**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Presupuestos para su configuración**

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “responsabilidad de la administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”. Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo.

**DAÑO ANTIJURÍDICO - Noción.**

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”; o la “lesión de un interés o con la alteración *“in pejus”*del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social.  En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado social de derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia administración” De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (art. 1º) y la igualdad (art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”. Debe quedar claro que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado social de derecho, ya que como lo señala el precedente un “Estado social de derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

**LA IMPUTACIÓN - Noción**

Este elemento del juicio de responsabilidad ha sido definido por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado como “la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello.”. En el plano fáctico, corresponderá determinar desde el punto de vista causal, si el resultado lesivo es atribuible a la acción u omisión del agente estatal. En el marco de este análisis deberá verificarse la existencia del nexo causal entre la conducta del agente estatal y la ocurrencia del daño. El Consejo de Estado ha decantado que el nexo causal es la relación necesaria y eficiente entre la conducta del agente y el daño irrogado a la víctima y/o perjudicado. Para ello, se ha valido, principalmente de las teorías de la equivalencia de las condiciones y de la causalidad adecuada. Conforme a la primera, se podía tener como causa del daño, cualquiera que antecediera a su causación. No obstante, en la actualidad, la teoría causal aplicable es la segunda, según la cual, es causa eficiente y determinante del daño sólo aquella que, en el curso normal de los acontecimientos, tiene la entidad suficiente para producir el resultado lesivo. Por su parte, en el plano jurídico deberá establecerse el fundamento normativo que permita endilgar a la conducta activa u omisiva del agente estatal, la obligación de reparar el daño. La atribución de este deber jurídico operará conforme a los títulos de imputación desarrollados por el Consejo de Estado, a saber: falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional. Ahora bien, cuando la responsabilidad extracontractual de las entidades se deriva de la omisión en el cumplimiento del componente obligacional que le rige, se ha estructurado el juicio de imputación a partir de la falla del servicio por omisión y en algunas oportunidades se ha acudido al uso de ingredientes normativos de la imputación objetiva, tales como: la posición de garante, el principio de confianza y el incremento del riesgo permitido o riesgo jurídicamente desaprobado. Ello, porque se ha considerado que, en el plano de la omisión, no es fácil identificar una acción positiva a partir de la cual se configure el nexo causal, pues se ha entendido que “del comportamiento omisivo –entendido en sentido material, físico o fenomenológico–no se desprende o deriva nada en el mundo exterior.”. Además, porque la falla del servicio deviene del incumplimiento del contenido obligacional a cargo del Estado. En cuanto a los elementos que permiten acreditar la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, el Consejo de Estado ha decantado que, la falla del servicio por omisión se estructura cuando se comprueba que el Estado en ejercicio del deber funcional estaba obligado a actuar y no lo hizo, causando un daño antijurídico cuando era su deber evitar el resultado. Así, además del daño antijurídico, deberá probarse: i) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la que se habrían evitado los perjuicios. ii) La omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal. iii) La relación de causalidad entre la omisión y el daño. En cuanto a la configuración de los anteriores elementos, el alto tribunal ha dicho que vez verificada la omisión de la entidad demandada en el cumplimiento del contenido obligacional a su cargo, debe establecerse si dicho comportamientoomisivo“tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño atendiendo (...) a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada”. Aspecto sobre el cual ha destacado que, debe verificarse “(...) la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante, no derivarse “temporalmente hablando” de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta”.Así las cosas, debe precisarse que la prosperidad del juicio de responsabilidad estatal por omisión dependerá no solo de la simple acreditación del incumplimiento o negligencia por parte de la autoridad, además, debe acreditarse plenamente que la realización o ejecución material de la conducta que se alega omitida ostentaba la entidad suficiente para romper el curso causal de los acontecimientos de tal manera que evite la configuración del daño. Es decir que la causa del daño no fue otra que la omisión de la demandada, quien tenía el deber de evitar el resultado. Ello es lo que permite “afirmar que el daño irrogado a la víctima le es imputable, como si física o materialmente lo hubiera causado, dado que normativamente estaba obligado a impedirlo.”.

**DAÑO ANTIJURÍDICO – Configuración en el caso concreto de menor que cayó al cuarto de máquinas de piscina donde recibía clases de natación.**

En el caso bajo estudio se encuentra acreditado que el menor XX sufrió un daño físico y moral que no estaba en obligación de soportar, al haber caído en el cuarto de máquinas de la piscina del Aqua Club Andino de la ciudad de Tunja, fruto del deterioro de la tapa metálica que recubría dicho cuarto. Lo anterior, se encuentra acreditado en el expediente con los siguientes elementos materiales probatorios. (…)

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO – Obligaciones del Instituto de Recreación y Deporte de Tunja -IRDET- y frente al menor lesionado como deportista.**

Bajo dichos referentes considera la Sala que le asiste responsabilidad al IRDET en el accidente soportado por XX, dado que su posición de garante frente al menor le imponía el deber específico de protección hasta el momento en que la clase terminara definitivamente y hubiese abandonado el escenario deportivo. Es cierto, porque lo aceptaron además XX y el menor XX, que cuando él cayó al cuarto de máquinas se encontraba fuera de la piscina, e incluso con algunas prendas de vestir, pero sus primos aún estaban dentro de la misma, en la fase de juego libre, y de ello se infiere que la clase no había terminado. En este sentido, ha de llamar la atención esta Sala en la falta de cuidado respecto del instructor del IRDET, de quién se espera que, en el ejercicio de la ejecución de su contrato, cumpla con el deber allí referido, de garantizar y propender por la seguridad física de los deportistas. Es plausible dentro del marco de la autonomía del ejercicio docente, que como premio por su esfuerzo durante la clase otorgue diez o quince minutos de juego libre en el que se use un balón, pero siempre bajo su supervisión, siendo esperado dentro de su deber objetivo de cuidado, marcar el momento de finalización de la clase y dar la orden de abandonar la piscina a todos los deportistas, verificando que la orden se cumpla, y desde ese punto de vista, no es aceptable que los menores que tengan acudiente en la piscina puedan continuar dentro de la misma, pues el mismo instructor afirmó, que los padres de familia no podían interferir dentro de su clase. Lo anterior, porque no resulta aceptable que el instructor afirme que algunos deportistas estaban en la piscina mientras él acompañaba a otros a la puerta a donde sus padres de familia los esperaban, pues tal y como sucedió, ello implicaba perder de vista el desenvolvimiento de los menores durante ese tiempo, no siendo posible para el caso concreto, observar que el balón salió de la piscina y cayó en un lugar de posible peligro al que se podía acercar un menor y sufrir un accidente como el aquí analizado. Ahora bien, no pretende la Sala reprochar la calidad del instructor deportivo, porque las máximas de la experiencia permiten afirmar que el dominio de varios menores a la vez, en el curso de escenarios deportivos, pero además de diversión, resulta de bastante cuidado, al punto que aún con los cuidados más extremos, los accidentes pueden presentarse. Sin embargo, si es dable llamar la atención al IRDET en la concientización frente a sus contratistas, a fin de marcar un inicio y fin de su clase, dada la posición de garante que le asiste al ente estatal en la seguridad e integridad de los deportistas. Ahora bien, como se anotó en párrafos que anteceden, en el contrato suscrito el día 16 de marzo de 2012 entre el IRDET y el instructor IVAN CAMILO CHINOME MARTÍNEZ se estableció como deber en cabeza del ente estatal, la asignación del escenario deportivo, y en tal sentido, también es dable dentro de su posición de garante llamar su atención, para verificar de manera continua la seguridad de los escenarios deportivos, pues el artículo 14 del Decreto 2171 de 2009 estableció como un deber de los bañistas, padres de familia y acompañantes de los menores de edad, “Informar sobre cualquier situación de riesgo en las piscinas o estructuras similares a los responsables y operarios piscineros.”. Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la Ley 1209 de 2008 y su Decreto Reglamentario prohibieron el acceso a las áreas de piscina a menores de doce (12) años de edad sin la compañía de un adulto que se haga responsable de su seguridad, que para el caso concreto era el instructor del IRDET, pues la asistencia de los padres de familia y/o acudientes era voluntaria. Por lo anterior, no prosperará el recurso de apelación presentado por el IRDET y se confirmará su responsabilidad declarada en la sentencia de primera instancia, pero atendiendo exclusivamente a la posición de garante que ostentaba frente al menor XX para el momento del accidente.

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO – Obligaciones del Acuaclub Andino y del Municipio de Tunja y frente al menor lesionado en el caso concreto.**

Conforme a lo anterior, no queda duda que al ACUACLUB ANDINO DE TUNJA, le asiste responsabilidad en el accidente de XX, por el incumplimiento de las normas de seguridad referidas anteriormente, pues como se verá a continuación – el municipio de Tunja – dio cuenta de la presencia de una tapa que recubría el cuarto de máquinas que se encontraba en mal estado y sin señalización alguna, la cual, al ser pisada por el menor, lo llevó a caer al vacío en el cuarto de máquinas. Sin más consideraciones se confirmará su responsabilidad en el caso bajo estudio, además porque el centro deportivo – pese a haber sido notificado en legal forma - no se hizo presente dentro de este proceso y por ende no apeló la sentencia de primera instancia. Por su parte, en lo que toca al municipio de Tunja, quedó acreditado dentro del expediente, que pese a que la Ley 1209 de 2008 entró en vigencia el 14 de enero de 2009, para el día 27 de junio de 2012 – es decir más de tres años después de la vigencia – el ente territorial no había realizado ninguna función de inspección y vigilancia establecidas en la referida Ley 1209 ni en el Decreto 2171 de 2009, a las que ya se hizo referencia. Por el contrario, se evidenció que solo hasta que el menor XX tuvo el accidente el 27 de junio de 2012, y por petición de su señora madre - XX – fue que a la entidad territorial realizó auditoría al centro deportivo y al efecto verificó que la cubierta por donde resbaló el menor, era insegura y no contaba con ninguna medida de prevención. Al respecto, se cuentan con las siguientes pruebas: (…)Se reitera, entonces, que la inspección ejercida por el municipio de Tunja al Acuaclub Andino de Tunja, solo fue realizada con posterioridad al 27 de junio de 2012, y en ella evidenció que el cuarto de máquinas no contaba con encerramiento y la tapa no tenía seguro y era accesible al público en general, por lo que requirió a la administración del centro deportivo, realizar los trabajos de encerramiento de la zona a fin de dar cumplimiento a la Ley 1209 de 2008. De lo anterior se colige que el municipio de Tunja omitió su responsabilidad de inspeccionar la piscina del Acuaclub Andino de Tunja conforme a lo establecido en la Ley 1209 de 2008, y de haberlo hecho hubiese podido verificar, que la tapa del cuarto de máquinas constituía un peligro para los bañistas, que además son en su mayoría, menores de edad. Y de ello se desprende, que de haber cumplido con su componente obligacional el daño padecido por el menor XX se hubiese evitado, pues resultó acreditado que con la visita realizada por el ente territorial en el mes de julio de 2012, el centro deportivo tomó las medidas necesarias para corregir el yerro mencionado.

**NEXO CAUSAL - Configuración /HECHO NOTORIO – Aplicación en relación con existencia de piscina aledaña al colegio como parte integrante de colegio.**

Como síntesis de lo expuesto, la Sala no desconoce que la causalidad material inmediata del accidente estribó en que el cuarto de máquinas del AcuaClub Andino de Tunja contaba con una tapa metálica deteriorada, la cual además no estaba encerrada ni demarcada de forma que indicara que era una zona peligrosa para los bañistas, lo que generó que XX transitara desprevenidamente y cayera al vacío en dicho cuarto. Con todo, no por ello, esta Sala puede dejar de lado el hecho de que el municipio de Tunja, conocedor de la existencia de la piscina haya dejado transcurrir más de tres años desde la entrada en vigencia de la Ley 1209 de 2008, para ejercer su función de inspección y vigilancia sobre las condiciones de seguridad de la misma. Y es que dicha falta de diligencia es inaceptable en el entendido de que el centro acuático tiene como actividad económica “prestar servicios educativos en deporte natación en preescolar, (básica primaria y básica secundaria) y media, natación recreativa” (Ver plan de emergencias y contingencias fls 212 y ss del expediente). Además, es de público conocimiento y constituye además hecho notorio que la piscina del Acuaclub Andino Tunja es aledaña al Colegio Andino de Tunja, incluso, al visitar la página web del Colegio, las instalaciones de la piscina son promocionadas como parte del Colegio. No obstante, es cierto que de ello no obra prueba en el expediente, pero la comunidad escolar del municipio de Tunja, sabe que el Colegio cuenta dentro de sus instalaciones con piscina a la que asisten sus estudiantes, lo cual es corroborado, con el plan de emergencias y contingencias de la piscina, en el que se vio, tiene como actividad económica el servicio educativo de natación en preescolar, básica primaria y básica secundaria. (…). En tal sentido, para la comunidad de Tunja es un hecho notorio que el Colegio Andino de Tunja cuenta con piscina aledaña a la que asisten sus estudiantes – la cual no se desconoce cuenta con razón social diferente a la del Colegio - y tal hecho evidentemente es conocido por el municipio de Tunja por lo que no es dable afirmar que se trataba de una piscina particular aislada, sino de un establecimiento al que concurren menores de edad a diario y que por ello, el deber de inspección y vigilancia no podía ser soslayado por más de tres años. Dada la protección constitucional que le asiste al ente territorial respecto de los menores, sumado a su deber de inspeccionar, vigilar y sancionar las piscinas existentes en el municipio conforme a la Ley 1209 de 2008, considera la Sala que debe confirmarse su responsabilidad en los hechos materia de estudio, la cual no puede pasarse por alto bajo el pretexto de que la única causa del daño fue la impericia del Acuaclub Andino, pues en todo caso, de haberse hecho alguna visita por parte del ente territorial, tal y como lo hizo en el mes de julio de 2012, hubiese dado paso al aseguramiento del cuarto de máquinas, como en efecto sucedió. En consecuencia, la Sala también confirmará la sentencia de primera instancia, en el entendido de que al Acuaclub Andino y al municipio de Tunja, les asistió responsabilidad en el daño padecido por XX.

