

Doctora
MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ
Juez Sexta Administrativa del Circuito de Popayán.
E.S.D.

JUZGADO ADMINISTRATIVO
POPAYÁN

RECIBIDO

HORA 11:17

FECHA 27 ENE 2020

RECIBIÓ: R/Hedf

Medio de Control: Reparación Directa.
Dte: **CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ Y OTROS.**
Ddo: **MUNICIPIO DE POPAYAN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN.**
Rad: **19001333300620140038900.**

Jaime Marulanda Cerón mayor de edad vecino de la ciudad de Popayán, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10'540.754 de Popayán y tarjeta profesional de Abogado No. 61640 del C.S de la J. actuando en calidad de apoderado judicial del Municipio de Popayán representado legalmente por el Doctor **CESAR CRISTIAN GÓMEZ CASTRO** en su calidad de Alcalde de la ciudad a la fecha, identificado con la cédula de ciudadanía No. 76.310.369 de Popayán, tal como consta con el poder que reposa en el expediente, encontrándome a término legal para ello me permito presentar **Recurso de Apelación** del fallo que fuera proferido el día 19 de Diciembre de 2019 y notificado el día 13 de Enero de 2020 encontrándome a término para ello en los siguientes términos.

No se comparte aunque se respeta el siguiente pronunciamiento del Despacho:

*"Así en el presente caso no cabe duda según la prueba testimonial de la menor **MAROLY CAMILA CERÓN**, única declarante quien dijo presenciar los hechos en donde se produjo el accidente de **EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS**, indico que estando en la montaña denominada el Morro de la ciudad de Popayán, en el marco de una actividad pedagógica avalada por el Colegio José Eusebio Caro, se encontraban jugando con unos cartones; la menor Edna iba corriendo montaña abajo y se dirigía hacia el piso, Si bien es cierto la deponente manifiesta que estaban jugando a resbalarse con unos cartones, de su declaración se extrae que en el momento en que se presentó el accidente de la menor Edna, no se estaba resbalando en los cartones sino que corría a gran velocidad de la parte alta de la montaña y se dirigía hacia abajo cayendo estrepitosamente contra la vía pública."*

"De las declaraciones de los menores arriba enunciados, el despacho concluye que en el momento en que se presentó el accidente la menor Edna no estaba siendo vigilada por ninguno de los maestros que estaban a cargo de la salida pedagógica lo cual denota una falla en el servicio."

"Cabe anotar que el personal a cargo de la actividad no era suficiente ni calificado, como quiera que asistían los alumnos de al menos 4 grupos cada uno con treinta"

estudiantes, por tanto el grupo total era ciento veinte educandos, bajo el cuidado y vigilancia de tres maestros."

"Si bien es cierto que los menores que declaran en el proceso señalan que la menor fue advertida de tener cuidado dichas instrucciones fueron vagas e imprecisas, Se echan de menos entonces, las medidas de planeación y prevención que las directivas y docentes estaban obligadas a tomar, acordes con la actividad a realizar, teniendo en cuenta la cantidad de alumnos que participaron en el paseo, sus distintas edades y el sitio donde se iba a desarrollar, que por ser una cuesta o montaña advertía según la reglas de la experiencia riesgos previsibles, por tanto denota una falla que los tres docentes a cargo de la actividad estuvieran en la parte alta del cerro sin tener visibilidad sobre dicho grupo, es decir, se dejó sin vigilancia al grupo que estaba en la parte media del Morro, pese a que tenían cartones y estaban jugando a resbalarse y corrían montaña abajo."

"Ahora sobre el análisis de la conducta de la víctima, también el Consejo de Estado ha dicho como quedo visto en precedente que a los menores de 10 años no es posible hacerles un reproche sobre la conducta dolosa o culposa. En otras oportunidades la edad del menor superior a 10 años tampoco es posible trasladarle la culpa de su conducta, cuando se precisa la falla por la falta de planeación y prevención de la actividad, independientemente que superen los diez años de edad."

