RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Falla del servicio. Omisión en el deber de control y vigilancia del servicio público de aseo: recolección, tratamiento y disposición final de las basuras / FALLA DEL SERVICIO - Omisión en el deber de control y vigilancia del servicio público de aseo

Los recicladores son personas que se encuentran indudablemente en una situación de debilidad manifiesta, sin seguridad social, sin un salario fijo, incluso, sin los elementos mínimos de seguridad que les permita enfrentar muchas de las contingencias que implica su labor, razón por la cual, el Estado se encuentra - como destaca la H. Corte Constitucional- en la obligación de llevar a cabo acciones afirmativas para su protección y dignificación como seres humanos y, dentro de dicha perspectiva, considera la Sala que el espectro de tales medidas cobija también el campo de la responsabilidad por los daños que llegaren a sufrir en el ejercicio de su actividad, en el entendido que resultaría contrario a los mandatos de justicia y equidad pretender que el Estado disfrute únicamente de los favores que representa su actividad pero los abandone en cuanto a los perjuicios que su labor les pueda ocasionar. (...) siendo responsabilidad del Municipio de Popayán el manejo de los residuos sólidos transportados en los carros recolectores de basura para ser depositados en el Relleno Sanitario, al permitir que los recicladores realizaran labores de selección de los elementos que se podían reutilizar, si bien es cierto les facilitó el cumplimiento de una labor que, como ya se anotó, les posibilitaba derivar ingresos, también lo es que la entidad territorial y la comunidad toda, obtuvieron con ello una ganancia en materia de protección y conservación del medio ambiente, quedando - quienes tal labor cumplían- sometidos a un riesgo mayor que el resto de la colectividad, de tal manera que, pese a no existir ninguna clase de vinculación laboral entre el Municipio y las personas que ejercían la labor de reciclar, se debe asumir por parte del ente territorial la responsabilidad por los daños antijurídicos que se les causaron, en aras de restablecer el principio de igualdad frente a las cargas públicas que se vio resquebrajado en este caso concreto, como una específica medida afirmativa de aquellas a las que se ha hecho referencia con anterioridad.

RECICLAJE - Regulación a la actividad de gestión integral de residuos sólidos. Decreto 1505 de 2003

La labor desplegada por los recicladores de desechos urbanos (y rurales), ha de tenerse presente que, según el Decreto 1505 de 2003, por la actividad de gestión integral de residuos sólidos se entiende.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1505 DE 2003

RECICLAJE - Noción / RECICLAJE - Finalidad

El reciclaje ha sido entendido como un proceso fisicoquímico o mecánico consistente en someter a una materia o producto ya utilizado a un ciclo de tratamiento total o parcial para obtener una materia prima o un nuevo producto. Ha sido definido, también, como la actividad tendiente a la obtención de materias primas a partir de desechos, introduciéndolos de nuevo en el ciclo de vida y a ello se ha llegado ante la perspectiva del agotamiento de recursos naturales y para eliminar de forma eficaz los desechos. (...) el reciclaje constituye una actividad beneficiosa por cuanto así lo concibe el propio ordenamiento jurídico que, además de contemplar tal aspecto como propósito propio de la actividad, engrana éste al que de manera inmediata persiguen quienes ejercen tal función provechosa. Así puede observarse de lo dispuesto en el artículo 67 del Decreto 1713 de 2002.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1713 DE 2002 - ARTICULO 67

RECICLAJE - Relleno sanitario. Actividad peligrosa / RELLENO SANITARIO - Reciclaje. Actividad peligrosa / RECICLADORES - Situación de vulnerabilidad. Sujetos de especial protección por la labor que desempeñan y de medidas afirmativas / RECICLAJE - Situación de vulnerabilidad. Quienes ejercen esta labor en los rellenos sanitarios merecen una especial protección y ser objeto de medidas afirmativas

Debe advertir la Sala que las labores de reciclaje llevadas a cabo en el interior de un relleno sanitario constituyen una actividad peligrosa, que implica un riesgo para las personas que la desarrollan, en tanto en esos sitios se tiene un contacto que puede catalogarse como indiscriminado y contaminante con los elementos allí situados, desechos en algunos casos potencialmente peligrosos para la salud de las personas, en tanto no sólo tienen la aptitud para causar enfermedades, sino también para lesionar su integridad, situación que de alguna manera permite entender por qué fue el propio Gobierno Nacional quien –años después de ocurridos los hechos que se analizan en el caso concreto-, prohibió la realización de reciclaje en los frentes de trabajo de los rellenos sanitarios, cuando entró a reglamentar el numeral 14.24 del artículo 14 de ley 142 de 1994, relacionado con la prestación del servicio público de aseo a través de los Decretos 1713 de 2002 y 838 de 2005. (...) el artículo 9 del Decreto 1505 de 2003, modificatorio del artículo 86 del Decreto 1713 de 2002, expresamente prohibió “... el desarrollo de las actividades de los recicladores en el frente de trabajo de los rellenos sanitarios”. (...) en relación con las condiciones en que desarrollan su labor y la situación social en la que sobreviven quienes se dedican a esa actividad del reciclaje dentro de los rellenos sanitarios, la H. Corte Constitucional les reconoció la condición de personas merecedoras de especial protección y objeto de medidas afirmativas.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1713 DE 2002 - ARTICULO 97 NUMERAL 9 / DECRETO 838 DE 2005 - ARTICULO 10 / DECRETO 1505 DE 2003 - ARTICULO 9 / DECRETO 1713 DE 2002 - ARTICULO 86

NOTA DE RELATORIA: Con relación al tema de personas dedicadas a la actividad de reciclaje que son merecedoras de especial protección y sujeto de acciones afirmativas, ver: Corte Constitucional. Auto 268 de 2010

SERVICIO PUBLICO DE ASEO - Actividad de Reciclaje: recolección, tratamiento y disposición final de basuras o residuos sólidos. Servicio a cargo de la entidad territorial / RECICLAJE - Servicio público a cargo de la entidad territorial

La prestación del servicio público de aseo por parte del ente territorial, que fue la actividad en la cual se enmarcó la producción del daño que se somete hoy al estudio de la Sala, ha de decirse que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 311 de la Constitución Política, al municipio, como entidad fundamental de la división política administrativa del Estado, le corresponde prestar los servicios públicos que la ley determine y construir las obras necesarias para el progreso local. (...) el inciso segundo del artículo 367 ibídem establece como deber de los municipios prestar directamente los servicios públicos cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 311 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 5 / DECRETO 605 DE 1996 - ARTICULO 4 / DECRETO 605 DE 1996 - ARTICULO 5 / DECRETO 605 DE 1996 - ARTICULO 6

ACCIONES POSITIVAS - Noción

Acciones afirmativas han de entenderse todo tipo de medidas o políticas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos de ellas, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afecten, o bien para lograr que los miembros de un grupo sub representado - usualmente discriminado-, alcance una mayor representación en aras de la igualdad de oportunidades, como precisó Corte Constitucional al referirse a ese tipo de medidas afirmativas.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede ver: Corte Constitucional. Sentencias C - 371 de 2000 y T - 724 de 2003

ACCIONES AFIRMATIVAS - Ordenamiento jurídico que las sustenta. Población objeto de su aplicación / ACCIONES AFIRMATIVAS - Promueven el derecho de igualdad, real y efectiva

En el ordenamiento jurídico colombiano, la justificación general sobre las acciones afirmativas no presenta mayores problemas, pues la Constitución contiene una cláusula expresa que permite adoptarlas. Así, el artículo 13 de la Carta, contiene en sus incisos 2º y 3º la consagración de las acciones afirmativas, encaminadas a remediar y corregir las situaciones de desigualdad y de discriminación que se presentan respecto de grupos diferenciados en la sociedad, como los indígenas, la mujer, los jóvenes, los incapaces físicos y mentales y, en general, los sectores marginados de la sociedad, como los desplazados y los recicladores. La norma constitucional impone al Estado el deber de promover las condiciones para alcanzar la igualdad real y efectiva.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 92 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 13 INCISO 2 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 13 INCISO 3

PERJUICIOS MORALES - Afectación del dolor. Aplicación del principio de arbitrio iuris

En relación con el perjuicio moral ha reiterado la Sección que la indemnización que se reconoce a quienes sufren un daño moral calificado como antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo que corresponderá al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede consultar, la sentencia de 2 de junio de 2004, exp.14950

DAÑO A LA SALUD - Perjuicios fisiológicos. Indemnización

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

NOTA DE RELATORIA: En relación con este tema, se sugiere consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencias de Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031; y exp. 38222

PERJUICIOS MATERIALES - Pérdida de capacidad laboral del 70 por ciento. Indemnización

Como la pérdida de la capacidad laboral fue del 70%, el valor que se tendrá en cuenta para liquidar los perjuicios materiales, es la totalidad, en razón que se torna en una situación de invalidez total, tal y como lo tiene definido la jurisprudencia adoptada por la Sala, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, según la cual la condena se debe calcular sobre el 100% de la renta para la persona que ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral “entendida ésta como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en su trabajo habitual (Decreto 917 de 1999, art. 2, lit. c)”. (...) La liquidación comprenderá dos períodos, el debido o consolidado que abarca el interregno transcurrido desde la fecha de ocurrencia de los hechos -16 de enero de 1997- hasta la fecha de la presente providencia y, el futuro o anticipado, que se corresponderá con el interregno comprendido entre el día siguiente de la fecha de la presente providencia y el término de vida probable del lesionado.

NOTA DE RELATORIA: Sobre este tema, se pueden consultar los fallos: 29 de enero de 2004, exp. 18273; 5 de diciembre de 2005, exp. 13339; y 29 de enero de 2009, exp. 16050

PERJUICIOS MATERIALES - Cálculo de la indemnización para herederos. Compañero permanente e hijos / PERJUICIOS MATERIALES - Víctima fallecida. Cálculo de la indemnización para herederos

Para efectos de liquidar la indemnización por perjuicios materiales, en consideración que no obra prueba que determine efectivamente el salario que devengaba la señora Montenegro Gutiérrez, se tendrá en cuenta el salario mínimo mensual legal vigente a la fecha de esta providencia (...), toda vez que al actualizar el salario vigente a la fecha de los hechos, su monto resulta inferior y por razones de equidad, se impone tomar la suma mayor para realizar los cálculos pertinentes. (...) Esta suma se adicionará con el 25% que, se presume, recibiría por concepto de prestaciones sociales, (...) suma de la cual se descontará un 25% que se presume era el valor que la hoy fallecida destinaba para sus gastos personales (...), resultando la suma (...) que será el valor para realizar los cálculos pertinentes, teniendo en cuenta que esta suma se dividirá en un 50% para liquidar los perjuicios del compañero permanente y el otro 50% para los hijos de la fallecida.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular, ver la sentencia de 15 de octubre de 2008, exp. 18586. Este fallo fue proferido por la Sala Plena de la Sección Tercera

del Consejo de Estado. Con aclaración de voto de los consejeros Stella Conto Díaz del Castillo, Enrique Gil botero y Jaime Orlando Santofimio Gamboa, y salvamento de voto del consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C, primero (1) de noviembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 19001-23-31-000-1998-09000-01(20773)

Actor: REILER VASQUEZ VALENCIA Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE POPAYAN

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de 31 de enero de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión Sede Cali, en la que se negaron las súplicas de la demanda.

I.-ANTECEDENTES

1- En demanda presentada el 2 de julio de 1998, Reiler Vásquez Valencia, obrando en nombre propio y en representación de sus hijos menores Edinson Ferley Vásquez Sánchez y Emerson Alejandro Sánchez Troyano; Zeneida Troyano Montenegro, en calidad de compañera permanente de Reiler Vásquez Valencia; Álvaro Vásquez y Hermila Valencia, en calidad de padres de Reiler Vásquez Valencia; Sorángela, Miyer, Luís Ángel, María del Carmen, Einar Diosides y Jeremías Vásquez Valencia, en condición de hermanos del señor Reiler Vásquez Valencia, quienes conforman un primer grupo familiar demandante.

Un segundo grupo demandante se conforma con familiares de María Argenis Montenegro Gutiérrez, en el que se encuentran los señores Marcelina Gutiérrez Salinas, quien obra en nombre propio y en representación de sus hijos menores Fabio Nelson Sánchez Gutiérrez y Jorge Luís Gutiérrez, quienes acuden en calidad de madre y hermanos de la señora María Argenis Montenegro Gutiérrez; Jeremías Vásquez Valencia, en nombre propio y en representación de sus hijos menores Álvaro Felipe, Caterine, Jhon Jairo, Luz Mila y Uriel Vásquez Montenegro, en calidad de compañero permanente e hijos de la señora María Argenis Montenegro Gutiérrez y los señores Ligia, María Fany, Rosalba y Olmedo Montenegro Gutiérrez, Ana Milena y Blanca Sthella Sánchez Gutiérrez, quienes se

presentan en condición de hermanos de la señora María Argenis Montenegro Gutiérrez.

Los mencionados grupos familiares solicitan que se declare patrimonialmente responsable al Municipio de Popayán, por las limitaciones físicas, morales y fisiológicas ocasionadas al señor Reiler Vázquez Valencia y a su familia, así como por los perjuicios morales y materiales ocasionados a la familia de la señora María Argenis Montenegro Gutiérrez con la muerte de ésta, en hechos ocurridos el 16 de enero de 1997 en el Relleno Sanitario perteneciente al Municipio de Popayán, lugar en donde se dedicaban a labores de reciclaje, cuando –aseguran- fueron impactados por un artefacto explosivo que había sido transportado en alguno de los vehículos recolectores de basura del ente territorial demandado.

Como consecuencia de las declaraciones así solicitadas, pidieron se condenara al Municipio demandado al pago de indemnización así:

➤ **Primer grupo demandante**

• **Perjuicios morales**

Solicitan indemnización por este concepto y en las cuantías que se indican, los señores:

- Reiler Vázquez Valencia, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro.
- Edinson Ferley Vázquez Sánchez y Emerson Alejandro Sánchez Troyano, hijos menores de Reiler Vázquez Valencia, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno de ellos.
- Zoneyda Troyano Montenegro, en calidad de compañera permanente de Reiler Vázquez Valencia, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro.
- Álvaro Vázquez y Hermila Valencia, en calidad de padres de Reiler Vázquez Valencia, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno de ellos.
- Sorángela, Miyer, Luís Ángel, María del Carmen, Einar Diosides y Jeremías Vázquez Valencia, en condición de hermanos del señor Reiler Vázquez Valencia, el equivalente en pesos a 500 gramos de oro para cada uno de ellos.

