

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO A SUJETOS QUE SE ENCUENTRAN BAJO RELACIONES DE ESPECIAL SUJECIÓN / DAÑO CAUSADO A MENORES / FALLA EN EL SERVICIO POR OMISIÓN EN EL DEBER DE PRECAUCIÓN Y PREVENCIÓN POR PARTE DEL ESTADO

SÍNTESIS DEL CASO: “El 19 de enero de 2003, mientras disfrutaba de unas vacaciones recreativas programadas por la Alcaldía Municipal de Pueblorrico – Antioquia, en la unidad deportiva municipal”, un menor de edad, “de seis (6) años de edad, cayó desde una terraza contigua a la piscina al foso donde se ubicaba el cuarto de máquinas, por cuyas lesiones falleció el 21 del mismo mes y año. Bajo el argumento de una omisión al deber de cuidado, los familiares del menor fallecido, acudieron en demanda de reparación directa”.

PROBLEMA JURÍDICO: Corresponde a la Sala adelantar el juicio de responsabilidad deprecado en la demanda. Para ello, deberá establecer, si a instancias del daño alegado la muerte del niño Isaías de Jesús Ríos Valencia prorrumpen la imputación jurídica a cargo de la entidad demandada, sobre la base de las presuntas omisiones en que aquella pudo o no incurrir. La labor que en tal sentido le asiste a la Sala, será la de comprobar o descartar el panorama omisivo, no sin antes razonar sobre los presupuestos jurídicos de la responsabilidad estatal en casos de omisión. Adicionalmente, para culminar el análisis, deberá verificar si, como aduce la entidad demandada, el daño obedeció al hecho exclusivo y determinante de un tercero niño que presuntamente empujó al vacío a Isaías, constitutivo de causal de exoneración de la responsabilidad estatal.

JURISDICCIÓN CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVA - Entidad de carácter pública / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA - En razón a la cuantía / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Se trata de un asunto de naturaleza pública, debatible en la jurisdicción contencioso administrativa, en consideración a que el extremo pasivo está conformado por una entidad de carácter estatal art. 82 C.C.A. Asimismo, por razones de cuantía, el proceso tiene vocación de segunda instancia, y en tal virtud, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 30 de mayo de 2012. (...) en consideración a la naturaleza del asunto, teniendo en cuenta que se persigue el resarcimiento patrimonial del daño derivado de las presuntas omisiones en que se dice incurrió la entidad demandada, la acción procedente es la de reparación directa, cuyo horizonte procesal se rige por el art. 86 del C.C.A.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTÍCULO 82 / DECRETO 01 DE 1986 - ARTÍCULO 86

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA - Acreditación / VALOR PROBATORIO DE LAS CERTIFICACIONES EXPEDIDAS POR PÁRROCOS Y SACERDOTES / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA - Acreditación

En cuanto a la legitimación en la causa por activa habida cuenta que se demanda por la muerte del menor Isaías de Jesús Ríos Valencia, de quien se allegó registro civil de defunción, es evidente el interés que le asiste a los demandantes en calidad de familiares de aquél, de conformidad con los registros civiles allegados.

(...) Con relación a la partida eclesiástica que se aportó como prueba del matrimonio entre el señor Justo Pastor Ríos Cardona y Teresita de Jesús Valencia Gaviria, la Sala recuerda que con la expedición de la Ley 92 de 1938 art. 18, las certificaciones expedidas por párrocos y sacerdotes dejaron de tener el carácter de pruebas principales para la demostración del estado civil, y por tanto su valor es apenas supletorio. Adicionalmente, mediante el Decreto Ley 1260 de 1970, se estableció que el documento idóneo o prueba única para probar el estado civil de una persona es el respectivo registro civil, bien sea de nacimiento, matrimonio o defunción.(...) dentro del presente proceso la relación de parentesco que se debe acreditar no es la de esposos entre sí, sino la de padres del menor fallecido, lo cual se encuentra plenamente demostrado a partir del registro civil de nacimiento, donde consta que Isaías de Jesús Ríos Valencia era hijo de Justo Pastor Ríos Cardona y Teresita de Jesús Valencia Gaviria, por tanto, en nada afecta la partida de matrimonio allegada para los fines probatorios atinentes.(...) Respecto a la legitimación por pasiva, tomando en consideración que el daño alegado en la demanda muerte de Isaías de Jesús se relaciona con las presuntas omisiones del municipio como organizador y convocante de las vacaciones recreativas en las cuales se sucedió el fatal accidente, es evidente que el municipio accionado se encuentra formal y materialmente legitimado.

FUENTE FORMAL: LEY 92 DE 1983 - ARTÍCULO 18 / LEY 1260 DE 1970

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Término. Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - No operó. La demanda se presentó de forma oportuna

Con relación a la caducidad, tratándose de la acción de reparación directa, por regla general, el término para demandar es de dos (2) años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia del daño proveniente de un hecho, operación administrativa u ocupación, en las que haya intervenido por acción u omisión la administración pública (art. 136 nº 8 del C.C.A.). En el caso concreto está demostrado que los hechos de los cuales se predica el daño, tuvieron ocurrencia el 19 de enero de 2003, día en que se llevaron a cabo las vacaciones recreativas programadas por el municipio de Pueblorrico, en desarrollo de las cuales el menor Isaías de Jesús sufrió un accidente que, al cabo de dos días, le deparó la muerte. De esta forma, siguiendo la regla general, el tiempo para demandar oportunamente comenzó a correr a partir del día 20 de enero de 2003 y feneció el 20 de enero de 2005. Como la demanda se interpuso el 17 de enero de 2005 queda claro que se hizo de manera oportuna.

FUENTE FORMAL DECRETO 01 DE 1984 - ARTÍCULO 136.8

VALOR PROBATORIO DE LAS FOTOGRAFÍAS - Constituye prueba documental, sin embargo debe ir respaldada por otros medios probatorios / VALOR PROBATORIO DE LAS FOTOGRAFÍAS - Niega

[A] efectos de demostrar la falta de encerramiento de la terraza desde donde se precipitó el menor, fueron allegadas tres fotografías, de las cuales se dijo que pertenecían a la piscina municipal donde sucedieron los hechos, más concretamente, al lugar de la terraza. (...) el municipio demandado, con la contestación allegó dos fotografías a las que rotuló como "fotografías vacaciones creativas año 2003". Cabe advertir que las mencionadas fotografías no serán valoradas, por cuanto no quedó acreditado que aquellas, en realidad, correspondieran a la piscina municipal de Pueblorrico, ya que para que así fuera se debió atestar con otros medios de prueba como, por ejemplo, la testimonial, de

suerte que no quedara duda que se trataba del mismo lugar donde ocurrieron los hechos. (...) el material fotográfico como medio de prueba se enlista dentro de las denominadas documentales y, en tanto documento, reviste de un “carácter representativo, que muestra un hecho distinto a él mismo” . De ahí que, “[l]as fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse” , con lo cual, el valor probatorio que puedan tener “no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición” . (...) para que las fotografías tengan incidencia probatoria y puedan ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, se debe tener certeza sobre la persona que las realizó y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas , lo que normalmente se devela a través de otros medios complementarios. (...) la autonomía demostrativa de dichos documentos se reduce en la medida que se requieran otros medios de convicción que las soporten. Reconocer esto, sin embargo, no supone a priori ignorar su mérito probatorio sino situarlo en el contexto de su carácter representativo. Como no se estableció con certeza que las fotografías pertenecieran al lugar y evento que pretendían describir, por muy lógica que resulte su asimilación gráfica con el sitio de una piscina, deviene imposible su valoración. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, ver, Corte Constitucional, Sentencia T-930, del 6 de septiembre de 2013

DAÑO ANTIJURÍDICO - Acreditación

En lo que respecta al daño, se encuentra debidamente demostrado que el 19 de enero de 2003, mientras participaba de un evento convocado, organizado y costeadado por la Alcaldía Municipal de Pueblorrico, el niño Isaías de Jesús Ríos cayó desde una terraza contigua a la zona de piscinas, hasta el fondo de un sótano donde se ubicaba el cuarto de máquinas. Aunque las pruebas no dan cuenta de las lesiones que le ocasionó la caída, no hay duda que fueron de tal gravedad que, dos días después, esto es, el 21 de enero de 2003, el niño falleció a consecuencia de las mismas. Los anteriores hechos aparecen demostrados con el respectivo registro civil de defunción del menor, así como también, con los testimonios sobre los pormenores del accidente. (...) para la Sala está fehacientemente demostrado que el fallecimiento del niño Isaías de Jesús Ríos Valencia fue provocado por los traumas que le ocasionó el accidente que tuvo lugar y ocasión con la salida recreativa organizada por la administración municipal de Pueblorrico. Demostrado como se encuentra el daño

INCUMPLIMIENTO EN EL DEBER DE VIGILANCIA Y CONTROL POR PARTE DEL MUNICIPIO DE PUEBLORICO / CONFIGURACIÓN DE UNA FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / SE ACREDITÓ RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL MUNICIPIO DE PUEBLORICO POR LA MUERTE DEL MENOR DE EDAD - Incumplimiento en las medidas de protección y prevención

Como la zona de piscinas hacía parte o se encontraba dentro de la precitada unidad deportiva, se entiende que los deberes de adecuación, conservación y mantenimiento que debía desplegar el municipio, estaban orientados a garantizar y asegurar el cumplimiento de ese fin recreacional, máxime, cuando aquí concurrían las calidades de rentista o derecho habiente porque a ciencia cierta no se puede hablar de propietario y portador de la suprema autoridad local, garante de la seguridad y tranquilidad ciudadana. (...) ya sea que se asuma que dicho bien fuera fiscal, o que era de uso público, o que sobre aquél, el municipio ostentaba algún derecho distinto al de propiedad, en cualquier caso, las instalaciones debían estar acondicionadas para los fines recreacionales que prestaba y bajo los cuales

fue entregado en arriendo. (...) tal acondicionamiento corría a cargo del municipio, si se tiene en cuenta que cuando aquél entregó el bien en arriendo ya tenía como destinación los fines recreativos, sin que por otro lado, se observe que en el contrato de arrendamiento se le hubieran impuesto al arrendatario deberes relacionados con la adecuación física y técnica de las instalaciones de las piscinas, a partir de lo cual se deduce que cuando el municipio las arrendó las consideró aptas y seguras para dicho fin, tanto así, que diecinueve (19) días más tarde, contrató con su arrendatario los servicios para el desarrollo de la jornada del 19 de enero de 2003, programada con los niños del municipio.(...) como el contrato de arriendo se había celebrado apenas días antes de sucederse el accidente aquello viene a corroborar que el municipio daba por sentado que las instalaciones que había entregado en arriendo cumplían con todas las condiciones físicas y técnicas para la prestación del servicio a la comunidad. De ahí, que sea válido decir que el municipio demandado, pese a haber entregado la zona de piscinas en arriendo, fue el encargado de hacer la adecuación de las mismas y el responsable de las condiciones en que se encontraba para el momento de los hechos.(...) para asegurar la protección de los menores asistentes al evento, el municipio organizador, debía ejercer los deberes de vigilancia y control adecuados y necesarios para resguardarlos en el pleno de sus derechos, establecidos en el art. 44 de la Constitución, en especial, para lo que atañe al caso, el deber de salvaguarda de la vida y la integridad física Sobre la base de estos deberes y con fundamento en lo que determinen las pruebas, la Sala establecerá si el mencionado municipio fue omiso frente al cumplimiento de aquellos, en cuyo caso, surgiría la responsabilidad a su cargo, en virtud de lo dispuesto por el art. 90 de la Constitución.(...) para la Sala es claro que el municipio de Pueblorrico faltó a los deberes que tenía para garantizar la seguridad del niño Isaías de Jesús Ríos Valencia, asistente a las vacaciones recreativas, no solamente porque no le brindó el cuidado y la vigilancia debida durante la jornada, sino porque no realizó las labores de prevención que le estaban dadas, dejando expuesto al menor al riesgo que, finalmente, se concretó. En lo que concierne a los deberes de prevención, está visto que, en su calidad de arrendador y conforme a la destinación recreativa que tenía el bien, debió entregarlo en condiciones de seguridad para la prestación del servicio, concretamente, haciendo el cerramiento completo de la zona de las piscinas y la terraza, situada apenas a unos escasos centímetros del nivel del piso, para aislarla completamente del sótano o foso donde se encontraban las máquinas, o en su lugar, restringiendo y señalizando el acceso a la terraza que, por uno de sus lados, estaba expuesta al vacío de aquél hueco o foso de máquinas. Es evidente que no se hizo ni lo uno ni lo otro, como también, que se trataba de un riesgo ostensible, tal como se desprende de lo declarado por los testigos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 44

RECONOCIMIENTO Y TASACIÓN DE PERJUICIOS MORALES EN FAVOR DE LOS PADRES DE LA VICTIMA - Procedencia / REDUCCIÓN EN EL QUANTUM INDEMNIZATORIO A FAVOR DE LOS ABUELOS DEL OCCISO / CRITERIOS Y PARÁMETROS DE UNIFICACIÓN

Con relación a los perjuicios morales por la muerte de un ser querido, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que estos se infieren del grado de parentesco y, se predica de los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil. (...) Cabe recordar que la Sala Plena de la Sección Tercera unificó los topes indemnizatorios en materia de reparación de perjuicios morales por muerte, teniendo en cuenta los niveles de cercanía entre la víctima directa y quienes reclaman perjuicios, estableciendo un tope de hasta 100 smlmv

en casos de muerte que, excepcionalmente, puede ser modificado atendiendo las circunstancias especiales de cada caso. En el presente caso, no solamente porque el perjuicio se presume en favor de quienes demandaron sino, además, porque el testigo Oscar Alberto Ospina Ospina refirió las aflicciones que la muerte del niño Isaías les produjo a sus familiares, hay lugar a su reconocimiento. No desconoce la Sala que el testigo en mención tenía un parentesco civil con los demandantes, pero tal hecho no mengua la credibilidad de sus dichos, máxime cuando es a los más cercanos y allegados a quienes puede constar la aflicción y el dolor moral que un hecho de esta naturaleza causa, sin que por otro lado se observe que el deponente hubiera exagerado la realidad o sobredimensionado el sufrimiento en procura de favorecer a su parentela. (...) tampoco ignora la Sala que el referido testigo dijo que el menor vivía con sus papás y sus hermanos, de lo cual se infiere que no vivía con sus abuelos, como bien lo señaló la entidad demandada. Sin embargo, tal circunstancia no desvirtúa la presunción de aflicción que padecen los familiares en segundo grado de consanguinidad, pues la misma no se edifica sobre la base de que se comparta un mismo techo, sino sobre la cercanía afectiva basada en el nivel de parentesco de los dolientes respecto del afectado. (...) la Sala confirma el reconocimiento de los perjuicios morales en favor de los demandantes, pero ajustará los montos reconocidos por el a quo a lo dispuesto en la mencionada sentencia de unificación, dado que no se encuentran demostradas circunstancias excepcionales que justifiquen excepcionar los baremos unificados. (...) resulta procedente disminuir la tasación del perjuicio otorgada a los abuelos, ya que aquellos se encuentran en segundo grado de consanguinidad por línea directa y, en consecuencia, a ellos les corresponde una cifra equivalente a la que le corresponde a los hermanos. Como en la sentencia apelada se les concedió a los abuelos del menor Isaías, el equivalente a 100 salarios mínimos, aquí habrá lugar a reducir la condena a 50 salarios mínimos.