"En estas condiciones, considera el despacho que no es posible imputarle a la víctima ni siquiera parte del daño, como quiera que la falta de planeación, prevención, vigilancia y cuidado de las autoridades del plantel educativo fueron determinantes en la ocurrencia del accidente de la menor Edna. Pues como se pudo establecer pese a que los menores tenían cartones y se encontraban corriendo en la parte media de la montaña y resbalándose cuesta abajo, no desplegaron un estricto y claro llamado de atención a los menores, toda vez que todos los docentes se encontraban en la parte alta de la montaña, tanto es así que cuando la niña se accidentó hubo demora de los docentes para bajar a socorrerla, es decir descuidaron la obligación de supervisión de quienes estaban a cargo. Precisamente la osadía de la menor de correr cuesta abajo y de los demás educandos de estar resbalándose cuesta abajo tenía que haber llamado la atención, para poner sobre ella mayor vigilancia."

"No era la victima sino el plantel educativo el que tenía la dirección y control de la actividad, sino los docentes a cargo de la actividad, no se puede pretextar el permiso de los padres aminore la responsabilidad de vigilancia, guarda y cuidado a cargo del establecimiento educativo, por tanto se condenará al Municipio de Popayán."

No se comparte el anterior raciocinio que hace el despacho con el fin de atribuir una falla por parte de la Entidad que represento puesto que parte de supuestos, no de pruebas contundentes que dieran claridad sobre el desafortunado accidente

sufrido por la menor Edna Fernández Riascos, como lo es en primer lugar el hecho de afirmar que los docentes que acompañaban a los estudiantes el día del accidente no se encontraban calificados para la atención de los alumnos, como que las instrucciones fueron vagas, se cuestiona esta afirmación del Despacho puesto que esto no se probó en ningún momento en el proceso, no se arrimó al proceso por parte del demandante prueba que demostrara la experiencia o inexperiencia de dichos docentes, el despacho llega a esta afirmación por el testimonio de la Menor MAROLY CAMILA CERÓN al manifestar en su testimonio que al momento del accidente los profesores (Directores de Grupo) se encontraban en la parte alta del Morro y que llegaron después del accidente a socorrer a la menor, pero también existe el testimonio del menor CARLOS LOPEZ compañero de Edna que manifiesta que el se encontraba en la parte donde se encuentra la estatua en la parte de arriba y que los profesores estaban en la parte intermedia de la subida no en la parte alta, pues manifiesta el menor López que los profesores estaban un poco alejados de él, de lo que se puede deducir, que se encontraban en una parte intermedia del morro, testimonio este que riñe con lo argumentado por el Despacho al afirmar que los profesores estaban en la parte alta, y por tal razón no estaban pendientes de los menores rezagados, al contrario, se demuestra el cuidado de los profesores con la afirmación que hace el menor CARLOS LOPEZ al manifestar que los profesores les advirtieron sobre el peligro de jugar en ciertas partes del morro, por lo tanto tomando como prueba solamente la testimonial de la menor MAROLY CAMILA no se puede cuestionar el profesionalismo de unos DIRECTORES DE GRUPO que requieren un tiempo para lograr esta distinción, pues esta dirección de grupo no se le da a docentes sin experiencia en manejo de estudiantes y grupos numerosos.

Con este supuesto el Despacho considera que se genera una falla en el servicio por no haber tenido cuidado sobre el grupo de estudiantes, pero hay que tener en cuenta que en la misma declaración de la menor MAROLY CAMILA CERÓN, manifiesta que con la menor accidentada se encontraban pocas personas, por lo que es lógico que los profesores se encontraran donde estaba la mayor cantidad de estudiantes que era en la parte intermedia del Morro y advierten a los rezagados como lo eran los compañeros de travesuras de la menor Edna, de tener cuidado con los juegos, tengamos en cuenta que para el día de los hechos lamentables del accidente de la menor, esta contaba con la edad de 11 años, por lo tanto, no se trataba de una persona que no pudiera evaluar los riesgos que se pueden tener al efectuar un juego, es de aclarar que no era el primer accidente que sufriera la menor pues se encuentra probado que la menor había tenido otro accidente antes y después de este, lo que denota que se trataba de una niña inquieta y traviesa, que por su propia culpa al no tomar medidas de precaución se precipito por una montaña hasta caer al piso, pero repito no por culpa de los profesores ni de la Administración Municipal, pues es imposible designar un profesor o vigilante para cada uno de los estudiantes, los profesores esperan de

parte de los estudiantes un mínimo de cuidado, repito para estos menores que superan los diez años de edad.