• **Perjuicios fisiológicos**

Se reclama indemnización por los perjuicios sufridos en esta modalidad por el señor Reiler Vázquez Valencia, en cuantía equivalente en pesos a 8.000 gramos de oro.

• **Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante**

Reclama indemnización de perjuicios bajo esta modalidad:

Reiler Vázquez Valencia, en la suma de cien millones de pesos (\$100.000.0000).

➤ **Segundo grupo demandante**

• **Perjuicios morales**

Solicitan ser indemnizados bajo este rubro:

- Marcelina Gutiérrez Salinas, en calidad de madre de la fallecida María Argenis Montenegro Gutiérrez, con el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro.

- Fabio Nelson Sánchez Gutiérrez y Jorge Luís Gutiérrez, en calidad de hermanos de la señora María Argenis Montenegro Gutiérrez, con el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno de ellos.

- Jeremías Vásquez Valencia, en calidad de compañero permanente de la fallecida, con el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro.

- Álvaro Felipe, Caterine, Jhon Jairo, Luz Mila y Uriel Vásquez Montenegro, hijos menores de la fallecida, con el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno de ellos.

- Ligia, María Fany, Rosalba y Olmedo Montenegro Gutiérrez, Ana Milena y Blanca Sthella Sánchez Gutiérrez, en condición de hermanos de la señora María Argenis Montenegro Gutiérrez, el equivalente en pesos a 500 gramos de oro para cada uno de ellos.

- **Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante**

Se pide el reconocimiento indemnizatorio por este rubro en favor de Jeremías Vásquez Valencia, compañero permanente de la fallecida María Argenis Montenegro Gutiérrez y de sus hijos, en la suma de cien millones de pesos (\$100.000.0000).

2. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, en síntesis, afirmaron que el día 16 de enero de 1997, siendo las 12:30 horas, los señores Reiler Vásquez Valencia y María Argenis Montenegro Gutiérrez, afiliados a la “*Pre-Cooperativa de Recicladores Nuevas Esperanzas*”, cuando se dedicaban a labores de reciclaje en el Relleno Sanitario del Municipio de Popayán, fueron impactados por un artefacto explosivo que acababa de ser transportado en uno de los vehículos recolectores de basura, lo que causó la muerte de la señora Montenegro Gutiérrez y serias lesiones al señor Vásquez Valencia, tales como: pérdida total del ojo derecho, oído izquierdo y brazo izquierdo, pérdida de los dedos 3°, 4° y 5° de la mano derecha y desfiguración total por esquirilas en el estómago¹.

3. Previa corrección de la demanda, fue admitida por el Tribunal Administrativo del Cauca mediante auto de 2 de octubre de 1998², providencia que fue notificada al Ministerio Público³ y a la entidad demandada⁴.

3.1. Dentro de la oportunidad legal para hacerlo, el Municipio de Popayán la contestó para oponerse a las pretensiones y adujo que la parte demandante debía probar que la caja que presuntamente contenía elementos explosivos había sido recogida y descargada por un vehículo recolector de basuras de propiedad del demandado. Señaló que ni el señor Vásquez Valencia, ni la señora Montenegro Gutiérrez eran empleados del Municipio, sino que pertenecían a una Pre-Cooperativa de Recicladores, entidad autónoma e independiente, a la que

¹ Fol. 53 a 68 C.1.

² Fol. 78 a 79 C.1

³ Fol. 81 C.1

⁴ Fol. 82 del C.1

correspondía el deber de adoptar las medidas de protección de sus asociados dedicados al reciclaje.

No empero lo anteriormente expresado, indicó el municipio demandado que el hecho por el cual se reclama en este caso se había tratado de un caso especial y fortuito, en razón a que *-al parecer-* hubo manos criminales que dejaron en uno de los andenes de las calles de la ciudad una caja que aparentemente contenía basura y que como no es labor de los recolectores examinar, abrir las bolsas de basura, cajas u otra clase de recipientes que suelen ser utilizadas para depositar los desperdicios, le resultaba imposible a los funcionarios del municipio realizar una labor de investigación en este proceso de recolección.

Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, culpa exclusiva de la víctima, culpa de un tercero y la existencia de fuerza mayor.⁵

4. Concluida la etapa probatoria iniciada con auto de 27 de abril de 1999⁶, mediante providencia de 13 de marzo de 2000⁷ se dio traslado para alegar de conclusión, término del cual hicieron uso las partes, así:

4.1. La parte demandante reiteró los argumentos planteados en la demanda y señaló que en este caso se presentó una falla en el servicio, dado que el lugar destinado al relleno sanitario carecía, para la fecha de los hechos, de las más elementales normas de seguridad, a pesar de los riesgos que por su destinación se corren, ya que ni siquiera estaba cerrado, situación que facilitaba que cualquier persona ingresara a realizar labores de reciclaje, actividad que, además, auspiciaba el municipio demandado, quien dotaba a los recicladores con implementos tales como uniformes.

De otra parte planteó que en este caso se configuraba *-también-* la responsabilidad del municipio con fundamento en la teoría del daño especial, puesto que el conductor del vehículo recolector de basuras que transportó el artefacto explosivo declaró haberlo recogido en inmediaciones del edificio en donde funciona la Gobernación del Cauca, lugar en el cual *-al parecer-* se pretendía realizar un atentado terrorista y que, por lo tanto, los particulares que resultaron afectados no tenían por qué soportar ese daño⁸.

4.2 La parte demandada, después de realizar un recuento del material probatorio recaudado en el proceso, afirmó que no existió en este evento una falla en el servicio por la que se le pudiera imputar responsabilidad, puesto que el Municipio de Popayán estaba en incapacidad de prever y evitar la explosión del artefacto ubicado en la bolsas de recolección de basura, abierta y manipulada por un reciclador ajeno a la entidad que, bajo su propia cuenta y riesgo, realizaba dicha labor para buscar el sustento y que *-por esa razón-* no se la podía prohibir. Señaló además, que este acto *-si se pudiera llamar terrorista-*, no fue anunciado, ni era previsible, como para que el Municipio lo hubiera conocido con anterioridad y adoptara medidas para evitarlo⁹.

4.3. El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

II-LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

⁵ Fol. 88 a 99 C.1.

⁶ Fol. 107 a 109 C.1

⁷ Fol. 132 C.1

⁸ Fol. 134 a 143 C.1.

⁹ Fol. 144 a 148 C.1.

El Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión, Sede Cali, en sentencia de 31 de enero de 2001 negó las pretensiones de los demandantes por considerar que los daños cuya reparación se reclama en este proceso no eran imputables a la entidad demandada, sino que eran atribuibles al hecho exclusivo y determinante de un tercero.

La esencia de su argumentación se encuentra en el siguiente aparte que la Sala se permite retener para mayor claridad:

“El daño se probó, por la explosión causada el 16 de enero de 1997 en el Municipio de Popayán, pero en ningún momento podrá ser imputable a la administración, ni por acción ni por omisión de alguno de sus agentes, pues, como está establecido, se debió al hecho exclusivo y determinante de un tercero que en forma irresponsable o dolosa colocó el explosivo en algún lugar de la ciudad de Popayán, por donde precisamente pasó el carro de la basura recogiénolo y llevándolo al Relleno Sanitario, a donde concurrían los recicladores vinculados a la Cooperativa Nuevas Esperanzas.

“Debemos considerar, además la fuerza mayor como causal exonerativa de responsabilidad, demostrada por la administración, por cuanto la causa del daño fue externa al demandado, rompiéndose, por tanto, el nexo causal por causa ajena al mismo”¹⁰.

III- EL RECURSO DE APELACION

La parte demandante apeló la sentencia¹¹ y sustentó su protesta en considerar que era un hecho demostrado que el supuesto artefacto explosivo había sido recogido por el vehículo recolector de basura de propiedad del municipio y descargado en el Relleno Sanitario *-también de propiedad del municipio y administrado por él-*, por lo que, en ejercicio de sus funciones, debió adoptar las medidas de prevención indispensables para que los elementos allí depositados no llegaran a significar peligros mayores para la comunidad o para las personas que en razón de las labores de reciclaje patrocinadas o permitidas por la propia Entidad operaban allí.

Mencionó además, que en el lugar en donde ocurrieron los hechos existía un Inspector de Vigilancia dependiente del Municipio de Popayán, quien debía estar presto a precaver toda anomalía que pudiera presentarse dentro de ese sitio¹².

IV- EL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de 10 de mayo de 2001 el Tribunal Administrativo del Cauca concedió el recurso de apelación interpuesto¹³, siendo admitido en esta Corporación por auto de 26 de julio de 2001¹⁴. Más tarde, mediante proveído de 23 de agosto de 2001 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión¹⁵, término que transcurrió en silencio.

¹⁰ Fol. 153 a 160 C. 2.

¹¹ Recurso presentado el día 4 de abril de 2001 -Fol. 166 C. 2-

¹² Fol. 172 a 177 C.2.

¹³ Fol. 170 C. 2

¹⁴ Fol. 182 a 183 C. 2.

¹⁵ Fol. 185 C.2

V- CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la presente acción, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 31 de enero de 2001 por el Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión, Sede Cali, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la demanda se presentó el 2 de julio de 1998 y la pretensión mayor -correspondiente al perjuicio fisiológico reclamado en favor del lesionado Vásquez Valencia-, se estimó en 8000 gramos oro (\$103.170.880), mientras que el monto exigido en ese año para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviese vocación de doble instancia era de \$ 18.850.000¹⁶.

2. El ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble por causa de trabajos públicos.

En el sub examine la responsabilidad administrativa que se demanda se origina en los daños derivados de las lesiones causados con un artefacto explosivo al señor Reiler Vásquez Valencia y la muerte de María Argenis Montenegro Gutiérrez, el día 16 enero de 1997, lo que significa que la parte demandante tenía hasta el día 17 de enero de 1999 para presentar oportunamente su demanda y como ello se hizo el 27 de julio de 1998¹⁷, resulta evidente que la acción se propuso dentro del término previsto por la ley.

3. El asunto materia de debate

Ya se dejó indicado que la sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la demanda porque consideró que los daños cuya reparación se reclaman no le resultaban imputables a la entidad demandada, sino que eran atribuibles al hecho exclusivo y determinante de un tercero, decisión que no comparten los demandantes quienes consideran que la causa del hecho dañoso, en este caso, se halla en una falla en el servicio atribuible al Municipio de Popayán que omitió el debido control y vigilancia de la recolección y disposición final de basuras en el relleno sanitario. Adujo también, como ya se anotó, la configuración de un daño especial para los demandantes afectados con la explosión.

En este orden de ideas, para dilucidar el asunto, la Sala entrará a estudiar en su orden: el hecho generador del daño antijurídico, las circunstancias en que ocurrieron las lesiones a Reiler Vásquez Valencia y la muerte de María Argenis Montenegro Gutiérrez y la imputabilidad o no a la entidad territorial demandada, previo análisis de los diferentes títulos de imputación.

3.1. El hecho generador del daño antijurídico

¹⁶ Decreto 597 de 1988.

¹⁷Fol. 69 C.1.

La parte demandante pretende la indemnización de los perjuicios morales, fisiológicos y materiales causados con ocasión de las lesiones de que fue víctima Reiler Vásquez Valencia y los que se derivan de la muerte de María Argenis Montenegro Gutiérrez, hechos que tuvieron su origen en la ocurrencia de una explosión en momentos en que ejercían labores de reciclaje en el Relleno Sanitario del Municipio de Popayán el día 16 de enero de 1997.

En relación con la muerte de María Argenis Montenegro Gutiérrez, ha de decirse que ciertamente se encuentra acreditado tal hecho con la copia auténtica del Registro Civil de Defunción expedida por la Notaría Primera de Popayán¹⁸.

En cuanto a las lesiones sufridas por Reiler Vásquez Valencia, ha de señalar la Sala que se tienen acreditadas con lo registrado en la copia de la historia clínica remitida por el Jefe del Departamento de Información del Hospital Universitario San José de Popayán mediante Oficio de 30 de julio de 1999¹⁹, lo cual le confiere el carácter de auténtica, así como con el resultado del reconocimiento médico legal que le fue practicado al lesionado demandante por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Cauca, en donde se las describió así:

“DX: Secuelas derivadas de trauma explosivo con:

- 1. Amputación de mano izquierda*
- 2. Amputación de 3º, 4º y 5º dedos de mano derecha.*
- 3. Múltiples cicatrices en abdomen y miembro superior izquierdo.*
- 4. Ptisisbulbis ojo derecho.*
- 5. Perforación timpánica izquierda.*

(...)

“CONCLUSION: Hombre joven que el 16 de enero/97 sufrió accidente al manipular una bolsa que contenía un explosivo, en el relleno sanitario, ocasionándole múltiples lesiones en diferentes partes del cuerpo ya anotadas en los diagnósticos anteriores y la historia clínica. Con base en estos hallazgos se concluye:

Elemento causal: Físico quemadura (Onda explosiva y calor).

Incapacidad médico legal definitiva: 50 días.

Secuelas:

- 1. Deformidad física permanente*
- 2. Pérdida funcional del miembro superior izquierdo.*
- 3. Perturbación funcional del órgano de la visión.*
- 4. Perturbación funcional del órgano de la audición.*
- 5. Pérdida funcional del órgano de la presión todas de carácter permanente”²⁰.*

Concurre a la demostración de la señalada circunstancia, la determinación que efectuó el Médico Laboral del otrora Ministerio del Trabajo Regional Cauca, respecto del grado de invalidez del señor Vásquez Valencia en la siguiente forma:

¹⁸Fol. 31 C.1

¹⁹Fol. 63 a 205 C. de P.

²⁰Fol. 232 a 235 del C. de P.

<i>“Deficiencia Laboral:</i>	54,40%
<i>Discapacidad Laboral:</i>	3,60%
<i>Minusvalía Laboral:</i>	12,00%
Total:	70,00%”²¹

3.2. Las circunstancias en que ocurrieron las lesiones sufridas por Reiler Vásquez Valencia y la muerte de María Argenis Montenegro Gutiérrez

Para demostrar los supuestos fácticos de la demanda relacionados con la forma como se produjeron las lesiones de Reiler Vásquez Valencia y la muerte de María Argenis Montenegro Gutiérrez, solicitaron los demandantes, además de la recepción de testimonios de algunas personas que por una u otra circunstancia tuvieron ocasión de percibir los hechos, que se trajera al proceso copia de la investigación penal que por estos mismos hechos adelantó la Fiscalía General de la Nación, pruebas éstas que oportunamente se decretaron y que obran en el plenario en copia auténtica y cuyo contenido se valorará en este caso.