**DAÑO ANTIJURÍDICO - Indemnización**

Considera la Sala que le asistió razón al juez de primera instancia en condenar al pago de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes para XX en su calidad de víctima del accidente del 27 de junio de 2012, pues pese a que no existe dentro del expediente prueba de pérdida de capacidad laboral lo cierto es que fruto de la caída al vacío en el cuarto de máquinas del Acuaclub Andino de Tunja, sintió congoja y angustia que le generó un estrés post traumático y que por criterio de equidad debe asimilarse la lesión al rango de superior al 1% y menor al 10%. No obstante, se considera que dicho rango no puede elevarse a un porcentaje superior por cuanto no existe dictamen de pérdida de capacidad laboraly en el dictamen allegado como prueba tampoco se determinó que el estrés post traumático fuera de carácter permanente. Del dictamen pericial se colige que en efecto el evento de caída al vacío en el cuarto de máquinas constituyó un evento traumático que debe ser analizado desde la perspectiva de la edad de la víctima, es decir, en el entendido de que XX para la época de los hechos contaba con 7 años de edad, y dicho suceso le generó retrocesos en actividades como el baño, el sueño y el Colegio. Dichas consecuencias son lamentables y de manera indudable deben ser indemnizadas, pero no al punto de aumentar el tope reconocido por la primera instancia por la razón fundamental de que el estrés post traumático no pudo diagnosticarse como permanente, sino que depende de la evolución propia del paciente y en tal sentido, valora la Sala el hecho de que en el interrogatorio de parte recibido al menor XX afirmó por ejemplo que superó el miedo al agua y pudo regresar a las piscinas aproximadamente dos años después de su accidente. Y sin pretender minimizar los efectos de su caída, se evidencia de dicha versión que el menor ha venido evolucionando de manera favorable, al punto que para el momento de rendir su versión practicaba patinaje, soportando incluso caídas duras en el ejercicio de dicho deporte, de donde se infiere por las máximas de la experiencia, que el menor, por fortuna, ha continuado con un buen desarrollo. No puede tampoco pasar la Sala por alto el gran e inteligente desempeño que mostró el menor al momento en que el juez de primera instancia le practicó el interrogatorio, al punto, que la autoridad judicial lo felicitó, a lo que se suma su fluidez verbal y lo conciso de sus afirmaciones, de donde se extrae que su desarrollo continúa siendo admirable. En consecuencia, una valoración sistemática y objetiva del caso no permite superar el tope del 10%, pues la incapacidad dada por el Instituto de Medicina Legal fue de 15 días; no se diagnosticó un trauma permanente y la evolución del menor ha venido siendo positiva, y ello impone confirmar la condena de primera instancia en materia de daño moral para la víctima, pues se concedió en dicho nivel, el máximo de la indemnización procedente. Dado además que dicho porcentaje determina la indemnización para los demás niveles referidos por el Consejo de Estado, tampoco es procedente aumentar la indemnización respecto de la madre de XX y de sus abuelos, pues la primera instancia concedió el tope máximo, determinado en 10 y 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes respectivamente. Lo anterior en el entendido que respecto de los abuelos se aplicó la presunción del daño moral, sin tener en cuenta, que dentro del peritaje rendido por la psicóloga Laura Guimar Méndez se afirmó que el señor XX tuvo afectaciones en su afectividad y pensamiento, pero en el interrogatorio de parte realizado al mismo afirmó que a él no se le realizó valoración psicológica alguna. En el interrogatorio de parte se afirmó: (…)Y en este aspecto, es deber de la Sala llamar la atención en la lealtad que deben observar las partes en el curso de un proceso judicial, pues resulta sorpresivo que se allegue un dictamen judicial de valoración psicológica, suscrito por una profesional en el área, pero que luego una de las personas valoradas afirme no haber sido valorada. Ahora bien, esta Sala no duda que tanto la madre de XX como sus abuelos, dado su grado de consanguinidad y el hecho de convivir con el menor desde su nacimiento, sufrieron un perjuicio moral que es dable presumir, pues es lógico que, para una madre y un abuelo, cualquier evento que genere dolor o sufrimiento al menor, maximiza el daño moral por lo estrecho de los lazos familiares que se profesan. Lo anterior, permite omitir el hecho de que no exista un dictamen de pérdida de capacidad laboral. Sin embargo, no sucede los mismo con los demás miembros de la familia aquí demandantes, a quiénes sí les correspondía probar el daño moral generado por el accidente. Al respecto, sin mayores consideraciones se dirá que no procede indemnización respecto de XX ni de XX, pues respecto de ellos el dictamen psicológico indicó que no se encontró daño psicológico alguno. (…) Respecto del señor XX, quien demandó en su calidad de tío de XX, el dictamen pericial refirió: (…). Considera la Sala que le asistió razón a la primera instancia en no haber otorgado indemnización alguna al XX en su calidad de tío del menor XX, pues se considera que si bien el dictamen indicó que vivenció con impotencia lo sucedido a raíz de la llamada telefónica que recibió de su hermana y experimentó una ira intensa al saber que por descuido de las autoridades, el menor había sufrido el accidente, objetivamente hablando, se considera que dicho análisis forenseno alcanza a determinar un daño psicológico con la entidad suficiente para ser indemnizado**.** Lo anterior, en primer lugar, porque en la contradicción del dictamen pericial, la psicóloga Laura Guiomar afirmó que el daño de XX se originó en una llamada que le hizo su hermana para contarle lo sucedido, llamada que a la postre imprimió un tono emocional alterado que generó la afectación en dicho demandante. Afirmó la perito que la emocionalidad con que se transmitió la noticia fue fuerte, pero ello no podía ser de otra manera, dada la gravedad de los hechos. Pese a lo anterior, no se pone en duda que la noticia del accidente le haya generado impotencia e ira, pero la valoración del interrogado no da pie para que la administración de justicia, objetivamente hablando, conceda la indemnización pretendida, ya que según su dicho es piloto de helicóptero y su desempeño laboral se encuentra intacto, actividad de la cual se deriva que, pese a la ira generada por el hecho, su vida siguió desarrollándose en condiciones normales. Aunado a lo dicho, valora la Sala el hecho de que la escala de 10 sobre 21 conceptuada por la perito, resulta de las valoraciones que el mismo paciente responde en la entrevista, luego sin querer poner en duda la veracidad de las respuestas, las mismas no permiten afirmar que existió un daño moral indemnizable. Finalmente, considera la Sala que el caso de XX y los menores XX y XX debe ser valorado a la luz de la presencia en el lugar de los hechos, pues resulta palmario que haber vivenciado la situación traumática del suceso, hizo que los menores abandonaran la escuela de natación y que ella en calidad de tía, hubiese afrontado la angustia del momento. No obstante, por las mismas consideraciones la escala de valoración del dictamen no será tenida en cuenta porque, como se indicó, la perito en la audiencia de contradicción del dictamen dio a conocer dicha escala de puntuación se establece a partir de las respuestas que dan los pacientes, las cuales también como se evidenció en la misma audiencia, pudieron obedecer a la magnitud de los hechos creada por la forma en que ha venido contándose la noticia. En consecuencia, se modificará el numeral tercero de la sentencia recurrida y se otorgará a XX una indemnización por valor de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes y a los menores XX y XX la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para cada uno, que se otorgan en el entendido o como consecuencia de la angustia sufrida en el momento del accidente y del hecho de haber presenciado la caída de XX.

**RESPONSABILIDAD SOLIDARIA – Aplicación del artículo 2344 del Código Civil en lugar del artículo 140 del CPACA para imponer la condena de manera solidaria a todos los entes demandados.**

Indicó el municipio de Tunja que conforme al artículo 140 del CPACA en todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño. Conforme a ello, en principio le asistiría razón al municipio de Tunja en que dentro de la condena sería procedente determinar la proporción por la cual debe responder cada una de las demandadas. Sin embargo, laSala considera que debe aplicarse el artículo 2344 del Código Civil que establece: (…). Lo anterior, en concordancia con el hilo argumentativo que ha caracterizado a esta providencia, en la que se ha evaluado más que la ausencia de una lámina en buenas condiciones y la señalización adecuada, el hecho de la responsabilidad social de todos los entes involucrados en la protección efectiva de los menores de edad, máxime al tratarse de escenarios concurridos diariamente por niños en donde se considera que la materialización de las normas de seguridad es tan importante como la inspección y vigilancia de los entes territoriales a su cargo. Tal y como se consideró en el análisis del nexo causal, la responsabilidad de la instalación adecuada de la lámina para el cuarto de máquinas, en tratándose del uso de escenarios por menores de edad es tan importante como la inspección y vigilancia del ente territorial respecto del cumplimiento de normas de seguridad. De otra parte, considera la Sala que el artículo 2344 del Código Civil constituye una norma de carácter sustancial aplicable en casos como el analizado en que la responsabilidad de los entes involucrados no resultó únicamente de su influencia en la causación del daño, sino de su deber constitucional de cuidado de los menores de edad, por lo que se confirmará la decisión de la primera instancia, frente al cumplimiento solidario de la condena. Aunado a lo anterior, téngase en cuenta que el artículo 140 del CPACA es una norma de carácter procesal, por lo que para el presente caso es procedente dar prelación a la norma sustancial del Código Civil ya referida, en el entendido de que la reparación del daño involucra principalmente a un menor de edad y ello impone a la Sala garantizar el cumplimiento efectivo de la condena. En consecuencia, se confirmará la imposición de la condena de manera solidaria.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada por la Relatoría del Tribunal Administrativo de Boyacá para incluir sus anteriores descriptores y restrictores. Igualmente, para anonimizar el nombre de los demandantes e impedir su identificación por cuanto se trata de un asunto que involucra a un menor de edad para respetar sus derechos a la intimidad y dignidad y respecto de las demás personas por contener datos sensibles. Lo anterior conforme a lo previsto en los artículos 33 y 192 de la Ley 1098 de 2006, 5 y 7 de la Ley 1581 de 2012.

Tunja 25 de mayo de 2022

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Medio de Control | **:** | **Reparación directa** |
| Demandante | **:** | **XX y otros** |
| Demandado | **:** | **Instituto de Recreación y Deporte de Tunja y otros**  |
| Expediente  | **:** | **15001-33-33-019-2015-00018-01.** |

|  |
| --- |
| **Tema**: Falla en el servicio por incumplimiento de condiciones técnicas de piscina particular. Responsabilidad del IRDET dada su posición de garante respecto de la víctima. Responsabilidad del municipio de Tunja, por no cumplir su deber de inspección de la piscina del Acua Club Andino de Tunja, conforme a la Ley 1209 de 2008. Responsabilidad de Acuaclub Andino por no cumplir con las normas técnicas propias de las piscinas. Solidaridad en la condena |

Magistrado ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Procede la Sala a resolver los **recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la parte demandante, por el IRDET, y por el municipio de Tunja**, contra la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2018 por el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja, que **accedió parcialmente** a las pretensiones de la demanda.

1. **ANTECEDENTES**

Se concurre a través del medio de control de reparación directa, con el fin de que se concedan las siguientes:

1. **Pretensiones**

Que se declare al municipio de Tunja, al IRDET, y al ACUACLUB ANDINO Y/O CENTRO ACUÁTICO ANDINO, administrativa, extracontractual y patrimonialmente responsables en forma conjunta y solidaria tanto de los perjuicios materiales como inmateriales causados a la parte demandante con ocasión de **accidente padecido por el menor XX el día 27 de junio del año 2012.**

Que se condene a las referidas entidades a pagar en forma conjunta, solidaria e integral, a cada uno de los demandantes, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño moral; asimismo que se les condene a las demandadas a pagar 200 S.M.L.M.V al menor XX y a su señora madre, XX; y la suma de 100 S.M.L.M.V para XX en su calidad de tía y primos de la víctima respectivamente, por concepto de daño a la salud o alteración en las condiciones de existencia.

Que se condene a las demandadas a pagar en forma conjunta, solidaria e integral por concepto de daño emergente la suma que resulte probada, generada con los gastos por concepto de desplazamientos para el tratamiento psicológico de la víctima.

Que se actualicen las sumas de dinero que se llegasen a conceder en la sentencia, de conformidad con el IPC correspondiente, a fin de que las mismas conserven su poder adquisitivo; que la sentencia se cumpla conforme a los artículos 192 y 195 del CPACA.

Que se condene a las demandadas en costas y agencias en derecho en que ha incurrido la demandante con ocasión de este proceso, dentro de las cuales se encuentra la suma de $ 10.000.000 por concepto de los gastos del peritaje psicológico – evaluación psicológica forense – realizada por la Dra Laura Méndez Pérez, allegada con este escrito.

1. **Fundamentos fácticos**

Narra la demanda que XXX pertenecía al grupo de natación de las **escuelas de formación deportiva del IRDET**, entrenamientos que se llevaban a cabo en la Piscina del Acuaclub Andino de Tunja, a la cual debían asistir los alumnos en compañía de un adulto responsable.

El día 27 de junio, en el curso del entrenamiento, cuando el menor XXX se desplazaba en el área circundante de la piscina, cayó al cuarto de máquinas a una profundidad aproximada de 3 metros, el cual se encontraba dentro de las instalaciones de la piscina y no contaba con ningún tipo de señalización, lo que constituía peligro para la integridad de quienes allí asistían.

Señaló que lo único que separaba el cuarto de máquinas del interior de la piscina era una lámina de aluminio oxidado deteriorada, la cual no cumplía con las condiciones mínimas de cerramiento y sellamiento previstas para este tipo de escenarios.

Al momento del accidente los funcionarios de la piscina no prestaron ningún tipo de auxilio al menor, por lo que su tía – XX – quien lo acompañaba, decidió trasladarlo al Hospital San Rafael, donde le diagnosticaron “trauma de tejidos blandos, con incapacidad de 7 días”.

Aunado a lo anterior, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses determinó una incapacidad médico legal de 15 días, conforme a valoración psicológica realizada al menor, por lo que tuvo que recibir 71 terapias psicológicas que fueron atendidas Fisioter Ltda. – Servicios Integrales de Salud.

Con ocasión del accidente, la familia XX resultó seriamente afectada, por haber puesto en peligro inminente la vida e integridad del menor XX. Además, la madre del menor incurrió en gastos económicos para atender las secuelas generadas por el accidente, como gastos de transporte, medicamentos y tratamientos, entre otros.

Además, la víctima y su señora madre, tuvieron alteraciones en sus condiciones de existencia, aquella en el retroceso sufrido en su desarrollo psicológico, la pérdida del gusto por la práctica del deporte, y la afectación en hábitos diarios como bañarse o dormir; y esta, en el deseo de proyectar a su hijo en el deporte, así como en su vida cotidiana porque el menor se volvió muy dependiente de ella para la ejecución de actividades cotidianas, lo que genera mayor desgaste en su cuidado.

XX y sus menores hijos también vieron afectadas sus condiciones de existencia en la medida en que perdieron el gusto por la práctica del deporte y la recreación.

1. **Fundamentos de derecho**

Señaló que la **Ley 1209 de 2008** estableció las normas tendientes a brindar seguridad y adecuar las instalaciones de piscinas de todo el país, con el fin de evitar accidentes, problemas de salud y proteger la vida de sus usuarios. La misma norma, estableció en cabeza de los municipios, el deber de inspección y el ejercicio de la potestad sancionatoria, a fin de corroborar su idoneidad y el cabal cumplimiento de las condiciones que en materia de seguridad le eran exigibles por disposición legal, máxime cuando en las mismas tomaban clase de natación niños entre 4 y 12 años de edad. Para el día 27 de junio de 2012, la mencionada piscina no cumplía con los lineamientos y exigencias de la citada ley, por lo que le asiste responsabilidad administrativa al municipio de Tunja.

Por su parte, el IRDET fue la entidad encargada de c**ontratar los servicios de la Piscina Acuaclub Andino,** contrato que suscribió con una piscina que no cumplía los requisitos y exigencias de funcionamiento contemplados en la **Ley 1209 de 2008** **lo que ponía en peligro la vida e integridad de los menores deportistas, pues la lámina que separaba el interior de la piscina del cuarto de máquinas, estaba oxidada y no cerraba correctamente.**

**La piscina Acuaclub Andino estaba en el deber de cumplir las exigencias y lineamientos de la Ley 1209 de 2008** y habiéndolo omitido, en cabeza suya también está la responsabilidad por el daño antijurídico aquí alegado. Al efecto, era deber de la piscina, instalar barreras de protección, máxime cuando el cuarto de máquinas se encontraba dentro de las instalaciones de la piscina. Téngase en cuenta además que, con ocasión del accidente, la víctima no recibió ningún auxilio de los empleados de la piscina quiénes tampoco realizaron los correspondientes llamados de emergencia.

1. **ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada el 25 de agosto de 2014 ante este Tribunal,[[1]](#footnote-1) que mediante providencia del 16 de diciembre de 2014 remitió el expediente por competencia a los Juzgados Administrativos de este Distrito, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja, quien a través de auto que data del 26 de febrero de 2015, admitió la demanda, ordenó notificar a las demandadas y al Ministerio Público conforme a lo previsto en los artículos 199 y 612 del CPACA[[2]](#footnote-2).

1. **Contestación de la demanda**
* **Por parte del municipio de Tunja[[3]](#footnote-3)**

Adujo que la entidad territorial no maneja escuelas de formación deportiva, función que es propia del **IRDET,** entidad que ostenta la categoría de establecimiento público del orden municipal, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente. Dicha independencia y autonomía también se predica de la piscina **Acuaclub Andino, quien ostenta la categoría de establecimiento de comercio de naturaleza privada.**

Indicó que no es cierto que el ente territorial no haya cumplido su función de inspección y vigilancia, pues existen visitas con actas de control sanitario del 16 de julio de 2012, agosto de 2013, 18 de marzo y 8 de octubre de 2014, fruto de las cuales, la propietaria del establecimiento comercial radicó el 4 de septiembre de 2012 el plan de emergencias y contingencias de la piscina, luego no existe acto u omisión de parte del municipio que haya causado perjuicio a la demandante.

Propuso las excepciones de **falta de legitimación en causa por pasiva**, porque la única responsable de los hechos es la propietaria del Acuaclub; **hecho de un tercero** en cabeza de la tía del menor que aceptó su posición de garante al aceptar acompañar al menor; **cobro de lo no debido**, pues los perjuicios reclamados son desproporcionados y además respecto de todos los demandantes no se encuentra prueba de su causación; **inexistencia del daño antijurídico e inexistencia de los perjuicios,** por no estar acreditados dentro del expediente.

* **Por parte del IRDET[[4]](#footnote-4)**

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos fácticos y de derecho.

Propuso las excepciones de **caducidad y buena fe,** porque la misión de este Instituto es favorecer a la comunidad en el desarrollo de la niñez y son los padres los responsables de llevar y recoger a los niños, y en el caso concreto, terminada la clase, el menor fue entregado a la tía que lo acompañaba; **inexistencia de responsabilidad** porque el accidente sucedió cuando ya había terminado el entrenamiento; **responsabilidad exclusiva por activa** dado que los hechos ocurrieron cuando el entrenamiento había acabado, y el menor estaba a cargo de su acudiente.

Indicó que la prueba pericial aportada no es contundente para probar que existen los perjuicios psicológicos reclamados por todos sus familiares, pues el menor no tiene problemas mentales y en los dos años siguientes practicó patinaje de carreras en el IRDET sin que presente problemas en el desarrollo de la actividad, luego los perjuicios reclamados no están probados en el plenario.

Acuaclub Andino Tunja no presentó contestación a la demanda.