Sobre este supuesto de falla es que el Despacho sustenta la negativa de reconocer la culpa de la víctima alegada por la parte demandada, tanto en la contestación de la demanda como en el alegato de conclusión, que si se presentó a tiempo, contrario a lo que manifiesta el despacho al expresar en el numeral tres del fallo "Relación de etapas surtidas": "MUNICIPIO DE POPAYÁN No presento alegatos de conclusión". Los alegatos se presentaron a tiempo como se encuentra probado con el radicado en el Despacho judicial de fecha 5 de septiembre de 2019, este alegato que no fue tenido en cuenta al momento del fallo, como si se analizó el alegato del Ministerio de Educación como el presentado por la parte demandante, es del siguiente tenor:

"Lo primero que quiero reiterar es lo manifestado en la contestación de la demanda en el sentido de que las lesiones que sufriera la menor EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS, se produjeron bajo su propia responsabilidad al dedicarse a actividades peligrosas extracurriculares, como lo relata el testigo compañero de EDNA el menor CARLOS LOPEZ, es de aclarare que la menor era consciente de sus propios actos y se encontraba jugando bruscamente en palabras del testigo CARLOS LOPEZ (EMPUJANDOSE).

Se encuentra prueba de la exoneración de responsabilidad de los hechos por parte del padre de la menor EDNA JANNINE, así como el pago de \$ 1'790.000 como aportes solidarios donde el padre manifiesta que en ningún momento consideran responsable del accidente de la niña a la profesora LEONOR ZUÑIGA.

Es importante reiterar que a través de todo el proceso no se pudo demostrar por parte del demandante los daños que ameriten una reclamación tan cuantiosa.

Tampoco se pudo demostrar culpa del Colegio en su deber de custodia de los estudiante, considero pertinente reiterar que en este caso el cuidado se limita a la advertencia sobre los riesgos, más no de seguimiento constante.

No se pudo probar tampoco en el proceso el porcentaje de la gravedad de la lesión presuntamente sufrida por la menor, circunstancia esta que conlleva a la imposibilidad para tasar el daño de conformidad con la tabla que para dicho fin trae el Honorable Consejo de Estado.

Tampoco se demostró la relación de causalidad que debe existir entre el daño y el ente estatal que lo ocasiona, puesto que todo se limitó a conjeturas sobre lo sucedido, pero no se encuentra plenamente demostrada la responsabilidad de la Administración Municipal en el hecho que nos ocupa.

Por último quiero manifestar que quien alega debe probar y en este caso concreto, nos encontramos con una carencia probatoria que tengan la virtud de demostrar tanto el daño como el ente que lo ocasiona, como tampoco se demuestra la

gravedad de las presuntas lesiones sufridas por la menor, en cuanto a porcentaje de gravedad de las lesiones como lo exige la Honorable Consejo de Estado, para efectos de poder tasar una presunta reparación de carácter moral y de daño a la salud.

Por todas estas razones, además de las que se plasmaron en la contestación de la demanda, se solicita respetuosamente a su Señoría se desechen las pretensiones de la demanda en cuanto tengan que ver con el Municipio de Popayán, declarando las excepciones formuladas por el Municipio de Popayán."

Me permito transcribir el alegato puesto que estos argumentos son los que persisten al momento del fallo, la falta de pruebas tanto para demostrar la falla de la administración, como la prueba que acredite las pretensiones cuantiosas de la demanda, se demuestra además en el proceso con el testimonio del menor CARLOS LOPEZ que se encontraban jugando en forma brusca empujándose.

