniero Yepes Sierra, que había asistido, precisamente, para brindar asesoría a la empresa constructora en relación con la instalación del servicio.

El mismo Ingeniero Yepes Sierra declaró ante el a quo que la inspección de la válvula reguladora del acueducto era "una cosa elemental: Consistía en entrar a la caja, mirar una cosa con los ojos, mirar si existía un accesorio en una válvula y salir".

Era, por lo tanto, el funcionario de la empresa demandada quien debía tomar las precauciones necesarias para evitar que ocurriera un hecho como el que se presentó y no el trabajador, quien simplemente estaba dando cumplimiento a sus funciones, al colaborar con la instalación del servicio de acueducto en la urbanización.

Finalmente, cabe aclarar que si bien es cierto que la esposa y los hijos del trabajador tenían derecho a recibir las prestaciones asistenciales establecidas en la ley, o indemnización a forfait, con sustento en la relación laboral de la víctima, de lo cual no hay constancia en el expediente, también lo es que ese derecho no les impide reclamar la indemnización derivada del daño antijurídico que sufrieron por la falla del servicio que se atribuye a la entidad pública demandada.

4. La indemnización del perjuicio

4.1. Perjuicios morales

El a quo condenó a Empresas Públicas de Medellín, a pagar, como indemnización por perjuicios morales, a favor de la señora Isabel Caicedo de Orrego, en calidad de cónyuge del señor Jaime de Jesús Orrego Calderón y a favor de Sergio Alexander Orrego Caicedo y Edison Andrés Orrego Caicedo, hijos del fallecido, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro, para cada uno.

La Sala confirmará la condena impuesta por el a quo, por considerar que el daño moral sufrido por los demandantes fue demostrado y que el valor de la condena es proporcional a la magnitud del mismo; sin embargo, para establecer el valor de la indemnización por este concepto, se tendrán en cuenta los criterios establecidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13.232 y 15.646, en la cual se fijó en salarios mínimos legales mensuales vigentes el valor del perjuicio moral, abandonando así el criterio de aplicación extensiva de las normas que sobre la materia se habían adoptado en el Código Penal, por considerarlo improcedente y para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 16 de la ley 446 de 1998 y 178 del Código

Contencioso Administrativo, que ordenan la reparación integral y equitativa del daño y la tasación de las condenas en moneda legal colombiana, respectivamente.

Por lo tanto, se liquidará la indemnización a favor de los demandantes en cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

4.2. Perjuicios materiales: lucro cesante

Para liquidar este perjuicio, el a quo partió de las siguientes bases: (i) tomó como renta el salario mínimo legal mensual para la fecha de la sentencia, por no haberse acreditado que el occiso tuviera un ingreso diferente; (ii) de ese valor extrajo el 75%, para liquidar la condena; (iii) el resultado final se dividió en dos partes iguales: una parte para la cónyuge y la otra parte para ambos hijos; (iv) la condena a favor de la cónyuge se liquidó por el término de vida probable del fallecido (34 años, según la necropsia) y para cada uno de los hijos hasta la fecha en la cual cumplieron la mayoría de edad, y (v) aplicó las fórmulas financieras adoptados por la Corporación.

Al aplicar esos criterios, dedujo una indemnización equivalente a \$21.760.175, a favor de la señora Isabel Caicedo, de \$2.151.677, a favor de Sergio Alexander Orrego y de \$1.621.563, a favor de Edison Andrés Orrego.

Al aplicar a las fórmulas adoptadas por la jurisprudencia, los criterios señalados por el a quo, se advierte que la suma tomada de base para la liquidación no fue incrementada con el 25% a título de prestaciones; no obstante lo anterior y dada la prohibición de la reforma en peor para el apelante único, como esta sentencia sólo fue apelada por la demandada, la Sala se limitará a actualizar las sumas allí liquidadas, de conformidad con la variación de los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, porque no puede hacerse más gravosa la situación del apelante único, según la siguiente fórmula:

$$v p = \frac{Vh \text{ índice final}}{\text{índice inicial}}$$

índice inicial

Donde:

Vp: Valor presente de la renta:

Vh: capital histórico o suma que se actualiza: la suma reconocida a cada uno. Índice final certificado por el DANE a la fecha de esta sentencia: 104.29 Índice inicial a la fecha de la sentencia dictada por el a quo: 57.00

Para la señora Isabel Caicedo de Orrego:

$$Vp = \$21.760.175 \frac{104.290PC \text{ mayo}/10)}{57,00 \text{ (IPC diciembre/99)}}$$

57,00 (IPC diciembre/99)

Vp. = \$39.813.485

Para Sergio Alexander Ortega:

Vp = \$2.151.677 104.290PC mayo/10)

57,00 (IPC diciembre/99)

Vp = \$3.936.814

Para Edison Andrés Orrego:

Vp = \$1.621.563 104.29 (IPC mayo/10)

57,00 (IPC diciembre/00)

Vp = \$2.966.891

5. Las llamadas en garantía

En relación con los llamados en garantía, el Tribunal a quo condenó al pago de "las indemnizaciones previstas en esta sentencia, de acuerdo con lo establecido en las pólizas de seguros relacionadas en esta providencia"

Se refirió el a quo a la póliza de seguro de responsabilidad civil de empresas No. 1402 (fls. 34-74), en la que figura como asegurado, tomador y beneficiario EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, siendo las compañías aseguradoras LA PREVISORA S.A., en un porcentaje del 60° y SURAMERICANA DE SEGUROS S A., en un porcentaje del 40%. La póliza fue suscrita el 22 de octubre de 1990 y entre sus amparos se garantizó "el pago de las indemnizaciones de que puede resultar civilmente responsable por los perjuicios patrimoniales que sufra a consecuencia de terceros, presentadas con base en las normas de responsabilidad civil extracontractual, derivadas de siniestros ocurridos durante la vigencia de la póliza cuyas consecuencias sean: Daños personales (la lesión corporal, la enfermedad, la muerte, el daño moral)". En razón de sus sucesivas renovaciones y modificaciones, entre ellas, la renovación por el período comprendido entre el 6 de noviembre de 1993 y el 6 de noviembre de 1994, la póliza estaba vigente al momento del siniestro de que trata este proceso (ocurrido el 6 de mayo de 1994). En esta se pactó en esa última renovación un deducible por 50.000 dólares de cada pérdida.

En consecuencia, se mantendrá en este aspecto la condena a las llamadas, en los términos señalados por el a quo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

MODIFÍCASE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Antioquia, el 15 de diciembre de 1999, la cual quedará así:

PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación por pasiva, culpa de la víctima y hecho de un tercero, propuesta por la apoderada de las Empresas Públicas de Medellín y los apoderados de la Compañía Suramericana de Seguros y la Previsoras S.A.

SEGUNDO. DECLARAR RESPONSABLE a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN de los perjuicios sufridos por la señora ISABEL CAICEDO DE URREGO y por sus hijos SERGIO ALEXANDER Y EDISON ANDRÉS ORREGO CAICEDO, causados con la muerte del señor Jaime de Jesús Orrego Calderón, acaecida el 6 de mayo de 1994, en el municipio de Itagüí, Antioquia.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior, SE CONDENA a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de la señora ISABEL CAICEDO DE ORREGO, el equivalente 100 pesos cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes y a favor de SERGIO ALEXANDER OMEGO CAICEDO y EDISON ANDRÉS ORREGO CAICEDO, el equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes, para cada uno.

CUARTO. SE CONDENA a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN a pagar por concepto de perjuicios materiales, en su modalidad de lucro cesante, las siguientes sumas: treinta y nueve millones ochocientos trece mil cuatrocientos ochenta y cinco pesos (\$39.813.485), a favor de la señora ISABEL CAICEDO DE ORREGO; tres millones novecientos treinta y seis mil ochocientos catorce pesos (\$3.936.814), a favor de SERCTO ALEXANDER ORREGO CAICEDO, y dos millones novecientos sesenta y seis mil ochocientos noventa y un pesos (\$2.966.891), a favor de EDTSON .ANDRÉS ORREGO CAICEDO.