NOTA DE RELATORÍA: En relación al reconocimiento y tasación de perjuicios morales, consultar, sentencias de unificación del: 28 de agosto del 2014, exp 26251, y exp. 27709.

PROCEDE CORRECCIÓN DE SENTENCIA POR ERROR EN LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES

La Sala observa que la sentencia apelada reconoció doblemente el perjuicio moral a los señores María Rosalina Cardona Muñoz, Sigifredo Valencia y Lida Gaviria, pues se los indemnizó en calidad de abuelos, y al mismo tiempo en calidad de hermanos, lo que indiscutiblemente constituye un error que al ser evidenciado debe ser corregido por el superior, como se procederá.

RECONOCIMIENTO Y TASACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Niega

En el presente caso, para el momento de su fallecimiento el menor Isaías de Jesús Ríos Valencia contaba con seis (6) años de edad y vivía con sus padres, sin que hubiera quedado claro si se encontraba estudiando o no, menos aún, que estuviera desarrollando alguna actividad productiva lo cual sería improbable a su corta edad. (...) la Sala no encuentra razones sobre las cuales se pueda justificar el reconocimiento del lucro cesante en el caso de autos, sin dejar de mencionar, como se hizo al comienzo, que la demanda tampoco estuvo enfocada en tal pedimento. (...) las súplicas que en tal sentido hizo la parte actora en el recurso impetrado no tienen vocación de prosperidad.

NO PROCEDE CONDENA EN COSTAS - Falla del servicio por omisión en el deber de precaución y prevención

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D. C., catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-23-31-000-2005-03454-01(45951)

Actor: JUSTO PASTOR RÍOS CARDONA Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE PUEBLORICO - ANTIOQUIA

Radicación número: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN DE SENTENCIA)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 30 de mayo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda (fls. 117-128, c. ppal.). Previo a desatar el recurso, se constata la ausencia de nulidades que impidan la prosecución del fallo y, por tanto, entra la Sala a decidir:

SÍNTESIS

El 19 de enero de 2003, mientras disfrutaba de unas vacaciones recreativas programadas por la Alcaldía Municipal de Pueblorrico –Antioquia, en la unidad deportiva municipal, el niño Isaías de Jesús Ríos Valencia, de seis (6) años de edad, cayó desde una terraza –contigua a la piscina– al foso donde se ubicaba el cuarto de máquinas, por cuyas lesiones falleció el 21 del mismo mes y año. Bajo el argumento de una omisión al deber de cuidado, los familiares del menor fallecido, acudieron en demanda de reparación directa.

I. ANTECEDENTES

A. Lo que se demanda

1. Mediante escrito de demanda presentado el 17 de enero de 2005 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia (fls. 17-27, c. 1), los señores Justo Pastor Ríos Cardona y Teresa¹ de Jesús Valencia Gaviria (padres del menor fallecido) en nombre propio y en representación de sus menores hijos Nidia María, Diana Marcela, Bibiana María, Juan Rafael y Ana María Ríos Valencia; así como también Mary Isabel y Rosa Lida Ríos Valencia (hermanas mayores), y María Rosa Lina Cardona Muñoz, Lida Gaviria y Sigifredo Valencia (abuelos), formularon demanda contra del Municipio de Pueblorrico - Antioquia, para que mediante acción de reparación directa, se les concedan las siguientes pretensiones:

A. Se declare que la entidad denominada MUNICIPIO DE PUEBLORRICO ANTIOQUIA, es Administrativa y civilmente responsable, de manera Directa, de los perjuicios causados a los señores JUSTO PASTOR RÍOS CARDONA, TERESA DE JESÚS VALENCIA GAVIRIA, a los menores NIDIA MARIA, DIANA MARCELA, BIBIANA MARIA Y DE JUAN RAFAEL RIOS VALENCIA,, y de MARY ISABEL RIOS VALENCIA, Y MARIA ROSA LINA CARDONA MUÑOZ Y SIGFREDO VALENCIA, como consecuencia de la trágica muerte de su hijo, hermano y nieto ISAIAS DE JESUS RIOS VALENCIA, como consecuencia del accidente ocurrido el pasado 19 de Enero del año 2003, en el Municipio de Pueblorrico Antioquia, como consecuencia de una caída en la Unidad Deportiva del Municipio de Pueblo Rico Antioquia, lugar donde la alcaldía Municipal celebraba las vacaciones recreativas para los menores de edad, causándole la muerte; y consecuentemente graves perjuicios materiales y morales causados a los aquí demandantes, como consecuencia de una FALLA EN EL SERVICIO por ACCION Y OMISIÓN en la prestación del servicio prestado por la entidad demandada que conllevara al accidente en mención; y en consecuencia, deberá pagar todos los perjuicios morales y materiales, en sus distintas manifestaciones de daño emergente y lucro cesante a favor de los demandantes.

B-. Condenar en consecuencia, AL MUNICIPIO DE PUEBLORRICO ANTIOQUIA, como reparación directa del daño ocasionado, a pagar a favor de los señores JUSTO PASTOR RIOS CARDONA, TERESA DE JESUS VALENCIA GAVIRIA, a los (sic) NIDIA MARIA, DIANA MARCELA, BIBIANA MARIA Y

¹ El nombre que figura en el registro civil de nacimiento aportado es: Teresita de Jesús Valencia Gaviria, aunque en todos los documentos de la demanda se anunció como Teresa de Jesús Valencia Gaviria y, dentro del libelo se advirtió que el nombre que aparece en la cédula de ciudadanía es el de Teresa de Jesús, siendo la misma persona.

JUAN RAFAEL RIOS VALENCIA, y a MARY ISABEL RIOS VALENCIA, Y MARIA ROSA LINA CARDONA MUÑOZ Y SIGFREDO VALENCIA, por concepto de Perjuicios MORALES, objetivados y subjetivados, actuales y futuros, en la cantidad de mil (1000) salarios mínimos legales vigentes, los que a razón de \$381.500,00 M.L. cada mes, asciende a la suma de \$ 381.500 000,00 M.L., para cada uno de los demandantes, para un gran total de TRES MIL CUATROCIENTOS TEINTA (sic) Y TRES MILLONES QUINIENS (sic) MIL PESOS M.L. (\$3.433.500.000,00), ó lo que sea justamente tasado por los Honorables Magistrados, de acuerdo a la prueba aportada al proceso.

C-. La condena será actualizada de conformidad con lo previsto en el art. 178 del C.C.A., y se reconocerán intereses legales desde el día 10 de Mayo del 2002, fecha de la ocurrencia de los hechos (sic), hasta que se le dé cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso.

D-. Se condene a la entidad demandada al pago de la indexación de todas las resultas del proceso.

E-. Que se condene a ja demandada al cumplimiento de la sentencia en los términos de los arts. 176, 177, 178 y 179 del C.C.A.

F-. Que se fe condene al pago de las costas y gastos del proceso.

1.1. En respaldo de sus pretensiones, la parte actora adujo los siguientes **hechos** que se resumen a continuación:

1.1.1. El 19 de enero de 2003, el municipio de Pueblorrico – Antioquia celebró por su cuenta y riesgo unas vacaciones recreativas en la Unidad Deportiva. A eso de las 4:30 p.m., los niños que participaban en la actividad y que habían sido convocados por la administración municipal, se encontraban en la piscina municipal, la cual tenía una plancha donde algunos menores tomaban el sol.

1.1.2. A esa hora, el menor Isaías de Jesús Ríos Valencia, quien se encontraba asoleándose, se cayó de la plancha y se golpeó contra las máquinas que alimentaban la piscina, lesionándose la cabeza con graves heridas, por lo cual fue trasladado al hospital municipal y de allí remitido al hospital San Vicente de Paúl –Infantil cariñitos– de Medellín, donde falleció el 21 de enero subsiguiente. Con ello, se encuentra demostrado que el menor murió como consecuencia de dicho accidente.

1.1.3. El evento donde se suscitó el percance, fue programado por la administración municipal, por tanto, la responsabilidad sobre el bienestar de los cerca de cuatrocientos niños participantes, corría por cuenta del municipio a través del director de la Casa de la Cultura —Omar Obando Gallego— y otros empleados del municipio, encargados de vigilar la actividad.

1.1.4. El fatal accidente era perfectamente evitable ya que se debió a la falta de cercado completo del lugar, pues la parte por donde cayó el niño se encontraba destapada; de ahí, que el suceso ocurrió por la culpa exclusiva de la entidad demandada y la falta de vigilancia suficiente para el evento. Esto demuestra que el municipio incurrió en una falla porque no prestó un buen servicio de mantenimiento a la piscina y no adoptó las precauciones de control y vigilancia necesarias para garantizar la seguridad de los menores.

1.1.5. El municipio de Pueblorrico corrió con todos los gastos fúnebres del menor fallecido, con lo cual asumió la culpabilidad del hecho.

1.1.6. Para la época del fallecimiento, Isaías de Jesús tenía 6 años —nacido el 21 de mayo de 1996— y vivía con su familia que era muy unida y se profesaban inmenso cariño, por lo cual, el deceso del menor trajo inmensa congoja y dolor a todos sus familiares.

B. Trámite Procesal

2. Notificado el auto admisorio² y fijado el asunto en lista³, la entidad demandada procedió a **contestar la demanda** en los siguientes términos:

2.1. Con relación a los hechos, el ente territorial manifestó que desde 1993 la Alcaldía venía realizando el programa de vacaciones creativas para ofrecer a los niños espacios lúdicos y recreativos durante el tiempo en que estaban en vacaciones escolares, pero que la ejecución del programa estaba a cargo de ocho (8) contratistas que no tenían vínculo laboral con el municipio y que estaban a cargo del señor Omar De Jesús Gallego.

² Las notificaciones se surtieron así: Municipio de Pueblorrico, notificado el 17 de febrero de 2006 (fl. 44, c. 1), y Ministerio Público, notificado el 17 de junio de 2005 (fl. 41, c. 1, anverso).

³ La fijación en lista se produjo el 16 de mayo de 2006 (fl. 44, c. 1, anverso).

2.2. Señaló que, efectivamente, el 19 de enero de 2003, en el marco de las vacaciones creativas, el menor Isaías resultó lesionado al caer de una plancha, pero que tal suceso, según versiones de quienes observaron el hecho, fue provocado por el empujón de otro menor, lo que conllevó posteriormente al fatal desenlace.

2.3. Manifestó que aun cuando la piscina era de propiedad del municipio, desde el año 1992 se otorgó en arriendo a contratistas particulares quienes se encargaban del manejo, administración, vigilancia y explotación comercial; así mismo, que por el ingreso de los menores se le pagó al arrendatario la suma de \$77.100.00, equivalentes al ingreso de 257 niños, a razón de \$300.00 por niño, a efectos de lo cual adjunto el recibo de pago y el contrato de arrendamiento (fls. 54-65, c. 1).

2.4. Indicó que aun cuando el municipio sufragó los gastos de entierro del niño Isaías, no lo hizo como una asunción de responsabilidad sino como un acto de solidaridad con la familia que era de escasos recursos, además, que el hecho se dio durante las vacaciones recreativas en las instalaciones de la piscina y que el mismo fue ocasionado por un tercero.

2.5. Se opuso a las pretensiones y como excepciones formuló: *(i)* inexistencia de causa legal para demandar, dado que el hecho provino de un tercero, asimismo, porque aun cuando la administración municipal promocionó las vacaciones, aquellas se ejecutaron a través de contratistas; adicionalmente, la administración municipal era la propietaria de la piscina pero no la administraba, ya que desde 1992 la entregó a operadores privados a través de un contrato de arriendo, y en su sentir, si a alguien se le debía cuestionar las fallas en las condiciones locativas era al arrendatario; *(ii)* exagerada tasación de los perjuicios, y *(iii)* excepción oficiosa (fls. 45-51, c. 1).

3. Mediante auto del 16 de abril de 2008, el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia corrió traslado común a las partes por el término de diez (10) días, para que presentaran sus **alegatos de conclusión** (fl. 107 c.1).

3.1. En esta oportunidad, **la parte actora** reprodujo lo expuesto en la demanda en el sentido de afirmar que la responsabilidad por la muerte del menor era del municipio accionado, ya que las vacaciones recreativas estuvieron bajo el cuidado

de empleados públicos, y la administración local no tenía dentro de las instalaciones acuáticas barras protectoras ni avisos suficientes para noticiar el peligro que representaba subirse a la plancha que se usaba para tomar el sol, omisiones constitutivas de falla en el servicio. (fls. 108-110, c.1).

3.2. La parte accionada no presentó alegatos.

4. El 30 de mayo de 2012, el Tribunal Administrativo de Antioquia, profirió la **sentencia de primer grado** (fls. 117-128, c. ppal.), mediante la cual **acogió** parcialmente las suplicas de la demanda, a efectos de lo cual dijo:

Como puede observarse de la prueba allegada al expediente, sólo es posible concluir la existencia de un hecho imputable de responsabilidad a la entidad demandada a título de falla del servicio; porque existió un deficiente funcionamiento de la administración ya que no se tomaron las medidas preventivas tendientes a garantizar la seguridad de los asistentes al evento programado por la Alcaldía de Pueblorrico el día 19 de enero de 2003, motivo de las vacaciones.

En este orden de ideas, la muerte de la víctima ocurrió como consecuencia de falta de adopción de medidas preventivas, por parte de los funcionarios encargados de la actividad, tendientes a controlar por un lado el número de menores asistentes a la programación de las vacaciones recreativas y por el otro al parecer de la Sala nueve personas son muy pocas para cuidar y proporcionar la protección adecuada y la vigilancia requerida para un grupo de más de doscientos niños, ya que no se tiene la claridad absoluta de los asistentes ese día a la actividad de las piscinas porque no se cuenta con un registro confiable que permita tener un control de los menores que se encontraban en dicho lugar, de acuerdo a las edades, ya que este es otro aspecto que hecho (sic) de menos la Administración que hay niños que requieren mayor supervisión por su corta edad.

La Administración omitió tener el debido cuidado y control, máxime cuando se trataba de un evento de carácter masivo, dado que se había dispuesto que no se cobrarían ningún tipo de derecho por el ingreso y otorgaba los fichos (sic) para la utilización de la mayor atracción que era la piscina, por lo que era obvio que los riesgos se incrementarían, al tratarse de gran cantidad de menores, bajo el cuidado y supervisión de sólo nueve adultos.

Para la Sala no cabe duda que faltó diligencia en adoptar las medidas indispensables para prevenir cualquier tipo de accidente, como por ejemplo aumentar la vigilancia dada la magnitud del certamen y la gran cantidad de usuarios que se verían atraídos por las facilidades dispuestas para el ingreso a la piscina y atracciones deportivas.

Por lo tanto es innegable que la conducta de la entidad demandada, generó el nexo causal que es un elemento determinante del fallecimiento del menor. Otra situación bien diferente hubiere ocurrido si se hubiera previsto de mayor cantidad de personal para el cuidado y supervisión de los niños clasificándolos debidamente por edades, en grupos más reducidos, lo que hubiera facilitado la vigilancia y tal vez se hubiera evitado el lamentable hecho. La administración también es responsable por permitir el ingreso de los menores sin adultos responsables, y simplemente dejó estos prácticamente a su libre albedrío.