Descendiendo al caso concreto y en relación con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron las lesiones de Vásquez Valencia y la muerte de la señora Montenegro Gutiérrez, se tiene que, tanto las partes como el conjunto del material probatorio obrante en el proceso, concuerdan en indicar que tales hechos se produjeron por efecto de una explosión ocurrida cuando los antes nombrados se dedicaban a labores de reciclaje en el Relleno Sanitario del Municipio de Popayán.

En atención a que la anterior situación fáctica ha sido aceptada en su integridad por las partes demandante y demandada y que, por lo mismo, sobre tal extremo no existe controversia, la Sala se limitará a retener en esta providencia la visión que sobre lo sucedido narró el testigo presencial de los hechos, Mario Enrique Quilindo Chaparral, persona que trabajaba –dependiente del Municipio- como Operador de Buldócer en el Relleno Sanitario de Popayán, quien en la declaración rendida ante el *a quo* manifestó:

“El carro llegó al Relleno Sanitario, el carro número 03 poco más o menos faltando un cuarto para la una, él llegaba, el conductor llegaba a votar el último viaje, el nombre del conductor es Gilberto Tandeoy, como yo manejo el buldócer esperé que los recicladores recogieran el material reciclable y yo estaba sentado en el buldócer y vi la explosión y miré que todos corrían hacia los dos que estaban caídos, uno de ellos es Jeremías, perdón Reiler Vásquez y la otra Argenis Montenegro, vi esos dos que estaban caídos dentro de la basura...”²²

Agregó el testigo:

“El carro llevaba basura, entre la basura posiblemente llevaba una bomba, yo creo. Yo miré que ellos estaban en el basurero y sacaron una vaina y ellos se agarraron a mirar los dos el objeto encontrado y ahí explotó y ahí cayeron al piso”²³

²¹Fol. 337 del C. de P.

²²Fol. 35 a 37 del C. de P.

²³ Fol. 35 a 37 del C. de P.

Como puede apreciarse, el testigo atribuyó la explosión a que el vehículo recolector de basura había recogido un presunto elemento explosivo en una de las calles de la ciudad de Popayán, el que fue depositado en el Relleno Sanitario administrado por dicho ente territorial.

Igual consideración se desprende de lo testimoniado por Gilberto Tandeyo Joaquín, conductor del vehículo oficial recolector de basura, quien al respecto manifestó:

“Yo no me acuerdo la fecha, ni el día, lo que recuerdo son los hechos. Estando yo en el recorrido del Centro Colonial en el segundo viaje recogí poca carga y no se alcanzó a llenar el carro, se acabó el recorrido y me fui para el Relleno, allá fui con un solo ayudante porque los otros se fueron para la casa, entré al relleno, estando allá levanté el equipo del carro y boté la carga, en eso el ayudante bajó el equipo del carro y ya nos vinimos a unos 20 metros de recorrido donde dejé la carga se oyó un disparo, por ahí como andan cazadores matando torcazas siempre ha ocurrido así, seguí mi camino hasta allá a la Báscula, en eso estaba el Inspector Carlos Magno Nãñez, entonces él me dijo qué ocurrió allá abajo, en eso me bajé del carro y miré para allá y estaba allá la gritería de la gente y cuando estábamos ahí con el Inspector salieron dos recicladores a la carrera detrás de mí, en eso dijo el Inspector voltee el carro y nos volvemos para allá y volvimos al lugar de los hechos, ya encontramos la gente ahí estaban unos boca abajo, yo me llené de pánico, fue muy horrible ya dijeron ellos que era una bomba...”

(...)

“Eso los recogí en la carrera 5 por la calle 4, hasta bajar a la novena, por el Parque principal...”²⁴

En el mismo sentido, se describieron los hechos en el informe que rindió el Comandante del Departamento de Policía Cauca al Director de la Policía Judicial de esa Institución, contenido en el Oficio No. 0054 de 23 de enero de 1997, en el que se consignó:

“Comedidamente me permito informar a mi General, sobre la explosión ocurrida el día 16 de enero de 1997 a las 13:00 horas en el relleno sanitario (basurero) ubicado en el sector occidental de Popayán en la vía que conduce al Municipio de El Tambo Cauca.

HECHOS

Siendo aproximadamente las 13: 00 horas, después de que el carro recolector de basura descargó la misma se activó una sustancia o artefacto explosivo causando heridas a cuatro personas...”²⁵

Así las cosas, encuentra la Sala que está plenamente acreditado en el proceso que la muerte de la señora María Argenis Montenegro Gutiérrez y las lesiones sufridas por el señor Reiler Vásquez Valencia, fueron producidas por una

²⁴ Fol.38 a 40 del C. de P.

²⁵Fol. 20 a 22 del C. de P.

explosión ocurrida en las instalaciones del Relleno Sanitario, en momentos en que realizaban labores de reciclaje, circunstancia que evidentemente les vulneró bienes jurídicos protegidos como la vida y la integridad personal.

3.3. La imputabilidad del daño a la entidad territorial demandada.

Ahora bien, constatada la existencia del daño antijurídico, la Sala procede al análisis de su imputación, a fin de establecer si resulta jurídicamente atribuible a la Administración Municipal demandada.

La imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que, por lo tanto, en principio, estaría en la obligación de responder bajo cualquiera de los títulos de imputación de responsabilidad; esto del régimen subjetivo (falla en el servicio) o del régimen objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

3.3.1. La falla en el servicio alegada por la parte demandante.

La parte demandante argumentó, tanto en el escrito del libelo introductorio como en la sustentación de la apelación que, en el caso materia de estudio, se configuró como causa del hecho dañoso una falla en el servicio por parte del Municipio de Popayán, al omitir controlar y vigilar la recolección y disposición final de basuras en el Relleno Sanitario.

Al respecto ha de señalar la Sala que, ciertamente, no está probada en el plenario la configuración de este título de imputación subjetivo que permitiera atribuir la responsabilidad al ente territorial demandado del hecho dañoso que ha dado lugar a la presente acción, en tanto que la supuesta falta de medidas de seguridad en el sitio del incidente no fue acreditada por la parte actora y porque, mucho menos, se halla demostrado que de su eventual ocurrencia se hubiera derivado -como consecuencia necesaria- el hecho dañoso.

De otra parte, debe resaltar la Sala, que no es posible afirmar que hubiera existido una falla en el servicio sobre la base de la circunstancia de haber sido un vehículo recolector de basura en el que aparentemente se recogió y transportó hasta el relleno sanitario un elemento explosivo indeterminado que hizo detonación y causó los daños por los cuales se reclama, por cuanto ciertamente le resultaría razonablemente imposible a la entidad demandada revisar, antes de ser levantados para llevarlos a su destino final en el relleno sanitario, todas y cada una de las bolsas o recipientes en los que la comunidad deposita sus desechos. Tal perspectiva de lo que ha de ser el servicio de recolección atentaría contra su propia eficiencia y tendría por efecto propiciar el caos y mayor contaminación.

3.3.2. No es posible atribuir responsabilidad al ente territorial demandado con fundamento en el título de imputación del daño especial que aduce la demanda.

Conforme ya se anotó, otro de los planteamientos de la parte demandante hace referencia a que en este caso se habría configurado la responsabilidad del municipio con fundamento en la teoría del daño especial, visión que tendría por apoyo y fundamento que el conductor del vehículo recolector de basuras que transportó el supuesto artefacto explosivo declaró haberlo recogido en inmediaciones del edificio en donde funciona la Gobernación del Cauca, lugar en el cual -se supone por parte de los demandantes- se pretendía realizar un atentado terrorista y que, por lo tanto, los particulares que resultaron afectados no

tendrían por qué soportar ese daño.

Frente a este planteamiento, ha de decirse que si bien es cierto la Sección en forma mayoritaria ha acogido este título de imputación para atribuir responsabilidad a las entidades estatales cuando un atentado terrorista se dirige contra una personalidad o un bien del estado, en el caso materia de estudio no es posible concluir que se hubiera tratado de un acto terrorista dirigido en contra de la Gobernación del Cauca o alguna autoridad pública, no solamente porque no resulta aceptable entender que el conductor del vehículo recolector estuviese en condiciones de precisar en qué punto del recorrido recogió la bolsa que se dice contenía el elemento que explotó, sino porque no existe en el plenario prueba alguna que apunte a dicha conclusión.

Por fuerza de estas circunstancias se impone concluir que no se hacen presentes en este caso los elementos que permitieran dar aplicación a este título de imputación.

3.3.3. Estructuración de la responsabilidad del Municipio de Popayán, con fundamento en el título de imputación del riesgo excepcional.

Considera la Sala que en la búsqueda de los contenidos materiales de justicia, de acuerdo con valores y principios consagrados en la Constitución Política que tiene como su epicentro al ser humano y, acudiendo al principio *iura novit curia*, debe aplicarse en el presente caso el régimen de riesgo excepcional para, con fundamento en él, definir la responsabilidad de la entidad demandada.

Acerca del contenido y alcance del indicado título de imputación, la Sección ha precisado²⁶:

*“..El título jurídico de imputación consistente en el **riesgo creado o riesgo excepcional** deriva su existencia de la consideración según la cual el sujeto de derecho que despliega una actividad cuya realización implica el riesgo de ocasionar daños, debe asumir la responsabilidad derivada de la causación de éstos en el evento en que sobrevengan o de que, aún cuando la actividad no entrañe verdadera peligrosidad, conlleva la asunción de las consecuencias desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que de dicha actividad se beneficia. **En ese orden de ideas, se sostiene que pueden existir tres modalidades de responsabilidad por riesgo:***

a. Responsabilidad por riesgo-peligro.

Es la asociada tradicionalmente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, con la idea de “actividades peligrosas” y, dentro de ella, quedan comprendidos tres supuestos diferenciables:

a.1. Responsabilidad derivada del uso de objetos peligrosos, entre los cuales puede referirse (i) a las sustancias peligrosas -verbigracia, químicos o explosivos-; (ii) a instrumentos o artefactos peligrosos -caso de las armas de fuego o los vehículos automotores- o (iii) a las instalaciones peligrosas -como las redes de conducción de energía eléctrica o de gas domiciliario-.

²⁶ Sentencia de 26 de marzo de 2008. Sección Tercera C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Radicación No. 85001-23-31-000-1997-00440-01(16530)

a.2. *Responsabilidad derivada del uso de métodos peligrosos, la cual ha sido reconocida por la jurisprudencia francesa, por vía de ejemplo, cuando se ocasionan daños por menores delincuentes internos en establecimientos especiales de corrección o por enfermos mentales en “salida de prueba” o por condenados mediante sentencia judicial a quienes se conceden beneficios penitenciarios como permisos de salida o libertad condicional.*

a.3. *Responsabilidad derivada de la ejecución de trabajos públicos, como quiera que la misma supone el despliegue de actividades que entrañan riesgo -como la construcción o apertura de rutas, puentes, canales, túneles, líneas férreas, entre otras- y en cuya ejecución pueden presentarse (i) daños accidentales derivados de la ocurrencia de sucesos imprevistos que habrían podido no acaecer -que son aquellos que realmente podrían encuadrarse en esta categoría- y (ii) daños permanentes cuya causación no deriva de la ocurrencia de un accidente sino que se trata de consecuencias normales -e incluso previstas- de la ejecución de una obra pública, como perturbaciones en el goce, perjuicios comerciales o pérdida de valor de un inmueble, en relación con las cuales la obligación indemnizatoria a cargo del Estado suele explicarse mejor desde la perspectiva del título jurídico de imputación consistente en el daño especial derivado de la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas.*

b. Responsabilidad por riesgo beneficio.

*En esta categoría el énfasis recae no ya en el peligro creado por el Estado, sino **el provecho que éste o la comunidad reciben como consecuencia del ejercicio de la actividad riesgosa** correspondiente, lo cual suele ocurrir, por vía de ejemplo, (i) en relación con colaboradores permanentes de la Administración, como los miembros de la Fuerza Pública, en los cuales proceda el reconocimiento de indemnizaciones más allá de las predeterminadas por la ley o (ii) respecto de colaboradores ocasionales de la Administración, lo cual puede suceder, a modo ilustrativo, en los supuestos en los cuales se ocasionan daños a particulares que prestan, en vehículos automotores de su propiedad, servicio de transporte benévolo o de transporte forzoso a agentes del Estado.*

c. Responsabilidad por riesgo álea.

Se trata de la asunción de riesgos derivados de la toma en consideración de la probabilidad de que cierto tipo de actividades o procedimientos pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa. En la jurisprudencia francesa se ha reconocido la responsabilidad del Estado en esta suerte de casos cuando se emplean, por parte de la Administración, métodos científicos cuyas consecuencias dañosas aún no son del todo conocidas o cuando, a pesar de ser conocidas, resultan de muy excepcional ocurrencia, en definitiva, cuando se está en presencia del denominado “riesgo estadístico” (Negrillas de la Sala).

3.3.4. La actividad desplegada por los recicladores implica una responsabilidad del municipio demandado con base en la teoría del riesgo.

Al entrar a examinar el sub judice con fundamento en la teoría del riesgo, no corresponde analizar el tema de la culpabilidad en que pudiera haber incurrido la entidad demandada, sino que el soporte de tal teoría radica en el principio de

solidaridad que se halla consagrado en la Carta Fundamental y en virtud del cual el daño padecido por la víctima no debe ser asumido exclusivamente por ésta, sino que ha de ser trasladado económicamente al Estado.

Al respecto, el profesor Carlos Alberto Gherzi, señala:²⁷

“Progresivamente, el nuevo derecho de daños, con un criterio más solidarista, se orienta hacia la objetivación de la responsabilidad, que prescinde de la culpa como factor de atribución y tiene en cuenta otros criterios basados en valoraciones económicas, sociales, etc., que impone que el daño sufrido no sea asumido exclusivamente por la víctima y pueda ser trasladado económicamente a un tercero. La idea se centra ya no en sancionar o castigar al autor de la conducta antijurídica, sino en la necesidad de que el daño sea reparado, esto es, resarcir a la víctima del daño sufrido, independientemente de la cuestión de su ilicitud”.

(...)

“Como lo señala Santos Briz, el fundamento de la responsabilidad por riesgo se halla en la justicia distributiva: la coacción social que impone la asunción de peligros por los perjudicados es desplazada sobre aquel, que, aunque en forma lícita y permitida, ha creado los riesgos. Se pone el acento en el damnificado más que en el autor del daño”.

“La reparación del daño es consecuencia entonces, de la incorporación de un elemento potencialmente dañoso y del beneficio obtenido con su utilización, que impone correlativamente la obligación de asumir la responsabilidad de reparar los daños causados” (Subrayas fuera de texto).

En este orden de ideas, en el caso concreto, para la Sala no existe duda en cuanto a que la actividad desplegada por los recicladores dentro de los rellenos sanitarios, permitida por el municipio –ha de agregarse-, comporta una actividad riesgosa que, al mismo tiempo, implica un significativo favor para la comunidad en general y, específicamente, para el ente territorial que tiene a su cargo la función del aseo ciudadano.