**III. FALLO RECURRIDO**

El Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja profirió sentencia el 18 de diciembre de 2018, en la que resolvió:

1. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el MUNICIPIO DE TUNJA y por el INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE DE TUNJA – IRDET.
2. DECLARAR administrativa, extracontractual y solidariamente responsables al MUNICIPIO DE TUNJA, al INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE DE TUNJA – IRDET y a la señora ANA SUSANA URIBE PINEDA, propietaria del establecimiento de comercio ACUACLUB ANDINO, por las lesiones sufridas por el menor XX, el día 27 de junio de 2012.
3. En consecuencia, CONDENAR al MUNICIPIO DE TUNJA, al INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE DE TUNJA – IRDET y a la señora ANA SUSANA URIBE PINEDA, propietaria del establecimiento de comercio Acuaclub Andino, a pagar de forma solidaria, las siguientes sumas de dinero:
	1. Por concepto de indemnización de daño moral con ocasión de las lesiones personales sufridas por XX, en las siguientes cantidades y a favor de las siguientes personas:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| NOMBRE | VÍCTIMA O PARENTESCO | MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO MORAL |
| XX | VICTIMA | 10 S.M.L.M.V |
| XX | MADRE Primer grado de consanguinidad  | 10 S.M.L.M.V |
| XX | ABUELA MATERNA Segundo grado de consanguinidad | 5 S.M.L.M.V |
| XX | ABUELO MATERNOSegundo grado de consanguinidad | 5 S.M.L.M.V |

* 1. Por concepto de indemnización de daño a la salud con ocasión de las lesiones personales sufridas por XX, a las siguientes cantidades y a favor de las siguientes personas:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| NOMBRE | VÍCTIMA O PARENTESCO | MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO A LA SALUD |
| XX | VICTIMA | 10 S.M.L.M.V |

1. NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda
2. La sentencia se cumplirá en los términos del artículo 187, 192 y concordantes del CPACA y devengará intereses moratorios conforme al inciso 3 de esta disposición.
3. No condenar en costas por lo expuesto.
4. En firme esta providencia, archívese el expediente y déjense las constancias pertinentes. Si existen excedentes de gastos procesales devuélvase al interesado, sin necesidad de auto que así lo ordene.

Como fundamento de su decisión el a quo tuvo por acreditado el daño antijurídico dadas las lesiones sufridas por el menor XX; argumentó que existió una ostensible omisión por parte del municipio de Tunja en el cumplimiento de sus deberes de control y vigilancia frente a las condiciones de seguridad del establecimiento de comercio Acuaclub Andino, donde se desarrollaban las clases de natación de la escuela de formación deportiva del IRDET.

No obstante, dicho deber de inspección se llevó a cabo con posterioridad del a**ccidente, en la cual evidenció el ente territorial que el espacio demarcado como “cuarto de máquinas”** no contaba para ese momento con encerramiento en el piso, presentando una tapa sin seguro con acceso al público, ordenando realizar los trabajos de cerramiento del área de máquinas con miras a cumplir las normas de seguridad contenidas en la **Ley 1209 de 2008, trabajos que se verificaron en posteriores visitas.**

En cuanto a la responsabilidad del IRDET señaló el juez de primera instancia que faltó a los deberes que tenía para garantizar la seguridad del menor XX**,** **debido a que no realizó las labores de prevención que le estaban dadas a través de la verificación de las condiciones de seguridad que ofrecía el establecimiento ACUACLUB ANDINO para los menores inscritos en la escuela de formación deportiva, en particular la ausencia de señalización y cerramiento de la compuerta que separaba el cuarto de máquinas subterráneo de la superficie de la piscina, lo cual dio lugar a que finalmente se concretara el riesgo en la caía del menor.**

Por su parte, las responsabilidades antes descritas no son extrañas para la señora Ana Susana Uribe Pineda, propietaria del establecimiento de comercio Acuaclub Andino, pues el servicio de piscina que ofrecía al público y en especial a menores de edad, le exigía el deber de cumplimento directo e inmediato de las condiciones de seguridad de las instalaciones, concretamente, ejecutando el cerramiento de la compuerta de acceso al cuarto de máquinas de conformidad con la **Ley 1209 de 208** y demás normas de seguridad aplicables, o cuando menos y entretanto se cumplía con ello, proceder a instalar la señalización idónea que advirtiera el riesgo o peligro que implicaba el tránsito por esa zona, situación que no ocurrió y que resultaría, a la postre, causa eficiente en la concreción del daño antijurídico probado en este proceso.

Concluyó entonces, señalando que tales conductas omisivas colocaron en situación de riesgo los derechos a la vida y a la integridad física del menor XX, a tal punto que el día 27 de junio de 2012, se concretó el daño antijurídico que se reflejó en las lesiones físicas y psicológicas generadas por la caída intempestiva al cuarto de máquinas de la piscina, el cual no contaba con un cerramiento, conforme a las citadas disposiciones de seguridad, así como tampoco con la señalización que advirtiera el riesgo o potencial peligro que generaba el tránsito por esa zona.

Es claro entonces que de haber mediado el cumplimiento de los deberes legales que se encontraban en cabeza de cada una de las entidades demandadas, con respecto a las medidas de seguridad de la piscina **Acuaclub Andino** donde el menor XX recibía las clases de natación, se habría evitado el accidente y el daño antijurídico que padeció tanto en su esfera física como emocional, razón por la cual el nexo causa se encuentra acreditado.

Tasó los daños morales conforme a lo establecido en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 8 de agosto de 2018 en la que unificó los topes de indemnización e indicó que la presunción del daño moral solamente es procedente respecto de la víctima directa, su cónyuge, familiares en primer y segundo grado de consanguinidad o civil, razón por la cual, en el presente caso otorgó la indemnización a la víctima, a su madre y a sus abuelos maternos. Respecto de los demás demandantes no encontró probado el daño moral.

Ahora bien, indicó que no se encuentra dictaminada la pérdida de capacidad laboral que establezca un porcentaje para realizar la tasación de los perjuicios, no obstante, se probó la afectación psicológica padecida por la víctima, valorando el rango de la pérdida de capacidad laboral entre el 1% e inferior al 10%, lo cual, según la sentencia de unificación tenida en cuenta, le da a la víctima y a su madre 10 S.M.L.M.V y a sus abuelos, 5 S.M.L.M.V.

Frente al daño a la salud, estableció conforme a jurisprudencia del Consejo de Estado, que su reconocimiento solo procede respecto de la víctima directa y conforme a pronunciamiento de unificación de la misma corporación, estableció que la gravedad de la lesión debe tasarse igual o superior al 1% pero inferior al 10%, lo que le da derecho a la víctima a ser indemnizada con 10 S.M.L.M.V.

Por no estar probado el daño emergente, negó su reconocimiento y se abstuvo de condenar en costas a la parte vencida.

**IV. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN**

**1. Recurso de apelación presentado por la parte demandante[[5]](#footnote-5)**

Indicó que la sentencia de primera instancia debe ser revocada en cuanto al reconocimiento del daño moral a los demás miembros del grupo familiar de XX quiénes a pesar de no haber presenciado el accidente también experimentaron situaciones de angustia, tristeza, dolor, temor, desesperanza, impotencia, en especial la señora XX por no haber estado en el lugar de los hechos para poder ayudar a su menor hijo, además de soportar angustia y ansiedad al recordar el suceso del accidente. En consecuencia, deben tenerse en cuenta los topes de indemnización del daño moral establecidos por el Consejo de Estado, que para el caso del nivel 1 lo tazó en 100% equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Que los daños morales también deben presumirse respecto de los tíos y primos, pues el Consejo de Estado ha dispuesto que podrán ser reparados aquellos miembros del grupo familiar que en relación directa o indirecta con la víctima se vieron afectados por la ocurrencia del hecho dañoso.

En cuanto al reconocimiento de perjuicios materiales señaló que, a pesar de no existir soporte de pago de los honorarios a la psicóloga forense, lo cierto es que el perito ALIRIO ALVARADO ÁVILA, en el curso de la contradicción oral del dictamen, pudo establecer la existencia del contrato de prestación de servicios profesionales de la perita contratada, quien sujetó el pago de sus honorarios a unos porcentajes conforme a la ejecución del contrato, por valor de $ 10.000.000.

Solicitó entonces revocar el numeral cuarto de la sentencia recurrida y se conceda la totalidad de las súplicas de la demanda.

**2. Recurso de apelación presentado por el IRDET.[[6]](#footnote-6)**

Adujo que el IRDET no debe ser condenado de manera solidaria en la responsabilidad que se derive del accidente sufrido por el menor XX, pues el incumplimiento de las normas de seguridad respecto de la piscina del Aqua Club Andino le compete únicamente a su propietaria conforme a lo establecido por la Ley 1209 de 2008 y a la Resolución No 2400 de 1979, pues a ella, le asistía la obligación de señalizar y cumplir con las normas de protección adecuadas para evitar accidente.

De otra parte, el IRDET no tenía en custodia al menor XX, pues la tenía la señora XX, quien para el momento del accidente fungía como acudiente y adulto responsable del menor, razón por la cual era ella quien debía vigilar y controlar adecuadamente y resguardar la seguridad física del menor, máxime cuando autorizó al menor para que saliera de la piscina colocándole incluso camisa y chaqueta.

Refirió además que dentro del componente obligacional que le asiste al IRDET, no se encuentra la de vigilar o inspeccionar las piscinas, pues dicha función le compete al municipio de Tunja conforme a los artículos 9 y 10 de la ley 1209 de 2008.

Finalmente solicita revisar el valor de las condenas impuestas, que no se acompasan con lo establecido por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación, dado que resulta desproporcional establecer que, para una incapacidad de 15 días, se generó un daño con gravedad del 10%. Además, no se probó la gravedad de los daños, pues su recuperación resultó exitosa en un lapso de 15 días, tanto así, que el Instituto de Medicina Legal no vio la necesidad de extender la incapacidad.

**3. Recurso de apelación presentado por el Municipio de Tunja[[7]](#footnote-7)**

Solicitó a esta instancia dar aplicación al inciso 4 del artículo 140 del CPACA que establece que *“en todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responde cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño”.*

Adujo la apoderada del ente territorial, que no obstante la norma citada, la condena recurrida se impuso de manera solidaria entre los tres integrantes del extremo pasivo y con ello desconoció la primera instancia que era su deber analizar la influencia causal de los hechos o de las omisiones en la ocurrencia del daño y proceder a determinar la proporción por la cual debe responder cada una de las condenadas.

No obstante, al analizar la influencia causal, que se concretó en no haber realizado visitas periódicas al establecimiento del Comercio Acuaclub Andino en aras de ejercer control y vigilancia de la actividad allí prestada, la cual debe ser cotejada y/o comparada con la responsabilidad que le asiste al IRDET, quien era el encargado de la escogencia del escenario deportivo que cumpliera con las exigencias técnicas para la prestación del servicio; de realizar la verificación permanente del escenario deportivo; de cuidar y proteger a los menores en su posición de garante, siendo responsable de las circunstancias que se presenten en el desarrollo de las clases de natación, por el vínculo que se genera de custodia, vigilancia y control. Por su parte, la propietaria de la piscina debió ejercer las labores de mantenimiento.

Solicitó entonces revocar los numerales 2 y 3 de la sentencia recurrida, para en su lugar hacer una distribución de la condena allí impuesta, acorde con el estudio de intervención de los hechos y omisiones de las sentenciadas, así como a su importancia en la concreción del daño y a la distribución de la indemnización efectuada, eliminando la solidaridad decretada.

**V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

El Juez Décimo Administrativo de Oralidad de Tunja concedió en el efecto suspensivo para ante esta Corporación los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por las entidades demandadas[[8]](#footnote-8).

Mediante providencia del 13 de junio de 2019 se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes[[9]](#footnote-9).

A través de proveído de 25 de julio de 2019 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y se ordenó en su lugar la presentación de los alegatos por escrito, tal y como lo autoriza el numeral 4º del artículo 247 del CPACA[[10]](#footnote-10).

Las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión en los que reiteraron los argumentos esbozados en sus respectivos recursos de apelación. El Ministerio Público por su parte, guardó silencio.

**VI.** **CONSIDERACIONES**

1. **Competencia**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas por los jueces administrativos.

1. **Del ejercicio oportuno del medio de control de reparación directa**

La Ley 1437 de 2011 en materia de caducidad de reparación directa, estableció:

**ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA.** La demanda deberá ser presentada:

(...)

Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

 En el caso bajo estudio se tiene que el accidente que sufrió XX tuvo lugar el día 27 de junio de 2012, luego en principio la demanda debió ser presentada el día 28 de junio de 2014.

Sin embargo, el término de caducidad se suspendió con la presentación de solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría No 177 Judicial I delegada para Asuntos Administrativos de Tunja, que tuvo lugar el 25 de junio de 2014, es decir, dicha suspensión se dio por el término de los tres días faltantes para que se presentara el fenómeno bajo estudio y hasta por el término máximo de tres meses.

La conciliación prejudicial fue declarada fallida el día 25 de agosto de 2014, lo que indica que la demanda podía ser presentada hasta el 28 de agosto del mismo año. No obstante, la demanda fue presentada el día 25 de agosto de 2014, es decir, lo fue en término.

1. **Competencia del juez ad quem**

El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

**"Artículo 328. Competencia del superior.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia."

Así las cosas, teniendo en cuenta que tanto la parte demandante, como las entidades demandadas apelaron la decisión de primera instancia, esta instancia podrá resolver sin limitaciones.

1. **Problemas jurídicos a resolver**

Surge de la confrontación de la sentencia de primera instancia y de los recursos de apelación, el deber de resolver los siguientes problemas jurídicos.

1. ¿Debe revocarse la sentencia de primera instancia respecto del INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE DE TUNJA, por cuanto la responsabilidad en el cumplimiento de las normas de seguridad de la piscina correspondía únicamente a su propietaria, y el deber de vigilancia e inspección correspondía únicamente al municipio de Tunja; y por no tener la custodia del menor al momento del accidente la cual estaba en cabeza de su tía XX?
2. Deberá **revisarse la condena** impuesta en la sentencia de primera instancia, para verificar:
* Si era procedente condenar de manera solidaria a las tres instituciones demandadas, o si le asiste razón al municipio de Tunja en afirmar que la condena debió darse en el marco del inciso 4 del artículo 140 del CPACA que estableció que *“en todos los casos en los que en la* *causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responde cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño”.*
* Si deben disminuirse los topes de la condena, según lo afirmó el IRDET, por no resultar proporcionales con el daño sufrido.
* O si, por el contrario, la misma debe aumentarse conforme a lo indicado por la parte demandante en su recurso de apelación, quien afirmó que el daño moral debe ser reconocido a todos los miembros del grupo familiar de XX y que fungen como demandantes en este proceso y debe reconocerse además el valor de los perjuicios materiales, concretados en el valor de $ 10.000.000 sufragados por concepto de honorarios del dictamen psicológico allegado como prueba al expediente.
1. **Plan metodológico**

Dado que uno de los argumentos presentados en el recurso de apelación tiene que ver con la ausencia de responsabilidad del IRDET, y atendiendo a que la sentencia fue apelada tanto por la parte demandante como por la demandada, procederá en primer lugar la Sala a establecer los presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado; se determinará el título de imputación a aplicar; luego se estudiará el caso concreto verificando la responsabilidad de cada una de las demandadas a partir del análisis del componente obligacional de cada una; y finalmente se revisará la condena, su monto, y su forma de pago.

**6. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado**

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”15 de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés.

De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “responsabilidad de la administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”16.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo.

Procederá la Sala a analizar los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado y a verificarlos en el caso concreto.

1. **Del daño antijurídico**

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”19; o la “lesión de un interés o con la alteración *“in pejus”*del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”20; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”21, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”22. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado social de derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia administración”23

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (art. 1º) y la igualdad (art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”24.

Debe quedar claro que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado social de derecho, ya que como lo señala el precedente un *“Estado social de derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”*25. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

1. **De la imputación**

Este elemento del juicio de responsabilidad ha sido definido por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado como “la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello.”[[11]](#footnote-11). En el plano fáctico, corresponderá determinar desde el punto de vista causal, si el resultado lesivo es atribuible a la acción u omisión del agente estatal[[12]](#footnote-12). En el marco de este análisis deberá verificarse la existencia del nexo causal entre la conducta del agente estatal y la ocurrencia del daño.

El Consejo de Estado ha decantado que el nexo causal es la relación necesaria y eficiente entre la conducta del agente y el daño irrogado a la víctima y/o perjudicado. Para ello, se ha valido, principalmente de las teorías de la equivalencia de las condiciones y de la causalidad adecuada. Conforme a la primera, se podía tener como causa del daño, cualquiera que antecediera a su causación. No obstante, en la actualidad, la teoría causal aplicable es la segunda, según la cual, e**s causa eficiente y determinante del daño sólo aquella que, en el curso normal de los acontecimientos, tiene la entidad suficiente para producir el resultado lesivo[[13]](#footnote-13)**.

Por su parte, en el plano jurídico deberá establecerse el fundamento normativo que permita endilgar a la conducta activa u omisiva del agente estatal, la obligación de reparar el daño. La atribución de este deber jurídico operará conforme a los títulos de imputación desarrollados por el Consejo de Estado, a saber: falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional.

Ahora bien, cuando la responsabilidad extracontractual de las entidades se deriva de la omisión en el cumplimiento del componente obligacional que le rige, se ha estructurado el juicio de imputación a partir de la falla del servicio por omisión[[14]](#footnote-14)y en algunas oportunidades se ha acudido al uso de ingredientes normativos de la imputación objetiva, tales como: la posición de garante, el principio de confianza y el incremento del riesgo permitido o riesgo jurídicamente desaprobado.