Otro hecho relevante es que los testigos reportan conocer el lugar donde el accidente y además manifiestan que era un lugar peligroso y pese a esto dejaban a los menores tomar el sol en dicho lugar; además la falta de malla en el hueco donde estaban las máquinas de la piscina, como manifestaron los testigos dicho lugar era de fácil acceso ya que era un muro de más o menos 50 C'M.S, por lo tanto cualquier pequeño podía acceder fácilmente poniendo en riesgo su integridad personal y lamentablemente esto fue lo que sucedió. Es de advertir que los declarantes adujeron que después del accidente la Administración había enmallado la zona donde ocurrió el infortunio.

Ahora bien, aparece la falla de la Entidad que al organizar esta clase de eventos masivos de recreación para los menores de edad, no tuvo en cuenta una debida organización y control de la asistencia, desconociendo absolutamente el organizador cual era la cantidad exacta de niños (sic) había ese día que ocurrió el accidente y además sólo eran nueve personas adultas cuidando mas (sic) de doscientos niños; la Administración debió organizar la actividad en tal forma que prohibiera el ingreso de los menores sin la compañía de un adulto responsable. Los organizadores del evento lo promocionaban y era lógico que todos los niños quisieran asistir tratándose de algo gratuito; pero no se previó (sic) en debida forma la vigilancia sobre los asistentes y es precisamente en este punto donde el Municipio de Pueblorrico falló y no es posible imputarle responsabilidad a los padres, toda vez que sólo era requisito de la Administración registrar los menores y enviarlos al parque a disfrutar de la actividad recreativa.

4.1. En consecuencia, reconoció en favor de los demandantes perjuicios morales en razón de 100 smlmv para cada uno de los padres y los abuelos del menor —Justo Pastor Ríos Cardona, Teresa de Jesús Valencia Gaviria; María Rosalina Cardona Muñoz, Sigifredo Valencia y Lida Gaviria—, y 50 smlmv para cada uno de los hermanos —Nidia María, Diana Marcela, Bibiana María, Juan Rafael, Ana María y Mary Isabel Ríos Valencia—. No obstante, el tribunal *a quo* incluyó nuevamente a los tres abuelos del menor — María Rosalina Cardona Muñoz,

Sigifredo Valencia y Lida Gaviria— en el listado de hermanos; es decir, les otorgó perjuicios morales como abuelos, y a su vez, como hermanos.

4.2. Con relación al lucro cesante, no hizo ningún reconocimiento en razón a que al tratarse de un menor de edad, tal perjuicio era meramente eventual e incierto, pues no se sabía si los hipotéticos ingresos que iba a obtener el menor, en realidad los obtuviera y, además, que los destinara al sostenimiento de sus padres y hermanos y no, por ejemplo, al sostenimiento de su propio hogar.

5. Inconformes con la decisión del *a quo*, las partes interpusieron recurso de apelación, con el siguiente sustento:

5.1. La **parte actora** centró el disenso en la negativa del lucro cesante, pues a su juicio, en tales casos se debe partir del mínimo legal para liquidar a futuro el perjuicio y con fundamento en la edad promedio de vida, ya que el menor iría a ser un potencial trabajador conforme al derecho fundamental que tenía de escoger una profesión u oficio. En síntesis, que la indemnización del lucro perjuicio procedía, bien fuera por el mandato de la reparación integral, o por el derecho a recibir una indemnización en equidad (fls. 138-139, c. ppal.).

5.2. La **entidad demandada**, discrepó de la conclusión del *a quo* conforme a la cual, nueve (9) personas adultas eran insuficientes para cuidar y controlar a doscientos cuarenta (240) niños, ya que, en tal caso, el Tribunal debió ofrecer el sustento de dicha afirmación, máxime cuando para la época de los hechos no existía un régimen legal que señalara las medidas de control y seguridad que debían existir en las piscinas, y aún, en el régimen existente se exige un adulto por cada 40 o 50 personas. Conforme a lo anterior, la apreciación del fallador sobre la cual se estructuró la falla del servicio queda sin sustento, y por el contrario, el evento contó con un número suficiente de adultos que ejercieron vigilancia como ya se había hecho en eventos similares, sin novedad alguna.

5.2.1. El accidente del niño Isaías comportó un hecho imprevisible e irresistible proveniente de la conducta de un tercero —el empujón que le propinó un primo conforme dijeron las testigos Martha Lucía Uribe Botero y Mónica María Chica— que constituye causal eximente de responsabilidad. Es decir, la causa del accidente no obedeció a la inexistencia de barreras, mallas, vallas u otros elementos de protección, sino a que el niño cayó al vacío porque fue empujado

por otro niño —causa extraña—, ante lo cual, resultaba nugatorio que, inclusive, se contara con 20 o 30 vigilantes.

5.2.2. En el evento de que se decida confirmar el fallo apelado, se debe revisar la tasación del perjuicio moral otorgado a los abuelos del menor fallecido — María Rosalina Cardona Muñoz, Sigifredo Valencia y Lida Gaviria—, pues de acuerdo con lo dicho por el testigo Oscar Alberto Ospina Ospina, el menor no habitaba con los abuelos y, en tal virtud, no se demostró que el dolor que les produjo la muerte del nieto se hubiera expresado en el máximo grado de intensidad como para otorgarles la tasación máxime impuesta (fls. 140-148, c. ppal.).

6. Previo agotamiento de la audiencia de que trata el art. 67 de la Ley 1395 de 2010 (fls. 153-154, c. ppal.), mediante auto del 20 de marzo de 2013, la Sección Tercera del Consejo de Estado corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presentaran **alegatos de conclusión** y concepto por escrito (fl. 163, c. ppal.).

6.1. En este momento procesal la **parte actora** aprovechó para recalcar que con las pruebas allegadas y las testimoniales practicadas, había quedado debidamente demostrada la responsabilidad del ente demandado en el fallecimiento del menor Isaías de Jesús Ríos Valencia, debido a que el municipio no adoptó medidas preventivas ni de control y vigilancia para garantizar la seguridad de los menores asistentes al evento (fls. 166-170, c. ppal.).

6.2. El Ministerio Público rindió concepto favorable respecto de las pretensiones de la demanda, pues dijo que se demostró que la entidad demandada incurrió en varias omisiones que fueron determinantes en las lesiones y posterior fallecimiento del niño Isaías de Jesús Ríos Valencia. Asimismo, dijo que debía reconocerse el lucro cesante, desde los 18 hasta los 25 años, ya que se ha estimado que a dicha edad, generalmente, el ser humano se une a otra persona para formar una nueva familia (fls. 171-176, c. ppal.).

6.3. La parte demandada se abstuvo de formular alegatos de cierre (fl. 177, c. ppal.).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7. Previo a resolver el fondo del asunto, la Sala verificará la concurrencia de los presupuestos procesales de la acción, tales como: la jurisdicción y competencia para conocer y fallar el *sub lite*; la procedencia del medio escogido; la legitimación en la causa de las partes y la caducidad de la acción. Igualmente, determinará los postulados conforme a los cuales se valorarán las pruebas allegadas.

A. Presupuestos procesales

8. Se trata de un asunto de naturaleza pública, debatible en la jurisdicción contencioso — administrativa, en consideración a que el extremo pasivo está conformado por una entidad de carácter estatal —art. 82 C.C.A—. Asimismo, por razones de cuantía, el proceso tiene vocación de segunda instancia⁴, y en tal virtud, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 30 de mayo de 2012.

9. Adicionalmente, en consideración a la naturaleza del asunto, teniendo en cuenta que se persigue el resarcimiento patrimonial del daño derivado de las presuntas omisiones en que se dice incurrió la entidad demandada, la acción procedente es la de reparación directa, cuyo horizonte procesal se rige por el art. 86 del C.C.A.

10. En cuanto a la legitimación en la causa —**por activa**— habida cuenta que se demanda por la muerte del menor Isaías de Jesús Ríos Valencia, de quien se allegó registro civil de defunción (fl. 12, c. ppal.), es evidente el interés que le asiste a los demandantes en calidad de familiares de aquél, de conformidad con los registros civiles allegados⁵.

⁴ Para el momento de interposición de la demanda (17 de enero de 2005) la cuantía se establecía por la pretensión mayor de conformidad con el decreto 597 de 1988, que para dicho año estaba fijada en \$51.730.000.00 para los procesos de reparación directa, condición que se cumple si se tiene en cuenta que la pretensión por perjuicios morales se estimó en 3.433.500.000.00. Asimismo, para la fecha de interposición del recurso (9 de julio de 2012), regía la ley 1395 de 2010, art. 3, que determinaba que la cuantía se estipulaba por la suma de todas las pretensiones al momento de la demanda, y para dicha fecha la cuantía estaba fijada en \$283.350.000, ampliamente superada en este caso, de acuerdo con lo pedido en el libelo.

⁵ Se encuentra demostrado que Isaías de Jesús Ríos Valencia era hermano de Nidia María (fl. 5, c. 1); Diana Marcela (fl. 31, c. 1); Bibiana María (fl. 32, c. 1); Juan Rafael (fl. 33, c. 1); Ana María (fl. 34, c. 1) y Mary Isabel Ríos Valencia (fl. 8, c. 1). Asimismo, que el menor fallecido era nieto de María Cardona Muñoz (fl. 10, c. 1), y de Sigifredo Valencia, María Lida Gaviria (fl. 11, c. 1).

10.1. Con relación a la partida eclesiástica que se aportó como prueba del matrimonio entre el señor Justo Pastor Ríos Cardona y Teresita de Jesús Valencia Gaviria (fl. 4, c. 1), la Sala recuerda que con la expedición de la Ley 92 de 1938 —art. 18—, las certificaciones expedidas por párrocos y sacerdotes dejaron de tener el carácter de pruebas principales para la demostración del estado civil, y por tanto su valor es apenas supletorio. Adicionalmente, mediante el Decreto Ley 1260 de 1970, se estableció que el documento idóneo o prueba única para probar el estado civil de una persona es el respectivo registro civil, bien sea de nacimiento, matrimonio o defunción.

10.2. No obstante, dentro del presente proceso la relación de parentesco que se debe acreditar no es la de esposos entre sí, sino la de padres del menor fallecido, lo cual se encuentra plenamente demostrado a partir del registro civil de nacimiento (fl. 9, c. 1), donde consta que Isaías de Jesús Ríos Valencia era hijo de Justo Pastor Ríos Cardona y Teresita de Jesús Valencia Gaviria, por tanto, en nada afecta la partida de matrimonio allegada para los fines probatorios atinentes.

10.4. Respecto a la legitimación —**por pasiva**—, tomando en consideración que el daño alegado en la demanda —muerte de Isaías de Jesús— se relaciona con las presuntas omisiones del municipio como organizador y convocante de las vacaciones recreativas en las cuales se sucedió el fatal accidente, es evidente que el municipio accionado se encuentra formal y materialmente legitimado.

11. Con relación a la **caducidad**, tratándose de la acción de reparación directa, por regla general, el término para demandar es de dos (2) años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia del daño proveniente de un hecho, operación administrativa u ocupación, en las que haya intervenido por acción u omisión la administración pública (art. 136 n° 8 del C.C.A.).

11.1. En el caso concreto está demostrado que los hechos de los cuales se predica el daño, tuvieron ocurrencia el 19 de enero de 2003, día en que se llevaron a cabo las vacaciones recreativas programadas por el municipio de Pueblorrico, en desarrollo de las cuales el menor Isaías de Jesús sufrió un accidente que, al cabo de dos días, le deparó la muerte. De esta forma, siguiendo la regla general, el tiempo para demandar oportunamente comenzó a correr a partir del día 20 de enero de 2003 y feneció el 20 de enero de 2005. Como la

demanda se interpuso el 17 de enero de 2005 (fl. 27, c. 1), queda claro que se hizo de manera oportuna.

B. Presupuestos de Valoración Probatoria

12. Valor probatorio de las fotografías. Junto a la demanda, a efectos de demostrar la falta de encerramiento de la terraza desde donde se precipitó el menor, fueron allegadas tres fotografías, de las cuales se dijo que pertenecían a la piscina municipal donde sucedieron los hechos, más concretamente, al lugar de la terraza (fls. 13-15, c. 1). Del mismo modo, el municipio demandado, con la contestación allegó dos fotografías a las que rotuló como “fotografías vacaciones creativas año 2003” (fl. 50, c. 1). Cabe advertir que las mencionadas fotografías no serán valoradas, por cuanto no quedó acreditado que aquellas, en realidad, correspondieran a la piscina municipal de Pueblorrico, ya que para que así fuera se debió atestar con otros medios de prueba como, por ejemplo, la testimonial, de suerte que no quedara duda que se trataba del mismo lugar donde ocurrieron los hechos.

12.1. En efecto, el material fotográfico como medio de prueba se enlista dentro de las denominadas documentales⁶ y, en tanto documento, reviste de un “*carácter representativo, que muestra un hecho distinto a él mismo*”⁷. De ahí que, “[l]as fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse”⁸, con lo cual, el valor probatorio que puedan tener “*no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición*”⁹.

12.2. En otras palabras, para que las fotografías tengan incidencia probatoria y puedan ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, se debe tener certeza sobre la persona que las realizó y las circunstancias de tiempo, modo y

⁶ Así por ejemplo, se desprende del art. 251 del C.P.C., norma que rige el caso.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-930^a, del 6 de septiembre de 2013, fundamento 4.3, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁸ Íbid, fundamento 4.3.1.

⁹ Íbid, fundamento 4.3.2.

lugar en que fueron tomadas¹⁰, lo que normalmente se devela a través de otros medios complementarios. De esta forma, la autonomía demostrativa de dichos documentos se reduce en la medida que se requieran otros medios de convicción que las soporten. Reconocer esto, sin embargo, no supone *a priori* ignorar su mérito probatorio sino situarlo en el contexto de su carácter representativo.

12.3. Como no se estableció con certeza que las fotografías pertenecieran al lugar y evento que pretendían describir, por muy lógica que resulte su asimilación gráfica con el sitio de una piscina, deviene imposible su valoración.

C. Hechos probados

13. Conforme a los medios de convicción debidamente allegados y recaudados dentro proceso, se encuentran demostrados los siguientes **hechos relevantes**:

13.1. Para el 19 de enero de 2003, la administración municipal de Pueblorrico – Antioquia, convocó y programó la realización de unas vacaciones creativas que tuvieron lugar en la unidad deportiva municipal, dentro de la cual habían tres piscinas —una grande para adultos, una mediana y una pequeña—. La actividad se programó de forma gratuita y para el ingreso los niños debían registrarse en la casa de la cultura u obtener un ficho (sic) a la entrada del establecimiento¹¹. Este hecho está sustentado en los testimonios de Jesús Obando Gallego —coordinador de la casa de la cultura—, Martha Lucía Uribe —coordinadora de deportes— y Mónica María Chica Tamayo —monitora de deportes— (fls. 93-101, c. 1).