En efecto, regresando la mirada hacia lo que significa la labor desplegada por los recicladores de desechos urbanos (y rurales), ha de tenerse presente que, según el Decreto 1505 de 2003, por la actividad de gestión integral de residuos sólidos se entiende, *“(...) el proceso mediante el cual, a través de un manejo integral de los residuos sólidos, los materiales recuperados se reincorporan al ciclo económico y productivo en forma eficiente, por medio de la reutilización, el reciclaje, la incineración con fines de generación de energía, el compostaje o cualquier otra modalidad que conlleve beneficios sanitarios, ambientales, sociales y/o económicos”*

El reciclaje ha sido entendido como un proceso fisicoquímico o mecánico consistente en someter a una materia o producto ya utilizado a un ciclo de tratamiento total o parcial para obtener una materia prima o un nuevo producto. Ha sido definido, también, como la actividad tendiente a la obtención de materias primas a partir de desechos, introduciéndolos de nuevo en el ciclo de vida y a ello se ha llegado ante la perspectiva del agotamiento de recursos naturales y para eliminar de forma eficaz los desechos²⁸.

²⁷ GHERZI, Carlos Alberto, Teoría general de Reparación de daños, 3ª edición, Editorial Astrea. Pág. 182

²⁸ Tomado de internet [http:// es. Wikipedia.org](http://es.wikipedia.org)

Y se asegura que el reciclaje constituye una actividad beneficiosa por cuanto así lo concibe el propio ordenamiento jurídico que, además de contemplar tal aspecto como propósito propio de la actividad, engrana éste al que de manera inmediata persiguen quienes ejercen tal función provechosa. Así puede observarse de lo dispuesto en el artículo 67 del Decreto 1713 de 2002 cuando señala que la recuperación y aprovechamiento de los materiales contenidos en los residuos sólidos tiene como propósitos fundamentales:

- “1. Racionalizar el uso y consumo de las materias primas provenientes de los recursos naturales.*
- 2. Recuperar valores económicos y energéticos que hayan sido utilizados en los diferentes procesos productivos.*
- 3. Reducir la cantidad de residuos a disponer finalmente en forma adecuada.*
- 4. Disminuir los impactos ambientales, tanto por demanda y uso de materias primas como por los procesos de disposición final.*
- 5. Adicionado por el Art. 7, Decreto Nacional 1505 de 2003: Garantizar la participación de los recicladores y del sector solidario, en las actividades de recuperación y aprovechamiento, con el fin de consolidar productivamente estas actividades y mejorar sus condiciones de vida.”*

Tras verificar que doctrinaria y normativamente tiene asiento en nuestra sociedad moderna la visión según la cual la actividad de reciclaje de residuos o desechos constituye en sí misma una actividad beneficiosa para la sociedad, debe advertir la Sala que las labores de reciclaje llevadas a cabo en el interior de un relleno sanitario constituyen una actividad peligrosa, que implica un riesgo para las personas que la desarrollan, en tanto en esos sitios se tiene un contacto que puede catalogarse como indiscriminado y contaminante con los elementos allí situados, desechos en algunos casos potencialmente peligrosos para la salud de las personas, en tanto no sólo tienen la aptitud para causar enfermedades, sino también para lesionar su integridad, situación que de alguna manera permite entender por qué fue el propio Gobierno Nacional quien –años después de ocurridos los hechos que se analizan en el caso concreto-, prohibió la realización de reciclaje en los frentes de trabajo de los rellenos sanitarios, cuando entró a reglamentar el numeral 14.24 del artículo 14 de ley 142 de 1994, relacionado con la prestación del servicio público de aseo a través de los Decretos 1713 de 2002 y 838 de 2005²⁹.

De igual manera, en el artículo 9 del Decreto 1505 de 2003, modificadorio del artículo 86 del Decreto 1713 de 2002, expresamente prohibió “... *el desarrollo de las actividades de los recicladores en el frente de trabajo de los rellenos sanitarios*”.

La situación que le corresponde vivir a quienes se dedican a esa labor de reciclaje desde las perspectivas que se dejan señaladas, no ha sido ajena a la jurisprudencia nacional.

En efecto, en relación con las condiciones en que desarrollan su labor y la situación social en la que sobreviven quienes se dedican a esa actividad del reciclaje dentro de los rellenos sanitarios, la H. Corte Constitucional les reconoció

²⁹ Decreto 1713 de 2002, artículo 97 numeral 9 y Decreto 838 de 2005- Artículo 10.-. Criterios operacionales. La persona prestadora del servicio público de aseo en la actividad complementaria de disposición final, deberá garantizar, entre otras, el cumplimiento de las siguientes condiciones durante la fase de operación: 9. Prohibición de la realización de reciclaje en los frentes de trabajo del relleno.

la condición de personas merecedoras de especial protección y objeto de medidas afirmativas en tal sentido, y en ese marco conceptual discurrió de la manera que pasa a reseñarse por resultar especialmente ilustrativa para el caso que ahora corresponde decidir a esta Sala³⁰:

“... basta hacer referencia a las condiciones de salubridad, laborales y de violencia en las que desarrollan su actividad. Así, por ejemplo, además de acometer su trabajo en condiciones que los exponen al agua, al sol, y a residuos peligrosos, según estudios realizados, son más propensos a obtener enfermedades transmitidas por los parásitos, moscas y mosquitos. De igual modo, sufren con frecuencia irritaciones en la piel y erupciones, al igual que tuberculosis, bronquitis, asma, neumonía y disentería. En este sentido, en un estudio realizado en el dos mil siete (2007) en la Ciudad de Medellín, se evidenció que “el 36% de los recicladores encuestados declaró haberse sentido enfermo en los 15 días previos a la entrevista. La frecuencia relativa fue mayor en las mujeres (56%) que en los hombres (26%). Entre las personas encuestadas, el 37% manifestó padecer infecciones respiratorias agudas, y en menor proporción enfermedades diarreicas, enfermedades de los dientes, y otras inespecíficas. En la valoración médica a los 49 asistentes, la patología más frecuentemente diagnosticada fue la correspondiente a enfermedades de los órganos de los sentidos (25%), seguidas de enfermedades del sistema circulatorio (18%), algo más frecuentes en hombres que en mujeres”.

En cuanto a las condiciones laborales en las cuales realizan su trabajo, existen estudios que plantean que se trata de una población explotada. Esto, por cuanto, de los millones de dólares que produce el negocio del reciclaje al año, a ellos sólo les corresponde un pequeño monto. Según Martín Medina, asesor del Banco Mundial en temas de residuos sólidos y de reciclaje, a los recicladores se les paga el 5% de lo que genera la industria. Esto, entre otras razones, por los monopolios de quienes compran los residuos sólidos recuperados o aprovechados bajo esta modalidad. Sumado a lo anterior, se ven expuestos a la llamada privatización de la basura, dejándolos a la suerte del mercado, ignorando el lugar tradicional que han ocupado en este proceso. En muchos de estos casos, se ha intentado removerlos de la labor que venían desempeñando, atentando contra la posibilidad de que generen ingresos por su cuenta y amenazando, por lo mismo, su subsistencia.

Finalmente, otro ejemplo que permite dilucidar las razones por las cuales los recicladores son sujetos de especial protección constitucional, es la violencia de la que han sido objeto, que incluso ha llegado a actos delictuales como los homicidios. En efecto, han sido sometidos a la llamada “limpieza social”, perseguidos y asesinados, ejemplo de lo cual es el caso de público conocimiento de los cadáveres de 40 recicladores hallados en la Universidad Libre de Barranquilla en 1992, cuyas muertes fueron causadas para vender sus órganos para trasplantes y sus cuerpos enajenados para ser utilizados en aulas de medicina”.

Una vez analizados los apartes jurisprudenciales y doctrinarios, que destacan la labor benéfica que prestan los recicladores y su situación de vulnerabilidad, la Sala entrará a abordar el marco jurídico que impone la prestación del servicio

³⁰ Corte Constitucional. Auto 268 de 2010. M. P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

público de aseo en cabeza del municipio, del cual se puede predicar la adopción de medidas afirmativas de protección en su favor.

3.3.5. El marco jurídico que radica en el ente territorial demandado la prestación del servicio público de aseo, dentro del que se encuentra la recolección tratamiento y disposición final de basuras.

En relación con la prestación del servicio público de aseo por parte del ente territorial, que fue la actividad en la cual se enmarcó la producción del daño que se somete hoy al estudio de la Sala, ha de decirse que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 311 de la Constitución Política, al municipio, como entidad fundamental de la división política administrativa del Estado, le corresponde prestar los servicios públicos que la ley determine y construir las obras necesarias para el progreso local.

De igual manera, el inciso segundo del artículo 367 ibídem establece como deber de los municipios prestar directamente los servicios públicos cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen.

En concordancia con las anteriores disposiciones constitucionales, la Ley 142 de 1994, en su artículo 5, dispuso:

“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...”* (Destacado fuera de texto)

Ahora bien, en desarrollo de la Ley 142 de 1994, se expidió el Decreto 605 de 1996, el cual, en sus artículos 4, 5 y 8, en relación con el servicio público de aseo, reza:

*“Artículo 4: Responsabilidad de la prestación del servicio público de aseo. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, **es responsabilidad de los municipios** asegurar que se preste a sus habitantes el servicio público domiciliario de aseo.*

“Artículo 5: Responsabilidad en el manejo de los residuos sólidos domésticos. La responsabilidad por los efectos ambientales y a la salud pública generados por la recolección, el transporte y la disposición final de los residuos sólidos domiciliarios recaerá en la entidad prestadora del servicio de aseo, la cual deberá cumplir con las disposiciones del presente Decreto y las demás relacionadas con la protección del medio ambiente y la salud pública. El municipio debe promover y asegurar la solución del manejo de los residuos sólidos en su área rural, urbana y suburbana” (Se destaca).

En miras del cumplimiento de esta función que, tal como se deja visto corresponde al municipio, resulta imposible dejar de observar el significativo

aporte, cooperación y beneficio que le brindan los recicladores en procura del cuidado del medio ambiente, según ya se vio y que racionalizó la Corte Constitucional en la providencia que viene de citarse.

Sostuvo la H. Corte Constitucional en tal oportunidad sobre tal aspecto³¹:

“Es por eso que la Corte no sólo debe referirse a la discriminación y marginación que padecen los recicladores en esta sociedad, sino a la importancia de su labor dentro de las relaciones ambientales que se han producido en algunas sociedades a partir del cambio energético que se causó con la revolución industrial, en especial a partir de la utilización del petróleo como principal fuente de energía, así como con el aumento del consumo por habitante a partir de mediados del siglo XX.

En este orden de ideas, es importante reiterar que esta Corporación ha entendido por ambiente, según la sentencia C-189 de 2006, al entorno vital del ser humano, indispensable tanto para las generaciones actuales como para las futuras. Por ende, se trata de un concepto que comprende las relaciones que la humanidad tiene con los ecosistemas. En dicha providencia, además, se indicó que “(...) el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha distinguido con el nombre de “Constitución Ecológica”, conformada por el “conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección”.

Esto es relevante, por cuanto una rama de la historia ambiental analiza las relaciones de los seres humanos con el entorno a partir del intercambio energético, que también incide en las consecuencias materiales que el mismo conlleva en el entorno, donde evidentemente se sitúan los residuos sólidos. Ambos parámetros han de ser observados bajo la óptica de la conservación y protección, cosa que resalta la labor que acometen los recicladores.

En este orden de ideas, según algunos estudiosos de la historia ambiental, la revolución industrial debe ser entendida como un cambio específico y cualitativo en la relación energética de los seres humanos con la naturaleza. A esto le han denominado el metabolismo social, que implicó un traslado de sociedades dependientes de la energía solar a una nueva, donde la relación se configuró en especial con los combustibles fósiles. Rolf Peter Sieferle indica que ‘La forma que toma el intercambio material entre la sociedad y su medioambiente físico se [denomina] metabolismo social. Este metabolismo o intercambio material, es decir, toda la esfera de producción, consumo, técnica y movimiento de población, es determinado, en últimas, por la disponibilidad de energía. El flujo de energía en la sociedad humana define su amplitud material y, en gran parte, también su perfil físico, es decir, su estructura material y los efectos sobre el medioambiente externo’. En este sentido, el cambio energético y la potencia para efectuar trabajos – entre los que se encuentra la producción – son relevantes para entender la situación ambiental en la que se encuentran sociedades como la colombiana, pues a mayor energía disponible y utilizada, mayores efectos sobre el entorno, que - de no ser morigerados- pueden conllevar daños ambientales.

³¹ Corte Constitucional. Auto 268 de 2010. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Es sobre esto último, el impacto ambiental del metabolismo social, que los recicladores cumplen un papel fundamental en beneficio de toda la sociedad. Tras la revolución industrial del carbón, el siguiente combustible utilizado como fuente principal es el petróleo, empleado no sólo para transporte, sino incluso para la producción de alimentos, empaques o utensilios de cocina. Dentro de esta segunda revolución industrial, se configuró – además - a partir de la mitad del siglo XX aproximadamente, también un aumento en los perímetros urbanos, con una consecuente explosión demográfica, al igual que un acrecentamiento del consumo de bienes desechables, con la consecuente generación de grandes cantidades de residuos sólidos. Según el Decreto 838 de 2005, por el cual se modifica el Decreto 1713 de 2002 sobre disposición final de residuos sólidos y se dictan otras disposiciones, estos últimos se constituyen por ‘(...) cualquier objeto, material, sustancia o elemento sólido resultante del consumo o uso de un bien en actividades domésticas, industriales, comerciales, institucionales o de servicio, que el generador abandona, rechaza o entrega y que es susceptible de aprovechamiento o transformación en un nuevo bien, con valor económico o de disposición final’.

Como se observa, los residuos sólidos pueden tener la potencialidad de ser aprovechados, lo que reduce la necesidad de acudir directamente a los ecosistemas para extraer materias primas. Por aquella actividad se entiende, según el Decreto 1505 de 2003, ‘(...) el proceso mediante el cual, a través de un manejo integral de los residuos sólidos, los materiales recuperados se reincorporan al ciclo económico y productivo en forma eficiente, por medio de la reutilización, el reciclaje, la incineración con fines de generación de energía, el compostaje o cualquier otra modalidad que conlleve beneficios sanitarios, ambientales, sociales y/o económicos’. Por el contrario, aquellos residuos que no sean aprovechables, deben ser apartados mediante el proceso de disposición final, que según el Decreto 838 de 2005, es aquél por medio del cual ‘se [aislan] y [confinan] los residuos sólidos en especial los no aprovechables, en forma definitiva, en lugares especialmente seleccionados y diseñados para evitar la contaminación, y los daños o riesgos a la salud humana y al ambiente’.