Ello, porque se ha considerado que, en el plano de la omisión, no es fácil identificar una acción positiva a partir de la cual se configure el nexo causal, pues se ha entendido que “del comportamiento omisivo –entendido en sentido material, físico o fenomenológico–no se desprende o deriva nada en el mundo exterior.”14. Además, porque la falla del servicio deviene del incumplimiento del contenido obligacional a cargo del Estado.[[15]](#footnote-15)

En cuanto a los elementos que permiten acreditar la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, el Consejo de Estado ha decantado que, la falla del servicio por omisión se estructura cuando se comprueba que el Estado en ejercicio del deber funcional estaba obligado a actuar y no lo hizo, causando un daño antijurídico cuando era su deber evitar el resultado.

Así, además del daño antijurídico, deberá probarse:

i) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la que se habrían evitado los perjuicios.

ii) La omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal.

iii) La relación de causalidad entre la omisión y el daño.

En cuanto a la configuración de los anteriores elementos, el alto tribunal ha dicho que vez verificada la omisión de la entidad demandada en el cumplimiento del contenido obligacional a su cargo, debe establecerse si dicho comportamientoomisivo *“tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño atendiendo (...) a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada”.* Aspecto sobre el cual ha destacado que, debe verificarse *“(...) la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante, no derivarse “temporalmente hablando” de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta”*[[16]](#footnote-16)*.*

Así las cosas, debe precisarse que la prosperidad del juicio de responsabilidad estatal por omisión dependerá no solo de la simple acreditación del incumplimiento o negligencia por parte de la autoridad, además, debe acreditarse plenamente que la realización o ejecución material de la conducta que se alega omitida ostentaba la entidad suficiente para romper el curso causal de los acontecimientos de tal manera que evite la configuración del daño[[17]](#footnote-17). Es decir que la causa del daño no fue otra que la omisión de la demandada, quien tenía el deber de evitar el resultado. Ello es lo que permite “afirmar que el daño irrogado a la víctima le es imputable, como si física o materialmente lo hubiera causado, dado que normativamente estaba obligado a impedirlo.”20.

Visto lo anterior, deberá verificar la Sala el componente obligacional que le asistía a cada una de las demandadas, en el entendido de que unas son las obligaciones del INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE IRDET quien en el marco de sus competencias brindaba al menor XX la instrucción y o escuela de formación en natación, y otras, las que le correspondían al Aqua Club Andino como propietario de la piscina en la que sucedió el accidente del menor y al municipio de Tunja, como garante de la vigilancia en el cumplimiento de las normas técnicas para el funcionamiento de las piscinas privadas en el municipio de Tunja. Conforme a lo anterior, se expondrán las obligaciones de cada una de las partes mencionadas.

**7. Análisis y solución del caso concreto**

**7.1. Tesis de la sentencia de primera instancia**

Declaró la responsabilidad de las tres entidades demandadas al considerar que Acuaclub Andino de Tunja omitió su deber de instalar los dispositivos de seguridad en el cuarto de máquinas de la piscina de su propiedad; el municipio de Tunja omitió su deber de inspección frente al a piscina conforme a los lineamientos de la Ley 1209 de 2008; el IRDET faltó a los deberes de garantizar la seguridad del menor XX, verificando las condiciones de seguridad que ofrecía el establecimiento Acuaclub Andino para los menores inscritos en la escuela de formación deportiva, lo cual dio lugar a que finalmente se concretara el riesgo en la caía del menor.

**7.2. Tesis de los apelantes**

La parte demandante afirmó que deben concederse los perjuicios pretendidos por todos los demandantes, pues el daño moral también fue irrogado a los **tíos y primos** y además debe aumentarse la condena al máximo de 100 S.M.L.M.V para cada uno. Además, debe reconocerse el daño emergente por estar probado dentro del expediente.

El IRDET pidió revocar la sentencia de primera instancia por cuanto el cumplimiento de las normas de seguridad de la piscina le correspondía únicamente a su propietaria; la inspección y vigilancia al municipio de Tunja quien ostentaba la posición de garante al momento del accidente era su tía XX; y la condena fue desproporcionada dados los pocos días de incapacidad de la víctima.

El municipio de Tunja pidió dar aplicación al numeral 4 del artículo 140 del CPACA que establece que *“en todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responde cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño”.*

**7.3. Tesis de la Sala**

La Sala sostendrá que dadas las connotaciones particulares del escenario donde se presentó el accidente, en el que a diario ingresan menores de edad para el desarrollo de clases de natación resulta procedente condenar al Acualclub Andino como responsable directo de la seguridad de la piscina, al municipio de Tunja por su negligencia en la vigilancia del escenario de utilización mayoritaria de menores de edad e incluso de uso diario de un colegio de la ciudad, y al IRDET, a diferencia de lo sostenido por el a quo, se le condenará por su **posición de garante** frente al cuidado del menor XX al momento del accidente.

Lo anterior conlleva necesariamente a afirma, que el estudio de la responsabilidad del IRDET como garante de la seguridad del menor XX al momento del accidente permite aplicar la teoría de la **responsabilidad objetiva** dada su posición de garante frente al menor para el momento del accidente.

En tanto que frente al municipio de Tunja y al Acuaclub Andino de Tunja, se analizará la responsabilidad por f**alla en el servicio** por el desconocimiento del componente obligacional que les asistía respecto del caso bajo estudio.

Al momento de analizar el nexo causal se dirá que si bien la teoría de la causalidad adecuada es la que impera en la actualidad, esta Corporación en su deber constitucional de administrar justicia y crear conciencia sobre la importancia de proteger a los niños en edad escolar, condenará, además del Acuaclub Andino, al municipio de Tunja porque a pesar de tener conocimiento de que la piscina es utilizada a diario por los estudiantes de un colegio de la ciudad en sus clases de natación, y además por la comunidad en general - incluidos los deportistas del IRDET - **dejó transcurrir más de tres años desde la entrada en vigencia de la Ley 1209 de 2008 para ejercer su función de inspección y vigilancia sobre el centro acuático,** la cual solo ejerció cuando ocurrió el accidente puesto de presente en este proceso.

Dicha negligencia no puede pasarse por alto en el entendido de que no se trataba de una piscina privada común, sino que ésta a diario es utilizada por menores de edad de la institución educativa aledaña a la misma, y además por la ciudadanía en general, incluidos deportistas de todas las edades.

Asimismo, sostendrá la Sala que pese a lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 140 del CPACA, se considera que en el presente caso debe darse aplicación a lo establecido por el artículo 2344 del Código Civil, por tratarse de una norma sustancial que prevalece sobre aquella que tiene el carácter del procesal, confirmando la sentencia, en el entendido que la condena debe ser impuesta d**e manera solidaria.**

**7.3. Del daño antijurídico en el caso concreto**

En el caso bajo estudio se encuentra acreditado que el menor XX sufrió un daño físico y moral que no estaba en obligación de soportar, al haber caído en el cuarto de máquinas de la piscina del Aqua Club Andino de la ciudad de Tunja, fruto del deterioro de la tapa metálica que recubría dicho cuarto.

Lo anterior, se encuentra acreditado en el expediente con los siguientes elementos materiales probatorios.

* Informe de tratamiento psicológico[[18]](#footnote-18) suscrito por la Psicóloga Diana Carolina Niño Blanco de la Sociedad FISIOTER Servicios Integrales de Salud, el día 13 de febrero de 2013, respecto del paciente XX, en el que indicó:

“MOTIVO DE CONSULTA

“Se asusta en la noche, es muy dependiente, quiere estar permanentemente alzado, debido a un accidente que sufrió en una piscina teniendo una caída de tres metros, no tuvo ninguna lesión”. Ref Mamá

VALORACIÓN DEL PACIENTE

Paciente de 8 años, asiste a valoración con su mamá quien comenta que el día 2 de Julio su hijo XX sufrió un accidente en una piscina en la ciudad, cayendo de tres metros de altura. Luego de esto fue diagnosticado con trauma de tejidos blandos.

Actualmente el niño no quiere separarse de su mamá ni un instante, quiere estar permanentemente en los brazos de ella, para que el esté más tranquilo en las noches tiene que tener algún contacto con su mamá o no puede dormir. Es de resaltar que cada vez que su mamá sale a trabajar el niño entra en llanto y es difícil dejarlo.

Por otro lado, ha presentado bajo rendimiento académico, desmotivación para el estudio, y para las diversas actividades académicas para lo cual era muy activo.

SEGUMIENTO Y CONTROLES

Desde el ingreso del paciente, a través de la terapia psicológica se da implementación del tratamiento propuesto, encontrándose evolución moderada.

Se realizaron sesiones dobles semanales, durante un lapso de aproximadamente de cinco meses con el fin de disminuir progresivamente los síntomas que genera el trastorno como son los cognitivos, emocionales, fisiológicos y comportamentales, entregando herramientas básicas en su manejo evaluándolo continuamente durante cada sesión. El paciente se encuentra emocionalmente afectado con ideas de incapacidad física y mental ante su situación física hasta el punto de intervenir en las labores cotidianas como dormir solo, estar atento a sus actividades escolares y bañarse: es importante resaltar la perseverancia que tiene el paciente y su familia y llevar a cabo el proceso del buen manejo de sus síntomas.

Por otro lado, se ha logrado estimular procesos de atención, concentración y memoria, fue posible lograr respuestas adecuadas por parte del paciente.

Se determinó que XX requiere de continua atención y seguimiento para que logre realizar cualquier actividad referente al proceso escolar.”

Se realizaron recomendaciones y sugerencias a la familia y al colegio.

* Copia de la historia clínica No 1051065911[[19]](#footnote-19) correspondiente a XX en la que da cuenta de su asistencia a sesiones por psicología desde el 5 de julio de 2012 hasta el 17 de agosto de 2012. Asimismo, obran órdenes de terapias por psicología para el menor XX desde el 17 de agosto de 2012 hasta el mes de agosto de 2013, aproximadamente 2 por semana.
* Historia clínica del 27 de junio de 2012[[20]](#footnote-20) que da cuenta de que el menor XX de 7 años de edad asistió *“traído por la mamá quien refiere caída desde altura de manera accidental, con posterior trauma en región dorsal y en miembros inferiores. Al examen físico, buen estado general, alerta, orientado, sin déficit neurológico, presenta excoriación extensa en región dorsal, y en muslo izquierdo 1/3 proximal hematoma de 4x4cm con excoriación sin sangrado en el momento. Se le da incapacidad por 7 días. IDx Trauma tejidos blandos”*
* Informe técnico médico legal de lesiones no fatales suscrito por el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses – Unidad Tunja – suscrito el 29 de junio de 2012 como primer reconocimiento médico legal realizado a XX [[21]](#footnote-21), en el que se indicó:

“PRESENTA: 1. Abrasión de 18x10 cm en región dorsolumbar derecha. 2. Abrasión de 2x2cm a nivel de cadera izquierda. 3. Equinosis azul y violácea morada de 10x6 cm en tercio proximal externo de muslo izquierdo. 4. Excoriaciones pintiformes en un área de 2x2cm en maléolo externo de tobillo derecho. Sin otras lesiones. CONCLUSIÓN: MECANISMO CAUSAL: Contundente. Incapacidad médico legal: PROVISIONAL QUINCE (15) DÍAS. Debe regresar a reconocimiento Médico Legal al término de la incapacidad provisional. Debe traer un nuevo oficio petitorio emitido por la autoridad a la que se haya asignado el caso; favor anexar copia de anteriores reconocimientos y copia de la historia clínica de donde fue atendido por los hechos.”

* Informe técnico médico legal de lesiones no fatales suscrito por el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses – Unidad Tunja – suscrito el 19 de julio de 2012 como segundo reconocimiento médico legal realizado a XX [[22]](#footnote-22), en el que se indicó:

“PRESENTA: mancha plana discrómica, visible al momento del examen de 4x3cm en región dorsolumbar derecha y de 2x1cm a nivel de cadera izquierda. Se recibe la valoración por Psicología realizada en FISIOTER por la Dra. Diana C Niño Blanco TP 122117 de fecha 17/07/2012 a nombre del paciente, en la cual se lee “asiste a terapia psicológica, llevando cinco sesiones, requiere continuar proceso, con el fin de evidenciar mejoría… en el momento no se puede emitir ningún informe de historia clínica…” CONCLUSIÓN: Incapacidad médico legal: DEFINITIVA. QUINCE DÍAS. SECUELAS MÉDICO LEGALES de carácter a definir, si las hubiere, en reconocimiento Médico Legal al final del tratamiento por Psicología, con conceptos y pronósticos. Favor anexar copia de los anteriores reconocimientos.”

* Imágenes fotográficas de las lesiones sufridas por el menor XX.[[23]](#footnote-23)

Tal y como se indicó en párrafos que anteceden, respecto del municipio de Tunja y el Acuaclub Andino de Tunja, debe analizarse su responsabilidad bajo el título de imputación de falla en el servicio, para lo cual, procederá la Sala a verificar el componente obligacional de cada una, a verificar si el mismo fue desconocido y posteriormente estudiar el nexo causal.

* **Obligaciones del INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE IRDET y su responsabilidad en el caso concreto**

En cuanto al derecho a la recreación y al deporte, la Corte Constitucional ha señalado que “*El fomento de la recreación y la práctica del deporte es uno de los deberes que corresponden al Estado dentro del marco del Estado social de derecho, en virtud de la función que dichas actividades cumplen en la formación integral de las personas, la preservación y el desarrollo de una mejor salud en el ser humano y que tal obligación se ve acentuada tratándose de los niños, respecto de quienes la Constitución ha previsto una protección especial en el artículo 44 donde se reconoció explícitamente la recreación como uno se sus derechos fundamentales.”[[24]](#footnote-24)*

Conforme a lo dicho, se tiene que, en el marco del desarrollo del derecho fundamental a la recreación, se establecen deberes del Estado, por lo que a través de instituciones como el IRDET, busca hacer efectivo el derecho y por ello brinda a la comunidad escuelas de formación deportiva, para el caso concreto, en natación.

El Instituto de la Juventud, el deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación extraescolar fue creado mediante Acuerdo Municipal No 036 de 1996, como un establecimiento público del orden municipal, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente cuyo objeto según el artículo 4 del referido acuerdo, es, “generar y brindar a la comunidad oportunidades de participación en procesos de iniciación, formación, fomento y práctica del deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, la educación física y la educación extraescolar como contribución al desarrollo integral del individuo para el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del municipio de Tunja”.[[25]](#footnote-25)

Dentro de las funciones del IRDET se encuentran:

“Proponer el plan local de deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre efectuando su seguimiento y evaluación con la participación comunitaria que establece la ley 181 de 1995”

(…)

“Desarrollar programas y actividades que permitan fomentar la práctica de deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física en su territorio.

 (…)

En desarrollo de dichas funciones, para el año 2012, el IRDET ofertó a la comunidad del municipio de Tunja la escuela de formación deportiva de natación, a la cual se inscribió el menor XX según consta en la ficha de inscripción allegada como prueba al expediente.[[26]](#footnote-26)

Para tal fin, el IRDET suscribió el contrato de prestación de servicios No 028 del 16 de marzo de 2012 por el término de cuatro meses, con el instructor IVÁN CAMILO CHINOME MARTÍNEZ cuyo objeto consistió en: “EL CONTRATISTA de manera independiente, es decir sin que exista subordinación laboral, utilizando sus propios medios se obliga para con el IRDET a prestar sus servicios como Instructor Deportivo, impartiendo FORMACIÓN e INSTRUCCIÓN, a los niños, niñas y jóvenes que se encuentran inscritos en los programas de Escuelas de Formación Deportiva en la disciplina de NATACIÓN, en los diferentes sectores de Tunja con tres grupos, cuatro horas semanales por grupo, para un total de cuarenta y ocho horas de instrucción mensuales, de conformidad con lo establecido en el estudio de oportunidad y conveniencia y en la propuesta presentada por el contratista.

 (…)

**Obligaciones del IRDET**:

 (…)

1. Facilitar el material deportivo requerido para la ejecución del objeto contractual.

**Obligaciones del Contratista:**

1. Dar cumplimiento al objeto del contrato

(…)

13. Velar por la integridad física y moral de los alumnos inscritos y comunicar las inquietudes presentadas por estos y los padres de familia

(….)

Conforme a lo indicado, al IRDET le corresponde propender porque la juventud del municipio de Tunja dedique tiempo al deporte y a la recreación y para ello, crea escuelas de formación deportiva, en las que a través de sus instructores forma a los niños y jóvenes en el deporte de su preferencia.

Para el desarrollo de su finalidad, brinda el material y condiciones requeridas para que el instructor realice su clase. Por su parte, el instructor, debe velar entre otras cosas por la integridad física de los deportistas.

A partir de lo anterior, una vez el IRDET oferta la formación, contrata instructores para el efecto, e impone el escenario para la práctica deportiva, **adquiere una posición de garante, que le obliga a asegurar la integridad física y moral de los deportistas**.