Retomando los argumentos por los cuales no se comparte el fallo del despacho que no obstante se respeta, se puede afirmar que el despacho en el fallo que se apela, al dar por hecho una falla de la administración, que insisto no se encuentra probada en el proceso, por lo manifestado anteriormente, se desconoce de igual forma la excepción propuesta por parte de la Administración Municipal como lo fue la culpa de la víctima, que considero con todo respecto, se encuentra acreditada con las declaraciones de los compañeros de estudio de la menor Edna Jannine Fernández, como es que la menor jugaba en forma brusca, que fue advertida por los profesores de no jugar brusco y tener cuidado, además de los documentos que reposan en el expediente donde se puede ver que la menor tenía antecedentes de lesiones incluso en los mismos miembros afectados temporalmente en esta oportunidad que nos ocupa, lo que demuestra que se traba de una niña inquieta que poco hacia caso de las recomendaciones y advertencias de los mayores, y que son pruebas que tienen igual trascendencia o mayor a las esgrimidas por el despacho para edificar un fallo adverso a los intereses de la Entidad Municipio de Popayán, con este argumento estoy demostrando que no existe en el expediente la certeza sobre la responsabilidad de la Entidad que represento que genere una condena en su contra.

Se cuestiona respetuosamente de igual manera, la valoración que hace el despacho con el fin de reconocer perjuicios de carácter moral como material en los siguientes términos:

"El despacho no pasa por alto que en el grupo familiar de la menor existieron para la fecha de los hechos y en forma posterior otros factores que producen angustia y dolor como lo es la violencia intrafamiliar situación por la cual según la historia clínica fue necesario ajuicio de la IPS donde atendían la menor, colocar en conocimiento del ICBF a efecto de restablecer cualquier derecho de la menor, sin embargo dicha angustia dolor o desasosiego no será tenida en cuenta para efectos de la graduación de los perjuicios morales, como quiera que no provienen

ni siquiera de forma indirecta de los hechos por los cuales se demanda en el presente proceso."

"Aclarado lo anterior, se tiene que todas esas afectaciones a la salud que padeció la menor dan pie para inferir que se causo congoja a EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS (víctima directa) y a CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ, ANDRES FELIPE FERNANDEZ GAVIRIA en calidad de padres de la víctima y a XILENA GISSEL y CRISTIAN ANDRES FERNANDEZ RIASCOS, en calidad de hermanos de EDNA JANNINE. Por ende si hay lugar a la indemnización de perjuicios morales pero como no hay un parámetro para ubicarse en los baremos especificados por el Consejo de Estado que van de acuerdo al porcentaje ha unificado los valores a reconocer dependiendo del porcentaje de afectación, es del caso, hacer uso del arbitrio juris."

No se comparte la tasación que se hace por considerarla muy alta, téngase en cuenta que se demostró que las relaciones interfamiliares no eran buenas con la historia clínica, donde se remite la situación de la menor ante el ICBF, lo que demuestra que el grupo familiar de la menor no era el mejor y que por lo tanto, no existían una armonía entre los integrantes de la familia, contrario a lo manifestado por el Señor JOHN JAIRO CUBILLOS al manifestar en su declaración a la pregunta del Despacho "Sabe usted como son las relaciones familiares entre ellos y como le consta . CONTESTO Buenas, por que visito mucho la casa de ellos."

Así las cosas no se puede efectuar un reconocimiento en igual porcentaje como el que se le designo a la víctima directa de 40 S.M.L.M.V. para cada uno de los padres, pues es cierto que el perjuicio moral se presume en cuanto a los descendientes y ascendientes de la víctima, también es cierto que en el caso en que se prueban los problemas interfamiliares, se demuestra que la aflicción que genero el accidente de la víctima, no impacto en una forma contundente en su núcleo familiar, pues este sencillamente se encontraba roto, (Declaración de la Señora LUZ AIDA RIASCOS PEREZ. Como es la relación familiar de ellos, Ellos tienen sus percances) por tal razón, si bien es cierto se presume una aflicción esta es mínima, por lo tanto no es posible reconocer una cantidad igual a la que se le reconoció a la víctima directa del accidente, así mismo el porcentaje de reconocimiento a los hermanos de la menor EDNNA FERNANDEZ.