Así las cosas, a mayor aprovechamiento de los residuos sólidos, menor cantidad de los mismos ha de ser objeto de las técnicas pertinentes para su disposición final, cosa que se hace en un relleno sanitario. Por este último se comprende, según el artículo 1º del Decreto 838 de 2005, ‘(...) el lugar técnicamente seleccionado, diseñado y operado para la disposición final controlada de residuos sólidos, sin causar peligro, daño o riesgo a la salud pública, minimizando y controlando los impactos ambientales y utilizando principios de ingeniería, para la confinación y aislamiento de los residuos sólidos en un área mínima, con compactación de residuos, cobertura diaria de los mismos, control de gases y lixiviados, y cobertura final’.

Como quiera que son objeto de lo anterior, en principio, los residuos que no sean aprovechables, la selección de los mismos es crucial para mitigar la necesidad de acudir directamente al entorno para obtener materias primas. Así mismo, esta actividad reduce la cantidad de residuos que han de ser objeto de la disposición final. Esto permite, por una parte, que la vida útil de los rellenos sanitarios se prolongue a la vez que incide en la disminución de materiales que pueden conllevar contaminación. Por esto último se entiende, según el Decreto 1713 de 2002 como ‘(...) la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de

la naturaleza en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y/o la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de los particulares'. Así las cosas, al menos en estos dos sentidos, es crucial la actividad que ejercen los recicladores, en virtud de la cual la sociedad se ve favorecida por la labor que acometen, ya que permite la protección y conservación del ambiente. Esta importante labor fue reconocida por el legislador hace más de dos lustros, quien mediante la Ley 511 de 1999 consagró al primero de marzo de todos los años como el día nacional del reciclador y del reciclaje.

Entonces, se reitera, al efectuarse procesos de aprovechamiento sobre los residuos sólidos, además de reducir la demanda de materia prima directamente extraída de los ecosistemas, también se logra prolongar la vida útil de los rellenos sanitarios. Por ende, el aprovechamiento repercute directamente en el impacto ambiental del ciclo productivo de una sociedad de consumo. Esto fue incluso mencionado por la UAESP dentro del presente proceso, ya que la entidad afirmó que el aprovechamiento permite prolongar la vida útil del RSDJ, por lo que tal actividad se tuvo en cuenta como criterio habilitante dentro de la licitación en comento.

Es pertinente indicar que las regulaciones en torno al manejo de los residuos sólidos reconocen lo anterior. Así, por ejemplo, al referirse a '(...) los propósitos fundamentales (...)’ del aprovechamiento y la recuperación, el Decreto 1713 de 2002 – en el artículo 67 - indica que con ellos se busca '(...) racionalizar el uso y consumo de las materias primas provenientes de los recursos naturales (...), reducir la cantidad de residuos a disponer finalmente en forma adecuada (...) [y] disminuir los impactos ambientales, tanto por la demanda y uso de materias primas como por los procesos de disposición final'. Es por esto, que no sorprende que un principio básico para la prestación del servicio público de aseo – conforme al artículo 3º del Decreto 1713 de 2002, sea '(...) desarrollar una cultura de la no basura, fomentar el aprovechamiento, minimizar y mitigar el impacto en la salud y en el medio ambiente, ocasionado desde la generación hasta la eliminación de los residuos sólidos (...)’.

Entonces, la participación de los recicladores, definidos por la normatividad en comento como '(...) la persona natural o jurídica que presta el servicio público de aseo en la actividad de aprovechamiento', no sólo los favorece a ellos brindándoles la posibilidad de obtener remuneración por su trabajo, sino que, por sobre todo, beneficia a la colectividad en el sentido de proteger nuestro entorno natural, así como el de las generaciones futuras. Esto contrasta con la situación de discriminación y marginación en la que se encuentran, pero es menester enfatizar que ambas sustentan y legitiman las acciones afirmativas que frente a ellos han de adoptarse”.

Como se puede apreciar del aparte transcrito, los recicladores son personas que se encuentran indudablemente en una situación de debilidad manifiesta, sin seguridad social, sin un salario fijo, incluso, sin los elementos mínimos de seguridad que les permita enfrentar muchas de las contingencias que implica su labor, razón por la cual, el Estado se encuentra -como destaca la H. Corte Constitucional- en la obligación de llevar a cabo acciones afirmativas para su protección y dignificación como seres humanos y, dentro de dicha perspectiva, considera la Sala que el espectro de tales medidas cobija también el campo de la responsabilidad por los daños que llegaren a sufrir en el ejercicio de su actividad, en el entendido que resultaría contrario a los mandatos de justicia y equidad

pretender que el Estado disfrute únicamente de los favores que representa su actividad pero los abandone en cuanto a los perjuicios que su labor les pueda ocasionar.

En esa misma línea de análisis, valga anotar que si bien los pronunciamientos de la H Corte Constitucional resultan posteriores a los hechos hoy objeto de estudio, dicha circunstancia en nada afecta la adopción de dichas medidas al momento de fallar el presente asunto, por cuanto debe tenerse en cuenta que éstas, como se analizará más adelante, tienen como fundamento los mandatos de los artículos 1º, 13 y 92 de la Constitución Política que ya se encontraba vigente al momento de los hechos. Entender lo contrario significaría que los postulados de la Carta no pudieran ser aplicados en forma directa sino que necesitarían de un desarrollo, en este caso jurisprudencial, hipótesis jurídica que ha sido descartada doctrinaria y jurisprudencialmente en la actualidad al considerar que despoja de fuerza normativa vinculante a la carta fundamental.

Por acciones afirmativas han de entenderse todo tipo de medidas o políticas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos de ellas, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afecten, o bien para lograr que los miembros de un grupo sub representado - usualmente discriminado-, alcance una mayor representación en aras de la igualdad de oportunidades, como precisó Corte Constitucional al referirse a ese tipo de medidas afirmativas, respecto de las que discurrió como sigue :³²

“... De acuerdo con esta definición, los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo económico a pequeños productores, son acciones afirmativas. Pero también lo son, aquellas medidas que ordinariamente se denominan de discriminación inversa o positiva, y que se diferencian de las otras citadas por dos razones: 1) porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza, que son considerados como criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, tal y como se explicará más adelante, y 2) porque la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras”.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la justificación general sobre las acciones afirmativas no presenta mayores problemas, pues la Constitución contiene una cláusula expresa que permite adoptarlas. Así, el artículo 13 de la Carta, contiene en sus incisos 2º y 3º la consagración de las acciones afirmativas, encaminadas a remediar y corregir las situaciones de desigualdad y de discriminación que se presentan respecto de grupos diferenciados en la sociedad, como los indígenas, la mujer, los jóvenes, los incapaces físicos y mentales y, en general, los sectores marginados de la sociedad, como los desplazados y los recicladores. La norma constitucional impone al Estado el deber de promover las condiciones para alcanzar la igualdad real y efectiva.

De todo lo anterior se deduce que, siendo responsabilidad del Municipio de Popayán el manejo de los residuos sólidos transportados en los carros recolectores de basura para ser depositados en el Relleno Sanitario, al permitir que los recicladores realizaran labores de selección de los elementos que se podían reutilizar, si bien es cierto les facilitó el cumplimiento de una labor que, como ya se

³² Corte Constitucional. Sentencia s C-371 de 2000 y T-724 de 2003.

anotó, les posibilitaba derivar ingresos, también lo es que la entidad territorial y la comunidad toda, obtuvieron con ello una ganancia en materia de protección y conservación del medio ambiente, quedando –quienes tal labor cumplían– sometidos a un riesgo mayor que el resto de la colectividad, de tal manera que, pese a no existir ninguna clase de vinculación laboral entre el Municipio y las personas que ejercían la labor de reciclar, se debe asumir por parte del ente territorial la responsabilidad por los daños antijurídicos que se les causaron, en aras de restablecer el principio de igualdad frente a las cargas públicas que se vio resquebrajado en este caso concreto, como una específica medida afirmativa de aquellas a las que se ha hecho referencia con anterioridad.

Por las anteriores razones se revocará la sentencia apelada y se declarará la responsabilidad administrativa y patrimonial del Municipio de Popayán.

4. La indemnización de perjuicios

Comparecieron al proceso a reclamar indemnización de perjuicios los grupos familiares demandantes, quienes solicitaron que se condenara al Municipio demandado al pago de indemnización por concepto de perjuicio moral, en la suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro, para el afectado Reiler Vásquez Valencia, así como para sus padres, compañera permanente e hijos y a pagar el equivalente en pesos a 500 gramos de oro para cada uno de sus hermanos; por perjuicios fisiológicos en favor de Reiler Vásquez Valencia la suma equivalente en pesos a 8.000 gramos de oro; por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, en favor de Reiler Vásquez Valencia, la suma de cien millones de pesos (\$100.000.0000); por perjuicios morales por la muerte de María Argenis Montenegro Gutiérrez, en favor de sus padres, compañero e hijos, la suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro, para cada uno de ellos y, para sus hermanos, la suma equivalente en pesos a 500 gramos de oro para cada uno; por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, en favor del compañero permanente de la fallecida María Argenis Montenegro Gutiérrez y de sus hijos, la suma de cien millones de pesos (\$100.000.0000).

4.1. Los perjuicios morales

En relación con el perjuicio moral ha reiterado la Sección que la indemnización que se reconoce a quienes sufren un daño moral calificado como antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria³³ y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo que corresponderá al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante³⁴.

En este caso está acreditado que el primer grupo familiar demandante -que corresponde a familiares del lesionado Reiler Vásquez Valencia-, está conformado por sus padres Álvaro Vásquez Urrea y Hermila Valencia, tal como se desprende del Registro Civil de Nacimiento del primero de los nombrados³⁵; que Edinson Ferley Vásquez Sánchez y Hemerson Alejandro Sánchez Troyano, son hijos del directamente lesionado Reiler Vásquez Valencia, conforme se acredita

³³ RENATO SCOGNAMIGLIO. *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual*. traducción de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Edit. Antares, 1962, pág. 46.

³⁴ Ver, por ejemplo, sentencia de 2 de junio de 2004, exp: 14.950.

³⁵ Fol. 11 C.1.

con sus respectivos Registros Civiles de Nacimiento³⁶; así mismo, está probado que Zoneyda Troyano Montenegro, es la compañera permanente de Reiler Vázquez Valencia, conforme lo corrobora el testimonio de Jair Enríquez Urbano³⁷; y que Sorángela, Miyer, Luís Ángel, María del Carmen, Einar Diosides y Jeremías Vázquez Valencia, son hermanos de Reiler Vázquez Valencia, conforme resulta del contenido de sus respectivos Registros Civiles de Nacimiento³⁸, grupo familiar todo éste que ha padecido angustia, dolor y aflicción por razón de las lesiones sufridas por Reiler Vázquez Valencia, dada su magnitud y la forma en que se presentaron los hechos, razones por las cuales se reconocerá por este concepto en favor de la víctima directa la suma equivalente a cien(100) salarios mínimos mensuales legales vigentes; el equivalente a ochenta (80) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en favor de cada uno de sus padres, hijos y compañera permanente ; y, cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en favor de cada uno de sus hermanos.

En relación con la indemnización de perjuicios morales solicitados por el segundo grupo familiar demandante y que corresponde al de la fallecida María Argenis Montenegro Gutiérrez, está acreditado que: Marcelina Gutiérrez Salinas, era la madre de María Argenis, conforme se desprende de su Registro Civil de Nacimiento³⁹; que Jeremías Vázquez Valencia, era el compañero permanente de María Argenis, conforme lo corrobora el testimonio de Jair Enríquez Urbano⁴⁰; que Álvaro Felipe, Caterine, Jhon Jairo, Luzmila y Uriel Vázquez Montenegro, eran hijos de María Argenis Gutiérrez Montenegro, conforme a sus respectivos Registros Civiles de Nacimiento⁴¹ y que Fabio Nelson Sánchez Gutiérrez, Jorge Luís Gutiérrez, Ligia Montenegro, María Fany Montenegro, Rosalba Montenegro Gutiérrez, Olmedo Montenegro Gutiérrez, Ana Milena y Blanca Sthella Sánchez Gutiérrez, tienen la calidad de hermanos de la señora María Argenis Montenegro, parentesco que se comprueba con sus respectivos Registros Civiles de Nacimiento⁴², grupo familiar que indudablemente padeció angustia, dolor, aflicción, frente al trágico fallecimiento del ser querido, razón por la cual se reconocerá en favor de la madre, sus hijos y su compañero permanente, la suma de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno de ellos y, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en favor de cada uno de sus hermanos.

4.2. Los perjuicios fisiológicos, encuadrados dentro del concepto de Daño a la Salud.

Se solicitó en la demanda, indemnización por perjuicios fisiológicos, en favor de Reiler Vázquez Valencia la suma equivalente en pesos a 8.000 gramos de oro.

De conformidad con la reciente unificación jurisprudencial adoptada por la Sección Tercera de la Corporación, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico

³⁶ Fol. 12 y 13 del C.1.

³⁷ Fol.51 a 53 del C.de P.

³⁸ Fol. 14 a 19 C. 1.

³⁹ Fol. 30 C.1.

⁴⁰ Fol.51 a 53 del C.de P.

⁴¹ Fol. 36 a 40 C.1.

⁴² Fol. 33 y 34 y 41 a 46 C.1.

que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.

En efecto, razonó la Sección así:⁴³

“(…)

Como se aprecia, el daño a la salud⁴⁴ –denominado por la doctrina y jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico, y en Italia biológico–, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración a las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y valuación objetiva como lo es aquél, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos.