13.1.1. Así por ejemplo, la testigo Martha Lucía Uribe se refirió al hecho en los siguientes términos: *“le dábamos fichos a los niños y se hacía un control con fichos para el ingreso a la piscina y estos se le pasaban al Administrador de la piscina y con estos cobraban al Municipio, porque todas las actividades que hacían eran gratuitas”* (fl. 97, c. 1). Por su parte, la testigo Mónica María Chica, dijo: *“PREGUNTADA: Ustedes tenían alguna lista de niños donde señala quiénes y cuántos iban a asistir a esos actos deportivos previamente? CONTESTÓ: Hasta*

¹⁰ Al respecto ver por todas, Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 28832, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

¹¹ La testigo Martha Lucía Uribe se refirió al hecho en los siguientes términos: *“le dábamos fichos a los niños y se hacía un control con fichos para el ingreso a la piscina y estos se le pasaban al Administrador de la piscina y con estos cobraban al Municipio, porque todas las actividades que hacían eran gratuitas”* (fl. 97, c. 1).

donde yo tengo entendido ellos se hacían inscribir en la casa de la cultura para participar de esa actividad, pero igualmente muchos se hacían inscribir y aparecían otros pelados” (fl. 100, c. 1).

13.2. Al lado de las piscinas y a una altura aproximada de 50 cms. de aquellas, se encontraba una terraza con una cabida cercana a los tres metros cuadrados que era utilizada por los asistentes al evento —niños— para tomar el sol. Dicha terraza, colindaba por uno de los costados con el cuarto de máquinas, descrito por los testigos como una especie de sótano o hueco; es decir, ese lado de la terraza era como una especie de voladizo que daba directamente al foso donde se encontraban los filtros y equipos de las piscinas, pues para esa época no existía ningún tipo de contención entre el borde de la terraza y el vacío que llevaba al sótano de máquinas.

13.2.1. Sobre el particular, el testigo Omar de Jesús Obando Gallego, relató:

PREGUNTADO: Dónde exactamente está ubicada la plancha desde donde se desprendió el menor fallecido. CONTESTÓ: A un lado de los posuelos (sic), las tres piscinas, la piscina para adultos, para medianos y para bebés. PREGUNTADO: Para llegar hasta la plancha qué medio se utiliza, es decir, cómo se hace. CONTESTÓ: Simplemente hay que levantar el pie, está más o menos a cincuenta centímetros a ras del piso, por eso manifestaba antes que nunca me había percatado del hueco, porque se debe acercar hasta el borde mismo de la plancha para ver lo profundo del hueco, ya que eso es más bien un sótano (...)
PREGUNTADO: Puede indicarnos el área aproximada de dicha plancha. CONTESTÓ: más o menos, creo que es de tres metros por tres metros. PREGUNTADO: Esa área que usted acaba de informar permite que varios niños a la vez estén ocupando la plancha. CONTESTÓ: Perfectamente. (...)
PREGUNTADO: esa plancha está (sic) enmallada o estaba libre para el día del accidente. CONTESTÓ: Estaba completamente libre (...)
PREGUNTADO: Dígame al Despacho si la Administración con posterioridad a ese accidente tomó alguna determinación con respecto a la plancha o al hueco que se dijo existía allá. CONTESTÓ: La última vez que visité la piscina, observé que le habían colocado una malla al hueco, no se (sic) quién, porque no tengo claro si fue la Administración o el Administrador actual de la piscina¹².

13.2.2. En ese mismo sentido, la testigo Mónica María Chica Tamayo, expuso: “[e]so es una terracita pequeñita, y ahí abajo es como una especie de sótano, donde están los filtros de la piscina (...) Dígame al despacho si en el lugar donde

¹² Fls. 94-96, c. 1.

ocurrieron los hechos el Municipio ha hecho alguna transformación. *CONTESTÓ: Si, le pusieron un enmallado*” (fl. 99, c. 1). Por su parte, Martha Lucía Uribe, a la pregunta sobre si sabía si se había hecho alguna transformación o reforma al lugar donde ocurrió el accidente, dijo: “[s] i señor, hay una malla” (fl. 97, c. 1).

13.3. Al evento asistieron alrededor de doscientos cuarenta (240) niños, los cuales eran cuidados y vigilados por, aproximadamente, nueve (9) personas adultas, tal como lo refirió el coordinador de la casa de la cultura: *“Todos estábamos pendientes del conglomerado en general en especial de los niños en las piscinas, éramos nueve para cubrir la actividad de alrededor doscientos cuarenta niños, la actividad clara y precisa era bañarse en la piscina”* (fl. 94, c. 1). El número exacto de asistentes no se conoce, pues aunque la alcaldía de Pueblorrico aportó un certificado expedido por la Coordinadora de Deportes, donde se refiere a una actividad con 257 niños, dicho certificado alude a una actividad de vacaciones recreativas del 16 de enero de 2003 y no del 19 de enero hogaño que es la que concierne al *sublite* (fl. 63, c. 1). En todo caso, del testimonio y de la anterior prueba se infiere que el número de asistentes rondó entre los 240 – 250 niños.

13.4. El día del evento —19 de enero de 2003— uno de los niños participantes, de nombre Isaías de Jesús Ríos Valencia, cayó desde la terraza al hueco de la casa de máquinas, quedando gravemente lesionado. Este hecho es confirmado por los testimonios de las personas encargadas por parte de la Administración Municipal de la realización del evento. Así por ejemplo, el coordinador de la casa de la cultura expuso: *“Si, se realizaron eso fue en enero y fue que se presentó el accidente del niño ISAÍAS, él se cayó, estábamos en la actividad de la piscina y el niño cayó o lo empujaron porque yo no vi desde una plancha de las máquinas fue llevado al hospital, después lo trasladaron a Medellín y allí falleció”* (...)” (fl. 93, c.1) .

13.5. Dos días después, esto es, el 21 de enero de 2003, el niño Isaías de Jesús Ríos Valencia falleció, tal como se demuestra con el registro civil de defunción (fl. 12, c. 1).

13.6. Los gastos fúnebres y de exequias del menor Isaías de Jesús fueron cubiertos por la alcaldía municipal de Pueblorrico, incluyendo el traslado del féretro, como aparece evidenciado en los siguientes documentos: (i) factura n° 0117 de la casa de funerales Santa Rita por valor de \$930.000.00 (fl. 77, c. 1); (ii)

orden de pago n° 181 (fl. 74, c. 1); (iii) resolución n° 080 del 15 de febrero de 2003 (fl. 75, c. 1); y (iv) certificado de disponibilidad presupuestal n° 119 (fl. 76, c. 1).

13.7. El menor Isaías Ríos había nacido el 7 de abril de 1997, lo que indica que para la fecha del fallecimiento estaba próximo a cumplir seis (6) años de edad.

D. PROBLEMA JURÍDICO

14. A partir de los hechos, las pruebas y el derrotero normativo previsto en el art. 90 constitucional, corresponde a la Sala adelantar el juicio de responsabilidad deprecado en la demanda. Para ello, deberá establecer, si a instancias del daño alegado —la muerte del niño Isaías de Jesús Ríos Valencia— prorrumpen la imputación jurídica a cargo de la entidad demandada, sobre la base de las presuntas omisiones en que aquella pudo o no incurrir. La labor que en tal sentido le asiste a la Sala, será la de comprobar o descartar el panorama omisivo, no sin antes razonar sobre los presupuestos jurídicos de la responsabilidad estatal en casos de omisión.

14.1. Adicionalmente, para culminar el análisis, deberá verificar si, como aduce la entidad demandada, el daño obedeció al hecho exclusivo y determinante de un tercero —niño que presuntamente empujó al vacío a Isaías—, constitutivo de causal de exoneración de la responsabilidad estatal.

E. ANÁLISIS DE LA SALA

15. Para dar respuesta a las inquietudes planteadas, antes de establecer el daño y de entrar a verificar si el municipio demandado, en su rol de convocante y organizador de la jornada recreativa, pudo o no incurrir en omisiones de cara a los deberes y garantías de protección para con los asistentes al evento, la Sala hará algunas consideraciones sobre los presupuestos normativos para la imputación jurídica de la responsabilidad estatal en los casos de omisión. Sentadas dichas bases, seguirá adelante con el juicio de responsabilidad conforme fue planteado.

16. La imputación jurídica en casos de responsabilidad por omisión

16.1. El predominio del nexo causal como vínculo de enlace entre un hecho dañino y su resultado, ha sido imprescindible para estructurar los eventos de

responsabilidad estatal por acción. Aun cuando en ese terreno —el del acto dañino— el nexo no escapa por completo a los problemas y las trampas de la causalidad,¹³ no hay dificultades para admitir que si un sujeto actúa para producir un daño, lo más lógico es declarar a ese sujeto causalmente responsable del daño que su intervención ha provocado; es decir, fenomenológicamente se puede situar la mediación —acción— del sujeto, con la génesis —causa— del hecho dañino y su consecuencia. Ese es un panorama doctrinal y teóricamente, si bien no pacífico sí, al menos, apaciguado.

16.2. Ahora bien, en los eventos de responsabilidad por omisión, la razonabilidad, la necesidad, o tal vez, la utilidad del nexo causal como axialidad para llegar a la imputación, ni es pacífica, ni es sosegada, principalmente, porque la causalidad con la cual se forja el nexo se rige por las leyes de la naturaleza que provienen de un universo fenomenológico, donde las cosas se suceden porque alguien o algo las ejecuta o las provoca, como ocurre con las acciones que, en tanto se concretan, existen y por eso hacen parte del ser.

16.3. Empero, con las omisiones acontece lo contrario y mucho se ha discutido acerca de su naturaleza; es decir, de qué representan o qué no representan aquellas en el plano ontológico, cuestión que sin duda interesa al derecho de daños si lo que se pretende es atribuir responsabilidad a una persona, no porque haya actuado sino porque haya dejado de actuar.

16.4. Desde el pensamiento clásico se postularon dos ideas, que siguen perviviendo¹⁴. La primera defendió la tesis conforme a la cual, todo lo que no es, no existe; por consiguiente, *“el no - ser no puede concebirse, ni expresarse, porque el no - ser no puede en manera alguna participar de la existencia”*¹⁵. Por consiguiente, las omisiones se comprenden en el universo del “no – ser”, donde aquello que ni es ni existe no puede ser causa de nada.

16.5. Como el derecho no se agota ni se conforma con los contenidos de la realidad —el ser— para la cual solo valen las cosas que existen, pues si lo hiciera,

¹³ V. gr. la equivalencia de las condiciones o la causa eficiente, entre otras tantas.

¹⁴ La primera postula que lo que no es —no ser— no existe, y la segunda, que el “no ser” existe de algún modo.

¹⁵ Platón, en el diálogo del sofista o del ser, le atribuye esta proposición a Parménides.

comprometería su enfoque hermenéutico para, extrañamente, someterse a las reglas y las lógicas formales que tanto trabajo le tomó superar; ha tenido que, entonces, explicar cómo se debe vincular jurídicamente ese “no-ser” característico de las omisiones al ámbito de la responsabilidad.

16.6. En lo que concierne a la responsabilidad estatal, la primera postura jurisprudencial que se propuso explicar esa vinculación, le apostó a la idea de que como las omisiones no eran nada, se debía abandonar el delirio causalista para, a cambio, asumir el concepto de imputación jurídica, conforme al cual, las omisiones —intrascendentes para el ser—, trascendían al universo del “deber ser”, aprovisionado de deberes de inexcusable realización, capaces de comprometer la responsabilidad por la fuerza reprensiva de su incumplimiento. Esto se refleja en el siguiente extracto jurisprudencial:

[E]s evidente que el nexo causal por sí mismo deviene en insuficiente para solucionar el problema de la atribución de resultados, (...) lo que ha conllevado a que se deseche el principio de causalidad a efectos de imputar un hecho, para dar aplicación a una serie de instrumentos e ingredientes normativos (v.gr. el incremento del riesgo permitido, la posición de garante, el principio de confianza, la prohibición de regreso, etc.) dirigidos a establecer cuándo determinado resultado es imputable a un sujeto. Lo anterior, comoquiera que es posible que un determinado suceso tenga origen material en una específica conducta (causa material), pero las consecuencias del mismo sean atribuidas a un tercero (v.gr. la responsabilidad por el hecho de las cosas, o por el hecho de otro; la posición de garante).

*“En otros términos, la causalidad —y sus diferentes teorías naturalísticas— puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A contrario sensu, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser.
(...).*

*De lo contrario, la responsabilidad derivada de la omisión no tendría asidero, comoquiera que a partir de la inactividad no se deriva nada, es decir, no se modifica el entorno físico; en ese orden de ideas, el derecho de daños ha evolucionado en la construcción de instrumentos normativos y jurídicos que permiten solucionar las insuficiencias del denominado nexo causal importado de las ciencias naturales, para brindar elementos que permitan establecer cuándo un determinado daño es atribuible a la acción u omisión de un determinado sujeto. —se resalta—
(...).*

“Y, si los particulares se encuentran vinculados por esos imperativos categóricos —en términos Kantianos—, con mayor razón los órganos y funcionarios estatales se hallan sometidos al cumplimiento y salvaguarda de esos principios y valores constitucionales.

(...).

A pesar de que existan voces de discrepancia, es hoy determinante la opinión de que la misión (sic) no puede ser nunca causa (en el sentido naturalístico por el que nos decantamos) de un resultado. En palabras de Mir Puig “resulta imposible sostener que un resultado positivo pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza por un puro no hacer (ex nihilo nihil fit)”. O, en las palabras de Jescheck, “la causalidad, como categoría del ser, requiere de una fuente real de energía que sea capaz de conllevar a un despliegue de fuerzas, y ello falta precisamente en la omisión (ex nihilo nihil fit)”¹⁶. —se resalta—

16.7. Sin desconocer el avance que esta sentencia implicó en términos de ir poniendo al descubierto las inviabilidades e incongruencias de la causalidad en los eventos de responsabilidad por omisión, y cuando se pensaba que había remado hasta las orillas de la imputación jurídica, los vientos de la causalidad la empujaron de nuevo a la confusión. Esto ocurrió en el momento en que concibió las omisiones como un presupuesto de imputación fáctica, virtualmente capaz de evitar el daño, tal como se colige del siguiente extracto:

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; en efecto, es en el plano de la omisión donde con mayor claridad se verifica la insuficiencia del dogma causal, motivo por el cual el juez recurre a ingredientes de tipo normativo para determinar cuándo una consecuencia tiene origen en algún tipo de comportamiento y, concretamente, a quién resulta endilgable o reprochable la generación del daño.

(...).

Por consiguiente, si bien la imputación fáctica tiene un sustrato material o causal, lo cierto es que no se agota allí, ya que dada su vinculación con ingredientes normativos es posible que en sede de su configuración se establezca que un daño en el plano

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, exp. 19385, M.P. Enrique Gil Botero. En esa misma sentencia se fijan otros antecedentes jurisprudenciales sobre el tratamiento de las omisiones como fuente de imputación. Al respecto, se citaron las sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, M.P. Enrique Gil Botero; del 7 de octubre de 2009, exp. 16990, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 18 de febrero de 2010, exp. 18274, M.P. Enrique Gil Botero.

material sea producto de una acción u omisión de un tercero o de la propia víctima, pero resulte imputable al demandado siempre que se constate la ocurrencia de cualquiera de los siguientes aspectos: i) con fundamento en el ordenamiento jurídico se tenía el deber de impedir la materialización del daño (posición de garante); ii) con su actividad se incrementó el riesgo permitido (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado); o iii) se estaba dentro del ámbito de protección de una norma de cuidado.