Al respecto, en lo que toca a la posición de garante, el Consejo de Estado[[27]](#footnote-27) ha señalado:

"Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha atendido el respectivo contenido obligacional o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa, esto es ha omitido el cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, resulta menester precisar si dicha falencia ha tenido, o no, relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño, atendiendo las exigencias derivadas de la posición de garante.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la posición de garante en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber[[28]](#footnote-28). Al respecto esta Sala, en sentencia del 4 de octubre del 2007[[29]](#footnote-29), señaló:

“Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho47 .

Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.”

 **En esa línea de pensamiento, debe señalarse que “la posición de garante” ha asumido vital connotación en eventos en los cuales si bien, el Estado no intervino directamente en la concreción de un daño antijurídico –como autor o partícipe del hecho-, la situación en la cual estaba incurso, le imponía un deber específico, esto es, asumir determinada conducta; llámese de protección, o de prevención, cuyo rol, al ser desconocido –infracción al deber objetivo de cuidado- dada su posición de garante, configura la atribución a éste de las mismas consecuencias o sanciones que radican en cabeza del directamente responsable del daño antijurídico**.

Ahora bien, en cuanto a la imputación de responsabilidad del Estado por violar los deberes que surjan a partir de la posición de garante, debe advertirse que aquélla no puede provenir de un análisis abstracto o genérico, pues, en efecto, si bien se ha precisado que el Estado se encuentra vinculado jurídicamente a la protección y satisfacción de los derechos humanos y/o fundamentales, es menester precisar que, de acuerdo con una formulación amplia de la posición de garante, se requiere para formular la imputación que, adicionalmente: i) el

obligado no impida el resultado lesivo, siempre que ii) esté en posibilidad de hacerlo.

Así pues, debe advertirse –igualmente- que las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, deben mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.

En el presente caso, es cierto, como lo afirma el apoderado del IRDET en el recurso de apelación, que dicha entidad no tiene dentro de sus obligaciones el mantenimiento de la piscina, ni legalmente le compete ejercer inspección y vigilancia sobre dicho escenario para que cumpla con las normas de seguridad establecidas en la **Ley 1209 de 2008.**

Pese a lo anterior, no resulta aceptable el argumento del recurso de apelación presentado por dicha entidad, quien afirmó que no le asiste responsabilidad en el accidente sufrido por el menor XX porque al momento de la caída el niño ya no se encontraba bajo su custodia por haber abandonado la piscina, sino que estaba a cargo de su tía XX.

Con respecto a dicho argumento, se encuentra el siguiente material probatorio.

Versión rendida por XX en el curso del interrogatorio de parte practicado en este proceso.

XX Indicó que junto con sus primos fue a la pisciana a una clase. Él se salió de la piscina sin que hubiera terminado la clase, porque el profesor decía que los últimos minutos eran de juego. Él se salió porque tenía frío. Sus primos lanzaron la pelota a las tejas y él la fue a coger para llevárselas, pisó una teja para coger la pelota y se cayó. Indicó que su profesor Camilo no les indicó que alguna área de la piscina estuviera prohibida.

Señaló que no había terminado la clase y que él se salió porque sufría de los pulmones y siempre que salía de la piscina se volvía morado, razón por la cual se podía salir de la piscina. A veces se salía y volvía a entrar a la piscina. Para el momento del accidente tenía un pantalón y la toalla encima

Testimonio de XX en su calidad de tía del menor XX y acompañante el 27 de junio de 2012, quien indicó:

XX **–** Tía del menor XX y quien acompañaba al menor el día de los hechos. Indicó que ella se encontraba ubicada en unas sillas rimax contiguas a la piscina. Que el entrenamiento comenzaba por el calentamiento y después se dividían en tres grupos de acuerdo a las edades y niveles.

Que, faltando como 15 minutos, el profesor daba hora de juego y sacaba un balón. No obstante, XX no se quedó jugando porque tenía frío y como sufría de sus pulmones, se colocó una camisa y una chaqueta.

No obstante, los hijos de XX se quedaron en la piscina y lanzaban un balón; el balón salió de la piscina y su sobrino – refiriéndose a XX – se fue a alcanzar la pelota *“y de un momento a otro sentí un totazo terrible y escuché el grito de él, y cuando veo el niño había caído a un vacío de 3 o 3 metros y medio, rodeado de muros, no tenía ni escaleras, empecé a gritar ayúdenme, ayúdenme Llegó una señora de la administración que era mayor de 50 años, llegó el profe que se puso una camisa, pero no tenía por donde bajar (…)*

Testimonio rendido en el curso de proceso por el profesor Camilo Chinome, en su calidad de instructor de la escuela de natación para el día 27 de junio de 2012

**IVÁN CAMILO CHINOME MARTÍNEZ,** cc 1057580601 de Sogamoso, profesión Licenciado en Educación Física y Deportes, en su momento instructor de natación del IRDET.

Frente a los hechos señaló:

 “la clase se desarrollaba en completa normalidad, eran clases de una duración de 2 horas y dentro de la temática que uno establecía como docente había una parte inicial que era el calentamiento de los deportistas (...) en la parte final los últimos 10 o 15 minutos de acuerdo al comportamiento de los alumnos, dejaba de forma libre que jugarán en la piscina y en el alrededor de la playa (...) la clase se desarrolló en completa normalidad, estaba en el hijo de la señora XX, (...) había unas pelotas con la que ellos acostumbran a jugar dentro del agua o pateándolas desde la playa hacia el lago, jamás en las playas porque hay un riesgo de resbalar (...)ya iba a ser el momento en que terminamos la clase (...) si mal no recuerdo la mamá de los de sus primos ingresaba a una parte de la playa en donde había unas sillas. ella se sentaba y los niños seguían jugando mientras sus papás los veían, mientras tanto yo estaba entregando los demás niños en la puerta (...) ellos seguían jugando con la pelota y la pelota se la lanzan fuerte, y cae en un sector en una parte esquinera de la piscina en dónde está el cuarto de máquinas de esta piscina, el niño pues va a tomarla y la tapa de ese cuarto de máquinas se encontraba desoldada, estaba puesta pero no estaba asegurada, **y cuando el niño llega a atrapar la pelota no sé en qué momento se corre la tapa y el niño cae a la parte interna del cuarto de máquinas, no sé exactamente qué profundidad tenga tal vez 2 m**. La mamá empieza a gritar (...) me lanzo al cuarto, lo primero que hago es preguntar al niño si está consciente (...) él pues cayó de pie, pedí auxilio para que lo pudiéramos sacar de la forma en que no tuviera movimientos bruscos por si habría una lesión para sacarlo de allí. (...) yo notificó en mi informe de actividades el incidente y posteriormente la señora XX pues comienza a hacer una serie de trámites pertinentes que creo que van a esta instancia (...).”

Además, entre otras cosas señaló que:

* En relación con las instrucciones de seguridad y delimitación del lugar de la clase, precisa que el accidente se presentó en un lugar prohibido para el desarrollo de la clase y aclaró además que el menor junto con su primo eran inquietos.
* Aclaró que el juego de balones se hacía faltando diez o quince minutos, momento para el cual llegan los padres de familia a recoger a los menores. El menor XX continuó jugando con el balón, pero el testigo no puede precisar, dado que no lo recuerda, si el momento del accidente se presentó dentro de los diez o quince minutos de juego libre o cuando ya habían acabado. Calcula, que la clase ya había terminado y permitió que el menor continuara en la piscina porque la madre se encontraba allí, pues su responsabilidad como instructor iba hasta dónde terminaba la clase.
* Manifestó que el menor no fue remitido a ningún centro de asistencia porque no vieron fracturas ni lesiones de gravedad.
* Señaló que él en su calidad de instructor indicaba que la playa era el límite dentro del cual se desarrollaba la clase, existían también unas sillas que tapaban el cuarto de máquinas, pero el mismo no se contemplaba como lugar de clase. Señaló que el no revisaba el cuarto de máquinas porque era asilado por unas mesas y sillas que dividían la playa de la tapa del cuarto de máquinas, esta tapa estaba fuera del área en la que él como instructor delimitaba su clase. Aclaró que los padres y/o acompañantes no interferían en su clase, y sólo asistían como observadores cuando así lo querían.
* Adujo que XX por su edad era autónomo y por sus capacidades motoras podía cambiarse solo a diferencia de otros menores que eran muy pequeños y que requerían asistencia motriz.
* Indicó que el menor XX desde ese día no volvió a su clase de natación. Los primos que lo acompañaban - XX y XX - tampoco regresaron a su clase.
* Manifestó que la escogencia de la piscina la realizaba el IRDET y la misma era apropiada para dictar la clase de menores por su poca profundidad. Indicó que el escenario era limpio, pequeño, su agua en ocasiones descendía la temperatura, y la tapa de máquinas era un lugar en que no se dictaba la clase.

De las referidas versiones se extrae que el día 27 de junio de 2012, XX asistió junto con sus primos XX y XX a una clase de que brindaba el IRDET dentro del programa de formación deportiva de natación. A dicha clase fue acompañado por su tía XX, quien además es la madre de XX y XX.

Asimismo, coinciden los testigos y el menor XX en que la última fase de la clase se presentaba dentro de los últimos diez o quince minutos en que el profesor permitía juego libre pateando un balón desde el lago hacia el lago. No obstante, durante dicha fase XX salió de la piscina dado el frío que estaba haciendo.

Sin embargo, la última fase de la clase de juego libre, sí estaba siendo aprovechada por sus primos XX y XX quiénes jugaban con la pelota, y en un momento la lanzaron fuera de la piscina, por lo que XX acude a recogerla para devolverla, y fue allí cuando pisó la lámina que recubría el cuarto de máquinas y cayó al vacío.

El docente instructor del IRDET, afirmó que en ese momento se encontraba entregando algunos niños más pequeños a sus padres, y no tiene certeza si esos diez o quince minutos ya habían terminado.

Bajo dichos referentes **considera la Sala que le asiste responsabilidad al IRDET en el accidente soportado por** XX, dado que su **posición de garante frente al menor** le imponía el deber específico de protección hasta el momento en que la clase terminara definitivamente y hubiese abandonado el escenario deportivo.

Es cierto, porque lo aceptaron además XX y el menor XX, que cuando él cayó al cuarto de máquinas se encontraba fuera de la piscina, e incluso con algunas prendas de vestir, pero sus primos aún estaban dentro de la misma, en la fase de juego libre, y de ello se infiere que la clase no había terminado.

En este sentido, ha de llamar la atención esta Sala en la falta de cuidado respecto del instructor del IRDET, de quién se espera que, en el ejercicio de la ejecución de su contrato, cumpla con el deber allí referido, de garantizar y propender por la seguridad física de los deportistas.

Es plausible dentro del marco de la autonomía del ejercicio docente, que como premio por su esfuerzo durante la clase otorgue diez o quince minutos de juego libre en el que se use un balón, **pero siempre bajo su supervisión**, siendo esperado dentro de su deber objetivo de cuidado, marcar el momento de finalización de la clase y dar la orden de abandonar la piscina a todos los deportistas, verificando que la orden se cumpla, y desde ese punto de vista, no es aceptable que los menores que tengan acudiente en la piscina puedan continuar dentro de la misma, pues el mismo instructor afirmó, que los padres de familia no podían interferir dentro de su clase.

Lo anterior, porque no resulta aceptable que el instructor afirme que algunos deportistas estaban en la piscina mientras él acompañaba a otros a la puerta a donde sus padres de familia los esperaban, pues tal y como sucedió, ello implicaba perder de vista el desenvolvimiento de los menores durante ese tiempo, no siendo posible para el caso concreto, observar que el balón salió de la piscina y cayó en un lugar de posible peligro al que se podía acercar un menor y sufrir un accidente como el aquí analizado.

Ahora bien, no pretende la Sala reprochar la calidad del instructor deportivo, porque las máximas de la experiencia permiten afirmar que el dominio de varios menores a la vez, en el curso de escenarios deportivos, pero además de diversión, resulta de bastante cuidado, al punto que aún con los cuidados más extremos, los accidentes pueden presentarse.

Sin embargo, si es dable llamar la atención al IRDET en la concientización frente a sus contratistas, a fin de marcar un inicio y fin de su clase, dada la posición de garante que le asiste al ente estatal en la seguridad e integridad de los deportistas.

Ahora bien, como se anotó en párrafos que anteceden, en el contrato suscrito el día 16 de marzo de 2012 entre el IRDET y el instructor IVAN CAMILO CHINOME MARTÍNEZ se estableció como deber en cabeza del ente estatal, la asignación del escenario deportivo, y en tal sentido, también es dable dentro de su posición de garante llamar su atención, para verificar de manera continua la seguridad de los escenarios deportivos, pues el artículo 14 del Decreto 2171 de 2009 estableció como un deber de los bañistas, padres de familia y **acompañantes de los menores de edad[[30]](#footnote-30)**, ***“Informar sobre cualquier situación de riesgo en las piscinas o estructuras similares a los responsables y operarios piscineros.”***

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la Ley 1209 de 2008 y su Decreto Reglamentario prohibieron el acceso a las áreas de piscina a menores de doce (12) años de edad sin la compañía de un adulto que se haga responsable de su seguridad, **que para el caso concreto era el instructor del IRDET, pues la asistencia de los padres de familia y/o acudientes era voluntaria.**

Por lo anterior, no prosperará el recurso de apelación presentado por el IRDET y se confirmará su responsabilidad declarada en la sentencia de primera instancia, pero atendiendo exclusivamente a la posición de garante que ostentaba frente al menor XX **para el momento del accidente.**

* **Obligaciones del ACUACLUB ANDINO Y DEL MUNICIPIO DE TUNJA y su responsabilidad en el caso concreto**

La **Ley 1209 de 2008**, que trata sobre las normas de seguridad en piscinas, estableció como su objeto establecer las normas tendientes a brindar seguridad y adecuar las instalaciones de piscinas con el fin de evitar accidentes, problemas de salud y proteger la vida de sus usuarios, y cuya aplicación se extiende según el artículo 2, sobre todas las piscinas de uso colectivo que, con independencia de su titularidad pública o privada, se ubiquen en el territorio nacional.

En cuanto a la definición, el artículo 4 de la Ley en cita, estableció que piscina es la estructura artificial destinada a almacenar agua con fines recreativos, deportivos, terapéuticos o simple baño. Incluye además del estanque, las instalaciones anexas, como: vestuarios, sanitarios, lavamanos, duchas, trampolines, plataformas de salto, **casa de máquinas**, accesorios en general y áreas complementarias.

Ordenaron los artículos 9 y 10 que la **inspección y vigilancia sobre las piscinas, estaría cargo de los municipios o distritos competentes dentro** de su jurisdicción, siendo el encargado de expedir el correspondiente documento donde certifique que la piscina posee las normas de seguridad reglamentarias. Además, la referida Ley 1209 estableció que sería deber de la autoridad municipal, **inspeccionar físicamente la instalación final de la piscina o estructura similar y efectuar una revisión del plan de seguridad de la piscina o del manejo de las operaciones diarias**. Asimismo, efectuar auditorías periódicas para garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que para la entrada en vigencia de la Ley 1209 de 2008, la piscina del Aqua Club Andino Tunja ya se encontraba construida. No obstante lo anterior, el artículo 17 refirió que las piscinas que ya se encontraban construidas debían adecuarse a sus disposiciones, en un plazo máximo de un año, el cual, ya había transcurrido para el 27 de junio de 2012.

Por su parte, el **Decreto 2171 de 2009** que reglamentó la Ley 1209 de 2008, y cuyo objeto fue determinar las medidas regulatorias de seguridad aplicables a piscinas y estructuras similares, así como establecer las buenas prácticas sanitarias tendientes a prevenir y controlar los riesgos que afecten la vida y la salud de las personas, estableció en su artículo 11 que deben utilizarse los dispositivos de seguridad en piscinas y estructuras similares. Recuérdese al efecto, que dentro de la definición de piscina dada por la Ley 1209 de 2008 se encuentra incluida la casa de máquinas.

El mismo Decreto 2171 de 2009 refirió que los dispositivos de seguridad homologadosson, entre otros, los que cumplen con los requisitos técnicos establecidos en el reglamento técnico que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Por su parte, el artículo 15 del mismo Decreto, en lo que toca la inspección y vigilancia por parte de los municipios, estableció que es deber del ente territorial, garantizar el cumplimiento del plan de seguridad y manejo de las operaciones diarias de funcionamiento, así como la realización de auditorías periódicas a las piscinas y estructuras similares de su jurisdicción para garantizar el cumplimiento de las disposiciones señaladas en el presente decreto y las normas que expida el Ministerio de la Protección Social sobre la materia.

Nótese que si bien dentro del texto de la Ley 1209 de 2009 y el Decreto 2171 de 2009 se propendió por la seguridad para los bañistas[[31]](#footnote-31) no existe disposición expresa sobre los dispositivos de seguridad para el cuarto de máquinas.

No obstante, nótese que dentro de la definición de piscina contenida en la Ley 1209 está incluido con concepto de casa de máquinas, de donde se colige que dicha casa o cuarto, está incluido dentro de los sitios que deben contar con dispositivos de seguridad que propendan por el bienestar de los Bañistas.