CUARTO. Las aseguradoras LA PREVISORA S.A. y COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. cancelarán las indemnizaciones previstas en esta sentencia.

QUINTO: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del CCA.

SEXTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SÉPTIMO: Todas las comunicaciones que se ordena hacer en esta sentencia serán libradas por el a quo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE-

RUTH STELLA CORREA PALACIO

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada 26 de mayo del año en curso, aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva del proveído.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

La Sala en la providencia, en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable en la parte motiva puntualizó lo siguiente:

"Ahora bien,' el hecho de que se desconozca la razón técnica por la cual se concentraron esos gases en la cámara de la válvula del acueducto no desvirtúa la falla del servicio que se atribuye a la entidad demandada. Esa razón bien pudo estar asociada al poco transcurrido entre el momento en que se retiró la tapa de la cámara y aquél en el cual ingresó el señor Orrego Calderón a la misma... (Página 17 de la providencia).

2. Razones y fundamentos de la aclaración

En el caso particular el daño fue causado por la materialización de un riesgo producto de la concentración de gases tóxicos, por lo que debió aplicarse, un régimen objetivo de responsabilidad, máxime si como se reconoció expresamente en el fallo se desconocía la razón técnica por la cual se agruparon esos vahos; la Sala, en otros eventos ha admitido la posibilidad de fundamentar la responsabilidad de la administración en un título de esa naturaleza:

"Sobre el particular, la doctrina ha precisado:

"La doctrina del riesgo creado puede ser sintetizada de esta manera: quien se sirve de cosas que por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que ellas originan. La teoría que analizamos pone especial atención en el hecho de que alguien "cree un riesgo", "lo conozca o lo domine"; quien realiza esta actividad debe cargar con los resultados dañosos que ella genere a terceros, sin prestar atención a la existencia o no de una culpa del responsable.

(...)

"Por nuestra parte, pensamos que la correcta formulación de la teoría del riesgo debe ser realizada sobre la base del llamado "riesgo creado", es decir, en su formulación más amplia y genérica.

"Quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo potencial para terceros, se beneficie o no con é, debe soportar los detrimentos que el evento ocasione. Esto es una consecuencia justa y razonable del daño causado, que provoca un desequilibrio en el ordenamiento social y pone en juego el mecanismo de reparación. Así como en otro tiempo se sostuvo que el hombre debía responder solamente por sus actos culposos, hoyes razonable pensar que también deba reparar los daños que son fruto de una actividad riesgosa, sea la misma normal o anormal, le reporte o no un beneficio de cualquier índole.¹

¹ PIZARRO, Ramón Daniel "Responsabilidad Civil por el riesgo o vicio de las cosas", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1983, págs. 38 y 43.

"El régimen de imputación del riesgo excepcional halla asidero y fundamento, en el concepto de daño antijurídico (art. 90 C.P.), en la medida que éste impone el reconocimiento del deber de indemnizar ante la constatación efectiva de un daño o lesión jurídica a un bien jurídicamente tutelado, que la persona no se encuentra en la obligación de soportar, dado que ese detrimento se impone con transgresión del principio de igualdad ante las cargas públicas, como quiera que, en estos eventos, se somete por parte de la administración pública - a través de una actividad lícita y/o legítima- a la persona a un riesgo de naturaleza especial, excepcional y extraordinario que desborda, necesariamente, el parámetro de riesgo permitido² - asumido- al interior del conglomerado social.

² "Las más elemental distinción que puede efectuarse en relación con las repercusiones que determinada conducta acarrea permite distinguir entre sus ventajas y sus desventajas; sobre esta clasificación, ha surgido el concepto de "riesgo" con el cual se alude al desfavorable devenir de un suceso, o la posibilidad de que una acción traiga consigo desventajas consecuencias esta clasificación, ha surgido el concepto de "riesgo" con el cual se alude al desfavorable devenir de un suceso, o la posibilidad de que una acción traiga consigo desventajas consecuencias.