Los anteriores ingredientes normativos y jurídicos tienen como propósito controlar la incertidumbre que genera el empleo de las teorías causales —propias de las ciencias naturales— frente a la asignación de resultados en las ciencias sociales (v.gr. el derecho). Por lo tanto, 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. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.

(...).

[E]xistirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el deber jurídico de evitar el resultado lesivo, poseyendo la acción —debida— omitida capacidad para evitarlo¹⁷.—se resalta—.

16.8. Desde luego, si se asume que las omisiones no son causa de nada, hablar de imputación fáctica en el plano de éstas, es contradictorio. Asimismo, admitir que solamente habrá imputación del resultado cuando el deber omitido tenía la capacidad de evitar el daño, por un lado, implica juzgar tal caso bajo las exigencias equivalentes a las de la causalidad, y por otro, entrar a pronosticar la incertidumbre, dado que nada garantiza que el debido actuar impida eficazmente la consumación del daño, máxime cuando están en palestra las acciones que algo o alguien distinto al deontológicamente obligado ha emprendido. Lo anterior, sin dejar de mencionar, que el deber capaz de vincular al omitente, no puede asirse

¹⁷ Ibid.

del principio de la solidaridad, como se dejó dicho en tal oportunidad¹⁸.

16.9. Bajo la concepción de que las omisiones no son causa de nada, recientemente la Corporación volvió sobre esa misma línea argumentativa, esta vez, con una clara separación entre lo fáctico y lo jurídico; desde una explicación más categórica. Al respecto se dijo:

12.3 De esta manera, es imperativo decir que en los casos en los que se reprocha una acción estatal, para que sea viable el juicio de responsabilidad extracontractual es indispensable comprobar la relación de causalidad entre una actividad y un daño, y que este último sea jurídicamente imputable a la entidad; así, en los casos de declaratoria de responsabilidad extracontractual estatal en clave de acción, la relación causal es un presupuesto esencial, mientras que en tratándose de una conducta estatal omisiva - como es el caso en estudio-, para establecer un juicio de responsabilidad es irrelevante e innecesario el estudio de la relación causal, ya que la entidad demandada no participó, desde el punto de vista de la producción material, en la producción del daño; sin embargo, esto no significa que se descarte de plano una atribución de responsabilidad por los daños a la entidad inerte, puesto que este es un problema que deberá ser resuelto no mediante el juicio de causalidad sino de imputación, y este solo es posible si se comprueba que la entidad demandada se abstuvo voluntariamente de ejercer sus competencias frente a un deber funcional de evitar o prevenir el resultado dañoso.

12.4. Esta perspectiva lleva a superar el camino para fundamentar el juicio de responsabilidad en casos de omisión, distinguido por usar razones hipotético-naturalísticas y marcado por el infructuoso esfuerzo de comprobar el nexo de causalidad en la omisión, esto es, entre el daño y el hecho dañino, como presupuesto del juicio de responsabilidad para que la víctima pueda acceder al débito resarcitorio, lo que conducía a un estadio de exoneración de la responsabilidad por el hecho de un tercero o a una espiral de regressus ad infinitum de la equivalencia de condiciones o a la búsqueda problemática de la causa eficiente. Ahora, el fundamento de imputación del resultado dañoso en casos de omisión se construye en esencia sobre razones de derecho y no sobre razones de hecho, en virtud de las cuales se atribuye responsabilidad en la medida que se compruebe que se han

¹⁸ Reza la sentencia: “En ese contexto, la posibilidad de atribuir resultados o daños, con base en un criterio normativo - jurídico, no es otra cosa distinta que la reivindicación de la multiplicidad de valores y principios jurídicos sobre los que se basamenta el Estado colombiano, es decir, como un Estado social de derecho, en el cual los asociados no solo se benefician de una gama de derechos y garantías, sino que, de igual manera, se encuentran conminados al cumplimiento de una serie de deberes (v.gr. principio de solidaridad, de dignidad humana, de tolerancia, etc.) sin los cuales la sociedad no podría funcionar”. Ibid.

*infringido estándares normativos funcionales fijados por el orden interno e internacional*¹⁹.

16.10. En esa labor de incorporación o vinculación jurídica emprendida, es plausible decir que las omisiones —como antípodas que son de las acciones— se relacionan deónticamente con el universo del “deber ser” que, sin existir, es aprehensible normativamente. Al plantearlo de esa manera, se deslinda completamente el ser, del deber ser, y se evitan los argumentos contrapuestos como aquellos de la imputación fáctica de las omisiones.

16.11. Así, cuando ese “deber ser” es omitido o inactuado, se transforma en un “no-ser”, con lo cual se despeja el problema para el derecho, pero no para la causalidad, por cuanto, el “no-ser” es nada²⁰, y *“la nada, nada produce y, en consecuencia, no siendo capaz de modificar el mundo fenomenológico no puede engendrar una relación de causalidad”*²¹, pero sí una relación jurídica que valida el juicio de imputación, ya que el “no-ser”, bajo ciertos condicionamientos normativos genera responsabilidad, de la misma forma que el “ser”, bajo ciertos condicionamientos, también normativos, exime de responsabilidad —v. gr. las causales de exoneración previstas en el ordenamiento²²—.

16.12. Esto sucede porque aun cuando la acción y la omisión provienen de dos universos distintos, cuando se implican en una relación jurídica, asumen un cariz semejante que abre paso a la responsabilidad. Dicho de otra forma, el no hacer, nunca va a ser un hacer en la realidad, pero un no hacer, sin ser un hacer, puede implicar la realidad. A partir de esa relación de implicación, es posible, inclusive, abandonar la idea de que la nada nada produce, porque bajo ciertas circunstancias la nada altera la realidad.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, rad. 31190. M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁰ Este también es un planteamiento esbozado por Moore, en tanto dice: *“una omisión en sentido genérico, literalmente no es nada en absoluto. La omisión de asesinar no es una forma fantasmagórica de asesinato”*. Moore, Michael S. Causalidad y responsabilidad – un ensayo sobre derecho, moral y metafísica, trad. Scheider, Tobías J, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 104.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, rad. 31190. Op. cit.

²² Si dichas causales no estuvieran previstas en el ordenamiento jurídico, para la ley de la causalidad valdría únicamente el acto materializador del resultado, sin consideraciones de ninguna otra índole.

16.13. Por ello, recientemente la postura jurisprudencial expuesta experimentó un giro, a partir del cual se pasó de concebir a las omisiones desde el punto de vista ontológico como un “no-ser” incapaz de producir efectos en el mundo físico y dependientes únicamente de las adscripciones normativas, a asignarle una especie de existencia contrapuesta. Esa misma idea —segunda idea— también data de la dialéctica clásica del discurso del ser, conforme al cual, “*el no-ser existe en cierto modo*”²³, en cuyo caso, lo adecuado es decir que:

20.1. La omisión no significa inactividad o inercia, sino por el contrario, es hacer algo diferente a lo ordenado por una obligación, esto es, que de un no hacer se desprenden unos efectos contrarios al deber ser. Es cierto que, como lo ha puesto de presente esta Subsección en varias ocasiones, una de las principales dificultades en el derecho de daños es pretender incluir la causalidad como fundamento para atribuir responsabilidad en casos de omisión, habida cuenta de que, desde el punto de vista teórico, establecer una relación causal entre la omisión y el daño es problemático, por cuanto la omisión no es una causa del daño, sino un parámetro de reproche, que trasciende en la estructuración del juicio de responsabilidad. —se resalta—

20.2. Al respecto, la doctrina ha adoptado soluciones de distinta naturaleza para superar estas dificultades como lo es la teoría de la conditio sine qua non o la causalidad adecuada; sin embargo, ha sido también infructuoso este esfuerzo en la medida que al intentar escoger una causa termina por normativizar la causalidad, lo que no resulta apropiado al valorar, sin integrar rigurosamente todos los elementos del universo ontológico - universo del ser, un hecho perteneciente exclusivamente a las ciencias naturales, el cual es impasible a criterios humanos o construcciones éticas, “la decisión sobre la existencia o no de la relación de causalidad es una cuestión de hecho, libre de valoraciones específicamente normativas”. Entonces, para superar el dilema de la causalidad entre la omisión y el daño, la doctrina ha propuesto la adopción de criterios normativos de imputación que, desde una perspectiva del deber ser, explican conceptualmente mejor la posibilidad de atribuir responsabilidad por un daño en cuya producción fáctica no tuvo participación el Estado, juicio que implica establecer en términos de imputabilidad jurídica y no de causalidad fenomenológica si es posible imputar a la falla probada en el proceso o no, esto es, verificar las obligaciones y, posteriormente, su cumplimiento e incumplimiento e incidencia en la afectación del derecho o interés que consolidó el daño y que se reclama.

²³ Esta proposición emerge cuando Platón, preocupado por los argumentos sofistas, corrigió a Parménides que se empeñó en defender la idea de que el “no ser no” existía. V. Diálogo del sofista o del ser.

20.3. Desde esta perspectiva, lo que permite definir congruentemente porqué un determinado resultado dañoso, como el que se presenta en este caso, debe ser atribuido a persona distinta de la que lo ha causado fácticamente, tiene que ver con la verificación por parte del juez del ejercicio adecuado de las obligaciones a cargo de la entidad, pues esto permitirá determinar si hay razones normativas suficientes para atribuirle responsabilidad.

20.4. Siendo esto así, el actor no está exonerado de su carga probatoria, sino que debe acreditar que en la producción del daño, pese a que la demandada no participó materialmente, si infringió con su omisión, deberes competenciales de hacer, que fueron relevantes en relación con el daño cuya indemnización se pretende. Así las cosas, la carga probatoria no se traduce en la demostración de un nexo de causalidad que, se insiste, no es posible probar materialmente en el caso de omisiones, sino en la necesidad de aportar elementos que hagan razonablemente inferir que, en las circunstancias del caso concreto, el incumplimiento de la carga obligacional contribuyó de modo relevante a la configuración del daño²⁴.

16.14. Esto es posible, ya que ese “cierto modo” que se requiere para que el “no ser” exista, no es ontológico sino convencional²⁵ y está regido, en nuestro caso, por el derecho, cuya fuerza legitimada y legitimadora, es capaz de generar las condiciones para que, virtualmente, el “no ser” sea.

16.15. Tal vez, a esto fue lo que se le quiso dar alcance en la primera de las sentencias cuando se habló de imputación fáctica de las omisiones; no obstante, el hecho de que las omisiones pasen a ser vistas como un “hacer diferente”, de ninguna manera las sitúa en el mundo fáctico; de ahí que la primera sentencia erró en defender la primera postura —la omisión es un no ser— con argumentos aparentemente pertenecientes a la segunda — la omisión es un hacer diferente— y con una inapropiada mezcla entre lo fáctico y lo jurídico.

16.16. La última sentencia, en cambio, resulta esclarecedora porque defiende la postura conforme a la cual la omisión es un hacer diferente, pero mantiene el sisma entre lo fáctico y lo jurídico que es, a la vez, el sisma entre la causalidad y la imputación jurídica.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia el 31 de agosto de 2017, rad. 28.223, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁵ En efecto, un “hacer diferente” es el resultado de la contrastación con aquello que se ha convenido que sea “un debido actuar”.

16.17. Ahora bien, si se admite que la omisión, “de cierto modo”, se enclava en la metafísica²⁶ — la omisión es un hacer diferente— o, si la idea que se defiende es que la omisión se extrapola por completo de la metafísica —la omisión es un no hacer—, lo que verdaderamente interesa es que, en ambos casos, el efecto de aquella se refleja o se vierte en la esfera del “deber ser”; ya sea para producir un hacer diferente o, para impedir que el “deber ser” se concrete.

16.18. Sin embargo, desde el discurso racionalista, la idea que más se afianza es la de perfilar la omisión como un hacer diferente, a partir del cual, inclusive, en el ámbito jurídico la imputación se demuestra sopesando las fuerzas correlativas de la conducta esperada y la conducta desviada, bajo el peso de la confianza de un debido hacer que la sociedad deposita en unos, como garantía y seguridad para otros.

16.19. Por esta razón, la última de las sentencias representa una evolución dogmática, ya que al concebir la nada como un hacer diferente o contrapuesto al universo del deber ser —deber ser en sentido negativo-, lo que se consigue es definir el perímetro confrontacional a partir del cual se estructura una falla del servicio en los casos de responsabilidad por omisión, situación que no ocurre cuando se dice que la nada nada produce. Desde luego, si la nada no produce ningún efecto, lo que deja la nada es un vacío del cual, por sustracción, no se podría endilgar ninguna falla; mientras que si se postula que la nada es la materialización contrapuesta de un deber ser, ese impropio antitético al ser comparado con el comportamiento esperado —deber ser en sentido positivo- es denotativo de la falla del servicio.

16.20. Siendo así, a instancias de la responsabilidad civil extracontractual, a la cual se adscribe el Estado —como garante que es de un “deber ser” normatizado y asegurado mediante funciones y deberes inomitibles—, dicho efecto, se integra a la estructura como un elemento de imputación jurídica que no pretende ni necesita que se lo conciba como un sustituto del nexo causal, ni bajo la mampara de la imputación fáctica.

²⁶ Aunque no desde un sentido fenomenológico porque la omisión por sí misma no es nada, pero sí, desde un sentido deontológico donde la omisión es un hacer diferente a un debido hacer.

16.21. Para ejemplificar desde la casuística, todo lo anterior equivale a decir que cuando se considera “responsable a un omitente que tenía el deber de no omitir rescatar a alguien y optó por no hacerlo, no se le está considerando responsable porque sus actos de emprender el rescate le causaron la muerte a la víctima”, de ahí, que no se necesite una teoría de la causalidad jurídica para dar cuenta de esa responsabilidad”,²⁷ como tampoco resulte acertado aseverar que lo que se imputa es la no evitación del daño.

16.22. En el plano de las omisiones, la identificación del fundamento —selección normativa— no elimina ni sustituye las causas físicas que provocaron el daño, tampoco pretende ignorarlas —el ser siempre será el ser—; tan solo que no son indispensables para llevar a cabo el juicio de imputación, porque lo que se reprocha no es la participación fáctica en un resultado dañoso, sino la omisión de un deber que es jurídico y no de mera solidaridad²⁸.

16.23. De hecho, el análisis jurídico en los eventos de omisión no se remite a identificar la causa que materialmente desencadenó el daño, porque si ello fuera así, la solución resultaría del tal obviedad que todos los casos se pudieran resolver anticipadamente, sin la necesidad ni el desgaste de un proceso declarativo, y sin más función para el operador jurídico que ser la boca muda que pronuncia y pregona lo fáctica y materialmente evidente o evidenciable.

16.24. Ergo, el análisis jurídico, en los casos de omisión, se pone un paso más adelante de la causalidad, no porque quiera subvertir o ignorar el orden y la importancia de los acontecimientos, sino porque el ordenamiento jurídico lo sitúa allende, en el escenario del “deber ser” que no fue, y que por no haber sido, debe asumir la responsabilidad de un daño que materialmente no causó ni con-causó, pero tampoco se propuso impedir cuando legalmente estaba compelido a hacerlo, y a sabiendas que la sociedad en pleno había depositado la confianza en que,

²⁷ Moore, Michael S, p. 205, Op. cit.