Aunado a lo anterior, como se indicó, el artículo 15 del Decreto 2171 de 2009 hizo referencia a dispositivos de seguridad tales como Cerramiento de control para acceso al estanque, alarma de agua o detector de inmersión, cubiertas anti atrapamiento, sistema de seguridad de liberación de vacío, botón de parada de emergencia y otros que determine el Ministerio de la Protección Social.

En tal sentido, la normatividad en cita no solo contempló seguridad dentro del estanque sino en todas aquellas estructuras que hagan parte de la piscina, al punto que el artículo 14 del Decreto 2171 de 2009 estableció como un deber de los bañistas, padres de familia y acompañantes de los menores de edad, **“informar sobre cualquier situación de riesgo en las piscinas o estructuras similares a los responsables y operarios piscineros.”**

Concordante con ello, resulta pertinente indicar que la Resolución No 2499 de 1979 por la cual se establecen algunas disposiciones sobre vivienda y seguridad en sitios de trabajo, estableció que las aberturas y fosos que existan en el suelo de los locales de trabajo, estarán cerrados y tapados siempre que lo permitan las condiciones de estos, y cuando no, deberán estar provistas de barandillas de 1,10 metros de altura y de rodapié adecuado que los encierre del modo más eficaz; en caso de protección insuficiente se colocarán señales indicadores de peligro en sus inmediaciones.

Por su parte, la norma NTC 1461 de 1987 expedida por ICONTEC, a las cuales deben dar cumplimiento también instalaciones como las piscinas, estableció que el propósito de los colores y señales de seguridad es llamar la atención rápidamente hacia objetos o situaciones que afecten la seguridad y la salud. En el numeral 5.3 pone como ejemplo el uso de la combinación de amarillo y negro para indicar sitios de riesgo temporal o permanente como colisión, caída u orificios en piso.

Conforme a lo anterior, **no queda duda que al ACUACLUB ANDINO DE TUNJA, le asiste responsabilidad en el accidente de** XX**, por el incumplimiento de las normas de seguridad** referidas anteriormente, pues como se verá a continuación – el municipio de Tunja – dio cuenta de la presencia de una tapa que recubría el cuarto de máquinas que se encontraba en mal estado y sin señalización alguna, la cual, al ser pisada por el menor, lo llevó a caer al vacío en el cuarto de máquinas. Sin más consideraciones se confirmará su responsabilidad en el caso bajo estudio, además porque el centro deportivo – pese a haber sido notificado en legal forma - no se hizo presente dentro de este proceso y por ende no apeló la sentencia de primera instancia.

Por su parte, en lo que toca al **municipio de Tunja**, quedó acreditado dentro del expediente, que pese a que la Ley 1209 de 2008 entró en vigencia el 14 de enero de 2009[[32]](#footnote-32), para el día 27 de junio de 2012 – es decir más de tres años después de la vigencia – **el ente territorial no había realizado ninguna función de inspección y vigilancia establecidas en la referida Ley 1209 ni en el Decreto 2171 de 2009, a las que ya se hizo referencia.**

Por el contrario, se evidenció que solo hasta que el menor XX tuvo el accidente el 27 de junio de 2012, y por petición de su señora madre - XX – fue que a la entidad territorial realizó auditoría al centro deportivo y al efecto verificó que la cubierta por donde resbaló el menor, era insegura y no contaba con ninguna medida de prevención.

Al respecto, se cuentan con las siguientes pruebas:

* Oficios radicados por la señora XX – madre del menor XX – dirigidos al Instituto de Recreación y Deporte de Tunja, a las Secretarías de Infraestructura, Protección Social y Educación del municipio de Tunja, y a la inspección de Policía del Barrio los Muiscas de Tunja, en los que informó del accidente ocurrido el 27 de junio de 2012 en las instalaciones de la Piscina del Acuaclub Andino de Tunja, respecto de la cual afirmó, no cumple con las normas de seguridad establecidas por la Ley debido a que el cuarto de máquinas está ubicado en la parte interior de la piscina, cubierto con unas rejillas oxidadas y deterioradas, sin ningún tipo de señalización y seguridad respectiva. Lo anterior, con el fin de que se revise el cumplimiento de la Ley 1209 de 2008 y demás normas concordantes.[[33]](#footnote-33)
* Oficio suscrito por el secretario de Protección Social del Municipio de Tunja el día 9 de agosto de 2012, en el que informó a la señora XX:

“Atendiendo su solicitud, muy amablemente me permito informarle que un profesional de la Unidad de Sanidad Ambiental, adelantó inspección Sanitaria al Centro Acuático Andino con el objeto de verificar el cumplimiento de la seguridad que debe cumplir este tipo de establecimientos.

Se verificó cada uno de los sitios críticos, de alto riesgo y de seguridad para que se hagan las operaciones, modificaciones y arreglos de acuerdo a las normas establecidas, de inmediato cumplimiento.

Por lo anterior esta Secretaría estará pendiente de las acciones que se adelanten en este Centro Acuático, el cumplimiento de las normas establecidas o la aplicación de las sanciones correspondientes contempladas en la Ley.

En cuanto a los daños causados a usuarios por este establecimiento, debe adelantar las acciones legales ante las autoridades correspondientes.”

* Copia del acta de control sanitario[[34]](#footnote-34) de visita realizada por la Secretaría de Protección Social de la Alcaldía de Tunja a la Piscina del Centro Acuático Andino – Acuaclub Andino el día 12 de julio de 2012, en la que frente al análisis realizado en este proceso, se indicó:

“En el área de la piscina se observa un espacio que se tiene demarcado como cuarto de máquinas. Este espacio no tiene encerramiento. El piso y el punto donde está se observa una tapa sin seguro, accesible a público en general, lo que ocasiona que se pueda abrir o cerrar e cualquier momento.

Se observa además en la parte derecha del techo baldosas sueltas que impermeabilizan y embellecen la estructura y pared de este sitio.

Se entregan y evidencian capacitaciones, plan de contingencia (Este no ha sido valorado por el CLOPAD y fue radicado el 12 de diciembre de 2012.)

(…)

Por lo anterior, inmediatamente se requiere que la administradora y/o Gerencia del Centro Acuático Andino realice los respectivos trabajos para encerramiento de dicha área con el fin de dar cumplimiento a la Ley 1209 de 2008 (seguridad en las piscinas) además de mejorar fachada cerca a las 2 piscinas que se observan y trabajan diariamente con personal del colegio andino y entes externos”

* Copia del plan de emergencias y contingencias Acuaclub Andino de Tunja; copias de las planillas de Registro y Control Sanitario de Limpieza de la Piscina; certificados de fumigación, desinfección y mantenimiento de la piscina; certificado de uso de suelos;[[35]](#footnote-35)
* Copia del acta de visita a piscinas realizada al Acuaclub Andino de Tunja por parte de la Secretaría de Protección Social y Salud Ambiental de Tunja el día 18 de marzo de 2014, en la que se realizó la siguiente anotación:

“De acuerdo con la visita anterior de parte de la secretaría de protección se cumplió con el requerimiento establecido en acceso de maquinaria y sellamiento.”[[36]](#footnote-36)

Se reitera, entonces, que la inspección ejercida por el municipio de Tunja al Acuaclub Andino de Tunja, **solo fue realizada con posterioridad al 27 de junio de 2012,** y en ella **evidenció que el cuarto de máquinas no contaba con encerramiento y la tapa no tenía seguro y era accesible al público en general,** por lo que requirió a la administración del centro deportivo, realizar los trabajos de encerramiento de la zona a fin de dar cumplimiento a la Ley 1209 de 2008.

De lo anterior se colige que **el municipio de Tunja omitió su responsabilidad de inspeccionar la piscina del Acuaclub Andino de Tunja conforme a lo establecido en la Ley 1209 de 2008**, y de haberlo hecho hubiese podido verificar, que la tapa del cuarto de máquinas constituía un peligro para los bañistas, que además son en su mayoría, menores de edad.

Y de ello se desprende, que de haber cumplido con su componente obligacional el daño padecido por el menor XX se hubiese evitado, pues resultó acreditado que con la visita realizada por el ente territorial en el mes de julio de 2012, el centro deportivo tomó las medidas necesarias para corregir el yerro mencionado.

**7.3 Del nexo causal**

Como síntesis de lo expuesto, la Sala no desconoce que la causalidad material inmediata del accidente estribó en que el cuarto de máquinas del AcuaClub Andino de Tunja contaba con una tapa metálica deteriorada, la cual además no estaba encerrada ni demarcada de forma que indicara que era una zona peligrosa para los bañistas, lo que generó que XX transitara desprevenidamente y cayera al vacío en dicho cuarto.

Con todo, no por ello, esta Sala puede dejar de lado el hecho de que el municipio de Tunja, conocedor de la existencia de la piscina haya dejado transcurrir más de tres años desde la entrada en vigencia de la Ley 1209 de 2008, para ejercer su función de inspección y vigilancia sobre las condiciones de seguridad de la misma.

Y es que dicha falta de diligencia es inaceptable en el entendido de que el centro acuático tiene como actividad económica “prestar servicios educativos en deporte natación en preescolar, (básica primaria y básica secundaria) y media, natación recreativa” (Ver plan de emergencias y contingencias fls 212 y ss del expediente).

Además, es de público conocimiento[[37]](#footnote-37) y constituye además hecho notorio[[38]](#footnote-38) que la piscina del **Acuaclub Andino Tunja** es aledaña al Colegio Andino de Tunja, incluso, al visitar la página web del Colegio, las instalaciones de la piscina son promocionadas como parte del Colegio. No obstante, es cierto que de ello no obra prueba en el expediente, pero la comunidad escolar del municipio de Tunja, sabe que el Colegio cuenta dentro de sus instalaciones con piscina a la que asisten sus estudiantes, lo cual es corroborado, con el plan de emergencias y contingencias de la piscina, en el que se vio, tiene como actividad económica el servicio educativo de natación en preescolar, básica primaria y básica secundaria.

Recuérdese al efecto, que el Consejo de Estado[[39]](#footnote-39) ha señalado que:

“(…) la notoriedad puede ser a nivel mundial, continental, regional o puramente municipal y está referida a un determinado lapso, de modo que dada la índole del proceso lo que para uno podría erigirse como hecho notorio, para otro proceso no necesariamente tiene esa connotación”.

En tal sentido, para la comunidad de Tunja es un hecho notorio que el Colegio Andino de Tunja cuenta con piscina aledaña a la que asisten sus estudiantes – la cual no se desconoce cuenta con razón social diferente a la del Colegio - y tal hecho evidentemente es conocido por el municipio de Tunja por lo que no es dable afirmar que se trataba de una piscina particular aislada, sino de un establecimiento al que concurren menores de edad a diario y que por ello, el deber de inspección y vigilancia no podía ser soslayado por más de tres años.

Dada la protección constitucional que le asiste al **ente territorial** respecto de los menores, sumado a su **deber de inspeccionar, vigilar y sancionar las piscinas existentes en el municipio conforme a la Ley 1209 de 2008**, considera la Sala que debe confirmarse su responsabilidad en los hechos materia de estudio, la cual no puede pasarse por alto bajo el pretexto de que la única causa del daño fue la impericia del Acuaclub Andino, pues en todo caso, de haberse hecho alguna visita por parte del ente territorial, tal y como lo hizo en el mes de julio de 2012, hubiese dado paso al aseguramiento del cuarto de máquinas, como en efecto sucedió.

En consecuencia, la Sala también confirmará la sentencia de primera instancia, en el entendido de que al Acuaclub Andino y al municipio de Tunja, les asistió responsabilidad en el daño padecido por XX.

**7.4. De la indemnización del daño antijurídico**

La condena impuesta, sus montos, y su distribución fue recurrida por la parte demandante, por el IRDET y por el municipio de Tunja, por lo que procederá la Sala a pronunciarse.

La parte demandante afirmó que debe aumentarse el monto de la indemnización del daño moral a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y extenderse la presunción del daño a tíos y primos, tal y como lo ha dicho el Consejo de Estado, por tener relación directa o indirecta con la víctima. Asimismo, que debe accederse al reconocimiento del daño emergente concretado en los honorarios pactados con la perito psicóloga por valor de $ 10.000.000, los cuales están soportados en el contrato de prestación de servicios, y por el dictamen pericial rendidos por el perito ALIRIO ALVARADO ÁVILA

El IRDET manifestó queresulta desproporcionado establecer que para una incapacidad de 15 días se generó un daño con gravedad del 10%. Además, no se probó la gravedad de los daños, pues su recuperación resultó exitosa en un lapso de 15 días, tanto así, que el Instituto de Medicina Legal no vio la necesidad de extender la incapacidad.

El municipio de Tunja solicitó dar aplicación al inciso 4 del artículo 140 del CPACA revocando la condena solidaria y estableciendo la proporción de la condena por la que debe responder cada una de las demandadas, *“teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño”.*

Recuérdese al efecto, que en la sentencia de primera instancia se condenó a las demandadas a pagar por concepto de daño moral la suma de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes para XX y para XX; 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes para XX y para XX en su calidad de abuelos de la víctima. El fundamento de la condena fue la sentencia de unificación del mes de agosto de 2018, presumiendo el daño moral respecto de la víctima, su madre y sus abuelos, presunción que no se puede dar respecto de tíos primos y abuelos, y dicho daño no quedó acreditado dentro del expediente.

Respecto de la indemnización del daño a la salud, se condenó a las demandadas a reconocer y pagar el monto de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes para XX.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta respecto del daño moral, que el Consejo de Estado ha unificado criterios para la indemnización del daño inmaterial. En lo referente al daño moral, ha indicado que “el perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.”

Sin embargo, con el fin de aplicar objetividad en la determinación del monto, el alto Tribunal ha establecido unos topes que se determinan a partir de la pérdida de capacidad laboral de la víctima, en el entendido de que el perjuicio moral se presume respecto de los dos primeros niveles, que corresponden a padres y abuelos para el caso concreto. Estableció el Consejo de Estado, que los topes de indemnización del daño moral para el caso de lesiones, se fijan de acuerdo a los siguientes criterios:

“La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:



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

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

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%.”

Considera la Sala que le asistió razón al juez de primera instancia en condenar al pago de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes para XX en su calidad de víctima del accidente del 27 de junio de 2012, pues pese a que no existe dentro del expediente prueba de pérdida de capacidad laboral lo cierto es que fruto de la caída al vacío en el cuarto de máquinas del Acuaclub Andino de Tunja, sintió congoja y angustia que le generó un estrés post traumático y que por criterio de equidad debe asimilarse la lesión al rango de superior al 1% y menor al 10%.

No obstante, se considera que dicho rango no puede elevarse a un porcentaje superior por cuanto **no existe dictamen de pérdida de capacidad laboral** y en el dictamen allegado como prueba tampoco se determinó que el estrés post traumático fuera de carácter permanente.

Al respecto, veamos el dictamen pericial allegado por la perito Laura Guiomar Méndez, quien afirmó:

1. Evaluación realizada al menor XX:

Relato de los hechos: XX narra que “yo ya me había salido de la piscina porque se había terminado la clase de natación pero mis primos se quedaron más tiempo, entonces uno de ellos lanzó la pelota fuera de la piscina, yo me fui a cogerla y pisé una teja plástica que había en el piso y me hundí de pie porque la teja se rompió y yo caí, me pegué y me raspé las piernas y los brazos con las máquinas, me dolían mucho los pies, sentí miedo, lloré y grité y pedía que me sacaran yo miraba para arriba porque estaba muy abajo, miraba hacia los lados y veía máquinas, veía un hueco y un poco de techo, estaba muy oscuro, el profesor Camilo, mi tía y mis primos llegaron, mi tía lloraba y gritaba para que me sacaran rápido y yo cada vez me asustaba más, pensaba que me iba a morir ahí porque nadie me sacaba, hasta que Camilo se metió agarrado de los ladrillos, como pudo me alzó, me subió y otro profesor me recibió; cuando me estaban sacando yo me ataqué a llorar y un profesor me llevó a una sala y allí me miraron las piernas y los brazos que estaban raspados y me salía sangre, después mi tía me subió al carro y me llevó al hospital, no me acuerdo más, solo que después me dijeron que me había caído como dos metros o más en el cuarto de máquinas, pero yo no sabía que ahí quedaba.

FACIES. (Aspecto del rostro y tono de voz que revelan su estado de ánimo). Durante el transcurso de la entrevista XX mostró una mirada triste y con cambios en la tonalidad de la voz cuando evocaba momentos puntuales del accidente y los siguientes al suceso traumático.

(…)

AFECTIVIDAD. Esta faceta del psiquismo se encuentra comprometida en XX, con emociones que oscilan entre la tristeza y el desconcierto al entender que un evento como este habría podido ocasional su muerte. Su estado de ánimo también se alterna entre estados de miedo y pesimismo.

PENSAMIENTO. Es lógico y racional con buen flujo de ideas y asociaciones. Debido al accidente en la piscina el contenido del pensamiento (que se advierte en el lenguaje) por momentos se torna fatalista y lleno de angustia sobre cuando evoca el evento traumático y cuando alguna situación le recuerda el accidente lo que ha incidido que él se aleje y no vuelva a acudir a actividades en donde esté involucrada la natación y que l imite sus salidas a lo estrictamente necesario.