Con relación al daño a la salud que se reconoce por valor de 40 S.M.L.M.V. se considera respetuosamente que no tiene sustento legal ya que parte de la ausencia de una valoración médico legal que es indispensable en el proceso para poder determinar el porcentaje de la lesión sufrida por la víctima, y poder con el criterio *arbitrio juris* entrar a **INCREMENTAR** que no tazar de ceros, el porcentaje indemnizatorio, veamos lo que manifiesta la jurisprudencia del Consejo de Estado al respecto: Sentencias del 14 de septiembre de 2011 y Providencia del 28 de marzo de 2012.

"Aunado a lo anterior, el daño a la salud, al reconducir toda afectación a la integridad psicofísica a un solo concepto, **según la valoración médico legal que se logre demostrar en el proceso**, garantiza certidumbre sobre su forma de valoración judicial y el quantum indemnizatorio." (negrillas fuera de texto).

"Como se aprecia la objetividad del perjuicio fisiológico o daño a la salud no es incompatible con el arbitrio juris, a contrario sensu, el arbitrio judicial que no es equivalente a arbitrariedad permite al juez nutrirse de las reglas de la experiencia, de la san acrítica y del sentido común para establecer la proporción en que es posible **incrementar** el perjuicio en el componente dinámico, siempre que existan suficientes pruebas en el proceso." (negrillas fuera de texto).

"En otros términos, la objetividad del perjuicio que se obtiene a partir de tener como fundamento la **valoración médico legal de la incapacidad permanente o temporal de la víctima**, no deviene incompatible con el arbitrio juris, ya que este último es la herramienta que permite al juez valorar las **particularidades del caso concreto**, sin caer en un automatismo judicial que es incompatible con nuestro sistema normativo." (negrillas fuera de texto).

De lo transcrito anteriormente se puede ver que se debe partir para efectos de aplicar el *arbitrio juris* siempre de una **valoración médico legal**, para con base en esta, entrar a **incrementar** que no valorar el monto a indemnizar, y es lógico, puesto que sin esta valoración el juzgador no tendría unas bases para incrementar o no el porcentaje de indemnización, además que no puede desplazar totalmente el concepto especializado de un profesional de la salud, lo que generaría que se desconozca por parte del juez la prueba pericial, al poder este juzgador valorar en forma total y arbitraria una situación especializada que no es de su resorte, porque sencillamente no es médico, no puede ser este el querer de la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando acepta la *arbitrio juris*.

Así las cosas se considera que se partió en el caso concreto de un criterio errado, pues no se tomó como base la valoración médico legal a que hace referencia la jurisprudencia del Consejo de Estado que se transcribe, como tampoco se tomó en cuenta que el *arbitrio juris* es una herramienta al servicio del juez para desplegar su criterio y su libre albedrio, con el fin de que no se le convierta en una camisa de fuerza la decisión a tomar, teniendo que fallar en forma objetiva solo con el dictamen médico legal, pero no puede llegar a suplir a este profesional de la medicina, y en el caso concreto al no existir la valoración médico legal sencillamente no es posible reconocer suma algún por este concepto.

Tampoco se comparte lo reconocido a título de Daño Emergente consistente en pago de transporte efectuado al Señor PATRICIO MIRANDA, puesto que este testigo es claro en manifestar que su servicio se prolongó por un periodo de dos meses Agosto y Septiembre de 2012 de lunes a viernes por valor de \$ 8,000 pesos diarios, si tenemos en cuenta que el accidente de la menor data del 6 de Agosto de 2012, contados los dos meses de transporte del Señor MIRANDA nos

arroja un total de 37 días, es más, contando todos los días de lunes a viernes desde el momento mismo del accidente, si sumamos este número de días por el valor diario del desplazamiento que es \$ 8.000 pesos nos da un monto a reconocer de \$ 296.000. no \$ 480. 000 como lo liquidó el Despacho, pues este liquidó días corridos, sin tener en cuenta que fueron días hábiles como lo manifiesta el Señor MIRANDA en su declaración y que el accidente fue el día 6 de Agosto, por lo tanto no es lógico reconocer desde el día primero del mes de Agosto cuando el accidente de la menor se presentó el día 6 de Agosto del año 2012.