²⁸ Desde luego, “aquí no estamos hablando de deberes de solidaridad, sino del mandato de no organizar nuestra actividad de forma que no se materialicen los riesgos asumidos respecto de los demás. (...). Ello conlleva a que los ciudadanos tengamos expectativas legítimas respecto de los roles que tengan las demás personas, y cumplamos los nuestros esperando que ellas también los cumplan, pues en su defecto la vida social sería un caos (...). En la omisión la responsabilidad se estructura a partir de la defraudación de la expectativa esperada de acuerdo con el rol de cada persona y no por el nexo causal”. Serrano Escobar, Luis Guillermo, Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2011, 133.

llegado el momento, de ser requerido, cumpliría infranqueablemente el deber a cargo.

16.25. Asimismo, como no puede saberse, en grado de certeza, que si habiendo actuado el daño se hubiera conjurado o, por el contrario, persistiera inexorable, la imputación no descansa en el poder de la evitación sino en la confianza de que, indistintamente el resultado o las circunstancias, el portador del deber haría lo que le correspondía hacer.

16.26. Tratándose del Estado y sus agentes, no existe el arbitrio o libertad para elegir cumplir o incumplir un deber asignado, no hay posibilidades de optar por un proceder alterno, porque la conducta esperada está estatuida normativa y funcionalmente. La razón de ser y el efecto que la antelación de deberes y cargas sociales comporta, no es otra que establecer una pauta de confianza entre la administración y sus administrados, que no puede ser defraudada porque sobre ella reposa la esencia del estado social de derecho.

16.27. De ahí, que el reproche jurídico no se restrinja a las posibilidades de evitación del daño, porque si lo fuera, nada asegura que la acción esperada pudiera eliminar plenamente la posibilidad de concreción, en cuyo caso, la omisión, supeditada a los albures o a la conjugación de aconteceres contra fácticos, a lo sumo, fungiría como fundamento para la atemperación y distribución de la responsabilidad entre el causante material y el jurídicamente imputado.

16.28. Entonces, lo que perfecciona el juicio de imputación por un hacer diferente y contrario al deber ser, es la erosión de esa confianza que, desde una perspectiva jurídica implica la defraudación del ordenamiento al cual nos hemos sometido y adscrito, bajo la promesa y la esperanza de ser protegidos por el aparato estatal a través de sus agentes, cuando el cumplimiento de un deber así lo imponga. Vista así, la confianza es ese vínculo que aunque inasible, ata el hacer contrario a la adjudicación de un resultado que materialmente no se ha provocado. Tal es el coste jurídico que el Estado asume cuando un “deber ser” que reposa en cabeza suya, ha sido deliberadamente sacrificado. Ese es, entonces, el fundamento de la responsabilidad estatal en los casos de omisión.

16.29. Todo lo anterior, supone para el derecho de daños, alejarse de las teorías tradicionales que se esfuerzan y persisten en entender las omisiones como

causas. Rebatir esos postulados, no responde a un impulso vanguardista sino al desafío por desvelar que, aquellas —las omisiones—, quedan atrapadas, las más de las veces, en los problemas de las cadenas causales o de las suposiciones contra-fácticas —qué hubiera pasado sí—, entre tantas otras dificultades que el derecho y su fundamentación normativa nos permiten solventar. En fin, como diría Moore, de lo que se trata es de “*relevarnos de las perplejidades causales*”²⁹ o, en términos más francos, de la emboscada que la causalidad ha pretendido tenderle al derecho de daños en los eventos de omisión.

16.30. Finalmente, si se tratara de condescender con los que argumentan en favor de la causalidad en los casos de omisión, sin que conlleve abandonar lo dicho, la única forma de hacerlo sería introduciendo una distinción conceptual. De esta forma, se podría decir, que mientras la causa en los eventos de responsabilidad por acción se entiende y opera como el origen de un daño; en los eventos de omisión, se entiende y opera como el fundamento para imputar un daño. De hecho, el vocablo “causa” admite las dos acepciones: la de origen y la de fundamento.³⁰ Lo anterior, de alguna manera puede asimilarse con la distinción Kantiana entre “juicio de causalidad” (causa física-origen) y “juicio de imputación” (fundamento - normativo).³¹

17. El caso concreto. Debate la Sala la responsabilidad del Estado por la muerte del menor Isaías de Jesús Ríos Valencia, acaecida el 21 de enero de 2003, como consecuencia del accidente que sufrió al caer desde una terraza mientras disfrutaba de las vacaciones creativas organizadas por la administración municipal de Pueblorrico, en la unidad deportiva del pueblo.

²⁹ *Ibid.*, p. 204.

³⁰ Vid. DRAE.

³¹ Kelsen distingue con claridad el juicio de causalidad del juicio de imputación: “*Causalidad e imputación; ley natural y ley jurídica. En la descripción de un orden normativo de la interacción humana se utiliza un principio ordenador diferente de la causalidad, que puede ser denominado principio de imputación (atribución). En el curso de un análisis del pensamiento jurídico puede mostrarse que en los enunciados jurídicos — esto es, en las oraciones mediante las cuales la ciencia del derecho describe su objeto, sea un derecho nacional, o el derecho internacional-, de hecho se utiliza un principio que, aun siendo análogo al de causalidad, con todo se diferencia de él en manera característica. La analogía reside en que el principio a que nos referimos cumple, en los enunciados jurídicos, una función enteramente semejante al del principio de causalidad en las leyes de la naturaleza, con las cuales la ciencia natural describe su objeto. Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, rad. 31190. Op.cit.*”

17.1. En lo que respecta **al daño**, se encuentra debidamente demostrado que el 19 de enero de 2003, mientras participaba de un evento convocado, organizado y costeadado por la Alcaldía Municipal de Pueblorrico, el niño Isaías de Jesús Ríos cayó desde una terraza contigua a la zona de piscinas, hasta el fondo de un sótano donde se ubicaba el cuarto de máquinas.

17.2. Aunque las pruebas no dan cuenta de las lesiones que le ocasionó la caída, no hay duda que fueron de tal gravedad que, dos días después, esto es, el 21 de enero de 2003, el niño falleció a consecuencia de las mismas. Los anteriores hechos aparecen demostrados con el respectivo registro civil de defunción del menor (fl. 12, c. 1), así como también, con los testimonios sobre los pormenores del accidente.

17.3. En tal sentido, por ejemplo, el testigo Oscar Alberto Ospina, al ser preguntado si el niño murió inmediatamente al accidente en la piscina, dijo: “[e] *no murió hay mismo no, él murió como a los dos o tres días*”. Asimismo, Omar de Jesús Obando Gallego, quien para entonces, como coordinador cultural tuvo a cargo la jornada, al ser preguntado por el evento sucedido en el 2003, declaró: “[s]í, *se realizaron eso fue en enero y fue que se presentó el accidente del niño ISAÍAS, él se cayó, estábamos en la actividad de la piscina y el niño se cayó o lo empujaron porque yo no vi desde una plancha de las máquinas fue llevado al hospital, después lo trasladaron a Medellín y allí falleció.*”

17.4. De conformidad con lo expuesto, para la Sala está fehacientemente demostrado que el fallecimiento del niño Isaías de Jesús Ríos Valencia fue provocado por los traumas que le ocasionó el accidente que tuvo lugar y ocasión con la salida recreativa organizada por la administración municipal de Pueblorrico.

17.5. Demostrado como se encuentra el daño, la Sala establecerá si la Administración Municipal incurrió en omisiones por las cuales, jurídicamente, se le deba imputar responsabilidad por los hechos ocurridos el 19 de enero de 2003 en las instalaciones de la unidad deportiva municipal, que causaron la muerte del menor Isaías de Jesús Ríos.

17.6. Conforme a los hechos debidamente probados, para efectos de analizar la imputación, la Sala parte de dos premisas: (i) la actividad denominada “vacaciones

creativas” fue un evento convocado, programado, costado y desarrollado por la administración municipal; y (ii) el municipio demandado era el encargado de la adecuación de las instalaciones de la unidad deportiva para los servicios y fines recreativos que prestaba.

17.7. La primera premisa encuentra respaldo en los testimonios rendidos por las personas que en nombre de la administración municipal de Pueblorrico programaron y ejecutaron la jornada, los cuáles son contestes en afirmar que se trataba de una actividad que, año tras año, realizaba el municipio en los periodos de vacancia estudiantil.

17.8. Sobre el particular, por ejemplo, Martha Lucía Uribe Botero, al ser preguntada si la actividad dentro de la cual se suscitó el accidente del niño Isaías, se ejecutaba con o sin vigilancia del municipio, contestó: *“uno como monitor teníamos que rendir un informe mensual y teníamos un jefe inmediato que era el secretario de Salud y Bienestar Social quien verificaba si realizábamos las actividades que programábamos”* (fl. 99, c. 1).

17.9. A lo anterior se suma, que el propio municipio expidió la resolución nº 551 del 21 de junio de 2003 (fl. 61), mediante la cual autorizó un pago por concepto de las mentadas vacaciones creativas, con lo cual, a no dudarlo, se demuestra que la actividad corría por cuenta de la administración municipal.

17.10. Con respecto a la segunda premisa, aun cuando todo indica que la entidad demandada era la propietaria de las instalaciones donde sucedieron los hechos, lo cierto es que no se allegó el respectivo título que así lo acreditara. Asimismo, pese a que en la contestación de la demanda el municipio de Pueblorrico se reputó dueño del mencionado bien, su dicho no puede tomarse como una confesión, en virtud de lo previsto en el art. 199 del C.P.C. No obstante, lo que si se tiene demostrado es que ejercía actos dispositivos sobre las instalaciones de la unidad deportiva donde sucedió el accidente.

17.11. Esto es así, si se tiene en cuenta que, en calidad de arrendador, el referido municipio celebró con el señor Héctor de Jesús Cano Mesa, un contrato de arrendamiento por las instalaciones de las piscinas ubicadas dentro de la unidad deportiva donde se realizó la jornada de vacaciones creativas (fls. 57-58, c. 1), a partir de lo cual se colige que algún derecho o calidad tenía u ostentaba como

para disponer a título de arrendador del mismo.

17.12. Ahora bien, sin perjuicio del contrato de arrendamiento, mediante el cual, el 1 de enero de 2003, el ente territorial había entregado en arriendo a un particular, el bien inmueble denominado “Estadero Recreacional la Piscina, ubicado en la unidad deportiva de dicho municipio, y sin perjuicio de las discusiones que pudieran darse en torno a la naturaleza jurídica de dicho bien —si se trataba de un bien fiscal o un bien de uso público—, las cuales ciertamente escapan al objeto de la presente *litis*, lo cierto es que, con independencia de esas cuestiones, el municipio de Pueblorrico, así como ejercía actos de disposición sobre las mentadas instalaciones, tenía a su cargo los deberes de conservación y mantenimiento de aquellas, conforme a los fines para los cuales habían sido construidas o adquiridas y, posteriormente, dadas en arriendo.

17.13. Desde luego, de acuerdo al uso del mencionado bien, se deduce que, por tratarse de la unidad deportiva municipal, aquella debía estar diseñada y destinada para prestar adecuadamente los servicios recreativos a los habitantes del municipio.

17.4. Como la zona de piscinas hacía parte o se encontraba dentro de la precitada unidad deportiva, se entiende que los deberes de adecuación, conservación y mantenimiento que debía desplegar el municipio, estaban orientados a garantizar y asegurar el cumplimiento de ese fin recreacional, máxime, cuando aquí concurrían las calidades de rentista o derecho habiente —porque a ciencia cierta no se puede hablar de propietario— y portador de la suprema autoridad local, garante de la seguridad y tranquilidad ciudadana.

17.5. De esta forma, ya sea que se asuma que dicho bien fuera fiscal, o que era de uso público, o que sobre aquél, el municipio ostentaba algún derecho distinto al de propiedad, en cualquier caso, las instalaciones debían estar acondicionadas para los fines recreacionales que prestaba y bajo los cuales fue entregado en arriendo.

17.6. Así las cosas, tal acondicionamiento corría a cargo del municipio, si se tiene en cuenta que cuando aquél entregó el bien en arriendo ya tenía como destinación los fines recreativos, sin que por otro lado, se observe que en el contrato de arrendamiento se le hubieran impuesto al arrendatario deberes relacionados con

la adecuación física y técnica de las instalaciones de las piscinas, a partir de lo cual se deduce que cuando el municipio las arrendó las consideró aptas y seguras para dicho fin, tanto así, que diecinueve (19) días más tarde, contrató con su arrendatario los servicios para el desarrollo de la jornada del 19 de enero de 2003, programada con los niños del municipio.

17.7. Efectivamente, como el contrato de arriendo se había celebrado apenas días antes de sucederse el accidente aquello viene a corroborar que el municipio daba por sentado que las instalaciones que había entregado en arriendo cumplían con todas las condiciones físicas y técnicas para la prestación del servicio a la comunidad. De ahí, que sea válido decir que el municipio demandado, pese a haber entregado la zona de piscinas en arriendo, fue el encargado de hacer la adecuación de las mismas y el responsable de las condiciones en que se encontraba para el momento de los hechos.

17.8. Dicho esto, como metodología para acometer el análisis de imputación, la Sala establecerá, en primer lugar, los deberes que le correspondían al municipio de Pueblorrico, desde dos puntos de vista: i) como derecho habiente o rentista de las locaciones donde se produjo el accidente; ii) y como organizador y ejecutor de la actividad recreativa. Establecido esto, en segundo lugar, se examinará si frente a los anteriores deberes se presentó o no omisión por parte del municipio demandado.

18. Deberes del Municipio de Pueblorrico frente al bien arrendado. Aun cuando para dicha fecha aún no se contaba con un régimen específico para la seguridad de piscinas, como si ocurre en la actualidad —Ley 1209 de 2008—, cuando menos, el municipio debía haber adecuado las instalaciones de las piscinas de acuerdo con lo previsto en la resolución 2400 de 1979, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual, para efectos de prevenir accidentes se exigía el cerramiento de trampas, aberturas o fosos existentes en el suelo, o en su defecto, el uso de barandillas y señales de peligro. Si el municipio asumía que tales deberes los había delegado en el arrendatario, en su defecto, tenía que haber verificado el cumplimiento de aquellos antes de permitirle ofrecer al público los servicios de piscinas.

18.1. Adicionalmente, de acuerdo con la norma de calidad NTC 1461 de 1987 debía haber efectuado la señalización correspondiente con las indicaciones de

peligro en los sitios donde se evidenciara algún riesgo.

18.2. No hay que olvidar que el arrendador era la máxima autoridad municipal, garante de que las disposiciones legales se cumplieran en el ámbito local, y por tanto, llamado a dar ejemplo en el acatamiento de aquellas.

19. Deberes del municipio de Pueblorrico como organizador y ejecutor de la jornada recreativa. En el momento en que el municipio de Pueblorrico decidió, por su cuenta y riesgo, organizar, programar, convocar y desarrollar las vacaciones recreativas, asumió los deberes especiales de protección de que son destinatarios los niños en razón a su vulnerabilidad y a la prevalencia de sus derechos, sobre los cuales la Corte Constitucional ha dicho:

“Ese particular reconocimiento y protección se justifica en cuanto se trata de una población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación y como tal se hace merecedora de una atención especial. Las razones de esa protección, según ha manifestado la Corte, son: “i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos”³²

19.1. Por tal razón, para asegurar la protección de los menores asistentes al evento, el municipio organizador, debía ejercer los deberes de vigilancia y control adecuados y necesarios para resguardarlos en el pleno de sus derechos, establecidos en el art. 44 de la Constitución, en especial, para lo que atañe al caso, el deber de salvaguarda de la vida y la integridad física.