(…)

ATENCIÓN Y CONCENTRACIÓN. Como consecuencia del hecho sucedido presenta alteraciones que logran comprometer en momentos este acto psíquico, durante periodos de tiempo concentra su atención en eventos, objetos o imágenes que le evocan la situación experimentada lo que lo lleva a no focalizar su atención en otras actividades, tareas o distracciones.

SUEÑO. Durante los días que siguieron al accidente tuvo problemas para conciliar el sueño con despertadas abruptas y dificultades para volver a conciliarlo, razón por la cual XX ha presentado algunas conductas de retroceso y/o regresión al volver a dormir con la figura materna (permanece en el tiempo).”

**7.4.1. Contradicción del dictamen pericial**

En audiencia que tuvo lugar el día 18 de agosto de 2017 ante el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja se realizó contradicción de la prueba pericial del dictamen psicológico rendido por la psicóloga LAURA GUIOMAR MÉNDEZ PÉREZ. No obstante, parte de dicha audiencia tuvo que se reconstruida, dado que el video de la grabación presentó fallas.

Por lo anterior, se reconstruyó la sustentación del dictamen el día 14 de noviembre de 2018[[40]](#footnote-40), en la que se concedió palabra a la referida psicóloga quien informó sobre sus estudios y su experiencia en psicología forense. Además, aportó relación de dictámenes judiciales en los que ha participado como perito en psicología forense y en el pasado hizo parte de la lista de auxiliares de la justicia del Consejo Superior de la Judicatura. Procedió a la sustentación del dictamen, indicando:

Refirió que primero escuchó el relato de los hechos respecto de la víctima.

(...) Indicó la perito que cuando habló con XX, se notaba que simplemente el hecho de acordarse, reproducía en él temor, angustia, que se marcaba mucho en sus ojos, había gestos de miedo de temor. Dentro del relato también se nota que por ejemplo hay afectación en lo que tiene que ver con el pensamiento pues el menor refería que él no había querido volver a los sitios de recreación como tal sobre todo espacios abiertos porque le daba miedo. Aquí lo importante era también entender que él estaba en un sitio considerado seguro y lógicamente debía ser seguro, entonces el hecho de que el niño saliera a correr no le daba ni siquiera la posibilidad de prever que podía pasarle algo, es decir, él tenía confianza en el sitio donde estaba. En consecuencia, hubo afectación en otras funciones y una afectación marcada en el sueño, tenía miedo de dormir o si dormía, tenía despertadas abruptas, teniendo con ello conductas de retroceso por ejemplo en su independencia, pues antes dormía solo, pero a partir de ese hecho y por el miedo producido, tuvo que regresar a dormir con la figura materna; ya no quería salir solo porque le daba miedo generándose en conclusión alteración del sueño, en el pensamiento y en la afectividad

Señaló que los psicólogos y psiquiatras para poder determinar si hay un tipo de trastorno se guían por dos manuales, el manual diagnóstico de enfermedades mentales de la asociación mundial de psiquiatría y la clasificación internacional de enfermedades mentales (...) Para XX ese momento fue un evento traumático porque estuvo en peligro su integridad física, estuvo en peligro su vida. (...) eso que nos dijo XX encaja perfectamente como consecuencia de un evento traumático, él experimentó el evento traumático y respondió con desesperanza, miedo, horror y angustia intensos, lo que encaja en un evento traumático, y como consecuencia de ello, la persona tiene que obligatoriamente presentar unos síntomas asociados a ese evento traumático, que según manual DMC debe presentar, síntomas de reexperimentación, de evitación y de activación.

Con XX, afirmaba que incluso había dejado de asistir a sus clases de natación. No obstante, él afirmaba que el simple hecho que le dijeran que iba a estar un lugar así, le generaba malestar psicológico intenso, luego ello es síntoma de reexperimentación, afectando la calidad del sueño. Él quiere evitar volver a ese mismo sitio y dejó la natación como curso, porque hace que se vuelva a experimentar.

Cuando se vive un evento grave, inconscientemente, se experimentan cosas y por eso mismo se evitan. XX, e incluso la mamá y los abuelos, decían que a partir de ese momento además de evitar la visita a piscinas, se volvió muy asustadizo cuando caminaba por las calles, esquivaba huecos y se marcaron conductas de retroceso como coger bus para ir al colegio y ello se debe al evento pos traumático por estrés. Ello no implica que todo el tiempo la persona viva reexperimentando, sino que cuando hay eventos externos e internos que simbolizan el hecho dañoso, se reexperimenta y queda inseguridad. En conclusión, hubo afectación de sus funciones mentales.

Al aplicar la escala de síntomas de estrés post traumático que sirvió para determinar la existencia del trastorno de estrés post traumático, que se confirmó con síntomas de reexperimentación y que arrojó resultados de 15/15; síntomas de evitación 19/21 por no tomar más clases de natación ni volver a piscinas; síntomas de activación, por permanecer alerta al caminar por espacios, alcantarillas o rejas.

Frente a la solicitud de aclaración del dictamen.

El municipio de Tunja señala que se debe determinar cómo la profesional estableció la afectación, que al andar cerca de rejas o huecos vuelve a evocar miedo o angustia.

Indicó que se hizo una exploración propia de los menores de edad para lograr los argumentos, a través de preguntas propias para la edad.

Indicó que como psicóloga forense utiliza la entrevista y la aplicación de material psicotécnico que ayuda a confirmar o desvirtuar si hay síntomas. Aparte de eso, tuvo acercamiento al dictamen de fisioter en el que se evidenció el tratamiento psicológico recibido por el menor.

En la entrevista se escucha, y en ella se valora qué dice, cómo lo dice, la tonalidad de la voz etc… La herramienta psicotécnica son unas escalas que la persona a la que se le hace la evaluación tiene que responder por sí misma; luego se hace una sumatoria que son las que arrojan los resultados.

**Frente a los efectos temporales afirmó que eso depende de las características individuares de cada persona, luego no puede afirmarse que un trastorno es permanente o temporal; solo sabe que dos años después permanecían síntomas.**

Del dictamen pericial se colige que en efecto el evento de caída al vacío en el cuarto de máquinas constituyó un evento traumático que debe ser analizado desde la perspectiva de la edad de la víctima, es decir, en el entendido de que XX para la época de los hechos contaba con 7 años de edad, y dicho suceso le generó retrocesos en actividades como el baño, el sueño y el Colegio.

Dichas consecuencias son lamentables y de manera indudable deben ser indemnizadas, pero no al punto de aumentar el tope reconocido por la primera instancia por la razón fundamental de que el estrés post traumático no pudo diagnosticarse como permanente, sino que depende de la evolución propia del paciente y en tal sentido, valora la Sala el hecho de que en el interrogatorio de parte recibido al menor XX afirmó por ejemplo que superó el miedo al agua y pudo regresar a las piscinas aproximadamente dos años después de su accidente.

Y sin pretender minimizar los efectos de su caída, se evidencia de dicha versión que el menor ha venido evolucionando de manera favorable, al punto que para el momento de rendir su versión practicaba patinaje, soportando incluso caídas duras en el ejercicio de dicho deporte, de donde se infiere por las máximas de la experiencia, que el menor, por fortuna, ha continuado con un buen desarrollo.

No puede tampoco pasar la Sala por alto el gran e inteligente desempeño que mostró el menor al momento en que el juez de primera instancia le practicó el interrogatorio, al punto, que la autoridad judicial lo felicitó, a lo que se suma su fluidez verbal y lo conciso de sus afirmaciones, de donde se extrae que su desarrollo continúa siendo admirable.

En consecuencia, una valoración sistemática y objetiva del caso no permite superar el tope del 10%, pues la incapacidad dada por el Instituto de Medicina Legal fue de 15 días; no se diagnosticó un trauma permanente y la evolución del menor ha venido siendo positiva, y ello impone confirmar la condena de primera instancia en materia de daño moral para la víctima, pues se concedió en dicho nivel, el máximo de la indemnización procedente.

Dado además que dicho porcentaje determina la indemnización para los demás niveles referidos por el Consejo de Estado, tampoco es procedente aumentar la indemnización respecto de la madre[[41]](#footnote-41) de XX y de sus abuelos, pues la primera instancia concedió el tope máximo, determinado en 10 y 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes respectivamente.

Lo anterior en el entendido que respecto de los abuelos se aplicó la presunción del daño moral, sin tener en cuenta, que dentro del peritaje rendido por la psicóloga Laura Guimar Méndez se afirmó que el señor XX tuvo afectaciones en su afectividad y pensamiento[[42]](#footnote-42), pero en el interrogatorio de parte realizado al mismo afirmó que a él no se le realizó valoración psicológica alguna. En el interrogatorio de parte se afirmó:

**“**XX

Indicó que se sintió muy afectado porque él se crio en su casa y vive con ellos. Indicó que cuando supo la noticia de que cayó en un hueco se afectó por tratarse de una noticia mala. Indicó que la dra Laura Guiomar es abogada y ante la pregunta que le formuló el juez de si fue sujeto a un examen de tipo psicológico respondió que no.

En ese momento algún asistente de la sala intentó sugerirle la respuesta y el juez tuvo que llamar la atención sobre la imposibilidad de hacerlo, so pena de pedir que se abandone la sala.”

Y en este aspecto, es deber de la Sala llamar la atención en la lealtad que deben observar las partes en el curso de un proceso judicial, pues resulta sorpresivo que se allegue un dictamen judicial de valoración psicológica, suscrito por una profesional en el área, pero que luego una de las personas valoradas afirme no haber sido valorada.

Ahora bien, esta Sala no duda que tanto la madre de XX como sus abuelos, dado su grado de consanguinidad y el hecho de convivir con el menor desde su nacimiento, sufrieron un perjuicio moral que es dable presumir, pues es lógico que, para una madre y un abuelo, cualquier evento que genere dolor o sufrimiento al menor, maximiza el daño moral por lo estrecho de los lazos familiares que se profesan. Lo anterior, permite omitir el hecho de que no exista un dictamen de pérdida de capacidad laboral

Sin embargo, no sucede los mismo con los demás miembros de la familia aquí demandantes, a quiénes sí les correspondía probar el daño moral generado por el accidente.

Al respecto, sin mayores consideraciones se dirá que no procede indemnización respecto de XX [[43]](#footnote-43) ni de XX [[44]](#footnote-44), pues respecto de ellos el dictamen psicológico indicó que no se encontró daño psicológico alguno.

Respecto del señor XX, quien demandó en su calidad de tío de XX, el dictamen pericial refirió:

“DATOS DE IDENTIFICACION DEL EXAMINADO

NOMBRE: XX

ESCALA DE GRAVEDAD DE SINTOMAS DEL TRASTORNO DE ESTRÉS POSTRAUMATICO

ESCALAS ESPECIFICAS

|  |  |
| --- | --- |
| Reexperimentación (Rango 0 -15) | 5 |
| Evitación (Rango 0 – 21) | 0 |
| Aumento de la Activación (Rango 0 -15) | 5 |

Los resultados obtenidos de la aplicación de la Escala de Gravedad de síntomas del trastorno por estrés postraumático permiten determinar deterioros o malestares clínicos significativos en el señor XX en lo referente a este trastorno, tal como lo sostiene el DSM IV (Manual diagnóstico de enfermedades mentales):

Síntomas de reexperimentación (5/15), con preponderancia de recuerdos de la situación de impotencia que experimentó cuando se enteró del accidente de su sobrino y sobre todo cuando supo que la vida de XX estuvo en peligro y cuando se entera que el menor va a participar en alguna actividad que implique movilidad.

Síntomas de evitación (0/21). Si bien en los que siguieron al evento traumático, el evaluado realizo esfuerzos para retirar de su mente pensamientos o sentimientos que tuvieran que ver con el accidente de su sobrino, es también cierto que en la actualidad no presenta alteración significativa.

Síntomas de activación (5/15). Después del accidente el evaluado presentó algunas explosiones de ira por la falta de medidas protección de ese lugar público y por el saber que su sobrino había podido morir por la profundidad del hueco, en el momento actual el equilibrio preexistente se ha normalizado.

(…)

“Las funciones mentales más afectadas y que les sigue causando daño psíquico son la afectividad, el pensamiento, la memoria, la concentración y el sueño. síntomas parecidos ha mostrado XX tío del menor, quien si bien tampoco estaba en el momento del accidente, pudo vivenciar con impotencia lo sucedido a raíz de la llamada telefónica que recibió de su hermana y, dado el vínculo afectivo que siempre ha tenido con XX porque además es su padrino y ha velado por su cuidado y bienestar experimento una ira intensa al saber que por descuido de diferentes personas y/o instituciones se permitía el tránsito de niños en espacios no aptos y no delimitados correctamente para evitar este tipo de accidentes.”

Considera la Sala que le asistió razón a la primera instancia en no haber otorgado indemnización alguna al XX en su calidad de tío del menor XX, pues se considera que si bien el dictamen indicó que vivenció con impotencia lo sucedido a raíz de la llamada telefónica que recibió de su hermana y experimentó una ira intensa al saber que por descuido de las autoridades, el menor había sufrido el accidente, objetivamente hablando, se considera que dicho análisis forense **no alcanza a determinar un daño psicológico con la entidad suficiente para ser indemnizado.**

Lo anterior, en primer lugar, porque en la contradicción del dictamen pericial, la psicóloga Laura Guiomar afirmó que el daño de XX se originó en una llamada que le hizo su hermana para contarle lo sucedido, llamada que a la postre imprimió un tono emocional alterado que generó la afectación en dicho demandante. Afirmó la perito que la emocionalidad con que se transmitió la noticia fue fuerte, pero ello no podía ser de otra manera, dada la gravedad de los hechos.

Pese a lo anterior, no se pone en duda que la noticia del accidente le haya generado impotencia e ira, pero la valoración del interrogado no da pie para que la administración de justicia, objetivamente hablando, conceda la indemnización pretendida, ya que según su dicho es piloto de helicóptero y su desempeño laboral se encuentra intacto, actividad de la cual se deriva que, pese a la ira generada por el hecho, su vida siguió desarrollándose en condiciones normales.

Aunado a lo dicho, valora la Sala el hecho de que la escala de 10 sobre 21 conceptuada por la perito, resulta de las valoraciones que el mismo paciente responde en la entrevista, luego sin querer poner en duda la veracidad de las respuestas, las mismas no permiten afirmar que existió un daño moral indemnizable

Finalmente, considera la Sala que el caso de XX y los menores XX y XX debe ser valorado a la luz de la presencia en el lugar de los hechos, pues resulta palmario que haber vivenciado la situación traumática del suceso, hizo que los menores abandonaran la escuela de natación y que ella en calidad de tía, hubiese afrontado la angustia del momento.

No obstante, por las mismas consideraciones la escala de valoración del dictamen no será tenida en cuenta porque, como se indicó, la perito en la audiencia de contradicción del dictamen dio a conocer dicha escala de puntuación se establece a partir de las respuestas que dan los pacientes, las cuales también como se evidenció en la misma audiencia, pudieron obedecer a la magnitud de los hechos creada por la forma en que ha venido contándose la noticia.

En consecuencia, se modificará el numeral tercero de la sentencia recurrida y se otorgará a XX una indemnización por valor de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes y a los menores XX y XX la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para cada uno, que se otorgan en el entendido o como consecuencia de la angustia sufrida en el momento del accidente y del hecho de haber presenciado la caída de XX.

* **Del daño emergente**

Finalmente, también condenará la Sala al pago del daño emergente concretado en $ 10.000.000 m/cte., que tuvo que asumir la parte actora para sufragar los honorarios de la perito Laura Guiomar Méndez quien rindió el dictamen pericial en psicología valorado en el presente proceso y asistió a las diferentes audiencias de contradicción a la que fue citada.

Es cierto, como lo afirmó el a quo, que no obra dentro del expediente prueba o recibo efectivo del pago, pero ello no implica que el gasto no haya sido generado.

Al efecto, téngase en cuenta que existe el contrato de prestación de servicios suscrito con la perito; que existe el dictamen pericial y que fue allegado al plenario como prueba; que la perito asistió a las audiencias de contradicción del dictamen, y estos dos últimos sucesos influyeron en la presente sentencia.

Lo anterior, permite afirmar que dicho trabajo si generó unos honorarios que no pueden ser desconocidos, máxime cuando se probó la responsabilidad de parte de las demandadas.

Por lo anterior, se condenará igualmente al pago del daño emergente por los 10.000.000 m/cte. por concepto de honorarios del dictamen pericial rendido por la doctora Laura Guiomar Méndez Pérez, los cuales deben ser actualizados así:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **R =**  | Rhx |  Índice final  |
|   |   |  Índice inicial  |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **R =**  | $10.000.000 |  IPC abril 2022 |
|   |   |  IPC junio 2014 |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **R =**  | $10.000.000 |  117,71 |
|   |   |  81,61 |

R= $ 14.423.477 m/cte

Donde

|  |  |
| --- | --- |
| R:  | Valor presente actualización a mayo de 2022, mes emn que se profiere esta condena  |
| RH:  | $ 10.000.000 daño emergente consistente en el pago del peritaje.  |
| Índice final:  | IPC del mes de abril de 2022, dado que a la fecha el DANE no ha actualizado el IPC de mayo de 2022  |
| Índice inicial:  | IPC del mes de junio de 2014 mes en que la perito rindió el dictamen  |

En consecuencia, se reconocerá por daño emergente la suma de CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTITRÉS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE PSOS M/CTE ($ 14.423.477)

Finalmente, el monto concedido por daño a la salud no será analizado porque no fue objeto del recurso de apelación de la parte demandante.