"(...) Para que un riesgo pueda ser considerado como permitido no basta tan solo que la actividad de la cual emana represente considerables beneficios sociales frente a un mínimo de peligrosidad sino que es indispensable la absoluta indeterminación de potenciales víctimas de ese riesgo residual; por ello, en el hipotético evento de que anticipadamente pudieran ser individualizadas las víctimas de una actividad peligrosa ella debería ser prohibida porque su desarrollo no puede prevalecer frente a la inminente lesión de un individuo ... Como postulado general puede decirse que todas aquellas actividades desarrolladas dentro de lo que socialmente se considera riesgo permitido no pueden dar lugar a reproche jurídico de ninguna naturaleza, aun en el evento de que generen lesiones a particulares; por el contrario, son desaprobadas todas aquellas conductas que exceden el riesgo permitido, lo cual cobija no solo aquellas actividades que han sido desplegadas a pesar de ser socialmente prohibidas, sino también las que siendo toleradas han sido ejecutadas sin la observancia de las normas de cuidado previamente establecidas para la minimización del riesgo En consecuencia, cualquier actuación conforme a las previsiones vigentes que genere un riesgo será tolerada en cuanto no exceda los límites preestablecidos, mientras que toda conducta con la cual se genere un peligro mayor del permitido será considerada como generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado si eleva el riesgo mínimo tolerado." (Destaca la Sala) Cf. REYES Alvarado, Yesid "Imputación Objetiva", Ed. Temis, Bogotá, Pág. 92, 93 y 160.

"Como se aprecia, la teoría del "riesgo creado" resulta aplicable a eventos en los cuales no sólo se somete a una persona a la existencia de un riesgo que desborda la normalidad, como consecuencia del uso de instrumentos o elementos para la prestación de un determinado servicio o actividad (v.gr. instalaciones públicas o de policía, armas de dotación oficial, automotores oficiales, etc.), sino que también puede, eventualmente, configurarse el título objetivo de riesgo, en aquellos eventos en que la administración pública, en desarrollo de una actividad legítima del poder público,

crea y libera, en cabeza de un particular, un determinado riesgo que excede los límites de normalidad a los que generalmente se encuentra sometido y, por consiguiente, en el supuesto de que se ocasione un perjuicio, éste es el producto directo del rompimiento de las cargas públicas y, consecuentemente, del principio de igualdad (artículo 13 c.p.).

"Si se analiza con detalle el fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas, se tiene que la misma se origina en la concreción de un riesgo derivado de la ejecución de una acción específica o del uso de elementos o instrumentos que llevan envuelta una determinada probabilidad de ocasionar un perjuicio³

³ "El concepto amplio de riesgo creado como factor de atribución nos lleva a propiciar que él debe tener aplicación no sólo cuando el daño ha sido causado por una cosa riesgosa, tal como lo contempla en su parte pertinente el art. 1113, c.c., sino incluso cuando se trate de actividades riesgosas... Cabe tener muy presente lo siguiente, a pesar de que parezca algo sobreentendido. Este factor de atribución exige siempre la presencia de una cosa o actividad riesgosa, calificada ésta como un prius, y no por el mero hecho de haber originado un daño. Por ello no se trata de un factor de tipo residual que pueda justificar la reparación de cualquier daño. Insistimos en la necesidad de la creación de un riesgo como requisito ineludible para su funcionamiento." VÁSQUEZ Ferreyra, Roberto A. "Responsabilidad por daños", Ed. Depalma, Buenos Aires, Pág. 210.

“Entonces, la responsabilidad del Estado puede ser imputada o atribuida mediante la formulación de la teoría del riesgo, esto puede ser a través de dos vías, claramente diferenciables: i) a través del perjuicio ocasionado por la concreción de un riesgo excepcional que desborda el marco de la normalidad por parte de la administración, bien derivado de determinada cosa o instrumento, o el advenido de una específica actividad pública- o ii) mediante la realización de un daño derivado de la materialización del riesgo que emana de una actividad peligrosa”⁴

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, expediente: 16.399 (R-94-948) actor: Maximiliano Quiñónez Montaña y otros. Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

ENRIQUE GIL BOTERO