(…)

Como se aprecia, el equívoco en la determinación del contenido y alcance del perjuicio a la salud (fisiológico o biológico), operó en una trasposición jurídica del derecho francés e italiano al ámbito nacional, pero se dejó de lado que en el primero de los países mencionados se ha reconocido, dependiendo el caso concreto, de una multiplicidad de daños que pretenden cubrir las esferas del individuo afectadas con el mismo (v.gr. daño estético, daño sexual, alteración a las condiciones de existencia, perjuicio de agrado, entre otros), mientras que en el segundo, dada la redacción rígida del artículo 2059 del Código Civil de ese país⁴⁵, el propósito de la doctrina y jurisprudencia recayó en la forma de abrir nuevas perspectivas y hermenéuticas que permitieran ir más allá del simple reconocimiento del daño moral en cuanto se refiere al resarcimiento del daño no patrimonial. Como se aprecia, los conceptos de perjuicio de agrado (préjudice d'agrément), frente al perjuicio corporal (dommage corporel) si bien parecieran tener puntos de encuentro y semejanzas, lo cierto es que el primero cubre una esfera interna del individuo, mientras que el segundo está estructurado sobre la necesidad de resarcir la órbita de la salud del ser humano, entendida esta última, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades.”⁴⁶

⁴³ Consejo de Estado. Sentencias de Sala Plena de la Sección Tercera de (14) de septiembre de 2011. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Expediente: 19.031. Radicación: 05001232500019940002001. Actor: Antonio José Vigoya Giraldo y otros. Demandado: Nación – Ministerio de Defensa, Ejército Nacional. – Expediente: 0512331000200700139 01. Radicación interna No.: 38.222. Actor: José Darío Mejía Herrera y otros. Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

⁴⁴ “...la ciencia jurídica que le dio entrada al concepto de daño biológico prefiere hoy utilizar la expresión “daño a la salud”, concepto jurídico (y no médico) con un alcance más amplio, pues mientras que el daño biológico se refiere a aspectos anatómicos y fisiológicos de la persona, el daño a la salud, además de referirse a ellos, tiene que ver con las manifestaciones generales del bien “salud” como bien necesario para una correcta expresión de la persona en la comunidad en que vive.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 21 y 22. Consultar igualmente: BUSNELLI, Francesco Donato, “Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente” Torino, 2001, pág. 3 y s.s.

⁴⁵ “El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley.”

⁴⁶ www.who.int/en/

De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad⁴⁷.

En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia –antes denominado daño a la vida de relación– precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)⁴⁸, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente

⁴⁷ “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser””. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

⁴⁸ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no redituable del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo

decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)⁴⁹.

Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial⁵⁰. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una

exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

⁴⁹ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

⁵⁰ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

*indemnización idéntica*⁵¹. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

*Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”*⁵².

En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

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

i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

*ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal*⁵³.

⁵¹ “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

⁵² “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

⁵³ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

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

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

Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearón las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

No obstante lo anterior, es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad, motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la

búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible.

Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.

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

En el caso concreto, resulta incuestionable que Reiler Vásquez Valencia conforme al reconocimiento médico legal que le fue practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Cauca, presenta las siguientes secuelas:

" (...)

- 1. Deformidad física permanente*
- 2. Pérdida funcional del miembro superior izquierdo.*
- 3. Perturbación funcional del órgano de la visión.*
- 4. Perturbación funcional del órgano de la audición.*
- 5. Pérdida funcional del órgano de la presión todas de carácter permanente"⁵⁴.*

Por lo anterior, se hace evidente el daño a la salud sufrido por Vásquez Valencia, razón por la cual se reconocerá por este concepto la suma de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en su favor.

4.3. Los perjuicios materiales

Se solicitó en el libelo introductorio condenar a la demandada a pagar a favor del lesionado Reiler Vásquez Valencia la suma de cien millones de pesos (\$100.000.0000) como indemnización por perjuicios materiales por él padecidos en la modalidad de lucro cesante, indemnización que también fue solicitada, en igual cuantía, en favor del compañero permanente de la fallecida María Argenis Montenegro Gutiérrez y de sus hijos.

4.3.1. Los perjuicios materiales a favor de Reiler Vásquez Valencia

En relación con este tipo de perjuicios solicitados por lesionado Reiler Vásquez Valencia, ha de decirse que el Médico Laboral del otrora Ministerio del Trabajo, Regional Cauca, le determinó la siguiente situación de invalidez⁵⁵:

"Deficiencia Laboral: 54,40%

⁵⁴Fol. 232 a 235 del C. de P.

⁵⁵ Fol. 337 del C. de P.)

<i>Discapacidad Laboral:</i>	3,60%
<i>Minusvalía Laboral:</i>	12,00%
Total:	70,00%”

De otra parte, también está probado que Vásquez Valencia era una persona activa laboralmente, que devengaba su sustento de las labores de reciclaje, tal como lo corroboran los testimonios de José Hiraldo Capote⁵⁶, Carmelo Molina García⁵⁷, José Manuel Castañeda Vélez⁵⁸ y Jair Enríquez Urbano⁵⁹.

Así las cosas y en consideración que no obra prueba que permita determinar con certeza el monto del ingreso que obtenía Vásquez Valencia, se tendrá en cuenta –conforme la jurisprudencia de la Sección ha determinado para casos semejantes-⁶⁰ el salario mínimo mensual legal vigente a la fecha de esta providencia (\$535.600), toda vez que, al actualizar el salario vigente a la fecha de los hechos⁶¹, su monto resulta inferior y por razones de equidad, se impone tomar la suma mayor para realizar los cálculos pertinentes.

Esta suma se adicionará con el 25% que -se presume- recibiría por concepto de prestaciones sociales, resultando un valor de \$ 669.500.

Ahora bien, como la pérdida de la capacidad laboral fue del 70%, el valor que se tendrá en cuenta para liquidar los perjuicios materiales, es la totalidad, en razón que se torna en una situación de invalidez total, tal y como lo tiene definido la jurisprudencia adoptada por la Sala, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, según la cual la condena se debe calcular sobre el 100% de la renta para la persona que ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral *“entendida ésta como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en su trabajo habitual (Decreto 917 de 1999, art. 2, lit. c)”*⁶².

La liquidación comprenderá dos períodos, el debido o consolidado que abarca el interregno transcurrido desde la fecha de ocurrencia de los hechos -16 de enero de 1997- hasta la fecha de la presente providencia y, el futuro o anticipado, que se corresponderá con el interregno comprendido entre el día siguiente de la fecha de la presente providencia y el término de vida probable del lesionado.

Indemnización debida:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

⁵⁶ Fol. 41 a 43 del C. de P.

⁵⁷ Fol. 45 a 47 del C. de P.

⁵⁸ Fol. 48 a 50 del C. de P.

⁵⁹ Fol. 51 a 53 del C. de P.

⁶⁰ La indexación del salario mínimo legal mensual vigente para el mes de enero de 1997, fecha de los hechos (\$172.005), arroja como resultado la suma de \$482.442,18

⁶⁰ El Consejo de Estado, Sección Tercera, en la sentencia de 15 de octubre de 2008. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Radicación número: 05001-23-26-000-1996-00284-01(18586), al respecto manifestó: “Se tendrá como salario base de liquidación el salario mínimo mensual legal vigente, como quiera que las reglas de la sana crítica enseñan que una persona laboralmente activa, no podría devengar menos de este monto. A esa suma se adicionará el 25% por prestaciones sociales y, de otra parte, se deducirá de dicho valor el 25%, correspondiente al valor aproximado que destinaría para su propio sostenimiento”.

⁶¹ La indexación del salario mínimo legal mensual vigente para el mes de enero de 1997, fecha de los hechos (\$172.005), arroja como resultado la suma de \$482.442,18

⁶² Entre otras, pueden consultarse las sentencias de 29 de enero de 2004, expediente 18.273; de 5 de diciembre de 2005, exp: 13.339; y de 29 de enero de 2009, expediente 16050.

i

Donde:

S = Es la suma resultante del período a indemnizar.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$669.500

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de ocurrencia de los hechos (16 de enero de 1997) hasta la fecha de la sentencia, esto es, 177,5 meses.

Reemplazando, se tiene:

$$S = \$669.500 \frac{(1 + 0.004867)^{177,5} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$188.099.807,12$$

Indemnización futura:

Conforme al Registro Civil de Nacimiento de Reiler Vásquez Valencia, se tiene establecido que nació el 2 de marzo de 1973⁶³. En consecuencia, se tendrá en cuenta su expectativa de vida a la fecha de los hechos, momento para el cual contaba con 23 años.

Revisada la Tabla de Mortalidad vigente⁶⁴, viene a resultar que su expectativa de vida corresponde a 57 años (684 meses) y, al restar el tiempo ya reconocido por concepto de lucro cesante consolidado, arroja un período de liquidación de 506.5 meses.

n: 506.5 meses

Ra: \$669.500

i: Interés técnico 0.004867

Reemplazando, se tiene:

$$S = \$669.500 \times \frac{(1 + 0.004867)^{506,5} - 1}{0,004867}$$

$$S = \$ 125.796.795,45$$

Resumen de la liquidación de perjuicios en la modalidad de lucro cesante

⁶³ Folio 11 C.1

⁶⁴ Resolución N° 1555 de 3 de julio de 2010. Superintendencia Financiera.

Consolidado:	\$188.099.807,12
Futuro:	\$125.796.795,45
Total Lucro Cesante:	\$313.896.602,57

Ahora bien, como en la demanda presentada el 27 de julio de 1998⁶⁵, se solicitó la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000) por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, en favor de Reiler Vásquez Valencia⁶⁶, se procede a actualizar esta suma de dinero, arrojando el valor de doscientos once millones trescientos treinta y dos mil ciento sesenta y tres pesos (\$211.333.163), el que será el valor a reconocer al señor Vásquez Valencia, en aplicación del principio de congruencia con lo solicitado, en aras de evitar una condena *ultra petita*.

4.3. 2. Los perjuicios materiales a favor del compañero permanente y de los hijos de la fallecida María Argenis Montenegro Gutiérrez

Respecto de este tipo de perjuicios, en primer lugar ha de señalar la Sala que está probado que la señora Montenegro Gutiérrez, era una persona activa laboralmente, que devengaba su sustento de las labores de reciclaje, tal como lo corroboran los testimonios de José Hiraldo Capote⁶⁷, Carmelo Molina García, quien sostiene que le pagaba un promedio de \$270.000⁶⁸, José Manuel Castañeda Vélez⁶⁹ y Jair Enríquez Urbano⁷⁰, quien además sostiene que María Argenis Montenegro trabajaba en la casa de su señora madre, en labores del hogar, tales como barrer, asear, lavar y arreglar ropa⁷¹, labores sobre las que también da fe la señora Lilia María Ordóñez, quien afirmó que le pagaba diez mil pesos diarios por esta clase de trabajos⁷², recursos que utilizaba en el sostenimiento de su hogar.

De igual manera y tal como ya se anotó, está probado que Jeremías Vásquez Valencia, era el compañero permanente de María Argenis, conforme lo corrobora el testimonio de Jair Enríquez Urbano⁷³ y que Álvaro Felipe, Caterine, Jhon Jairo, Luzmila y Uriel Vásquez Montenegro, eran hijos de María Argenis Gutiérrez Montenegro, conforme surge de sus respectivos Registros Civiles de Nacimiento⁷⁴

Para efectos de liquidar la indemnización por perjuicios materiales, en consideración que no obra prueba que determine efectivamente el salario que devengaba la señora Montenegro Gutiérrez, se tendrá en cuenta el salario mínimo mensual legal vigente a la fecha de esta providencia (\$535.600), toda vez que al actualizar el salario vigente a la fecha de los hechos⁷⁵, su monto resulta inferior y

⁶⁵ Fol. 69 C.1.

⁶⁶ Fol. 58 C.1.

⁶⁷ Fol. 41 a 43 del C. de P.

⁶⁸ Fol. 45 a 47 del C. de P.

⁶⁹ Fol. 48 a 50 del C. de P.

⁷⁰ Fol. 51 a 53 del C. de P.

⁷¹ Fol. 51 a 53 del C. de P.

⁷² Fol. 54 del C. de P.

⁷³ Fol. 51 a 53 del C. de P.

⁷⁴ Fol. 36 a 40 C.1.

⁷⁵ La indexación del salario mínimo legal mensual vigente para el mes de enero de 1997, fecha de los hechos (\$172.005), arroja como resultado la suma de \$482.442,18

por razones de equidad, se impone tomar la suma mayor para realizar los cálculos pertinentes⁷⁶.

Esta suma se adicionará con el 25% que, se presume, recibiría por concepto de prestaciones sociales, resultando un valor de \$ 669.500, suma de la cual se descontará un 25% que se presume era el valor que la hoy fallecida destinaba para sus gastos personales (\$167.375), resultando la suma de \$502.125, que será el valor para realizar los cálculos pertinentes, teniendo en cuenta que esta suma se dividirá en un 50% para liquidar los perjuicios del compañero permanente y el otro 50% para los hijos de la fallecida.

4.3. 2.1. Los perjuicios materiales a favor de Jeremías Vásquez Valencia, compañero permanente de María Argenis Montenegro Gutiérrez.

Indemnización debida:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la suma resultante del período a indemnizar.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$ 251.062.5

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de ocurrencia de los hechos (16 de enero de 1997) hasta la fecha de la sentencia, esto es, 177,5 meses.

$$S = \$251.062.5 \frac{(1 + 0.004867)^{177,5} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 70.537.427,67$$

Indemnización futura:

Conforme al Registro Civil de Nacimiento de María Argenis Montenegro Gutiérrez, nació el 1º de agosto de 1971⁷⁷ y Jeremías Vásquez Valencia, nació el 19 de febrero de 1966⁷⁸. En consecuencia, se tendrá en cuenta la expectativa de vida de este último por ser menor que el de la fallecida.

A fecha de los hechos -16 de enero de 1997- el señor Jeremías Vásquez Montenegro tenía 30 años, por lo que revisada la Tabla de Mortalidad vigente⁷⁹, se tiene que su expectativa de vida corresponde a 53 años (636 meses) y al restar el tiempo ya reconocido por concepto de lucro cesante consolidado arroja un período de liquidación de 458,5 meses

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 15 de octubre de 2008. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Radicación número: 05001-23-26-000-1996-00284-01(18586).

⁷⁷ Fol. 30 C.1.

⁷⁸ Fol. 35 C.1.

⁷⁹ Resolución N° 1555 de 3 de julio de 2010. Superintendencia Financiera.

n: 458,5 meses
 Ra: \$251.062,5
 i: Interés técnico 0.004867
 Reemplazando, se tiene :

$$S = \$251.062,5 \times \frac{(1 + 0.004867)^{458,5} - 1}{0,004867 \times (1,004867)}$$

S = \$ 46.016.197,34

Resumen de la liquidación de los perjuicios materiales

Consolidado:	\$70.537.427,67
Futuro:	\$46.016.197,34
TOTAL:	\$116.553.625,01

4.3. 2.2. Los perjuicios materiales a favor de Álvaro Felipe, Caterine, Jhon Jairo, Luzmila y Uriel Vásquez Montenegro, hijos de María Argenis Gutiérrez Montenegro.

Teniendo en cuenta que son cinco (5) los hijos, el valor de \$251.062,5 se dividirá entre ellos, correspondiendo a \$ 50.212,5, que será la suma a tener en cuenta para calcular la indemnización.

4.3. 2.2.1. Los perjuicios materiales a favor de Álvaro Felipe Vásquez Montenegro.

Indemnización debida:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la suma resultante del período a indemnizar.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$ 50.212,5

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de ocurrencia de los hechos (16 de enero de 1997) hasta la fecha de la sentencia, esto es, 177,5 meses.

$$S = \$50.212,5 \frac{(1 + 0.004867)^{177,5} - 1}{0.004867}$$

S= \$ 14.107.485,53

Indemnización futura:

Conforme al Registro Civil de Nacimiento de Álvaro Felipe Vásquez Montenegro, nació el 25 de marzo de 1996⁸⁰ y que a la fecha de los hechos tenía 11 meses de edad, para calcular la indemnización se tendrá en cuenta hasta la fecha en que llegare a cumplir 25 años de edad- 26 de marzo de 2021- que equivalen a 289 meses y al restar el tiempo ya reconocido por concepto de lucro cesante consolidado arroja un período de liquidación de 111,5 meses

n: 111,5 meses

Ra: \$50.212,5

i: Interés técnico 0.004867

Reemplazando tenemos:

$$S = \$50.212,5 \times \frac{(1 + 0.004867)^{111,5} - 1}{0,004867 \times (1,004867)^{111,5}}$$

$$S = \$ 4.312.893,28$$

Resumen de la liquidación de los perjuicios materiales

Consolidado:	\$14.107.485,53
Futuro:	\$4.312.893,28
TOTAL:	\$18.420.378,81

4.3. 2.2.2. Los perjuicios materiales a favor de Caterine Vásquez Montenegro.

Indemnización debida:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la suma resultante del período a indemnizar.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$ 50.212,5

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de ocurrencia de los hechos (16 de enero de 1997) hasta la fecha de la sentencia, esto es, 177,5 meses.

$$S = \$50.212,5 \frac{(1 + 0.004867)^{177,5} - 1}{0.004867}$$

⁸⁰ Fol. 36 C.1.

$$S = \$ 14.107.485,53$$

Indemnización futura:

Conforme al Registro Civil de Nacimiento de Caterine Vásquez Montenegro, nació el 01 de agosto de 1993⁸¹ y que a la fecha de los hechos tenía 3 años de edad, para calcular la indemnización se tendrá en cuenta hasta la fecha en que llegare a cumplir 25 años de edad- 26 de marzo de 2018- que equivalen a 264 meses y, al restar el tiempo ya reconocido por concepto de lucro cesante consolidado, arroja un período de liquidación de 86,5 meses

n: 86,5 meses

Ra: \$50.212,5

i: Interés técnico 0.004867

Reemplazando, se tiene:

$$S = \$50.212,5 \times \frac{(1 + 0.004867)^{86,5} - 1}{0,004867 \times (1,004867)^{86,5}}$$

$$= \$ 3.538.049,99$$

Resumen de la liquidación de los perjuicios materiales

Consolidado:	\$14.107.485,53
Futuro:	\$3.538.049,99
TOTAL:	\$17.645.535,52

4.3. 2.2.3. Los perjuicios materiales a favor de Jhon Jairo Vásquez Montenegro

Indemnización debida:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la suma resultante del período a indemnizar.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$ 50.212,5

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de ocurrencia de los hechos (16 de enero de 1997) hasta la fecha de la sentencia, esto es, 177,5 meses.

$$S = \$50.212,5 \frac{(1 + 0.004867)^{177,5} - 1}{0.004867}$$

⁸¹ Fol. 37 C.1.

S= \$ 14.107.485,53

Indemnización futura:

Conforme al Registro Civil de Nacimiento de Jhon Jairo Vásquez Montenegro, nació el 17 de junio de 1987⁸² y que a la fecha de los hechos tenía 9 años y 7 meses de edad, para calcular la indemnización se tendrá en cuenta hasta la fecha en que llegare a cumplir 25 años de edad- 17 de junio de 2012- que equivalen a 185 meses y, al restar el tiempo ya reconocido por concepto de lucro cesante consolidado, arroja un período de liquidación de 7,5 meses

n: 7,5 meses

Ra: \$50.212,5

i: Interés técnico 0.004867

Reemplazando tenemos:

$$S = \$50.212,5 \times \frac{(1 + 0.004867)^{7,5} - 1}{0,004867 \times (1,004867)}$$

S = \$ 368.922,54

Resumen de la liquidación de los perjuicios materiales

Consolidado:	\$14.107.485,53
Futuro:	\$368.922,54
TOTAL:	\$14.476.408,07

4.3. 2.2.3. Los perjuicios materiales a favor de Luz Mila Vásquez Montenegro.

Indemnización debida:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la suma resultante del período a indemnizar.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$ 50.212,5

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de ocurrencia de los hechos (16 de enero de 1997) hasta la fecha de la sentencia, esto es, 177,5 meses.

$$S = \$50.212,5 \frac{(1 + 0.004867)^{177,5} - 1}{0.004867}$$

⁸² Fol. 38 C.1.

S= \$ 14.107.485,53

Indemnización futura:

Conforme al Registro Civil de Nacimiento de Luz Mila Vásquez Montenegro, nació el 17 de septiembre de 1989⁸³ y que a la fecha de los hechos tenía 7 años y 4 meses de edad, para calcular la indemnización se tendrá en cuenta hasta la fecha en que llegare a cumplir 25 años de edad- 17 de septiembre de 2014- que equivalen a 212 meses y, al restar el tiempo ya reconocido por concepto de lucro cesante consolidado, arroja un período de liquidación de 34,5 meses

n: 34,5 meses

Ra: \$50.212,5

i: Interés técnico 0.004867

Reemplazando, se tiene :

$$S = \$50.212,5 \times \frac{(1 + 0.004867)^{34,5} - 1}{0,004867 \times (1,004867)^{34,5}}$$

S = \$1.591.148,62

Resumen de la liquidación de los perjuicios materiales

Consolidado:	\$14.107.485,53
Futuro:	\$1.591.148,62
TOTAL:	\$15.698.633,6

4.3. 2.2.4. Los perjuicios materiales a favor de Uriel Vásquez Montenegro

Indemnización debida:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la suma resultante del período a indemnizar.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$ 50.212,5

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de ocurrencia de los hechos (16 de enero de 1997) hasta la fecha de la sentencia, esto es, 177,5 meses.

$$S = \$50.212,5 \frac{(1 + 0.004867)^{177,5} - 1}{0.004867}$$

S= \$ 14.107.485,53

Indemnización futura:

⁸³ Fol. 39 C.1.

Conforme al Registro Civil de Nacimiento de Uriel Vásquez Montenegro, nació el 20 de julio de 1991⁸⁴ y que a la fecha de los hechos tenía 5 años y 6 meses de edad, para calcular la indemnización se tendrá en cuenta hasta la fecha en que llegare a cumplir 25 años de edad- 20 de julio de 2016- que equivalen a 234 meses y, al restar el tiempo ya reconocido por concepto de lucro cesante consolidado, arroja un período de liquidación de 56,5 meses.

n: 56,5 meses

Ra: \$50.212,5

i: Interés técnico 0.004867

Reemplazando, se tiene:

$$S = \$50.212,5 \times \frac{(1 + 0.004867)^{56,5} - 1}{0,004867 \times (1,004867)^{56,5}}$$

$$S = \$2.475.135,19$$

Resumen de la liquidación de los perjuicios materiales

Consolidado:	\$14.107.485,53
Futuro:	\$2.475.135,19
TOTAL:	\$16.582. 620,72

A este segundo grupo familiar no se le reduce el monto de la condena, porque la sumatoria de los perjuicios materiales arroja un valor inferior a la suma pedida actualizada.

5. No hay lugar a condena en costas

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 31 de enero de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión Sede Cali, por las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable al Municipio de Popayán, Cauca, de los daños causados a las demandantes como consecuencia la muerte de María Argenis Montenegro Gutiérrez y las lesiones producidas a Reiler Vásquez Valencia, en hechos sucedidos en el Relleno Sanitario de esa ciudad el 16 de enero de 1997.

⁸⁴ Fol. 40 C.1.

TERCERO: En consecuencia de lo anterior y a título de reparación **CONDENAR** al Municipio de Popayán, Cauca, a pagar indemnización por los siguientes conceptos:

AL PRIMER GRUPO FAMILIAR DEMADANTE -

-POR PERJUICIOS MORALES:

A favor de:

- **Reiler Vásquez Valencia**, víctima directa, la suma de **cien (100)** salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- **Edinson Ferley Vásquez Sánchez y Emerson Alejandro Sánchez Troyano**, hijos menores de Reiler Vásquez Valencia, la suma **ochenta (80)** salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno de ellos.
- **Zeneyda Troyano Montenegro**, en calidad de compañera permanente de Reiler Vásquez Valencia, la suma **ochenta (80)** salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- **Álvaro Vásquez y Hermila Valencia**, en calidad de padres de Reiler Vásquez Valencia, la suma **ochenta (80)** salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno de ellos.
- **Sorángela, Miyer, Luís Ángel, María del Carmen, Einar Diosides y Jeremías Vásquez Valencia**, en condición de hermanos del señor Reiler Vásquez Valencia, la suma **cuarenta (40)** salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno de ellos.

POR DAÑO A LA SALUD.

A favor de:

- **Reiler Vásquez Valencia**, la suma **cien (100)** salarios mínimos mensuales legales vigentes.

POR PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE.

A favor de:

- **Reiler Vásquez Valencia**, la suma de **doscientos once millones trescientos treinta y dos mil ciento sesenta y tres pesos (\$211.332.163)**

AL SEGUNDO GRUPO DEMANDANTE:

POR PERJUICIOS MORALES.

A favor de:

- **Marcelina Gutiérrez Salinas**, en calidad de madre de la fallecida María Argenis Montenegro Gutiérrez, la suma de **cien (100)** salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- **Jeremías Vásquez Valencia**, en calidad de compañero permanente de la fallecida, la suma de **cien (100)** salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- **Álvaro Felipe, Caterine, Jhon Jairo, Luz Mila y Uriel Vásquez Montenegro**, en calidad de hijos de la fallecida, la suma de **cien (100)** salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno de ellos.
- **Fabio Nelson Sánchez Gutiérrez, Jorge Luís Gutiérrez, Ligia Montenegro Gutiérrez, María Fany Montenegro Gutiérrez, Rosalba Montenegro Gutiérrez y Olmedo Montenegro Gutiérrez, Ana Milena y Blanca Sthella Sánchez Gutiérrez**, en condición de hermanos de la señora María Argenis

Montenegro Gutiérrez, la suma de **cincuenta (50)** salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno de ellos.

POR PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE

En favor de:

Jeremías Vásquez Valencia, compañero permanente de la fallecida María Argenis Montenegro Gutiérrez, la suma de **ciento dieciséis millones quinientos cincuenta y tres mil seiscientos veinticinco pesos con 01/100 (\$ 116.553.625,01)**

-Álvaro Felipe Vásquez Montenegro, en calidad de hijo de la fallecida, la suma de **dieciocho millones cuatrocientos veinte mil trescientos setenta y ocho pesos con 81/100(\$ 18.420.378,81).**

-Caterine Vásquez Montenegro, en calidad de hija de la fallecida, la suma de **diecisiete millones seiscientos cuarenta y cinco mil quinientos treinta y cinco pesos con 52/100(\$ 17.645.535,52).**

-Jhon Jairo Vásquez Montenegro, en calidad de hijo de la fallecida, la suma de **catorce millones cuatrocientos setenta y seis mil cuatrocientos ocho con 07/100(\$ 14.476.408,07).**

- Luz Mila Vásquez Montenegro, en calidad de hijo de la fallecida, la suma de **quince millones seiscientos noventa y ocho mil seiscientos treinta y tres pesos con 06/100(\$ 15.698.633,6).**

-Uriel Vásquez Montenegro, en calidad de hijo de la fallecida, la suma de **dieciséis millones quinientos ochenta y dos mil seiscientos veinte pesos con 72/100(\$16.582. 620,72).**

CUARTO: Las condenas se cumplirán en los términos de los Arts. 176 a 178 del C.C.A.

QUINTO: No hay lugar a condena en costas.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y PUBLIQUESE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
PRESIDENTE
Aclaró voto

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

Ausente

Aclaró voto

DANILO ROJAS BETANCOUTH
Ausente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA
Aclaró voto

OLGA MELIDA VALLE DE
DE LA HOZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO
BARRERA
Salvó voto

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C, primero (1) de noviembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 19001-23-31-000-1998-09000-01(20773)

Actor: REILER VASQUEZ VALENCIA Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE POPAYAN

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala, me permito aclarar el voto en la presente oportunidad, de conformidad con los argumentos que expongo a continuación:

1. Mediante la providencia de la referencia se revocó la sentencia proferida el 31 de enero de 2001 por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sala de Descongestión, Sede Cali, que negó las pretensiones de la demanda, por considerar que la entidad demandada es responsable, a título de riesgo excepcional, de los hechos ocurridos el 16 enero de 1997, cuando el señor Reiler Vásquez Valencia resultó herido y la señora María Argenis Montenegro Gutiérrez falleció, como consecuencia de la explosión de un artefacto recogido por un camión de basuras de propiedad del municipio de Popayán, mientras se encontraban realizando actividades de reciclaje en el relleno sanitario del mismo ente territorial.

2. En razón lo anterior, considero necesario aclarar que, si bien comparto la decisión adoptada, disiento del título de imputación indicado para declarar la responsabilidad del demandado.

3. En efecto, de acuerdo con el fallo aludido, el daño es imputable al municipio de Popayán a título de riesgo excepcional, por cuanto *“la actividad desplegada por los recicladores dentro de los rellenos sanitarios, permitida por el municipio -ha de agregarse-, comporta una actividad riesgosa que, al mismo tiempo, implica un significativo favor para la comunidad general y, específicamente, para el ente territorial que tiene a su cargo la función del aseo ciudadano”,* y no a título de falla en el servicio, toda vez que *“la supuesta falta de medidas de seguridad en el sitio del incidente no fue acreditada por la parte actora y porque, mucho menos, se halla demostrado que de su eventual ocurrencia se hubiera derivado –como consecuencia necesaria- el hecho dañoso”* y porque *“le resultaría razonablemente imposible a la entidad demandada revisar, antes de ser levantados para llevarlos a su destino final en el relleno sanitario, todas y cada una de las bolsas o recipientes en los que la comunidad deposita sus desechos”*.

4. Sin embargo, estimo que, en virtud de las razones que paso a explicar, contrariamente a lo esgrimido en la sentencia aprobada por la Sala el 1° de noviembre de 2012, el municipio de Popayán sí incurrió en una falla en el servicio, fuente del daño objeto de reproche.

4.1 En efecto, de acuerdo con los artículos 49, 79 y 365 de la Constitución Política, el saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado⁸⁵, el cual es inherente a su finalidad social, razón por la que, aún si aquel es prestado por comunidades organizadas o por particulares, el Estado mantiene la regulación, el control y la vigilancia del mismo.

4.2 En este orden, el artículo 65.9 de la Ley 99 de 1993 *“por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental–SINA y se dictan otras disposiciones”*, señala que corresponde a los municipios y a los distritos especiales ejecutar *“programas de disposición, eliminación y reciclaje de residuos líquidos y sólidos”*. Igualmente, en concordancia con el artículo 5.1 de la Ley 142 de 1994 *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*, es competencia de los municipios la prestación eficiente del servicio público de aseo, que, según dispone el artículo 14.24 de la misma normativa, *“[e]s el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos”* y *“las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos”*.

Adicionalmente, en virtud del artículo 5 del Decreto 605 del 27 de marzo de 1996 *“Por el cual se reglamenta la ley 142 de 1994 en relación con la prestación del servicio público domiciliario de aseo”, “la responsabilidad por los efectos*

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia SU 442 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara: *“es responsabilidad del Estado atender y garantizar la prestación efectiva del servicio público de saneamiento ambiental, conforme a los principios de universalidad y solidaridad. Todas esas obligaciones están dirigidas a la preservación, conservación y protección del medio ambiente, a fin de obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general, según lo determina el artículo 366 de la Carta Fundamental. || Así mismo, la Carta Política consagra los deberes y obligaciones que tienen los asociados frente al ambiente, entre los cuales se encuentra aquel, según el cual, le corresponde a toda persona para proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (artículo 8 CP.), obrar conforme al principio de solidaridad (artículo 93-2 CP.) y velar por la conservación de un ambiente sano (artículo 95-8 CP.)”*.

ambientales y a la salud pública generados por la recolección, el transporte y la disposición final de los residuos sólidos domiciliarios recaerá en la entidad prestadora del servicio de aseo (...). El municipio debe promover y asegurar la solución del manejo de los residuos sólidos en su área rural urbana y suburbana” (subraya y negrilla fuera del texto). En este orden, el artículo siguiente del citado decreto dispone:

“Artículo 6: Responsabilidad en el manejo de los residuos peligrosos [86]. La responsabilidad por los efectos ambientales y a la salud pública generados por la producción, recolección, manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos peligrosos estará a cargo de los productores y de la entidad con quien contraten la prestación del servicio, quienes deberán cumplir con las disposiciones del presente Decreto y las demás relacionadas con la protección del medio ambiente” (negrilla fuera del texto).

De la misma manera, el artículo 10 del Decreto en comento prevé que las entidades o municipios que prestan el servicio de aseo deben establecer un programa para el manejo de los residuos sólidos, que incluya el entrenamiento del personal comprometido en tal actividad, en lo tocante a la prestación del servicio público de aseo y *“a las medidas de seguridad industrial que deb[en] observar”* (numeral 3); y otro encaminado a implementar **“la clasificación de los residuos sólidos en el sitio en dónde se generan”** (artículo 1, negrilla fuera del texto).

Igualmente, el artículo 95 impone a las entidades prestadoras del servicio de aseo el deber de evitar, entre otras situaciones, los riesgos a operarios del servicio o al público en general (numeral 3) y los incendios y accidentes (numeral 5).

De otro lado, sobre los rellenos sanitarios, los artículos 76 y 77 *ejusdem* establecen:

“Artículo 76: Reglamento de los rellenos sanitarios. Las entidades prestadoras del servicio público domiciliario de aseo que tengan la responsabilidad del manejo y la operación de los rellenos sanitarios deberán establecer un **reglamento interno de operación para los operarios del relleno y los usuarios.** El reglamento deberá contener las normas relacionadas con la operación de los vehículos en la báscula y en el sitio de descarga, orientación de las vías a utilizar en épocas de invierno y época normal, definición de zonas de parqueo y **de acceso restringido**, y las demás que fije la autoridad ambiental competente.

Artículo 77: Responsabilidad en vigilancia y control para los sitios de disposición final de basuras. La entidad encargada del manejo del sitio de **disposición final será responsable por los efectos ambientales asociados, hasta cuando se eliminen las condiciones que puedan originar efectos nocivos a los recursos naturales, la salud de las personas y el medio ambiente”** (negrilla fuera del texto).

4.1 En correspondencia con lo anterior, es claro que, en virtud de las normas constitucionales y legales atrás anotadas, el municipio de Popayán tiene entre sus funciones, la prestación del servicio público de aseo, el cual no solo comprende la recolección, transporte, manejo, tratamiento y disposición final de residuos sólidos

⁸⁶ Decreto 605 de 1996: “(...) Residuo peligroso: es aquel que por sus características infecciosas, tóxicas, explosivas, corrosivas, inflamables, volátiles, combustibles, radiactivas o reactivas puedan causar riesgo a la salud humana o deteriorar la calidad ambiental hasta niveles que causen riesgo a la salud humana”.

domiciliarios y peligrosos, sino también la creación de un programa encaminado a implementar la clasificación de las basuras en el sitio en donde se generan. De igual forma, tiene el deber de evitar, en el manejo de las basuras, incendios y accidentes, así como otros riesgos a operarios o al público en general, por lo que, además, está obligado implementar un programa de capacitación dirigido al personal a cargo de tal actividad y un reglamento de operación para el relleno sanitario, pues es responsable de su vigilancia y control.

4.2 No obstante las disposiciones que así se lo exigían, en el presente caso está demostrado que el ente territorial demandado no adoptó las medidas de seguridad y prevención necesarias para recolectar, transportar, manejar tratar y clasificar la bolsa de basura que contenía el explosivo que causó graves heridas al señor Reiler Vásquez Valencia y la muerte a la señora María Argenis Montenegro Gutiérrez, y evitar así el accidente objeto de la demanda, ni para reglamentar la operación del relleno sanitario en el que estos trabajaban, así como tampoco para capacitar a los mencionados señores en medidas de seguridad industrial, aunque conocía, como bien lo señala la sentencia, que aquellos desarrollaban actividades de reciclaje dentro del relleno de su propiedad.

4.3 A mi juicio, estas son razones suficientes para concluir que, en virtud de las citadas normas y las pruebas que obran en el expediente, el municipio de Popayán sí incurrió en una falla en el servicio, la cual originó el daño objeto de reproche⁸⁷. Al respecto, es preciso tener en cuenta que, si bien en la sentencia se indicó que no se demostró que *“la supuesta falta de medidas de seguridad en el sitio del incidente (...) hubiera derivado -como consecuencia necesaria- el hecho dañoso”*, lo cierto es que, en reiterada jurisprudencia, la Sala ha señalado que hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado por omisión, cuando se acreditan los siguientes requisitos: (i) un daño antijurídico, (ii) la existencia de una obligación constitucional⁸⁸, legal o reglamentaria en cabeza de la entidad demandada⁸⁹, la misma cuyo cumplimiento se echa de menos, (iii) la omisión respecto de la conducta debida, analizada a la luz de *“las concretas circunstancias en que debía*

⁸⁷ Sobre el particular, no sobra destacar que en sentencia aprobada por la Sección el mismo día (expediente acumulado 1999-0002 y 2000-0003, C.P. Enrique Gil Botero), se afirmó: *“[A]un cuando en el proceso se acreditó que en el momento en el que se diseñó el relleno sanitario se estaba frente a un procedimiento experimental, la Sala no utilizará el título de imputación de ‘riesgo excepcional’, sino el subjetivo de ‘falla en el servicio’, puesto que también se demostró que se desconoció el principio de prevención que debe regir todas aquellas actividades que tengan impactos negativos sobre el medio ambiente y que por tanto impon[en] tanto en las autoridades públicas como en los operadores la obligación de mitigación y de asunción de medidas tendientes a evitar la materialización de riesgos”*. Además, se sostuvo que, de acuerdo con el principio de prevención, *“en el desarrollo de la actividad de disposición final de residuos sólidos”* la administración debe *“actuar en todo momento bajo un supuesto de diligencia debida”*.

⁸⁸ Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 9 de abril de 2012, expediente 23508, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo: *“...la Sala concluye que la negligencia del I.S.S. respecto del cumplimiento de la prescripción de cirugía dada por el médico tratante de la niña (...), bajo razones puramente pragmáticas como la falta de presupuesto y el vencimiento del convenio suscrito con la I.P.S. Fundación Oftalmológica Nacional, desconoce los artículos 13 y 44 de la Constitución Política y las normas internacionales que obligan al Estado a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los niños a la salud, a la integridad física y a la vida digna”*.

⁸⁹ Sección Tercera, sentencia de 16 de julio de 2008, expediente 17163, C.P. Enrique Gil Botero: *“[c]orrespondía al Distrito de Barranquilla en su calidad de propietario de la malla vial, el mantenimiento y la colocación de las señales de tránsito dentro de su perímetro urbano, de acuerdo con lo determinado en el Manual sobre dispositivos para el control del tránsito en calles y carreteras, adoptado por el entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte a través de las resoluciones No. 8408 de 2 de octubre de 1985 y 5246, del 2 de julio de 1985, el cual definía en el capítulo I las señales preventivas. Lo anterior permite establecer, que pese a existir la obligación reglamentaria de señalar los peligros existentes en sus vías, el Distrito de Barranquilla, incumplió con su deber de instalar en ellas, los dispositivos de señalización necesarios para advertir sobre la presencia de un arroyo peligroso en la carrera 44 con calles 48 y 50 del perímetro urbano, toda vez que los testimonios ya vistos dan cuenta de la existencia de un riesgo constante [formación de arroyos por la lluvia] y de la ausencia de avisos que así lo advirtieran”*.

prestarse el servicio⁹⁰” y (iv) el nexo de causalidad entre el daño y la omisión⁹¹, es decir, la comprobación de que el cumplimiento de la obligación habría evitado el resultado⁹².

4.4 Sobre el último requisito anotado, se ha de indicar que, en criterio de la Sala, el nexo de causalidad en los casos en que se juzga la responsabilidad del Estado por omisión, no debe ser analizado desde la perspectiva naturalista según la cual a cada causa le sigue una consecuencia indefectible, sino desde la verificación, con base en las pruebas que obren en el proceso, de la existencia de una relación entre la omisión de la conducta exigida a la autoridad, en virtud de una disposición jurídica, y la concreción del daño⁹³, esto es, entre el deber de la entidad de evitar el resultado mediante una acción y los perjuicios irrogados⁹⁴. Así se concluyó en sentencia de 25 de agosto de 2011⁹⁵:

⁹⁰ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2009, expediente 16192, C.P. Myriam Guerrero de Escobar: “[f]rente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión, por parte de una autoridad pública, en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. En este sentido, se ha sostenido que la falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como anormalmente deficiente”.

⁹¹ Sección Tercera, sentencia del 1° de marzo de 2006, expediente 13764, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: “para que exista relación causal, la acción tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente. Así las cosas, como lo ha advertido esta Sala, para que exista relación de causalidad entre el perjuicio y el hecho, la omisión o la operación administrativa imputable a la entidad demandada, es necesario demostrar que aquellas circunstancias que le preceden al daño fueron idóneas, eficientes y adecuadas, esto es, decisivas para su producción.”

⁹² Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2009, expediente 17000, C.P. Ramiro Saavedra Becerra: “[c]omo se advierte de las anteriores disposiciones, Empresas Varias de Medellín estaba obligada a prestar el servicio público de aseo en el barrio Las Brisas, que comprende la recolección de la basura domiciliaria y la actividad de barrido y limpieza de las vías y áreas públicas. La Sala encuentra plenamente acreditada la omisión de Empresas Varias de Medellín en la actividad de barrido y limpieza de las vías y áreas públicas, lo que constituye una falla del servicio, que además fue determinante en la producción del daño. En efecto, la inundación en el barrio Las Brisas obedeció a la obstrucción de la red de alcantarillado, producida por palos, piedras y basuras, tal como lo determinaron los técnicos de Empresas Públicas de Medellín quienes afirmaron además que la tubería afectada no fue detectada y, por lo tanto, no se le realizó el mantenimiento requerido. Por consiguiente, es dable concluir que la falta de mantenimiento de la red de alcantarillado y la falta de aseo de las vías públicas constituyen las conductas omisivas eficientes y determinantes en la producción del daño”.

⁹³ Sección Tercera, sentencia de 1° de abril de 2009, expediente 16836, C.P. Ruth Stella Correa Palacio: “...la Sala, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión”. Al respecto, también se puede consultar la sentencia de 19 de agosto de 2011 (Sección Tercera, Subsección C), expediente 20144, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la cual se precisó: “[e]n síntesis, se encuentra plenamente demostrada la falla del servicio por omisión de la entidad demandada en el cumplimiento del deber legal y constitucional de garantizar las condiciones necesarias de seguridad, encaminadas a proteger la vida e integridad de los alumnos por sustraerse del deber de custodia y vigilancia que su posición de garante le impone. Por tanto se dan los presupuestos requeridos para imponer la obligación indemnizatoria a la entidad demandada”.

⁹⁴ Sobre el particular, en la sentencia de la Corte Constitucional SU-1184 de 2001, que abordó el tema de la responsabilidad del Estado por conductas omisivas, se sostuvo: “[a]ctualmente, el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás -salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro- no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia. || Desde esta perspectiva, el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de

“...la Sala ha venido insistiendo en la necesidad de deslindar plenamente los ámbitos de operatividad y el contenido de las nociones de causalidad y de imputación, como presupuesto necesario para estructurar correctamente el examen respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado, indicando que es, precisamente, el territorio de la responsabilidad por omisión aquél en el cual resulta más relevante dicha distinción, comoquiera que frente a eventos en los cuales se pretende deducir responsabilidad del Estado como consecuencia de un no hacer, el correspondiente examen de causalidad se desenvuelve en un plano meramente hipotético, pues el auténtico análisis sobre la procedibilidad de atribuir la obligación resarcitoria al ente demandado debe realizarse en el terreno de la imputación.

(...)

La explicación de un curso lesivo a través de imputación requiere, en consecuencia, de conocer cuál es el ‘rol’ que el ordenamiento jurídico asigna a cada uno de los intervinientes en el proceso causal respectivo, pues será quien o quienes hayan defraudado las expectativas, deberes u obligaciones que dicho rol les asigna, los llamados a asumir la responsabilidad de reparar el daño causado”.

En lo anteriores términos dejo expuesta mi aclaración de voto a la decisión adoptada por la Sala en el asunto de la referencia.

Fecha *ut supra*.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano” (subraya fuera del texto).

⁹⁵ Sección Tercera, Subsección A, expediente 17613, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.