* **De la condena solidaria**

Indicó el municipio de Tunja que conforme al artículo 140 del CPACA en todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

Conforme a ello, en principio le asistiría razón al municipio de Tunja en que dentro de la condena sería procedente determinar la proporción por la cual debe responder cada una de las demandadas. Sin embargo, laSala considera que debe aplicarse el artículo articulo 2344 del Código Civil que establece:

 “Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos [2350](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr073.html#2350) y [2355](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr073.html#2355).

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”.

Lo anterior, en concordancia con el hilo argumentativo que ha caracterizado a esta providencia, en la que se ha evaluado más que la ausencia de una lámina en buenas condiciones y la señalización adecuada, el hecho de la responsabilidad social de todos los entes involucrados en la protección efectiva de los menores de edad, máxime al tratarse de escenarios concurridos diariamente por niños en donde se considera que la materialización de las normas de seguridad es tan importante como la inspección y vigilancia de los entes territoriales a su cargo. Tal y como se consideró en el análisis del nexo causal, la responsabilidad de la instalación adecuada de la lámina para el cuarto de máquinas, en tratándose del uso de escenarios por menores de edad es tan importante como la inspección y vigilancia del ente territorial respecto del cumplimiento de normas de seguridad.

De otra parte, considera la Sala que el artículo 2344 del Código Civil constituye una norma de carácter sustancial aplicable en casos como el analizado en que la responsabilidad de los entes involucrados no resultó únicamente de su influencia en la causación del daño, sino de su deber constitucional de cuidado de los menores de edad, por lo que se confirmará la decisión de la primera instancia, frente al cumplimiento solidario de la condena.

Aunado a lo anterior, téngase en cuenta que el artículo 140 del CPACA es una norma de carácter procesal, por lo que para el presente caso es procedente dar prelación a la norma sustancial del Código Civil ya referida, en el entendido de que la reparación del daño involucra principalmente a un menor de edad y ello impone a la Sala garantizar el cumplimiento efectivo de la condena.

En consecuencia, se confirmará la imposición de la condena de manera solidaria.

**8. Costas**

El artículo 361 del Código General del Proceso, prevé que las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso de un proceso y por las agencias en derecho. Ha dicho la doctrina lo siguiente:

“LAS AGENCIAS EN DERECHO Y LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS. Se ha destacado que dentro del concepto de costas **está incluido el de agencias en derecho, que constituye la cantidad que debe el juez ordenar para el favorecido con la condena en costas con el fin de resarcirle de los gastos que tuvo que afrontar para pagar los honorarios de un abogado o, si actuó en nombre propio, como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a esta actividad.**

Esa fijación de agencias en derecho es privativa del juez, **quien no goza, como pudiera pensarse, de una amplia libertad en materia de su señalamiento**, debido a que debe él orientarse por los criterios contenidos en el numeral 3° del artículo 393 que le imponen el deber de guiarse por “las tarifas establecidas con aprobación del Ministerio de Justicia, por el Colegio de Abogados del respectivo distrito, o de otro si allí no existiere” ...”11 Resaltado fuera de texto.

A efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala advierte que, en sentencia del 22 de febrero de 2018, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente con Radicación 25000-23-42-000-2012-00561-02(0372-17), se recoge las posiciones anteriores adoptadas por las Subsecciones A y B de esa Corporación y señala que **para determinar las costas se debe adoptar un criterio objetivo valorativo**, pues el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) impone al juez la facultad de disponer sobre la condena respecto de éstas, “(…) lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.”

Por su parte, en la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018 por la Subsección "A" con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con Radicación número: 20001-23-33-000-2012 00222-01(1160-15), se lee lo siguiente:

"(…) Por lo anterior, se colige que **la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes**. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.

Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad (…)" Resaltado fuera de texto

No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección "B" con ponencia de la consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), se expuso:

"(…) Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva -pues no se refirió a la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial-, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso, **que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena.** Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.”

Luego en sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por Subsección "B" de la Sección Segunda, C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cueter, expediente con Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00063-02(1074-15) Acto**r: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA,** se precisó:

"(…) Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, **ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses**, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas (…)" Resaltado fuera de texto

Más recientemente, en sentencia proferida por la misma Sección Subsección "A", con ponencia del consejero Doctor **Gabriel Valbuena Hernández el 29 de agosto de 2019,** en el proceso Radicado No. 15001-23-33-000-2014-191-01 (2002-2015), actora María Ofelia Leguízamo Carranza, **se acudió al régimen objetivo sin atención al criterio de temeridad.**

Nótese que las citadas providencias plantean criterios opuestos, de manera que, evidenciada tal circunstancia, debe atenderse la postura que resulta más favorable a la parte vencida, pues al no existir en esa Corporación un pronunciamiento consistente y unificado en materia de costas, no puede hablarse de un precedente judicial vinculante para la autoridad judicial, es decir tal circunstancia faculta al juzgador para acoger el criterio que estime más ajustado a derecho. En ese sentido no se impondrán costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja el día 18 de diciembre de 2018, salvo el numeral tercero que **SE MODIFICA** y en su lugar se dispone:

3. En consecuencia, **CONDENAR al MUNICIPIO DE TUNJA, al INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE DE TUNJA – IRDET** y a la señora ANA SUSANA URIBE PINEDA, propietaria del establecimiento de comercio Acuaclub Andino, a pagar de forma solidaria las siguientes sumas de dinero

:

3.1. Por concepto de indemnización de daño moral con ocasión de las lesiones personales sufridas por XX, en las siguientes cantidades y a favor de las siguientes personas:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| NOMBRE | VÍCTIMA O PARENTESCO | MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO MORAL |
| XX | VICTIMA | 10 S.M.L.M.V |
| XX | MADRE Primer grado de consanguinidad  | 10 S.M.L.M.V |
| XX | ABUELA MATERNA Segundo grado de consanguinidad | 5 S.M.L.M.V |
| XX | ABUELO MATERNOSegundo grado de consanguinidad | 5 S.M.L.M.V |
| XX | TÍA | 2 S.M.L.M.V |
| XX | PRIMO | 1 S.M.L.M.V |
| XX | PRIMO | 1.S.M.L.M. |

3.2. Por concepto de **indemnización de daño a la salud** con ocasión de las lesiones personales sufridas por XX, a las siguientes cantidades y a favor de las siguientes personas:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| NOMBRE | VÍCTIMA O PARENTESCO | MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO A LA SALUD |
| XX | VICTIMA | 10 S.M.L.M.V |

3.3. Reconózcase a XX**,** la suma de **$** CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTITRÉS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE ($ 14.423.477) por concepto de daño emergente, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO.** En firme la sentencia, devuélvase el expediente a su juzgado de origen, previas las anotaciones y constancias a que haya lugar.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

**Notifíquese y cúmplase**

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

**Magistrado**

DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO

**Magistrado**

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

1. Ver folio 159 del expediente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver folio 76 del expediente [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver folios 193 a 200 del expediente [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver folios 357 a 368 del expediente [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver folios 587 y 588 del expediente [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver folios 595 a 607 del expediente. [↑](#footnote-ref-6)
7. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ver folio 623 y 624 del expediente. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ver folio 632 y 633 del expediente [↑](#footnote-ref-9)
10. Ver folio 638 del expediente. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de junio de 2016. Radicación número: 47001-23-31-000-2009-00164-01(39583). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E) -Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Exp: 66001233100020030074801 (34.796). [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Exp: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590) -Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569: “(...) La imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto.(...)”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Al respecto: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2017. Exp: 54001233100019980032001(41330). -Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2002. Exp: 05001232400019930028801 (13818).11. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 16 de mayo de 2016. Radicación número: 23001-23-31-000-2003-00269-01(35797). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E) -Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Rad. Int: 18274, entre otras. [↑](#footnote-ref-13)
14. Al respecto: Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 31 de mayo de 2019. Rad. 13001-23-31-000-2003-00307-01(45901). C.P. Nicolás Yepes Corrales. –Sentencia del 18 de mayo de 2017. Rad. 36.386. C.P. Jaime Orlando Santofimio. -Sentencia del 23 de noviembre de 2017. Exp: 23001-23-31-000-2005-00462-01(39823). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. –Sentencia del 9 de juniode 2010. Rad: 66001-23-31-000-1998-00569-01(19385). C.P. Enrique Gil Botero. Allí se señaló: “En consecuencia, la imputación fáctica puede derivarse de la constatación en el plano material de la falta de intervención oportuna que hubiera podido evitar el resultado; (...) / De lo contrario, la responsabilidad derivada de la omisión no tendría asidero, como quiera que a partir de la inactividad no se deriva nada, es decir, no se modifica el entorno físico; (...)”. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de enero de 2015. Rad: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912): “En efecto, la falla del servicio, que es el criterio de imputación principal para establecer la responsabilidad del Estado, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos-como de acción –deberes positivos-a cargo del Estado, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título de ejemplo, i) el incumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración”. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 07 de abril de 2011. Rad: 52001-23-31-000-1999-00518-01 (20750).16. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de febrero de 2016. Exp. 38092. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014. Rad: 25000-23-26-000-2001-02070-01(30874). C.P. Olga Mélida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2018. Exp. 73001-23-31-000-2005-13148-01(41362). C.P. María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ver folios 32 a 34 del expediente [↑](#footnote-ref-18)
19. Ver folios 35 a 47 del expediente [↑](#footnote-ref-19)
20. Ver folios 38 a 42 del expediente [↑](#footnote-ref-20)
21. Ver folio 43 del expediente [↑](#footnote-ref-21)
22. Ver folio 44 del expediente [↑](#footnote-ref-22)
23. Ver folios 45 a 50 del expediente. [↑](#footnote-ref-23)
24. Sentencia C 449 de 2003 [↑](#footnote-ref-24)
25. Ver folios 138 a 143 del expediente [↑](#footnote-ref-25)
26. Ver folio 380 del expediente. [↑](#footnote-ref-26)
27. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Sentencia fechada del doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014) Radicación: 250002326000200301881 01 Expediente: 38.738.  [↑](#footnote-ref-27)
28. 45 “… cuando la conducta es, en cambio, una omisión, la relación de causalidad no es sólo insuficiente, sino, incluso, innecesaria (…) Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el deber jurídico de evitar el resultado lesivo, poseyendo la acción —debida— omitida capacidad para evitarlo. En el momento de comprobar esta última cuestión (la capacidad evitadora de la acción omitida) se examina si existe relación de causalidad entre la acción omitida y el resultado producido. Pero obsérvese bien: no es una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, sino entre la acción (que, a diferencia de la omisión, sí tiene eficacia causal) no realizada y el resultado; y, además, es una causalidad meramente hipotética, entre una acción imaginada que no ha llegado a producirse y un resultado efectivamente acontecido. Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en posición de garante de la víctima) y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado a la omisión”. Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol, La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, cit., pp. 242-244.  [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de octubre de 2007, Exp. 15.567. M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-29)
30. Como es el caso de los instructores [↑](#footnote-ref-30)
31. Persona que se beneficia directamente con el uso del agua contenida en el estanque de la piscina o estructura similar, al tenor del artículo 2 del Decreto 2171 de 2009 [↑](#footnote-ref-31)
32. **Artículo 19.**Vigencia. La presente ley rige a los seis (6) meses siguientes a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. [↑](#footnote-ref-32)
33. Ver folios 61 a 70 del expediente [↑](#footnote-ref-33)
34. Ver folios 208 a 209 del expediente. [↑](#footnote-ref-34)
35. Ver folios 212 a 326 y 331 a 337 del expediente. [↑](#footnote-ref-35)
36. Ver folios 338 a 343 del expediente. [↑](#footnote-ref-36)
37. Ver <https://colegioandinotunja.edu.co> [↑](#footnote-ref-37)
38. El artículo 167 del CGP establece que Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Según la Corte Constitucional *Hecho notorio es, aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo (Ver auto 035 de 1997)* [↑](#footnote-ref-38)
39. **CE Sección Primera, Sentencia 25000232400020050143801, Abr. 14/16** [↑](#footnote-ref-39)
40. Ver folio 559 del expediente [↑](#footnote-ref-40)
41. El resultado de la evaluación psicológico de XX indicó:

RESULTADO DE APLICACIÓN DE PRUEBAS DE XX ESCALA DE GRAVEDAD DE SINTOMAS DEL TRASTORNO DE ESTRÉS

ESCALAS ESPECIFICAS

|  |  |
| --- | --- |
| Reexperimentación (Rango 0 -15) | 9 |
| Evitación (Rango 0 – 21) | 11 |
| Aumento de la Activación (Rango 0 -15) | 8 |

Los resultados obtenidos de la aplicación de la Escala de gravedad de síntomas del trastorno por estrés postraumático permiten determinar deterioros o malestares clínicos significativos en lo referente a este trastorno, tal como lo sostiene el DSM IV (Manual diagnóstico de enfermedades mentales):

Síntomas de reexperimentación (9/15), con preponderancia de la reactividad fisiológica y malestar psicológico al exponerse a estímulos internos o externos que simbolizan o recuerdan algún aspecto del suceso (noticias, comentarios y situaciones que involucren riesgos de caídas) con presencia de recuerdos desagradables y recurrentes del suceso.

Síntomas de evitación (9/21). Recurrentemente obvia actividades y lugares que le evocan el recuerdo del suceso que han hecho que exista en ella una disminución marcada del interés por las cosas o la participación en actividades significativas. En ocasiones se ve obligada a realizar esfuerzos para rechazar pensamientos o ideas asociadas al suceso e incluso se ha sentido incapaz de recordar algunos aspectos relevantes del suceso.

Síntomas de activación (8/15). Desde el día del accidente en donde estuvo en peligro la vida de su hijo, la evaluada permanece excesivamente alerta cuando su hijo se aparta de su esfera de visión, se sobresalta y se alarma fácilmente cuando no está presente y ante todo cuando sabe que él debe desplazarse de un lugar a otro sin importar lo corto del trayecto. De igual manera la evaluada ha presentado problemas de atención y concentración cuando cualquier evento le recuerda el suceso lo que altera sus niveles de conciencia; como respuesta al evento traumático que vivencio su hijo también existe afectación en la ritmicidad del sueño. [↑](#footnote-ref-41)
42. RESULTADO DE APLICACIÓN DE PRUEBAS DE XX.<

ESCALA DE GRAVEDAD DE SINTOMAS DEL TRASTORNO DE ESTRÉS POSTRAUMATICO

ESCALAS ESPECIFICAS

|  |  |
| --- | --- |
| Reexperimentación (Rango 0 -15) | 12 |
| Evitación (Rango 0 – 21) | 10 |
| Aumento de la Activación (Rango 0 -15) | 7 |

Los resultados obtenidos en la aplicación de la Escala de gravedad de síntomas del trastorno por estrés postraumático permiten determinar deterioros o malestares clínicos significativos en el señor XX en lo referente a este trastorno, tal como lo sostienen el DSM IV (Manual diagnóstico de enfermedades mentales):

Síntomas de reexperimentación (12/15), con preponderancia en la intrusión de recuerdos desagradables de los momentos en que se enteró de que estuvo en peligro la vida de su nieto, con aumento de la reactividad fisiológica cuando su nieto se desprende de su esfera de visión y malestar psicológico al exponerse a estímulos interno o externos que simbolizan o recuerdan algún aspecto del suceso (noticias, comentarios y situaciones que involucren riesgos de caídas).

Síntomas de evitación (10/21. En forma continua se siente obligado a realizar esfuerzos para retirar de su mente pensamientos o sentimientos que experimento cuando tuvo conocimiento del suceso grave que experimento su nieto y desde ese momento, ha presentado una disminución marcada por actividades y lugares que le evocan el recuerdo del suceso (salir algún sitio en familia en donde sus nietos tengan espacios para desplazarse).

Síntomas de Activación (7/15). Desde el día del accidente en donde estuvo en peligro la vida de su nieto XX, el evaluado permanece excesivamente alerta cuando alguno de sus nietos sale a la calle y se sobresalta fácilmente cuando escucha noticias o comentarios sobre niños que se han accidentado en alcantarillas. Existe también afectación en la ritmicidad del sueño. [↑](#footnote-ref-42)
43. En el evaluado no se logra diagnosticar un trastorno postraumático, dado que la puntuación en la prueba aplicada (escalada de gravedad de síntomas) no lo alcanza a configurar al no contar con un mínimo de 3 puntos en ninguno de los rangos que mide y exige la prueba. [↑](#footnote-ref-43)
44. En el menor XX no se logra diagnosticar daño psicológico y/o un trastorno por estrés postraumático, dado que la puntuación en la prueba aplicada (escala de gravedad de síntomas) no lo alcanza a configurar al no contar con un mínimo de 3 puntos en ninguno de los rangos que mide y exige la prueba [↑](#footnote-ref-44)