19.2. Sobre la base de estos deberes y con fundamento en lo que determinen las pruebas, la Sala establecerá si el mencionado municipio fue omiso frente al cumplimiento de aquellos, en cuyo caso, surgiría la responsabilidad a su cargo, en virtud de lo dispuesto por el art. 90 de la Constitución.

19.2.1. Al respecto, para la Sala es claro que el municipio de Pueblorrico faltó a los

³² Corte Constitucional, sentencia C-172 del 2 de marzo de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

deberes que tenía para garantizar la seguridad del niño Isaías de Jesús Ríos Valencia, asistente a las vacaciones recreativas, no solamente porque no le brindó el cuidado y la vigilancia debida durante la jornada, sino porque no realizó las labores de prevención que le estaban dadas, dejando expuesto al menor al riesgo que, finalmente, se concretó.

19.3. En lo que concierne a los deberes de prevención, está visto que, en su calidad de arrendador y conforme a la destinación recreativa que tenía el bien, debió entregarlo en condiciones de seguridad para la prestación del servicio, concretamente, haciendo el cerramiento completo de la zona de las piscinas y la terraza, situada apenas a unos escasos centímetros del nivel del piso, para aislarla completamente del sótano o foso donde se encontraban las máquinas, o en su lugar, restringiendo y señalizando el acceso a la terraza que, por uno de sus lados, estaba expuesta al vacío de aquél hueco o foso de máquinas.

19.4. Es evidente que no se hizo ni lo uno ni lo otro, como también, que se trataba de un riesgo ostensible, tal como se desprende de lo declarado por los testigos.

19.5. Sobre el particular, el señor Omar de Jesús Obando Gallego, al ser preguntado si conocía la plancha desde donde cayó el niño Isaías, dijo: “[t]rabajo desde el 91 con actividades de este tipo y asistiendo incluso a la piscina y nunca, solo hasta después del accidente me había concentrado en ese hueco, me había sentado incluso en esa plancha y había compartido incluso con los niños en ese lugar” (fl. 94, c. 1).

19.6. Adicionalmente, cuando a la señora Martha Lucía Uribe Botero, se le hizo la siguiente pregunta: “en respuesta anterior usted se refirió a una malla que instalaron luego del accidente. Indíquenos por favor, concretamente si la malla se instaló para encerrar el planchón o para tapar el hueco donde está instaladas las máquinas”, aquella contestó “[l]o que se enmalló fue el acceso al cuarto de máquinas” (fl. 98, c. 1).

19.7. Por su parte, la señora Mónica María Tamayo, relató:

PREGUNTADA: dígame al despacho si en el lugar donde ocurrieron los hechos, el Municipio ha hecho alguna transformación, reforma después de los hechos. CONTESTÓ: Sí le pusieron un enmallado (...).PREGUNTADA: En su calidad de

monitora de deporte y dado el conocimiento que tiene de las instalaciones donde ocurrió el accidente, podía conceptuar que es fácil para cualquier persona advertir el posible peligro de la persona que está en la plancha ir a caer al hueco aquél donde están las máquinas. CONTESTÓ: Si es fácil, inclusive uno a veces lo hace, a veces cuando uno iba con los niños uno les decía bueno ojo ahí corrasen (sic) para allacito, siempre porque a nosotros hasta la fecha nunca nos pasó nada, uno les decía a los profesores díganle a los niños que se corrieran del hueco y uno siempre estaba pendiente y ese día sucedió. PREGUNTADA. Esas mismas advertencias las hacían Ustedes a los niños que iban a disfrutar de las piscinas? CONTESTÓ: Si, a la hora que yo tenía de mi actividad, diaria que yo tenía mi actividad (sic) cuando me tocaba estar allá les decía a los niños que pusieran cuidado con la plancha y con el tanque del hueco de allá. PREGUNTADA: Cómo se explica entonces que ante la inminencia del riesgo de una posible caída al hueco, ninguno de los adultos acompañantes de la actividad estuviera pendiente de que los niños no utilizaran la famosa plancha? CONTESTÓ: Vea la cosa fue en un abrir y cerrar de ojos, siempre estuvimos al tanto mirando lo de las piscinas y aquella niña y yo o sea Marta (sic) estamos sentadas en la plancha los niños bronceándose y poniéndoles cuidado y cuando menos pensó el pelao abajo, pero estábamos pendiente de todo.

19.8. Lo anterior demuestra que era un peligro que se podía advertir, que estaba latente y el municipio no había tomado ninguna medida al respecto, lo que equivale, en últimas, a tener por demostrado que el municipio no previno el accidente cuando aquél era perfectamente previsible.

19.10. Es de anotar que fuera de que una parte de la terraza se había dejado descubierta y daba directamente al vacío, aquella era habitualmente utilizada por los bañistas para tomar el sol, sin que se hubiera impuesto alguna restricción de acceso a dicho sitio, como tampoco, la señalización respectiva con las indicaciones del peligro.

19.11. Más aún, se programó la jornada sin antes verificar las condiciones de seguridad, a sabiendas que se debían extremar los cuidados por estar aquella dirigida a menores de edad. Fue tal el descuido del municipio que al riesgo ya existente, le agregó otro, pues ese día, tal como lo sostuvo el testigo Omar Obando Gallego, cerca al sitio donde ocurrió el accidente estaban trabajando los obreros del municipio y se temía porque algo de la construcción que fuera a caer a los niños (fl. 94, c.1). Es decir, que el municipio organizador fue del todo omisivo frente a los deberes de precaución y prevención para con los menores.

19.12. Pero si lo anterior no es suficiente, llegado el día del evento, al margen de si el número de personas destinado para cubrir y vigilar a los cerca de doscientos cuarenta niños era suficiente o no, lo que está demostrado es que para el momento en que se sucedieron los hechos, los menores se encontraban sin ninguna vigilancia dentro de la terraza y sin ningún tipo de coordinación o control, al punto mismo que esa plancha, de la que se dice era un espacio pequeño, estaba abarrotada de niños, exacerbando los ya de por sí riesgos existentes.

19.13. Más cuestionable todavía y más diciente de la desatención hacia los niños por parte de las personas a cargo del evento, fue el hecho de que cuando el niño Isaías cayó al vacío, no fueron los adultos, sino los otros niños los que corrieron a sacarlo del hueco y a llevarlo a donde estaban quienes, se supone, debían cuidarlos.

19.14. La falta de control se precisa, además, desde que se permitió el acceso no solamente de los niños que se habían inscrito previamente, sino de quienes ese día llegaron manifestando su deseo de participar en la jornada; sin que, por otro lado, se hubiera exigido el acompañamiento de los padres, significando con esto que las personas encargadas asumieron todo el encargo que, finalmente, dados los acontecimientos no cumplieron a cabalidad.

19.15. Todo lo anterior encuentra respaldo en los testimonios de las propias personas a quienes la Alcaldía había encomendado la realización del evento y quienes, sin importar la forma de vinculación que para ese momento tuvieran con la Alcaldía, si era por contrato de prestación de servicios o contrato laboral, lo cierto es que estaban allí en nombre y por cuenta de la administración municipal y cumpliendo las funciones misionales que aquella tenía en torno a la recreación de sus habitantes, en este caso de los niños del pueblo.

19.16. En tal sentido, se trae a colación lo expuesto por la testigo Martha Lucía Uribe Botero, que al respecto expresó:

Yo estaba ubicada en el planchón, mirando la piscina mediana que era la que me correspondía cuidar, en ese momento me dirigí al bar de la piscina por una gaseosa, cuando me estaban atendiendo llegaron unos niños pequeños a buscarme porque habían empujado a otro niño en el planchón, en ese momento yo miré hacia afuera, haber (sic) si venía un carro porque como al niño lo traían cargado entre ellos mismos para entonces pedir el

*favor para bajar al niño al hospital, el señor que estaba era FABIO LEMUS y él mando a un señor que estaba con él hay (sic) jugando cartas para llevar al niño. PREGUNTADA: por qué manifiesta Usted en la respuesta anterior que al niño lo empujaron: contestó: Porque en el instante en que llegaron a buscarme y cuando traían al niño yo dije qué pasó y entonces otros niños me dijeron el primito lo empujó allá, mi reacción fue buscar un carro lo más pronto posible (...)*³³.

19.17. A la testigo Mónica Tamayo, cuando se le preguntó: “[d]ice usted que momentos antes del accidente se encontraban sentadas en la plancha usted y su compañera Martha, se enteró de que el menor Isaías estuviese en dicha plancha solo o con otros compañeritos?, aquella respondió: “[h]ay (sic) había varios niños, la plancha estaba llenita y había una cantidad de niños bronceándose y nosotros miramos para atrás y para todos los lados”³⁴.

19.18. Por su parte, el señor Omar Obando Gallego, coordinador cultural del municipio, manifestó:

*Dígale al despacho si era obligación o no para poder participar el menor en esas actividades programadas por la administración Municipal los padres de familia o terceras personas como acompañantes. CONTESTÓ Nada de lo que programamos nosotros es obligación, no era obligación, lo manifestamos públicamente y lo entendimos como un acto de responsabilidad de los padres, no creímos necesario que fuera una obligación. (...) dígame al despacho, cómo supo usted que ocurrió el accidente: CONTESTO: Fue algo muy rápido, estaba al lado de la piscina de los más pequeños, volteé a preguntarle algo a un oficial de obra y cuando sentí que me llamaron y me señalaron que había caído un niño y miré ya el carro estaba arrancando (...)*³⁵.

19.19. Por todo ello, para la Sala se encuentra debidamente demostrado que la entidad demandada, de cara al accidente que sufrió el niño Isaías de Jesús Ríos Valencia y que le produjo la muerte, omitió los deberes de precaución, prevención, cuidado, control y vigilancia que le eran exigibles conforme a las circunstancias y de acuerdo a lo ya señalado.

19.20. Si bien, frente a un hecho de alguna manera similar al que aquí se trata, donde un municipio había entregado en comodato la piscina municipal donde un

³³ Fl. 96, c. 1.

³⁴ Fl. 100, c. 1.

³⁵ Fl. 94, c. 1.

niño se ahogó, esta Corporación en aquella oportunidad exoneró de responsabilidad al municipio propietario de la piscina, esa misma lógica no se puede aplicar al presente caso, de un lado, porque como se expuso previamente, el municipio de Pueblorrico como arrendador no le impuso a su arrendatario ningún deber respecto de las condiciones de mantenimiento y seguridad del sitio para la prestación del servicio, y de otro, porque aquí, además, el municipio era el encargado de realizar el evento por cuyos hechos falleció el niño Isaías, lo que no ocurrió en el caso de marras. En dicha oportunidad, estas fueron las consideraciones:

*En este sentido, aunque se encuentra acreditado que la propiedad del parque Miraflores está en cabeza del ente municipal, debe preverse que mediante contrato suscrito el **3 de abril de 2000** esta entidad territorial entregó el mencionado parque en comodato a la Asociación de Comerciantes para que fuera utilizado “única y exclusivamente para actividades relacionadas con la recreación de todos los habitantes que requieran la utilización de dichos servicios” y pactó como “**OBLIGACIONES DEL COMODATARIO. A.- Cuidar y mantener el bien recibido en comodato respondiendo por todo daño o por los daños que el bien cause a terceros (...).***

Dado lo anterior, se tiene establecido que el manejo y administración del parque Miraflores fue entregado por el Municipio a la Asociación de Comerciantes y que dentro de las obligaciones pactadas entre las partes, dicha Asociación tiene el cuidado y mantenimiento del parque, así como la responsabilidad por los daños causados a terceros, aunque la Sala reprocha el descuido y desinterés de la administración municipal en el manejo de uno de sus bienes de uso público y en la mala prestación del servicio al cual estaba destinado, al punto que permite el funcionamiento del parque en manos de terceros diferentes al comodatario sin ningún tipo de precaución de riesgos o control de la administración, y sin retribución alguna para el municipio o la comunidad.

Sin embargo, en virtud del contrato de comodato, no puede el juez declarar la responsabilidad en cabeza de municipio demandado, se itera, por cuanto este no tenía la administración ni el cuidado del parque Miraflores, situación que obliga a declarar responsable, únicamente, al departamento de Santander, por cuanto resultó probada la falla en la prestación del servicio de educación, concretamente en lo que respecta a los deberes de vigilancia y cuidado de los menores³⁶. —resaltes del texto—

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de noviembre de 2017, exp. 38466, M.P. Orlando Santofimio Gamboa.

20. Corolario de lo expuesto, la imputación del daño en el presente caso recae sobre la entidad demandada, sin que por otro lado, se haya comprobado la existencia de una causa extraña o el hecho del tercero como se alegó por parte de aquella. Esto último, si se tiene en cuenta que, si bien, por parte de los testigos se mencionó que el niño Isaías, al parecer, había sido empujado por otro niño, tal hecho no quedó demostrado ni fue presenciado directamente por los declarantes³⁷ y, aun cuando lo hubiera sido, no debe olvidarse que se trataba de menores de edad que dependían, por completo, del cuidado y vigilancia de los encargados del evento.

21. Tampoco es factible, como se ha hecho en algunos casos parecidos a éste, achacarle algún tipo de responsabilidad a los padres del menor³⁸, porque como quedó visto, no se hizo exigible por parte de los organizadores del evento la presencia de aquellos, y antes bien, los padres confiaron su hijo al cuidado de los organizadores del evento, porfiados en la seriedad que para ellos pudiera representar que fuera la propia Alcaldía la que quedaba a cargo de los menores.

22. Con fundamento en lo anterior, la Sala confirmará el sentido de la sentencia de primer grado, en cuanto a la declaración de la responsabilidad por parte del Municipio de Pueblorrico – Antioquia; por consiguiente, pasará a revisar lo relacionado con el otorgamiento de perjuicios.

F. Liquidación de Perjuicios

23. Perjuicios Morales. Con relación a los perjuicios morales por la muerte de un ser querido, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que estos se infieren

³⁷ En tal sentido Omar Obando dijo: “*digo que no sé si se cayó o lo empujaron porque la primera versión que tuvimos como coordinación al día siguiente por parte de sus hermanitos o primitos fue que a él lo habían empujado, luego yo conversé con la mamá y ella desmintió esa versión (...)*”. Fl. 93, c. 1.

³⁸ Al respecto, por ejemplo, en un caso donde un niño se ahogó en una piscina pública, se impuso la responsabilidad compartida con los padres del menor porque se comprobó que el descuido de aquellos contribuyó a la producción del resultado dañoso. Ver al respecto: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, exp. 19385, M.P. Enrique Gil Botero.

Lo mismo se hizo en otro caso donde un niño terminó ahogado en unos lagos que se formaron por causa de una obra pública. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de febrero de 2014, exp. 28.329, M.P. Enrique Gil Botero.

del grado de parentesco³⁹ y, se predica de los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil.