Con relación al Lucro Cesante se tienen las siguientes observaciones:

Lo manifestado por parte del Despacho en el sentido de reconocer a título de Lucro Cesante, en el supuesto que toda persona devenga algo para su subsistencia y que cuando no se encuentra acreditado esta labor en el expediente, se debe presumir para efectos de ser valorado y cancelado es cierto, pero este monto del salario mínimo legal mensual vigente debe ser el que se encontraba para la fecha de los hechos en este caso concreto el año de 2012, por lo tanto no se puede compartir aunque se respeta la tesis tomada por el Despacho al hacer uso del principio de equidad con el fin de tomar el salario a la fecha de la sentencia, pues la jurisprudencia y la doctrina hablan de actualización de los montos, no de tomar fechas que no corresponden a las reales de la afectación o en el caso concreto del accidente, además no hay certeza de si la Señora Madre de la Menor EDNNA se ausento en forma definitiva los dos meses, pues la Hermana que era su patrona manifiesta en su declaración que se ausentaba permanentemente pero no que dejo por los dos meses el trabajo, pues habla también de permisos, falto una mayor prueba para demostrar que definitivamente la Señora madre de la menor accidentada falto permanentemente al trabajo por un lapso de dos meses y cuando se reintegró de nuevo a sus labores en el restaurante, prueba esta que no se encuentra en el expediente, lo que deja sin sustento este reconocimiento, y menos como se hizo por el monto del salario mínimo al momento del fallo y no al de la afectación que fue cuando supuestamente se ausento.

NULIDAD PROCESAL

El hecho de no haberse tenido en cuenta el alegato oportuno y legal de la Entidad que represento al momento del fallo, viola el debido proceso **generando una nulidad que propongo en este momento procesal**, por haberse generado en la sentencia y ser la primera actuación después de detectar el vicio como lo es este escrito de apelación, de conformidad con el artículo 133 del Código General del proceso Numeral 6 "*Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.*" y 134 del mismo código.

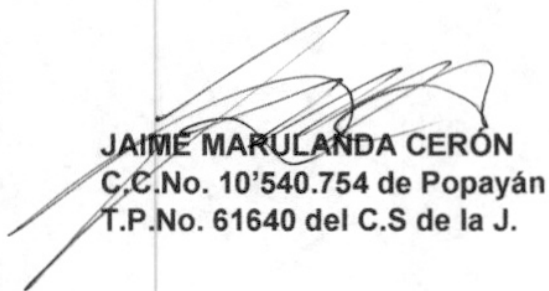
El sustento para proponer esta nulidad es que el fallo al no hacer alusión al alegato del Municipio, es más, al haber ignorado el mismo al manifestar que el Municipio no presento alegatos de conclusión, priva al Municipio de conocer el

criterio del despacho sobre este escrito de alegatos, por lo tanto se puede ver que se omitió la oportunidad para alegar de conclusión al Municipio, que de tenerse en cuenta en el fallo podrían haber cambiado en parte o en todo las resultas del proceso, por tal razón solicito se declare la nulidad planteada.

Con el fin de probar esta nulidad solicito se tenga en cuenta el escrito de alegatos de fecha 5 de septiembre que debe reposar en el expediente.

Con este escrito espero haber sustentado el recurso de apelación y la nulidad propuesta y solicito de la forma más amable que de no declarase la nulidad, se conceda el recurso para que el Honorable Tribunal Administrativo del Cauca se pronuncie al respecto tanto sobre la nulidad planteada y el recurso.

De la Señora Juez con respeto,



JAIMÉ MARULANDA CERÓN
C.C.No. 10'540.754 de Popayán
T.P.No. 61640 del C.S de la J.