23.1. En la demanda se solicitó por este concepto el equivalente a 1000 salarios mínimos para cada uno de los demandantes, mientras que la sentencia apelada, por este concepto reconoció en favor de los padres y abuelos del menor fallecido el equivalente a 100 salarios mínimos para cada uno de ellos y, respecto de los hermanos el equivalente a 50 salarios mínimos para cada uno.

23.2. Cabe recordar que la Sala Plena de la Sección Tercera unificó los topes indemnizatorios en materia de reparación de perjuicios morales por muerte, teniendo en cuenta los niveles de cercanía entre la víctima directa y quienes reclaman perjuicios, estableciendo un tope de hasta 100 smlmv en casos de muerte⁴⁰ que, excepcionalmente, puede ser modificado atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

23.3. En el presente caso, no solamente porque el perjuicio se presume en favor de quienes demandaron sino, además, porque el testigo Oscar Alberto Ospina Ospina refirió las aflicciones que la muerte del niño Isaías les produjo a sus familiares,⁴¹ hay lugar a su reconocimiento. No desconoce la Sala que el testigo en mención tenía un parentesco civil con los demandantes, pero tal hecho no mengua la credibilidad de sus dichos, máxime cuando es a los más cercanos y allegados a quienes puede constar la aflicción y el dolor moral que un hecho de esta naturaleza causa, sin que por otro lado se observe que el deponente hubiera exagerado la realidad o sobredimensionado el sufrimiento en procura de favorecer

³⁹ Presunción que se viene aplicando de vieja data, como se puede ver en: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 10 de abril de 2003, exp. 13834, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 10 de julio de 2003, exp. 14083, M.P. María Elena Giraldo Gómez; 12 de febrero de 2004, exp. 14955, M.P. Ricardo Hoyos Duque; 24 de febrero de 2005, exp. 14335, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; 10 de marzo de 2005, exp. 14808; 8 de marzo de 2007, exp. 15459, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; 23 de abril de 2008, exp. 16186, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; 19 de noviembre de 2008, exp. 28259, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. De la Subsección "B", ver entre otras, De la Subsección "B", ver por ejemplo, sentencia del 30 de marzo de 2017, exp. 43367, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto del 2014, rad. 26251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y rad. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁴¹ Al respecto dijo: "*mucho dolor nos dio cuando sucedió eso (...) porque era el único hijo que le sucedía ese caso que lo perdían pues y a la familia también era el primer caso que nos ocurría, (...) ellos estaban muy tristes*" fl. 83. C. 1.

a su parentela.

23.4. Asimismo, tampoco ignora la Sala que el referido testigo dijo que el menor vivía con sus papás y sus hermanos, de lo cual se infiere que no vivía con sus abuelos, como bien lo señaló la entidad demandada. Sin embargo, tal circunstancia no desvirtúa la presunción de aflicción que padecen los familiares en segundo grado de consanguinidad, pues la misma no se edifica sobre la base de que se comparta un mismo techo, sino sobre la cercanía afectiva basada en el nivel de parentesco de los dolientes respecto del afectado.

23.5. Por lo anteriormente expuesto, la Sala confirma el reconocimiento de los perjuicios morales en favor de los demandantes, pero ajustará los montos reconocidos por el *a quo* a lo dispuesto en la mencionada sentencia de unificación, dado que no se encuentran demostradas circunstancias excepcionales que justifiquen excepcionar los baremos unificados.

23.6. De esta manera, resulta procedente disminuir la tasación del perjuicio otorgada a los abuelos, ya que aquellos se encuentran en segundo grado de consanguinidad por línea directa y, en consecuencia, a ellos les corresponde una cifra equivalente a la que le corresponde a los hermanos. Como en la sentencia apelada se les concedió a los abuelos del menor Isaías, el equivalente a 100 salarios mínimos, aquí habrá lugar a reducir la condena a 50 salarios mínimos.

23.7. Asimismo, la Sala observa que la sentencia apelada reconoció doblemente el perjuicio moral a los señores María Rosalina Cardona Muñoz, Sigifredo Valencia y Lida Gaviria, pues se los indemnizó en calidad de abuelos, y al mismo tiempo en calidad de hermanos, lo que indiscutiblemente constituye un error que al ser evidenciado debe ser corregido por el superior, como se procederá.

23.8. Por lo tanto, como está demostrado que los mencionados eran los abuelos del menor fallecido, se los indemnizará en tal calidad, aunque se les reducirá el *quántum* reconocido a 50 salarios mínimos porque están, junto con los hermanos del menor, en el segundo grado de consanguinidad.

23.9. Con relación a la señora Rosa Lida Ríos Valencia, hermana del menor fallecido, la Sala se atiene a lo dispuesto en la sentencia recurrida, mediante la cual no se le hizo ningún reconocimiento de perjuicios para aquella, aspecto que

no fue apelado y que, por tanto, se mantendrá tal como lo dispuso el *a quo*.

24. Perjuicios materiales. Con relación a este tipo de perjuicios, en la sentencia que viene en apelación no se hizo ningún reconocimiento. No obstante, la razón por la cual la parte actora formuló la apelación, fue porque consideró que se debía reconocer el lucro cesante.

24.1. Aunque de la demanda interpuesta no se observa una petición expresa por concepto de lucro cesante, pues aunque se solicitó la condena por los perjuicios morales y materiales en sus distintas manifestaciones, lo cierto es que no se concretó ninguna pretensión referente al lucro cesante, como tampoco se dijo en los hechos el alcance y los fundamentos fácticos sobre los que pudiera sustentarse la reclamación por perjuicios materiales, específicamente, por lucro cesante.

24.2. Como de todas formas la apelación de la parte demandante versa sobre el reconocimiento del lucro cesante, la Sala pone de presente el tratamiento que la jurisprudencia de la Corporación le ha dado al lucro cesante en los eventos en los que se reclama por el fallecimiento de un menor de edad.

24.3. Con relación al reconocimiento de **lucro cesante**, por el fallecimiento de menores de edad, excepcionalmente se ha accedido al reconocimiento del lucro cesante consolidado, bajo el entendido que, aquellos, al cumplir la mayoría de edad y hasta los veinticinco (25) años, de no haberse producido la fatalidad, contribuirían con la mitad de sus ingresos al sostenimiento de sus padres, sobre la base de un salario mínimo.

24.4. Sin embargo, en tales casos, por lo general, se ha tratado de menores que se encontraban cercanos o próximos a cumplir la mayoría de edad y que se demuestra que desarrollaban una actividad productiva, en cuyo caso, el perjuicio se considera ya no eventual sino cierto.

24.5. Así, por ejemplo, se tiene el caso de un menor con dieciséis (16) años de edad, que falleció de asfixia, en momentos en que se encontraba en las puertas de ingreso del estadio Romelio Martínez de la ciudad de Barranquilla y se presentó una alteración del orden público y, se dijo que el menor trabajaba en el

restaurante que administraban sus padres y que quedaba en frente del estadio⁴².

24.6. En otra oportunidad se reconoció el lucro cesante en favor de los padres de un joven pescador de catorce años que contribuía económicamente a la economía familiar.⁴³

24.7. En el caso de una niña que murió por la explosión de una granada, que para el momento de la muerte tenía 17 años y, ocasionalmente, trabajaba como niñera, aunque se puso de manifiesto el permiso que los menores deben tener para poder trabajar, se reconoció el lucro cesante consolidado y se negó el lucro cesante futuro⁴⁴.

24.8. Pese a ello, en la mayoría de los casos, cuando se trata de menores de edad, no se reconoce el lucro cesante ni consolidado ni futuro, ya sea porque se entiende como un perjuicio eventual⁴⁵, o porque sobre los menores existe una prohibición legal de trabajar, o porque se entiende que las labores que aquellos realizan para ayudar a sus padres no se hacen con fines lucrativos sino como un apoyo intrafamiliar.

24.9. Al respecto la Corporación, en casos similares al que aquí se discute, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el reconocimiento de lucro cesante, respecto de lo cual ha dicho: *"deberán ser negados, pues el hecho de que el hijo hubiese apoyado económicamente a la madre y a su hermana, no pasa de ser una mera hipótesis o eventualidad, es decir, ese perjuicio tiene la condición de hipotético, esto es, no es cierto –determinado o determinable-, en razón a ello no puede ni debe ser reconocido (...)"*⁴⁶. En el mismo sentido, esta Sala ha dicho:

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de enero de 2012, exp. 22318, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 27484 a, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 22274, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

⁴⁵ Al respecto, entre otras se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de noviembre de 2001, exp.12820, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia de la Subsección C, del 5 de julio de 2012, exp. 23643, M.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de febrero de 2014, exp. 28.329, M.P. Enrique Gil Botero. Se trata del caso de un niño se ahogó en unos lagos que se formaron por causa de una obra pública.

13. La parte actora también solicitó el pago del **lucro cesante** en la suma de \$56 160 000, “con base en que el menor Nelson Anacona Delgado en el momento de su muerte devengaba más o menos noventa mil pesos (\$90 000) mensuales”.

13.1. Sin embargo, no quedó acreditado con ninguna de las pruebas allegadas al proceso que el adolescente Nelson Fernando Anacona devengara un salario de \$90 000 o un ingreso mensual estable que aportara a su núcleo familiar para su sostenimiento económico. Los testigos presentados ante el a quo señalaron que el joven le colaboraba a sus padres en sus tiempos libres y los fines de semana ayudando a su padre en las labores que este realizaba en el campo y en la recolección de café:

13.6. Se trataba pues de una colaboración que hacía el hijo a su padre, quien le enseñaba labores agrarias y lo mantenía ocupado en sus tiempos libres, pero no se desprende de los testimonios que se tratara de una actividad lucrativa de la cual devengara un dinero con vocación salarial con el cual asumiera responsabilidades económicas en el hogar. Además, se encontraba matriculado en el Colegio Nacional Laureano Gómez, con lo cual es viable considerar que su dedicación principal era la de estudiante, y tampoco contaba con el permiso del Inspector de trabajo de menores que le permitiera ejercer una actividad laboral a pesar de su corta edad. De modo que, la solicitud por concepto de lucro cesante será denegada⁴⁷.

24.10. Adicionalmente, el pleno de la Sección Tercera, en sentencia de unificación donde se falló el caso del fallecimiento de un menor que tras huir de un centro de reeducación donde estaba internado, cayó en un río, con relación al lucro cesante dijo:

[D]ebe aclararse que este no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias sino que, por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso, de manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que

En el mismo sentido y del mismo ponente, sentencia del 9 de junio de 2010, exp. 19385 – muerte de niño en piscina pública–

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de mayo de 2014, exp. 27638-A, M.P. Danilo Rojas Betancourt. Caso de niño que salió del colegio antes de terminar la jornada escolar y falleció ahogado en la piscina municipal.

hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso, exigencias que evidentemente no se cumplen en el sub iudice⁴⁸.

24.11. Esta postura ha sido igualmente recogida en un reciente fallo de la Subsección, referente al caso de un menor que falleció tras caer en una excavación realizada en ejecución de obras de mantenimiento de alcantarillado, en la cual se consideró:

En efecto, son las circunstancias particulares de cada caso las que han de dar cuenta acerca del carácter cierto de los daños y de la posibilidad de disponer su reparación, sin perjuicio de las inferencias que en forma razonable puedan hacerse de determinada situación fáctica y sobre las que se han fundado distintas presunciones tendientes a facilitar la actividad probatoria mediante la moderación de las cargas demostrativas. Con todo, sobre la actividad productiva que ejercen los menores de edad, la Sala ha señalado que no se trata de un evento que deba presumirse, sino que, por el contrario, la experiencia y enseña que deben estar bajo el cuidado y protección de los padres, quienes son los llamados por disposición legal y por virtud del orden natural a proporcionarles lo necesario para su subsistencia.

La Sala no desconoce la realidad social que impone en muchos casos el inicio a corta edad del ejercicio laboral o de actividades productivas con el fin de satisfacer las necesidades básicas propias y de su núcleo familiar⁴⁹.

24.12. Finalmente, el asunto concerniente a la presunción conforme a la cual los hijos que habitan la casa paterna/materna hasta la edad de 25 años contribuyen al sostenimiento económico del hogar, quedó decantado en la reciente sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, que al respecto dijo:

Con fundamento en lo expuesto, la Sala unificará su jurisprudencia para señalar que, en ausencia de prueba que demuestre (i) que los hijos contribuyen económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque materialmente están en condiciones de hacerlo, es decir, porque ejercen una actividad productiva que les reporta algún ingreso, y (ii) que los padres son beneficiarios de la obligación alimentaria porque no tienen los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad, no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 14 de agosto de 2014, exp. 26251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de marzo de 2017, exp. 41315, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

63. Para la demostración de estos dos elementos son admisibles todos los medios de prueba; sin embargo, en lo que toca al primer elemento –la capacidad del deudor de la obligación alimentaria– el juez administrativo deberá valorar especialmente todos los hechos que sean indicativos de que el hijo sí ejercía alguna actividad productiva, como son el contexto familiar, cultural, de género y social en el que él y su familia subsistían, pues es bien sabido que en las zonas rurales todos los integrantes del núcleo familiar contribuyen de alguna manera con el sostenimiento económico del hogar. No obstante, en estos casos, para el cálculo del lucro cesante deberá presumirse que todos los hijos que están en edad de trabajar, contribuyen económicamente al mismo propósito, por lo que la indemnización que por concepto de lucro cesante se reconozca a favor de los padres del hijo que fallece debe disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar⁵⁰

24.13. De acuerdo con lo anterior, en el presente caso, para el momento de su fallecimiento el menor Isaías de Jesús Ríos Valencia contaba con seis (6) años de edad y vivía con sus padres, sin que hubiera quedado claro si se encontraba estudiando o no, menos aún, que estuviera desarrollando alguna actividad productiva lo cual sería improbable a su corta edad.

24.14. Dadas las circunstancias, la Sala no encuentra razones sobre las cuales se pueda justificar el reconocimiento del lucro cesante en el caso de autos, sin dejar de mencionar, como se hizo al comienzo, que la demanda tampoco estuvo enfocada en tal pedimento. En consecuencia, las súplicas que en tal sentido hizo la parte actora en el recurso impetrado no tienen vocación de prosperidad.

Costas procesales

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 prevé la condena en costa a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 6 de abril de 2018, exp. 46005, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

F A L L A

MODIFICAR la sentencia del 30 de mayo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y en su lugar disponer:

PRIMERO: DECLARAR responsable al **MUNICIPIO DE PUEBLORRICO - ANTIOQUIA** de los perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia de la muerte del niño Isaías de Jesús Ríos Valencia, a pagar a título de perjuicios morales los siguientes montos:

En favor de Justo Pastor Ríos Cardona y Teresa de Jesús Valencia Gaviria, en calidad de padres del menor fallecido, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos, al momento del pago.

En favor de: María Rosalina Cardona Muñoz, Sigifredo Valencia y Lida Gaviria —abuelos— y, Nidia María Ríos Valencia, Diana Marcela Ríos Valencia, Bibiana María Ríos Valencia, Juan Rafael Ríos Valencia, Ana María Ríos Valencia y Mary Isabel Ríos Valencia, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos, al momento del pago.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Cumplir lo dispuesto en esta providencia, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Expedir a la parte actora las copias auténticas con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Presidenta de la Subsección

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado