

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Condena solidaria. Instituto del Deporte de Medellín INDER y Empresa Organizadora de Eventos ESPARTA SA / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio. Condena, lesiones sufridas por asistente al evento público concierto en el estadio Atanasio Girardot por caída de graderías / FALLA DEL SERVICIO - Lesiones a ciudadana o asistente a concierto en el estadio Atanasio Girardot / FALLA DEL SERVICIO - Por omisión en el deber de autorización, vigilancia, control y seguimiento del concierto. Condena, Instituto del Deporte de Medellín INDER / FALLA DEL SERVICIO - Por omisión en la obligación legal de adoptar todas las acciones tendientes a la prevención de riesgos inherentes al evento masivo concierto. Condena, Empresa Organizadora de Eventos ESPARTA

La Sala considera que el Instituto del Deporte de Medellín [INDER] incurrió en falla del servicio al haber incumplido los deberes normativos consagrados en el Decreto 1355 de 1970, decretos 270 y 271 de 1993 y Acuerdo 06 de 1994, dado que no se sujetó a la debida diligencia en autorización, vigilancia, control y seguimiento del concierto celebrado el 22 de febrero de 1997, así como por no haber adoptado, o haber exigido la consideración por parte del contratista ESPARTA S.A. de todas las medidas y acciones de gestión de los riesgos inherentes y derivados de la realización del espectáculo público. Así mismo, por no disponer oportunamente de los medios normativos y técnicos que razonablemente existía y podía emplear para la administración adecuada del escenario deportivo, estadio Atanasio Girardot, donde se celebró el concierto, con el fin de determinar las condiciones físicas de las infraestructuras, delimitar áreas en las que podía acogerse a los espectadores, y áreas con restricción por deficiencias o por cuestiones de seguridad, lo que queda comprendido dentro del incumplimiento a las obligaciones de prevención, vigilancia y control, que se aúna a la indebida reglamentación que para el uso del escenario deportivo con el concierto se hizo a partir de las obligaciones estipuladas en el contrato de arrendamiento suscrito con ESPARTA S.A. Con base en los anteriores argumentos, se revoca la sentencia de primera instancia y se declara la responsabilidad del INDER por el daño antijurídico ocasionado a Nazly Alcira Navarro Mejía. (...) A su vez, a ESPARTA S.A., como contratista, empresario o promotor del concierto celebrado el 22 de febrero de 1997 le es atribuible el daño antijurídico ocasionado a Nazly Alcira Navarro Mejía, ya que conociendo los riesgos de este tipo de actividades no cumplió con las obligaciones establecidas en el Decreto 1355 de 1970 al no haber asegurado el normal desarrollo del espectáculo acreditado el accidente en el que resultaron lesionadas varias personas, entre ellas Nazly Alcira, así como por no haber ofrecido a los espectadores, especialmente a Navarro Mejía las condiciones de comodidad y seguridad para el disfrute y visión del concierto. Así mismo, es responsable por utilizar como material de distracción elementos que promovían el desorden, como el balón inflable, y la realización de conductas que propiciaron y materializaron riesgos como el ocurrido al romperse la baranda en la zona de oriental donde se encontraba la lesionada y sus compañeros. Finalmente, es responsable ESPARTA S.A., ya que conociendo que se trataba de un evento que comportaba ciertos riesgos derivados de la concentración de un número elevado de personas, por no haber controlado en su acceso el ingreso de estas en condiciones de alicoramiento [supuesto que está acreditado pero que no es determinante para enervar la responsabilidad], y no haber exigido al INDER la delimitación de las áreas o zonas con restricción de acceso por deficiencias en la infraestructura, o por razones de seguridad. Con fundamento en los anteriores argumentos, se revoca la sentencia de primera instancia y se declara la responsabilidad solidaria de ESPARTA S.A., como consecuencia del daño antijurídico ocasionado a Nazly Alcira Navarro Mejía. (...) Determinada la imputación, fáctica y jurídica, del daño antijurídico ocasionado a Narly Alcira

Navarro Mejía, procede la Sala a examinar si se encuentran acreditados los perjuicios reclamados como consecuencia del mencionado daño, tanto por la lesionada, como por sus familiares.

PERJUICIOS MORALES - Se reconoce en segunda instancia. Lesiones en concierto, evento público, por caída de graderías del estadio Atanasio Girardot / PERJUICIOS MORALES - Se negó reconocimiento en primera instancia

Ahora bien, la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. En la misma providencia se agrega que “la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”. Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se infiere que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad [el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse [de la prueba testimonial]:- ¿cómo estaba conformada la familia?; - ¿qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - ¿cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - ¿se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - ¿se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?], y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestacional o fundamental. (...) La sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, sostiene claramente que el “Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso”. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con este tema ver la decisión de 23 de agosto de 2012, exp. 24392

DAÑO A LA SALUD - Reconoce. Lesiones en concierto, evento público, por caída de graderías del estadio Atanasio Girardot

La Sala para el caso en concreto es menester resaltar que esta Corporación recientemente ha proferido una serie de sentencias que unifican los criterios en cuanto al reconocimiento y tasación de los perjuicios inmateriales imputables a las entidades públicas como derivación del daño antijurídico. Y para este caso resulta de total aplicación la proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31170, por medio de la cual se unificó la jurisprudencia en

torno al reconocimiento y liquidación del perjuicio daño a la salud. Por lo que la Sala recoge los parámetros expuestos por la mencionada sentencia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión para proceder a la liquidación del daño. Teniendo como base los siguientes rangos (...) Para la aplicación de los parámetros expuestos, debe estar plenamente probado en el proceso el grado de afectación de las lesiones. Resaltándose además que la indemnización redundará en provecho exclusivamente de la víctima directa. Así pues, en el caso en concreto, obra prueba del porcentaje de gravedad de la lesión que Nazly Navarro Mejía padeció; mediante oficio No. 1271 – 02 del 8 de octubre de 2002 la Junta Regional de Calificación de invalidez de Antioquia remite el dictamen que ha otorgado. En el cual anexó: documento con la información general del dictamen señalando en su punto séptimo, una deficiencia del 6.78%, un discapacidad del 1.00% y una minusvalía del 2.50%; para un total del 10,28%, configurándose así una incapacidad permanente parcial. Fecha de estructuración de la invalidez 20 de agosto de 2002 (...) En este orden de ideas, es de resaltar que la Sala cuenta con el empleo del arbitrio iudice teniendo en cuenta no sólo el citado material probatorio, sino el conjunto de pruebas que obran en el expediente y que dan cuenta de la gravedad de las lesiones que padeció la señora Navarro.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante. Lesiones en concierto, evento público, por caída de graderías del estadio Atanasio Girardot / LUCRO CESANTE - Incapacidad médica. Fórmula actuarial

Se evidencia según el material probatorio obrante en el proceso que Nazly estuvo en incapacidad por un término de 87 días en total, dejando de percibir con total normalidad su ingreso mensual por su labor en INDISA, por lo que hay lugar a reconocerle inicialmente la suma de \$1.868.614,71 [teniendo como salario base de liquidación el vigente para la época de la presente providencia de \$644.350.00, y diario \$21.478,33], que comprendidos en los días certificados de incapacidad con ocasión del daño antijurídico imputado a la entidad demandada arroja la suma señalada. Dicha suma, a su vez debe ser actualizada de la siguiente manera.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., primero (01) de julio de dos mil quince (2015).

Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01510-01(30420)

Actor: RAMONA MEJIA DE NAVARRO Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN Y OTRO

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 5 de octubre de 2004, proferida por la Sala de Descongestión – Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó que resolvió:

***“PRIMERO. DECLARANSE** probadas las excepciones propuestas por las demandadas en el presente proceso.*

***SEGUNDO. DECLARANSE** probada de oficio las excepciones de fuerza mayor y falta de legitimación en la causa por activa a las que se aludiera en la parte motiva de ésta providencia. En consecuencia **NIEGUENSE** las súplicas de la demanda.*

***TERCERO.** Conforme al artículo 171 del C.C.A. modificado por el artículo 55 de la Ley 446 DE 1998, no considera la Sala la procedencia de la condena en costas, por cuanto la conducta desplegada por las partes no lo amerita.”*

ANTECEDENTES

1.- La demanda.

1 La demanda fue presentada el 20 de junio de 1997 por Ramona Mejía de Navarro [madre de la víctima directa], Judith Estella, Jesús Alberto, Martha Cecilia, José Carlos y Álvaro Enrique Navarro Mejía [hermanos de la víctima directa] y Nazly Alcira Navarro Mejía [víctima directa], en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, formulando como pretensiones declarativas: (1) Declarar administrativamente responsables al municipio de Medellín (Antioquía), al Instituto de Deportes y Recreación (INDER) y a la Sociedad Espectáculos Artísticos de Antioquía S.A. (ESPARTA S.A.), de la totalidad de los daños y perjuicios, patrimoniales y extra-patrimoniales, ocasionados a Ramona Mejía de Navarro, Judith Estella, Jesús Alberto, Martha Cecilia, Nazly Alcira, José Carlos y Álvaro Enrique Navarro Mejía, como consecuencia de las graves lesiones que sufrió Nazly Alcira Navarro Mejía, en hechos que tuvieron ocurrencia el día 22 de febrero de 1997, aproximadamente a las 8 de la noche cuando se encontraba en un concierto en el Estado Atanasio Girardot de la ciudad de Medellín.

A su vez, como pretensiones condenatorias se solicitó condenar al municipio de Medellín (Antioquía), al Instituto de Deportes y Recreación (INDER) y a la Sociedad Espectáculos Artísticos de Antioquía S.A. (ESPARTA S.A.): (1) por concepto de perjuicios morales, la cantidad equivalente en moneda legal colombiana, de mil (1000) gramos de oro, para cada uno de los demandantes; (2) a pagar a favor de Nazly Alcira Navarro Mejía, la suma equivalente en moneda

legal colombiana de dos mil (2000) gramos de oro por concepto de perjuicio fisiológico; (3) a pagar a favor de Nazly Alcira Navarro Mejía una suma de dinero por concepto de lucro cesante, “en relación a la merma de su capacidad laboral como consecuencia de las lesiones sufridas; suma que se incrementará en un porcentaje del veinticinco por ciento (25%), correspondiente al concepto de prestaciones sociales, en razón de lo que correspondería por dicha disminución; la liquidación se hará con fundamento en el ingreso mensual que se probare, o en su defecto, con el salario mínimo legal. Suma total que se estima no inferior a QUINCE MILLONES DE PESOS”; y (4) que todas las sumas deberán ajustarse en su valor según lo establecido en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, y devengarán intereses corrientes y de mora [fls.83 y 84 c1].

2 Como fundamento de las anteriores pretensiones, la parte actora se sustentó en los siguientes hechos:

“[...] EI INSTITUTO DE DEPORTES Y RECREACIÓN (INDER) celebró el contrato de arrendamiento N° 048 de 1997, con JOSÉ ROBERTO JARAMILLO ARANGO Y/O ESPARTA S.A. (SOCIEDAD ESPECTÁCULOS ARTÍSTICOS DE ANTIOQUIA S.A.), donde el INDER le entregó el bien inmueble denominado Estadio Atanasio Girardot a ESPARTA S.A.. [sic]

4.2. El anterior contrato se firmó el día 7 de febrero de 1997, y el término de duración fue por el día 22 de febrero del mismo mes y año.

4.3. La destinación del inmueble objeto de arrendamiento fue única y exclusivamente para la presentación del concierto de “LOS NENES DE LA SALSA”, con GILBERTO SANTAROSA, MARC ANTHONY, JERRY RIVERA Y [sic] VÍCTOR MANUELLE”.

4.4. En la cláusula décimo segunda se estipuló: “A la terminación del contrato EL ARRENDATARIO restituirá el inmueble en el mismo estado en que le fue entregado, incluidas las mejoras, salvo el deterioro por el uso y goce legítimo”.

4.5. En la cláusula quinta OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO se estipuló entre otras, la siguiente: “1. A emplear el mayor cuidado en la conservación del bien objeto de este contrato, siendo responsable de cualquier deterioro que no provenga de la naturaleza o uso legítimo de la cosa (artículo 1998 del código civil).

4.6. NAZLY ALCIRA NAVARRO MEJÍA compró la boleta distinguida con el número 17904 oriental, por valor de \$15.000, e ingresó al espectáculo ofrecido el día 22 de febrero de 1997 en las horas de la noche en el Estadio Atanasio Girardot en la ciudad de Medellín.

4.7. Una vez se realizaba el espectáculo y estando NAZLY ALCIRA NAVARRO MEJÍA en las graderías de oriental, en compañía de sus amigos, uno de ellos, JOSÉ HERIBERTO SUAREZ, se apoyó en la baranda de protección de las graderías y esta se fue hacia delante al desanclarse el tubo, cayendo tres personas al vacío hasta dar con el pavimento a unos tres o cuatro metros, entre ellas NAZLY ALCIRA NAVARRO MEJÍA.

4.8. Las barandas de las graderías de oriental no solamente se encontraban deterioradas en los puntos de soldadura o unión de la parte horizontal con los tubos verticales, sino que mas [sic] grave aun, los tubos verticales se encontraban deficientemente anclados o empotrados en el cemento tal como puede observarse de manera nítida en las fotografías tomadas después de ocurridos los hechos [...] Allí se ve los trabajos de relleno de cemento nuevo, más claro que el antiguo, donde se anclan en la parte inferior los tubos con el muro, como también la soldadura aun sin pintura de los tubos verticales con los horizontales.

4.9. Las personas que cayeron al vacío fueron recogidos [sic] por la defensa civil y trasladados al centro de Salud [sic] de San Javier y de allí a la clínica León XIII del seguro social, ingresando por urgencias.

4.10. El diagnóstico médico de NAZLY ALCIRA NAVARRO MEJÍA fue politraumatizada, habiendo recibido fractura en ambas muñecas, brazos y cráneo, herida en labio superior izquierdo, etc., como se puede observar en las fotografías que se anexan, por ello debió ser sometida a intervenciones quirúrgicas y soportó una incapacidad y soportó una incapacidad de varios meses.

4.11. En la historia clínica el día 3 de marzo se consignó según la escanografía de senos paranasales con énfasis en base cráneo anterior, lo siguiente:

“CONCLUSIÓN:

Se observan múltiples fracturas. La de mayor tamaño y la más desplazada se encuentra en el techo de la órbita izquierda.

Estas líneas de fracturas se extienden hasta la topografía de la crista Gally en la topografía de la lámina cribosa y en la pared posterior de los senos frontales. En el lado derecho se observa como hay una solución de continuidad hacía [sic] el seno frontal topografía en la cual pudiera existir una fístula de líquido encéfalo-raquídeo [...]

También se demostró una fractura del puente nasal y de los rebordes orbitarios sin compromiso de los arcos cigomáticos [...]”

4.12. En la historia clínica de las Américas, se lee:

“Paciente de 38 años quien consultó el 04-03-97 por 13 días de evolución de politraumatismo ocurrido al caer de un balcón en el estadio. Al examen físico se encontró una paciente consciente orientada, con edema moderado en cara y ambos brazos enyesados.

El trauma inicialmente fue atendido en el I.S.S donde se manejaron sus fracturas en antebrazo y fue evaluada al parecer por el neurocirujano tuvo fístula de LER que duró 8 días.

Posteriormente consultó a neurocirujano particular quien le ordenó tac de senos paranasales para evaluar fractura que ocasionó la fístula.

Con ese tac entonces concurrió a esta consulta.

En definitiva a la paciente se le encontró:

1. Fractura frontal a nivel de reborde superior orbitario derecho e izquierdo.
2. Fractura frontal a nivel de reborde superior orbitario izquierdo, en su tercio más distal que se continuaba hacia arriba hasta región temporal volviendo nuevamente a hacerse frontal en la parte superior de dicho frente y sobre pasa [sic] la línea media.
3. Fractura apófisis frontal izquierda en su unión con el molar.
4. Fractura de huesos propios nasales.
5. Fractura maxilar derecho a nivel de reborde infraorbitario que se continua con el piso d e [sic] la órbita tipo lefort II.
6. Fractura maxilar izquierdo que se continua con el piso inf. [sic] a nivel del agujero infraorbitario tipo lefort II.
7. daño [sic] de ambos nervios infraorbitarios.
8. Fractura de la base anterior del cráneo.
9. Fractura del seno maxilar derecho.
10. Disfunción [sic] craneofacial lefort III [...]”.

4.13. Fuera de las lesiones descritas NAZLY ALCIRA NAVARRO MEJÍA, ha quedado con problemas de visión.

4.14. NAZLY ALCIRA NAVARRO MEJÍA para la fecha de ocurrencia de los hechos trabajaba en INDISA, en calidad de dibujante, graduada en el Instituto Superior de Arte, llevaba diez años vinculada a la institución y devengaba un salario mensual de \$600.000,00.

4.15. En comunicación del 23 de abril de 1997 la gerente general del INDER, dio respuesta al suscrito, apoderado de los demandantes, a un cuestionario en los siguientes términos:

“1. El Estadio Atanasio Girardot es propiedad del Municipio de Medellín, su Administración y conservación se efectúa por intermedio del INDER.

...

4. LAS REPARACIONES A LOS DAÑOS EN LAS BARANDAS FUERON EFECTUADAS POR EL EMPRESARIO.”

4.16. NAZLY ALCIRA NAVARRO MEJÍA es hija de RAMONA MEJÍA y de JOSÉ WILSON NAVARRO, quienes contrajeron matrimonio el día 19 de marzo de 1958, y procrearon, además de NAZLY, los siguientes hijos JUDITH ESTELLA, JESÚS ALBERTO, MARTHA CECILIA, JOSÉ CARLOS y ALVARON ENRIQUE NAVARRO MEJÍA” [fls.85 a 90 c1].

2. Actuación procesal en primera instancia.

3 El Tribunal Administrativo de Antioquia admite la demanda mediante auto del 25 de julio de 1997 [fl.109 c1], que fue notificado por aviso¹ el día 23 de septiembre de 1997 al alcalde del municipio de Medellín, y al representante legal del INDER [fls.110 y 111 c1], y al representante legal de Espectáculos Artísticos de Antioquia S.A. – ESPARTA S.A. se le intentó notificar personalmente [fl.112 c1]. Sin embargo, a pesar de habersele dejado cita única para que se presentara ante el Tribunal para recibir la notificación del auto admisorio y copia de la demanda no se presentó, por lo que se procedió a notificarle según lo dispuesto en el artículo 320 del C.P.C [fl.113 c1].

4 Constancia secretarial de 30 de enero de 1998, en la que se indicó que vencido el término del aviso el representante legal de la Sociedad Espectáculos Artísticos de Antioquia S.A. (ESPARTA S.A.) no compareció a recibir notificación personal [fl.116 c1].

5 Una vez fijado el edicto emplazatorio [fl.119 c1] al representante legal de la Sociedad Espectáculos Artísticos de Antioquia S.A. (ESPARTA S.A.), el 16 de abril de 1998 el Tribunal profirió auto con el que se designó *curador ad litem* a la mencionada sociedad [fl.121 c1].

6 Mediante escrito del 15 de septiembre de 1998 la curadora ad litem de la sociedad Espectáculos Artísticos de Antioquia S.A. “ESPARTA S.A.”, presentó contestación de la demanda [fls.127 y 128 c1], en los siguientes términos: (1) los hechos 4.1 a 4.5 consideró que así constaban, y los hechos 4.6 a 4.13 y 4.16 a

¹ Dado que no fue posible surtir la notificación personal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 2304 del 7 de octubre de 1989, se procede a notificar por aviso el auto que admite la demanda.

4.18 no le constaban; (2) no se opuso a las pretensiones siempre que se probaran; y, (3) solicitó contrainterrogar a los testigos de la parte demandante.

7 La apoderada del INDER mediante escrito del 27 de octubre de 1997 allegó contestación de la demanda [fls.136 a 140 c1] en los siguientes términos: (1) los hechos 4.1 a 4.6, 4.9 a 4.12 y 4.15 y 4.16 eran ciertos; los hechos 4.7, 4.8, 4.14 y 4.17 debía probarse; en cuanto al hecho 4.13 debían probarse las secuelas y demostrar “que los problemas de visión son consecuencia del Accidente [sic]”; y, finalmente con relación al hecho 4.18 manifestó que los “perjuicios sufridos por los demandantes no han sido probados en debida forma, y no fueron resarcidos en su momento por Esparta S.A., por negligencia y/o falta de voluntad de los afectados”; y, (2) las declaraciones y condenas carecían de respaldo probatorio “tanto en lo referente al vicio de la cosa – mal estado de las barandas de protección- y consecuente responsabilidad del arrendador por este hecho, como en lo que hace a la legitimación en la causa o prueba del carácter de damnificados de los demandantes por las lesiones sufridas por la víctima. Igualmente, las secuelas médico – legales dejadas por la lesión, que sirvan de fundamento al reconocimiento de los perjuicios fisiológicos”².

8 El 27 de octubre de 1998 la apoderada del INDER presentó escrito separado formulando llamamiento en garantía a la Compañía Suramericana de Seguros

² “[...] Se da como hecho cierto la deficiencia en las barandas de protección del público, atribuyendo por ello incumplimiento al INDER de sus obligaciones de arrendador por haber entregado el bien en mal estado para el fin propuesto. Se establecen acaso las condiciones técnicas que deben reunir las barandas de protección del Estado Atanasio Girardot?Cuál es su fin y resistibilidad? No podría entonces también darse como cierto que la finalidad de estas barandas es la protección, y no la contención de un público que en medio de la euforia producida por este tipo de conciertos de música salsa, se abalanza sobre las mismas en forma inconsciente, sin prever que la función de éstas no es de soporte sino de protección para el desplazamiento dentro del escenario? Debe probarse a todas luces el vicio de la cosa y el estado en que ésta fue entregada al arrendatario, Esparta S.A., por el Administrador [sic] y arrendador, INDER. Cabe de igual manera cuestionar la responsabilidad del dueño (para el caso Administrador –sic-) por el hecho de las cosas inanimadas, proveniente de su calidad de guardián que se presume éste tiene, toda vez que como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en Sentencias [sic] varias (Sentencias mayo18/72, julio 4/77, diciembre 15/94), la presunción de ser guardián puede desvanecerla el propietario (Administrador –sic-) si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, como el de arrendamiento, el de Comodato [sic], etc. Obsérvese en el sub júdice el contrato de arrendamiento celebrado entre el INDER y Esparta S.A., en virtud del cual el arrendatario como tenedor de la cosa, adquiere la calidad de guardián de la estructura y del comportamiento durante la actividad en ella desarrollada. Cláusula novena, contrato de arrendamiento N° 048 de 1997. 3.1. Si bien es cierto se produjo un daño, cuya responsabilidad se establecerá dentro del proceso, no es menos cierto que el resarcimiento o indemnización debe determinarse o concretarse a favor de quienes prueben el perjuicio [...] 3.3. Sin lugar a dudas, la pretensión de reconocimiento por concepto de perjuicios fisiológicos debe probarse a plenitud en el caso sub exámine [sic], toda vez que dicha indemnización solo se justifica en cuanto las secuelas dejadas por la lesión, hubieren alterado el desarrollo y libre goce de la personalidad de la demandante [...] 3.4. La suma estimada por la parte demandante como reconocimiento de lucro cesante (no inferior a Quince Millones de Pesos), no consulta los principios de equidad, resultando a todas luces exagerada y ajena a la realidad, si se tiene en cuenta que la reparación del daño con fundamento en la responsabilidad Estatal [sic], no puede constituir una fuente de enriquecimiento” [fls.137 a 139 c1].

S.A. en virtud de la póliza de responsabilidad civil extracontractual adquirida por Espectáculos Artísticos de Antioquia ESPARTA S.A., en el marco del contrato de arrendamiento N° 048 de 1997 celebrado entre las partes mencionadas. Se anexa copia auténtica de la póliza de responsabilidad civil extracontractual N° 31747³ [fls.141 a 148 c1].

9 El 27 de octubre de 1998 el apoderado de la alcaldía de Medellín contestó la demanda [fls.154 a 168 c1] en los siguientes términos: (1) los hechos debían ser probados; (2) se opuso a todas las pretensiones de la demanda; y, (3) como razones de la defensa invocó: (3.1) faltó ilustrar cuándo se tomaron las fotografías, pues “solo nos informa que las tomo [sic] después de ocurrido el accidente, lo cual es más que lógico, al igual que también es lógico, que dichas tomas fotográficas fueron posterior [sic] al arreglo que según el actor tuvo que hacer el contratista, el cual si así lo considera el apoderado del demandante, dicho trabajo pudo haber quedado mal hecho, incluso estéticamente mal presentado, como que se notan rellenos de cemento nuevo con uno antiguo y depronto [sic] con otro más antiguo”⁴; (3.2) la administración del estadio Atanasio Girardot estaba en cabeza delINDER⁵; (3.3) en todo caso, afirmó, que el municipio de Medellín “para la fecha que ocurrió el lamentable insuceso, contaba con una póliza de responsabilidad civil extracontractual, distinguida con el No. 1762, expedida por la Compañía de Seguros La previsora [sic], existiendo según la misma póliza un coaseguro con la compañía Suramericana de Seguros”; y, (4) como excepciones formuló: falta de

³ Según el numeral 3.2 de la misma: “[...] Siniestro: Es todo hecho externo, acaecido en forma accidental, súbita, repentina, e imprevista que haya ocurrido durante la vigencia de la póliza y que haya causado un daño que pueda dar origen a una reclamación de responsabilidad civil amparada por esta póliza [fl.148 c1].

⁴ “[...] Incluso el actor basa su hipótesis del deterioro de la estructura al momento en que ocurrió el lamentable insuceso, en el hecho de que la soldadura de los tubos verticales con los horizontales se encuentra sin pintura, como si la pintura fuera el material que le diera fuerza a la unión de los mencionados tubos. Además de lo anterior, lo único que nos muestra las fotos adjuntas a la demanda, es que se trata de algún sector del estadio, que este fue objeto de una reparación, no necesariamente a consecuencia de su deterioro normal o por el transcurso del tiempo, sino que también pudo ser, y en caso de tratarse del mismo lugar donde ocurrió el hecho que hoy nos ocupa, por el excesivo y mal trato que en un espectáculo de música salsa metalizada, como el que se ofreció el día 22 de febrero de 1997, la gente con su alboroto y peso, entre ellos la accionante, se abalancen contra la baranda protectora, a lo cual no se puede exigir que sea un muro de contención, por que [sic] de ser así, cualquier numero [sic] de personas que se abalancen contra dicho obstáculo les produciría mayores perjuicios, para lo que me pregunto, ¿cual [sic] sería [sic] el verdadero motivo para que supuestamente haya cedido dicha baranda y se fueran al vacío tres personas, fuera de las que quedaron colgando y que por fortuna no sucedió nada? ¿será que la varando los jalo [sic]? o será que era irresistible a la baranda, por muy buena que esta fuera, soportar los brincos, algarabía y peso de los espectadores?” [fl.156 c1].

⁵ “[...] el Municipio [sic] de Medellín, entrego [sic] alINDER, mediante contrato de administración y conservación de escenarios deportivos y recreativos, todos los escenarios deportivos y recreativos ubicados dentro de la unidad deportiva Atanasio Girardot, dentro de los que claramente se observa las instalaciones del Estadio Atanasio Girardot, contrato celebrado a un plazo de cinco (5) años prorrogables, dicho contrato fue perfeccionado el 22 de marzo de 1994 y aun se encuentra vigente” [fl.159 c1].

legitimación en la causa por pasiva del municipio, ausencia de nexo causal e inexistencia de la obligación” [fls.154 a 164 c1].

10 La alcaldía de Medellín mediante memorial presentado el 27 de octubre de 1998, hace el llamamiento en garantía a la Sociedad Compañía de Seguros la Previsora S.A., para que se ordene su citación al proceso [fls.169 a 174 c1].

11 Por auto del 28 de abril de 2000 el Tribunal Administrativo de Antioquia, resuelve admitir los llamamientos en garantía hechos por los apoderados delINDER y el municipio de Medellín [fls.192 y 193 c1]. En consecuencia se notificó a las Sociedades Compañía Suramericana de Seguros S.A. y a la Previsora S.A. Compañía de seguros [fls.194 y 195 c1].

12 El 27 de noviembre de 2000 la Previsora S.A., en calidad de llamado en garantía del municipio de Medellín, respondió al libelo [fls.196 a 204 c1] en los siguientes términos: (1) consideró ciertos los hechos primero al quinto, y que del sexto al décimo octavo no le constaban; (2) se opuso a las pretensiones de la demanda; y, (3) como excepciones propuso: (3.1) inexistencia de responsabilidad por parte del municipio de Medellín por no existir vínculo entre el presunto daño y la actividad de la mencionada entidad⁶; (3.2) falta de prueba acerca de la existencia y monto del perjuicio moral⁷; (3.3) falta de prueba acerca de la existencia y monto del perjuicio fisiológico⁸; (3.4) falta de prueba acerca de la existencia y monto del lucro cesante⁹; (4) manifestó que los hechos del

⁶ “[...] Sea lo primero indicar que el caso que nos ocupa no se encuadra dentro del régimen de las actividades peligrosas gobernado por el artículo 2356 del C.C., sino por el régimen de la responsabilidad por el hecho de las cosas a que alude el artículo 1350 del estatuto prenotado, la cual no en todos los eventos, se nutre por elementos atinentes a la responsabilidad por actividades peligrosas. En el caso que se analiza, no nos hallamos frente a un régimen de responsabilidad presunta sino, por el contrario, en presencia del régimen de la culpa probada por falla en el servicio. En efecto, no podría predicarse la realización de actividad peligrosa alguna en cabeza del Municipio [sic] de Medellín, por el sólo hecho de ser propietario del Estadio Atanasio Girardot y de ceder su Administración [sic] y conservación alINDER. Tampoco podría afirmarse que las actividades deportivas y recreativas a las que se encuentra destinado el inmueble, representan para el público asistente una actividad peligrosa [...] En el caso sublite [sic], se encuentra ya plenamente probado que el Municipio [sic] de Medellín, a pesar de ser el dueño del inmueble en el que se afirma acaecieron los hechos, no era su guardián. Es decir, carecía del poder de mando, dirección y control independientes sobre éste, y por tanto, podría sostenerse desde ya, que desvirtuada la presunción de responsabilidad que sobre él pesaba como propietario, se encuentra demostrada igualmente, la inexistencia del vínculo causal entre su acción u omisión y el resultado dañoso que al parecer se produjo, y que los actores erróneamente le imputan” [fls.197 y 198 c1].

⁷ “[...] Si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido la presunción de perjuicio moral frente a la madre, no ocurre frente a los hermanos de la víctima, los cuales deberán demostrar plenamente el daño moral que aducen. A todas luces resulta exagerada la pretensión de indemnizar en 100 gramos oro” [fl.199 c1].

⁸ “[...] En ninguno de los hechos de la demanda se menciona la existencia de una alteración en las condiciones de vida de la víctima que haya disminuido su capacidad de disfrutar la vida” [fl.199 c1].

⁹ “[...] La parte actora no sólo no aporta al proceso prueba sobre el lucro cesante, -puesto que la entidad de Seguridad Social a la que la víctima debió encontrarse afiliada al momento de los hechos debió haber cubierto

llamamiento eran ciertos; (5) se opuso a las pretensiones del llamamiento¹⁰; y, (6) como excepciones al llamamiento propuso: (6.1) inexistencia de responsabilidad por parte de La Previsora S.A., por inexistencia de responsabilidad del municipio de Medellín; (6.2) límite global por vigencia¹¹; (6.3) coaseguro pactado¹²; (6.4) inexistencia de cobertura para este evento, del amparo de contratistas y subcontratistas¹³; y, (6.5) la genérica.

13 El 28 de noviembre de 2000 el apoderado de la Compañía Suramericana de Seguros S.A. contestó al libelo [fls.218 a 228 c1], en los siguientes términos: (1) los hechos debían probarse; (2) se opuso a las pretensiones; (3) propuso como excepciones: (3.1) inexistencia de la falla en el servicio¹⁴; (3.2) ausencia de responsabilidad¹⁵; (3.2) falta de legitimación en la causa por activa¹⁶; (3.3)

los salarios no pagados por el empleador durante su supuesta incapacidad-; sino que tampoco allega prueba sobre el monto del salario devengado por la actora” [fl.199 c1].

¹⁰ “[...] dicho contrato no ampara de forma automática, absoluta e ilimitada la totalidad de los eventos de responsabilidad en que pueda verse comprometido el Municipio [sic] de Medellín, sino sólo aquellos específicamente contratados por las partes, acorde con las definiciones y limitaciones que constan en la carátula de la póliza y en sus condiciones generales y particulares” [fl.200 c1].

¹¹ “[...] Equivalente a \$400,000,000,00 por vigencia, pero con un sublímite de \$5,000,000,00 por evento” [fl.201 c1].

¹² “[...] Acorde con lo previsto en el artículo 1095 del C. de Co., el cual remite al artículo 1092 ibídem, la responsabilidad de mi representada como coaseguradora líder se limita al 70% del valor de cada suma indemnizable según el contrato de seguros, no existiendo responsabilidad solidaria frente al 30% restante por el cual responde la Compañía Suramericana de Seguros S.A., coaseguradora en esta póliza” [fl.201 c1].

¹³ “[...] La póliza Nro. 1762 y su anexo de renovación Nro. 346697, contemplan el amparo de Contratistas [sic] independientes; Sin embargo [sic], dicho amparo no podría cobijar la presunta responsabilidad del INDER como contratista del Municipio [sic] de Medellín en este evento, por cuanto el citado amparo se entiende referido únicamente a contratos de naturaleza estrictamente comercial que celebre el Municipio [sic] de Medellín, con otras personas naturales o jurídicas, y además, opera sólo en el evento en el que la responsabilidad del contratista vincule también al contratante” [fls.201 y 202 c1].

¹⁴ “[...] corresponderá al actor demostrar que la baranda metálica instalada en el sitio presentaba problemas técnicos y sólo en tanto y en cuanto se demuestre un defecto en la construcción de la baranda o en su mantenimiento podrá decirse que existe falla del servicio que genera la responsabilidad y por tanto la obligación de indemnizar. Mas [sic], como no existió defecto alguno en la estructura o colocación de la baranda no puede hablarse de una falla en la prestación del servicio [...] no se debió a fallas en su estructura o construcción sino a una fuerza extraordinaria que el público presenta [sic] en el concierto ejerció sobre la misma [...] Es de anotar que el Estadio Atanasio Girardot está diseñado con las mas [sic] altas normas técnicas y que se hace mantenimiento continua y periódicamente, se le realiza mantenimiento las estructuras de protección. Es así como los empleados que laboran permanentemente en el Estadio –incluido un soldador– tienen como una de sus funciones estar pendientes de cualquier deficiencia en las estructuras que puedan observar durante las jornadas de trabajo; de la misma forma, los vigilantes encargados de la seguridad contratada con una empresa privada, tras cada evento deportivo –uso principal del escenario– hacen una inspección generalizada del Estadio e informan cualquier anomalía; ante cualquier desperfecto que se note, la División Técnica del Inder envía funcionarios especializados (ingenieros) para que evalúen si efectivamente hay o no daño. Igualmente, cada año se realiza una inspección general para evaluar el estado del escenario y la seguridad que debe prestar a la gran cantidad de aficionados que frecuentan y utilizan las instalaciones” [fls.219 a 221 c1].

¹⁵ “[...] Entre el hecho que se imputa a los demandados y el daño cuya indemnización se reclama no existe nexo causal [...] Tal nexo se encuentra escindido por cuanto una causa extraña lo ha interrumpido y esa causa extraña es un hecho imprevisible e irresistible como fue la exagerada presión y manipulación que el público que estaba en las graderías ejerció sobre la baranda, los asistentes al concierto –entre los cuales estaba una de las demandantes– sin precaver los efectos que sus movimientos podían conllevar. Es así como realizaron una conducta temeraria como moverse en masa y fue su actuar imprudente la única causa que generó el accidente” [fl.221 c1].

inexistencia de actividad peligrosa¹⁷; (3.4) reducción de la indemnización¹⁸; e, (3.5) imposibilidad de acumular perjuicios¹⁹; (4) se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía, proponiendo las siguientes cuestiones: (4.1) límite de cobertura²⁰; (4.2) deducible²¹; (4.3) causal de exclusión²²; y, (4.4) falta de legitimación por activa en el llamamiento.

14 Mediante auto del 17 de mayo 2001, el Tribunal Administrativo de Antioquia dispuso la reconstrucción el expediente respecto de los documentos faltantes en los folios, para lo que se programó audiencia pública celebrada el 29 de mayo del 2001 [fls.232 c1], en la que se concluyó que ninguno de los apoderados presentes tienen en su poder los documentos que se tratan de reconstruir [fl.238 c1]. Luego, por auto de 21 de junio de 2001 se resolvió declarar reconstruido el proceso [fls.258 a 261 c1].

15 El período probatorio inició con el auto del 4 de octubre de 2001, donde se tuvo como tales, en su valor legal, las aportadas con la demanda, sus contestaciones y

¹⁶ “[...] En relación con las pretensiones de la madre de la afectada y sus hermanos se configura la excepción de falta de legitimación en la causa activa, ya que si la lesionada reclama los perjuicios morales que con la lesión se le han ocasionado, no pueden sus familiares concurrir a reclamar el mismo perjuicio” [fl.222 c1].

¹⁷ “[...] Así las cosas, si el estadio Atanasio Girardot es una cosa que potencialmente puede generar un daño, igualmente lo será cualquiera otra edificación que existe en el país. No puede pensarse que lo sea toda edificación, pues la esencia de una clasificación es distinguir las cosas susceptibles de algo de las que no lo son; y si todo inmueble es una cosa peligrosa, para tal denominación carece sentido y la presunción de responsabilidad no podría aplicarse por no ser posible distinguir tal actividad de la que no es peligrosa” [fl.224 c1].

¹⁸ “[...] deberá considerarse que NAZLY ALCIRA NAVARRO MEJÍA también participó con su actuar imprudente ya que hizo parte de la masa que se abalanzó sobre la baranda de protección; al tasar un eventual perjuicio, entonces, deberá hacerse la reducción que la norma legal establece” [fl.225 c1].

¹⁹ “[...] Si en la pretensión de la demanda se solicita la indexación de la condena, no puede conjuntamente solicitarse el reconocimiento de intereses corrientes comerciales, toda vez que cuando se actualiza el dinero en el tiempo, se está teniendo en cuenta entre múltiples factores el producido económico del dinero, y reconocer ambas pretensiones se constituiría en una doble indemnización del perjuicio” [fl.225 c1].

²⁰ “[...] En la póliza 31747, se pactó por las partes contratantes un límite de valor asegurado de \$35.000.000.00 por vigencia y por evento, en consecuencia la condena nunca podrá sobrepasar el límite” [fl.225 c1].

²¹ “[...] En la póliza que sirve de base al llamamiento en garantía las partes contratantes pactaron un deducible, es decir, una suma que indefectiblemente y en todo caso corresponde asumir al asegurado, habiéndolo establecido en el 10% del valor a indemnizar con un mínimo de tres salarios mínimos legales mensuales (\$780.300.00 para la fecha de este memorial)” [fl.226 c1].

²² “[...] Si se observa con atención las condiciones del contrato de seguro, podrá observarse que bajo la exclusión identificada con el número 1.4 se describe el incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones derivadas de un contrato. Es así como debe tenerse en cuenta que en el contrato de arrendamiento celebrado entre el Inder y JOSÉ ROBERTO JARAMILLO ARANGO se pactó como obligación del arrendatario emplear el mayor cuidado en la conservación del bien objeto del contrato, siendo responsable de cualquier deterioro que no proviniera de la naturaleza o uso legítimo de la cosa. Igualmente, en la cláusula décima tercera de tal contrato el arrendatario se obligó a tomar todas las medidas de seguridad necesarias para la conservación del inmueble y el orden público. Como es claro, las graderías del Estadio Atanasio Girardot no son un lugar para que el público se abalance y se arroje en masa, sino, como es apenas obvio, para que disfrute del espectáculo que se ofrezca en debida forma. Si el espectáculo no se disfruta adecuadamente, es responsabilidad del arrendatario, pues el bien no se utilizó para su uso legítimo, conforme lo dispone el artículo 1998 del Código Civil” [fl.226 c1].

los llamamientos en garantía. Se solicitan pruebas testimoniales, interrogatorios de parte, y dictamen pericial [fls.262 a 264 c1].

16 Luego, por auto del 31 de marzo de 2003 se fijó audiencia de conciliación para el día 29 de del mes de mayo del año 2003, a las 4:10 p.m. Notificado por Estados del día 2 de mayo de 2003 [fl.348 c1]. De acuerdo con el acta de audiencia de conciliación, celebrada el 29 de mayo de 2003, se deja constancia del ánimo irreconciliable de las partes y la ausencia de la curadora ad litem de la empresa ESPARTA S.A. [fls.352 y 353 c1].

17 Una vez agotada la anterior etapa, por auto de 1 de julio de 2003 [fl.356 c1] se corrió traslado a las partes para sus alegaciones finales, y al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

18 El 21 de julio de 2003 la apoderada del municipio de Medellín presentó sus alegaciones finales [fls.357 a 362 c1], reiterando lo afirmado en la contestación y en el llamamiento en garantía, y agregando que de los testimonios recaudados “se desprende con toda claridad que los compañeros de fiesta de la afectada se encontraban bajo los efectos del alcohol y eufóricos, producto de la intoxicación alcohólica y la psicosis colectiva que se produce en conciertos o eventos de la naturaleza al cual asistían. También puede observarse de las declaraciones vertidas por los amigos de Nazly Alcira Navarro Mejía que dos de sus acompañantes descendieron por las barandas de protección a recoger un balón que estaban lanzando los organizadores a los asistentes al concierto para incrementar los niveles de euforia, que es lo que en muchos casos buscan aquellos que usualmente asisten a esos espectáculos, para alcanzar niveles de excitación que estimulen sus sentidos al máximo. Las barandas de protección son diseñadas para proteger, no para contener, que la verse sometidas a fuerzas extraordinarias es natural que ellas cedan y se presente el desprendimiento que dio origen a los resultados [...] No fue posible establecer en el proceso que las barandas de protección estuviesen dañadas o que su diseño obedecía a parámetros inadecuados o deficientes y que producto de una o de ambas circunstancias se haya producido su colapso y generado los perjuicios” [fls.357 a 360 c1].

19 El 18 de julio de 2003 el apoderado de la Compañía Suramericana de Seguros S.A., presentó sus alegatos de conclusión [fls.363 a 371 c1], reiterando lo afirmado

en la contestación a la demanda y al llamamiento en garantía, y agregando que el “actuar de las entidades demandas [sic] nada tuvieron [sic] que ver con el accidente; ellas cumplieron con el deber de hacerle mantenimiento constante y oportuno a las instalaciones del Estadio [sic] Atanasio Girardot. El accidente ocurrió por el actuar imprudente del público que sin medir la euforia de su comportamiento no precavieron, como debieron hacerlo, de que abalanzarse en masa y bruscamente contra las barandas provocaría que alguna de éstas terminaran por ceder ante descomunal fuerza y presión”, luego operó el hecho del tercero [fls.364 y 365 c1].

20 El 16 de julio de 2003 el apoderado de la parte actora allegó sus alegatos de conclusión [fls.372 a 376 c1], reiterando lo afirmado en la demanda y agregando que la “omisión del INDER, en éste caso, se circunscribe a la falta de mantenimiento, reparación y/o adecuada conservación de las barandas del Estadio [sic] Atanasio Girardot, pues no de otro modo se entiende el desprendimiento o desanclaje [sic] que se presentó en el valladar de protección de las graderías, el día 22 de febrero de 1997”, y que, de “otro lado, no debe olvidarse que el mantenimiento de cosas, edificios, o construcciones no óptimas o descuidadas, evidencia de suyo frente a los usuarios, una conducta que refleja en sí misma la falla en el servicio” [fls.373 y 376 c1].

21 Por medio de memorial allegado el 21 de julio de 2003, el apoderado del INDER presentó los alegatos de conclusión [fls.378 a 380 c1], en los que reiteró lo afirmado en la contestación a la demanda y en los llamamientos en garantía, agregando (1) “no existe prueba alguna de que el accidente sufrido por la señora **NAZLY ALCIRA NAVARRO MEJÍA**, el día 22 de febrero de 1997 en instalaciones del Estadio [sic] Atanasio Girardot en la ciudad de Medellín, se deba a un supuesto deterioro de las barandas de desplazamiento”; (2) la “parte actora proporciona unas fotografías en las que se registra la imagen de un sector del barandal que ha sido reparado”; (3) la “baranda se desprendió no por deterioro sino **porque los afectados apoyaron todo su peso sobre las mismas**”; y, (4) había una ausencia de perjuicio indemnizable.

22 Finalmente, la apoderada de la Previsora S.A. Compañía de Seguros presentó los alegatos de conclusión [fls.382 a 391 c1], reiterando lo afirmado en la contestación a la demanda y al llamamiento en garantía.

3. Sentencia de primera instancia.

23 La Sala de Descongestión – Sala Segunda de Decisión para los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas, y Chocó profirió sentencia de primera instancia el 5 de octubre de 2004 en la que resolvió declarar probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas, así como se declararon oficiosamente probadas las excepciones de fuerza mayor y de falta de legitimación en la causa por activa, llegándose a negar las súplicas de la demanda [fls.393 a 419 cp], con base en los siguientes argumentos:

“[...] **2.3. El daño**

La parte actora pretende acreditar los perjuicios como consecuencia del accidente sufrido por la señora NAZLY NAVARRO MEJIA, en hechos ocurridos en la ciudad de Medellín Ant. [sic] el día 22 de febrero de 1997 [...]

Así las cosas, para la Sala resulta claro de los medios de convicción señalados, que se produjo el daño.

2.6. Del nexo de causalidad entre el daño y el hecho

[...]

Se observa de las declaraciones vertidas en el proceso por los testigos, algunas inconsistencias al señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que sucedieron los hechos que dieron origen a esta demanda [...]

[...]

1º- Con relación al mantenimiento del escenario deportivo en donde se escenificara el concierto, no encuentra prueba idónea que demuestre que la baranda colapsada el día de los hechos, estuviese deteriorada o se hubiese dado un deficiente mantenimiento por parte delINDER, atendida [sic] sus obligaciones institucionales y contractuales; en tanto resulta ligero atribuirle incumplimiento de sus obligaciones en ese sentido, máxime que el Estadio [sic] Atanasio Girardot presenta en forma ordinaria una programación periódica; particularmente de partidos del fútbol profesional colombiano con asistencia masiva de espectadores, cada ocho (8) días, cuando menos, pues como también se sabe hay programación de encuentros futboleros del torneo colombiano los días domingo- miércoles- domingo.

2º.- En cuanto a la prueba testimonial rendida, se encuentra que el hecho que dice atribuirse a un mal estado de las barandas de las graderías o tribunas del estadio local, no se corresponde con lo afirmado en la demanda [...]

3º.- La baranda de la gradería o tribuna donde se encontrada [sic] apostada Nazly y sus acompañantes, fue sometida a una fuerza extraordinaria por la acción temeraria e imprudente de los espectadores que es masa trataban de impulsar o agarrar un balón grande tirado por los organizadores del concierto, aunado al ambiente festivo incidido por el consumo de licor de aquellos; todo lo cual lleva a inferir que el hecho se produjo como consecuencia de una fuerza mayor representada en la masa de espectadores que se abalanzaba sobre el objeto antes mencionado.

4º.- Resulta inverosímil que sin la fuerza extraordinaria de que se hablara antes, Heriberto Juárez Juárez solamente, según lo narrado en el hecho 4.7.²³ Del acápite de los hechos de la demanda, apoyado en la baranda de protección de las graderías de oriental hubiera provocado su colapso, cayendo tres personas al vacío entre ellas NAZLY ALCIRA NAVARRO MEJÍA, no, el hecho fue generado por la masa de espectadores que eufórica e imprudentemente respondía a estímulos de variada

²³ 4. (4.6 y 4.7) Nazly Alcira Navarro Mejía compró la boleta distinguida con el número 17904 oriental, por valor de \$15.000, e ingresó al espectáculo ofrecido el día 22 de febrero de 1997 en las horas de la noche en el Estadio Atanasio Girardot en la ciudad de Medellín. Una vez se realizaba al espectáculo y estando Nazly Alcira Navarro Mejía en las graderías de oriental, en compañía de sus amigos, uno de ellos, José Heriberto Suárez se apoyó en la baranda de protección de las graderías y esta se fue hacia adelante al desancarse el tubo, cayendo tres personas al vacío hasta dar con el pavimento a unos tres o cuatro metros, entre ellas Nazly Alcira. [fls. 396, C. 1].

índole, entre las que se destacan el propio evento musical, el consumo de licor y el lanzamiento del objeto a que antes se hizo alusión (balón).

Todo lo anterior lleva a concluir que se descarta la falla en el servicio predicada en el presente proceso y endilgada a las entidades demandadas.

No se probaron perjuicios morales pues no se presumían sino que debían ser efectivamente demostrados, a ello se suma la insuficiente prueba relacionada con el perjuicio fisiológico que se dijo padecía la actora, habida consideración que el dictamen pericial no va más allá de la descripción de aspectos generales de la calificada, dejando por fuera el concepto de “vida de relación” [...]

En consecuencia estima la Sala que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, atendida la circunstancia del rompimiento del nexo causal entre el hecho imputado y el daño, por cuanto se ha presentado la causal exonerativa de responsabilidad de las demandadas, consistente en una “fuerza mayor”; fenómeno al que se aludiera en los numerales 3 y 4 de las anteriores conclusiones.

[...]

Con relación a las excepciones advertidas por la Sala en el devenir procesal, ésta declarará de oficio y en su orden, las excepciones de fuerza mayor a la que antes y en su orden, las excepciones de fuerza mayor a la que antes se hiciera amplia referencia, así como la de falta de legitimación en la causa por activa respecto de los señores JOSE CARLOS Y ÁLVARO ENRIQUE NAVARRO MEJÍA toda vez que los citados no hicieron presentación personal del poder ante el Honorable Tribunal Administrativo de Antioquia.”

4. El recurso de apelación.

24 El apoderado de la parte demandante oportunamente presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida el 5 de octubre de 2004, manifestando que es una típica vía de hecho judicial, ya que se fundamentaba en la arbitrariedad, lo cual implicaba una causal de nulidad supralegal o constitucional, toda vez que el Magistrado ponente Dr. Carlos Alberto Mejía Correa, viene de la entidad demandada [municipio de Medellín – División Jurídica] a fallar en su favor el presente proceso, y sus dos compañeros de Sala, conociendo de tal situación, condescendieron frente a un pronunciamiento donde la parte se convirtió en Juez, contrariando no solamente los principios deontológicos sino además jurídicos desde diferentes ópticas.

24.1 Indica el apoderado de la parte actora que no se tuvo siquiera la oportunidad de recusar al Magistrado Ponente como quiera que sólo con el pronunciamiento de la sentencia se advirtió y conoció su identidad, señala así que no se acompaña al escrito de apelación la constancia de vinculación laboral del funcionario en el sentido que precede, por la perentoriedad y preclusividad del término para interponer el recurso; pero una vez se dé la respuesta a un derecho de petición

formulado ante la Alcaldía de Medellín, se adjuntará al expediente para efectos de corroborar los asertos indicados²⁴.

24.2 Además, señala el apelante la configuración de otra situación de vía de hecho, ya que pone de manifiesto el manejo parcializado de la prueba testimonial, en este caso el de la Ingeniera Mecánica Martha Luz Álvarez Molina, quien por sus estudios y experiencia en la materia, reviste un particular interés en su declaración, y ésta se dejó de lado sin mencionarla siquiera. Lo que configura una vía de hecho por falta de apreciación de una prueba.

24.3 Por otro lado el desprendimiento o caída de las barandas en el estadio Atanasio Girardot por la falta de una adecuada administración y conservación de los escenarios deportivos y recreativos, por parte delINDER, es un hecho que se ha repetido con posterioridad al año 1997, y en ésta oportunidad dejó un saldo de 19 heridos, noticia que se publicó en la primera página del periódico “El Colombiano”, edición del 23 de abril de 2001.

24.4 Finalmente, alude el apelante a que en la sentencia no había lugar a hacer consideraciones sobre la prueba de los perjuicios morales y la insuficiencia probatoria del perjuicio fisiológico, dada la orientación del fallo en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, dado que si lo que se pretendía era un cambio jurisprudencial le faltó rigurosidad argumentativa²⁵.

25 El recurso de apelación fue concedido por el Tribunal Administrativo de Antioquia por auto de 29 de noviembre de 2004 [fl.430 cp].

5. Actuación en segunda instancia.

25 El 14 de octubre de 2005 se admitió por parte de esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Se notificó por anotación de Estado a las partes el 19 de octubre de 2005 [fl.437 cp].

²⁴ Mediante escrito del 22 de noviembre de 2004 el apoderado de la parte actora allega copia de solicitud o derecho de petición y respuesta al mismo, en donde se da cuenta de la vinculación del Dr. Carlos Alberto Mejía Correa con el municipio de Medellín. [fls.427a 429 cp].

²⁵ En la sentencia se argumentó: “Habida consideración que el dictamen pericial no va más allá de la descripción de aspectos generales de la calificada, dejando por fuera el concepto de “vida en relación”, tan importantes en estos casos”

26 Mediante auto del 18 de noviembre de 2005 se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para presentar los alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera su concepto [fl.439 cp].

27 Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta instancia procesal.

28 Por auto del 11 de diciembre de 2006, esta Corporación resuelve aceptar la renuncia irrevocable²⁶ a los poderes conferidos al Dr. Gil Botero para representar a los demandantes dentro del proceso, considerando que: *“De conformidad con el inciso 4 del artículo 69 del C.P.C., la renuncia al poder no pone término a la representación sino hasta que se comuniqué al poderdante mediante telegrama el auto que acepta la misma. No obstante lo anterior, los actores ya otorgaron nuevo poder, por lo tanto ya conocen de la renuncia de su apoderado inicial, por lo cual se obviará el trámite dispuesto en dicha normatividad”* [fl.453 cp].

29 Mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2007, dirigido al Doctor Mauricio Fajardo Gómez – Presidente Sección Tercera – Consejo de Estado. El Doctor Enrique Gil Botero se declara impedido para conocer el proceso N° 30420 toda vez que intervino como apoderado judicial de una de las partes; de conformidad con el numeral 12 del artículo 150 del C.P.C., en concordancia con el artículo 160 del C.C.A. [fl.455 cp].

30 Por auto del 26 de marzo de 2007 proferido por esta Corporación, se acepta el impedimento que presentó el que fuera apoderado de la parte demandante, el Consejero Enrique Gil Botero [fls.456 y 457 cp].

31 El acta individual de reasignación de fecha 23 de septiembre de 2010, envía el proceso con N° interno 30420 al despacho del Dr. Enrique Gil Botero [fl.459 cp].

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

1 Corresponde a la Sala de Sub-sección C decidir el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra Sentencia de primera instancia

²⁶ Mediante escrito presentado a esta Corporación del 15 de noviembre de 2006, el apoderado de la parte actora manifiesta renunciar de manera irrevocable a los poderes que le fueron otorgados [fl.442 cp].

proferida el 5 de octubre de 2004 por parte de la Sala de Descongestión – Sala Segunda de Decisión para los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas, y Chocó.

2 La Sala es competente de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 y el Acuerdo 55 de 2003 del Consejo de Estado para decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión – Sala Segunda de Decisión para los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas, y Chocó, el 5 de octubre de 2004, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, por razón de la cuantía²⁷.

3 Por otra parte, advierte la Sala, que la parte demandada es el único apelante, por ello, para decidir el recurso, se centrará en los argumentos expuestos en el mismo, en desarrollo de lo previsto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil que establece que el juez superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, así como en el alcance dado por la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 9 de febrero de 2012 [expediente 21060].

3.1 Se advierte por parte de la Sala que, en vista de que sólo apeló la parte demandante, debe tenerse en cuenta la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012 [expediente 21060] donde se dirimió una cuestión de derecho para llegar a la solución jurídica en los siguientes términos:

“Conviene puntualizar que la *no reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: *i*).- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la *litis* (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; *ii*).- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los

²⁷ La mayor pretensión de la demanda es de \$22'916,080 pesos, que correspondía al valor en pesos de 2000 gramos oro por concepto de perjuicio fisiológico, al momento de la presentación de la demanda en fecha del 18 de junio de 1997 (El valor para transacciones de compraventa del gramo oro se encontraba en \$ 11.458,04) Lo que implica que su supera la cuantía exigida para la mencionada fecha de la presentación de la demanda que correspondía al valor de \$13'460.000.

cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... *aun cuando fuere desfavorable al apelante*” [artículo 357, inciso final, C. de P. C.]²⁸.

[...]

Por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia²⁹ de la sentencia como el principio dispositivo³⁰, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “*las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’*”³¹.

Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez *ad quem*, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada³².

3.2 Con fundamento en la sentencia de Sala Plena se abordará el estudio y decisión del recurso de apelación presentado únicamente por la parte actora.

3.3 En virtud de lo anterior, la Sala realizará la exposición de sus argumentos en el siguiente orden: (1) dilucidar ciertos aspectos procesales previos; (2) se

²⁸ Al respecto consultar, por ejemplo, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, expediente 17160; sentencia de 20 de mayo de 2009, expediente 16925.

²⁹ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: “De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

³⁰ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, **es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso (...)** Son características de esta regla las siguientes: (...) **El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado**” (negrillas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

³¹ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

³² Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21060.

delimitarán los medios probatorios; (3) se plantearán los problemas jurídicos específicos que se derivan de los argumentos esgrimidos, con base en el análisis del caso concreto, a la luz de los hechos probados dentro del proceso; (4) se determina el objeto de la apelación de la parte actora; (5) se establecerá si se encuentra demostrado tanto el daño antijurídico; (6) se hará el juicio de imputación, en caso de demostrarse el daño antijurídico, salvo que haya operado alguna eximente de responsabilidad; y, (7) se determinará si el daño antijurídico es imputable [fáctica y jurídicamente] a la entidad demandada, si encuentra demostrados los perjuicios reclamados, para su reconocimiento, tasación y liquidación, en caso contrario no habrá lugar a pronunciamiento alguno.

2. Aspectos procesales previos.

4 La Sala previo a abordar el estudio y análisis de fondo advierte las siguientes cuestiones acerca de las cuales debe pronunciarse: (1) la configuración de la falta por legitimación en la causa por pasiva respecto del municipio de Medellín; (2) valor probatorio de las fotografías allegadas por la parte actora con la demanda; y (3) valoración de los documentos aportados en copia simple.

2.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Medellín.

5 En este orden de ideas, elINDER al celebrar el contrato de arrendamiento No. 048 de 1997 desarrollaba las facultades que ostentaba según su naturaleza jurídica, de conformidad al Decreto 270 de 1993 *“Por medio del cual se crea el establecimiento público denominado “Instituto de Deportes y Recreación –INDER y se dictan otras disposiciones”*.

5.1 Según lo expuesto, es necesario tener en cuenta que dadas las características de la personalidad jurídica delINDER es procedente que la Sala deba cuestionarse **¿Se configura una falta de legitimidad por pasiva en cabeza del Municipio de Medellín?** Ahora bien, para resolver dicho interrogante es necesario dilucidar lo concerniente al tema de los establecimientos públicos dado que el Instituto de Deportes y Recreación (INDER), se erige como tal.³³

³³ Aparte de lo contemplado en el Decreto 270 de 1993 *“Por medio del cual se crea el establecimiento público denominado “Instituto de Deportes y Recreación –INDER y se dictan otras disposiciones”*. Se tiene también en respaldo la respuesta al derecho de petición interpuesto por la parte actora al Municipio de Medellín, en la que se respondió “¿Cuál es la naturaleza jurídica delINDER (Instituto de Deportes y Recreación) [...]?” se respondió “1) Naturaleza jurídica del Inder: Se trata de un establecimiento público del orden municipal, dotado de autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente, le

5.2 En consecuencia, es necesario llamar la atención sobre la normatividad en materia de establecimientos públicos para el año de 1997, siendo ésta los decretos leyes 1050 de 1968, 3130 de 1968 y 130 de 1976, que actualmente se encuentran derogados por la Ley 489 de 1998. Así pues, el (Instituto de Deportes y Recreación) INDER encontraba su regulación a la luz del conjunto de normas anteriores, vigentes al momento de los hechos; erigiéndose como una entidad descentralizada y como ya se indicó con la calidad de un establecimiento público³⁴ del orden municipal, por lo que se le aplicaban a su vez las normas generales de la Ley 1333 de 1986 o “Código de Régimen Municipal”. En específico resulta de relevancia el artículo 156, que consagraba:

“Las entidades descentralizadas municipales se someten a las normas que contenga la ley y a las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan los Concejos y demás autoridades locales en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus representantes legales.” [Subrayas fuera de texto].

5.3 De tal forma, al INDER le correspondía someterse a la normatividad promulgada por el Consejo de Medellín mediante acuerdo municipal N° 6 de 1996 *“Por medio del cual se modifican los estatutos del Instituto de Deportes y Recreación – INDER”* del que se extraen tres características especiales, propias de la descentralización funcional o por servicios:

1. Autonomía administrativa
2. Personería jurídica
3. Patrimonio independiente

5.4 La Sala encuentra, pues, pertinente dilucidar cada uno de los elementos anteriormente mencionados, en primer lugar en lo que concierne a la autonomía administrativa, es de resaltar que se establece conforme a los actos que a los establecimientos públicos rige y en el cumplimiento de sus funciones. Es decir, se ceñirán a la ley o norma que los creó o autorizó y a sus estatutos internos, y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos. En otras palabras, el establecimiento público se rige por normas de Derecho Público, se aplica así el principio de legalidad y por lo tanto no podrá realizar como ya se

corresponde como **organismo descentralizado del Municipio de Medellín**, atender la función pública comprendida dentro de su objeto, y forma parte integrante del Sistema Nacional del Deporte. [fl. 51, C. 1]. Y en respaldo de esto, el Decreto 270 de 1993, por medio del cual se crea en calidad de establecimiento público el denominado “Instituto de Recreación y Deporte – Inder” [fl. 55, C. 1].

³⁴ Con el Decreto Ley 3130 de 1968 Lleras Restrepo en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 65 de 1967, organizó a las entidades descentralizadas en establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

mencionó actividad distinta de la que le asignan los estatutos y las normas que lo rigen.

5.5 En segundo lugar, en lo relativo a la personería jurídica, se desarrolla un presupuesto necesario para que se configure la descentralización por servicios o funcional, siendo éste que hayan personas jurídicas diferentes a la persona jurídica del Estado.

5.6 Y finalmente, en relación al patrimonio independiente, éste hace referencia a que puede estar conformado por bienes o fondos públicos comunes (los que le asigna el presupuesto nacional), por el producto de ingresos, rentas, según la actividad que realice y en los casos autorizados por la Constitución y la ley.

5.7 Al encontrarse la concurrencia de las mencionadas características en el INDER, se puede establecer en consecuencia que dicho establecimiento público en primer lugar debía cumplir estrictamente con las funciones que la norma le otorgaba y por otro lado, podía celebrar contratos al ser un sujeto de derechos. En cuarto a las normas que le regían, y para efectos del caso en concreto, en el artículo 4° del acuerdo municipal del Consejo de Medellín N° 6 de 1996, establece como objetivos específicos del INDER:

[...]

7. Velar por el cumplimiento de las normas establecidas para la seguridad de los participantes y espectadores en las actividades deportivas, por el control médicos de los deportistas y las condiciones físicas y sanitarias de los escenarios deportivos."

5.8 Y en desarrollo de los objetivos contemplados en el artículo 4°, el acuerdo municipal consagra en su artículo 5°:

"Para el desarrollo del objeto consagrado en el Artículo anterior el Instituto deberá llevar a cabo todas las actividades que propendan a ese fin tales como:

[...]

g. Determinar las directivas a seguir para la correcta y eficaz administración de los espacios y escenarios recreativos y deportivos a cargo de la entidad"

5.9 Aunando a lo anterior, en el Decreto 270 de 1993, por medio del cual se crea el INDER se consagra como objeto de dicho establecimiento público, lo siguiente:

"ARTICULO 4° Objeto:

El objeto del Instituto que se crea; es planear, programar, ejecutar y controlar las actividades deportivas y recreativas conforme a las necesidades de la comunidad, fomentar su difusión, coordinar el desarrollo de proyectos y programas con los diferentes organismos deportivos y garantizar una adecuada administración y conservación de los escenarios deportivos y recreativos a su cargo" [Subrayas fuera de texto].

5.10 En este orden de ideas, dentro del proceso obra también copia simple del “Contrato de administración y conservación de escenarios deportivos y recreativos”³⁵ celebrado entre el Municipio de Medellín y el Instituto de Deportes y Recreación – INDER, en desarrollo del cual no queda duda alguna de que el Municipio de Medellín le hace entrega del Estadio Atanasio Girardot al establecimiento público denominado “Instituto de Deportes y Recreación”: Así es evidente en el desarrollo de las estipulaciones del contrato:

“[...]

[...] se regirá por las siguientes cláusulas: PRIMERA: OBJETO. El Municipio de Medellín entrega al Instituto del Deporte y Recreación “INDER”, para su administración y conservación los escenarios deportivos y recreativos ubicados dentro de la Unidad Deportiva Atanasio Girardot [...]

[...] DECIMA CUARTA. Mediante el presente contrato el Municipio de Medellín cede al Instituto del Deporte y Recreación “INDER” todos los contratos de arrendamiento y comodato que ha celebrado con personas naturales o jurídicas en relación a los bienes inmuebles que entrega para su administración y conservación. En consecuencia el Instituto deberá respetar dichos contratos hasta la fecha de su vencimiento. Siempre y cuando se cumplan las estipulaciones indicadas en los mismos: de lo contrario podrá hacerse efectivas las cláusulas exorbitantes.”

5.11 En conclusión le correspondía al INDER tanto normativa como contractualmente, la administración y conservación del Estadio Atanasio Girardot. Por lo tanto, por las razones expuestas se configura una falta de legitimación por pasiva del municipio de Medellín la que se declara oficiosamente por la Sala, modificándose en ese sentido la sentencia de primera instancia.

2.2 Valor probatorio de las fotografías allegadas por la parte actora con la demanda.

6 Junto con el escrito de presentación de la demanda, la parte actora allegó una serie total de once (11) fotografías [fls.34 a 38 c1] siete (7) de éstas con el objeto de acreditar un reciente trabajo de soldadura y reparaciones sobre las bases de las barandas de protección de las graderías del Estadio Atanasio Girardot, y las cuatro (4) fotografías restantes que acreditan las lesiones en miembros superiores y rostro padecidas por la señora Nazly Alcira Navarro Mejía con ocasión a la caída que sufrió posterior se desanclaran los tubos de las barandas de protección en el marco de un concierto de salsa llevado a cabo en el Estadio Atanasio Girardot; en hechos acaecidos el 22 de febrero de 1997.

6.1 En relación con el valor probatorio que ha de otorgarse a la fotografías, se

³⁵ Visible a folios 150 – 153, Cuaderno 1.

torna necesario precisar en primer lugar, que las mismas ostentan la calidad de documentos representativos, pues no contienen declaración alguna, sino que a través de las mismas se representa “una escena de la vida en particular, en un momento determinado”.

6.2 De otra parte, se tiene que para valorar su autenticidad la Sala tiene en cuenta lo previsto en el artículo 25 del decreto ley 2651 de 1991 (norma aplicable para la época de presentación de la demanda), regulación conforme a la cual los “documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieran o no como destino servir de prueba, se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación”, sin embargo la presunción de autenticidad de las fotografías no ofrece el convencimiento suficiente al no definirse a través de las mismas las situaciones de tiempo, modo y lugar de lo representado en ellas, por lo cual se torna necesario que a efectos de otorgarles mérito probatorio, su contenido sea ratificado, verificado o cotejado con otros medios de prueba allegados al proceso, adicional a lo anterior se debe tener en cuenta que su fecha cierta y que al ser consideradas como documento privado, con relación a terceros se cuenta, conforme al artículo 280 de CPC, desde el momento en el que son aportadas al proceso, esto es, desde la presentación de la demanda (5 de febrero de 2001), sin perjuicio de los demás criterios fijados por la norma en mención; así las cosas la valoración, por lo tanto, de las fotografías se sujetará a su calidad de documentos, que en el marco del acervo probatorio, serán apreciadas como medios auxiliares, y en virtud de la libre crítica del juez .

6.3 En el presente asunto se encuentra que el contenido de las fotografías allegadas por la parte actora, no fue ratificado mediante otros medios de prueba, conclusión a la que se llega mediante el análisis y valoración del acervo probatorio que obra en el plenario, especialmente la prueba testimonial.

2.3. Valoración probatoria de los documentos aportados en copia simple.

7 La Sala encuentra que al proceso fueron allegados algunos documentos en copia simple³⁶, y si bien la Sección Tercera ha sostenido que las copias simples

³⁶ * Copia simple de la tarjeta de droga del Seguro Social, a nombre de la señora Nazly Navarro; donde se señala la posología de los medicamentos que debía tomar [fl.13 c1].

carecen de valor probatorio por cuanto no cumplen con las exigencias establecidas en los artículos 253 y 254 del C.P.C., según las cuales los documentos públicos y privados aportados en fotocopia simple por personas que no los suscriben no pueden ser tenidos en cuenta, en consideración a que únicamente tienen valor probatorio aquellos aportados en original o en copia autorizada por notario, director de oficina administrativa o de policía, secretario de oficina judicial o autenticada por notario, previa comparación con el original o con la copia autenticada que se le presente; en el presente caso, la entidad demandada en la contestación de la demanda no se opuso a tenerlos como prueba y los demandantes, por su parte, además de tener en cuenta los documentos obrantes en el expediente para la defensa de sus pretensiones, no manifestaron oposición alguna a los aportados en copia simple por parte de la parte actora. Por lo tanto, las partes no desconocieron los documentos, ni los tacharon de falsos, sino que consciente, espontánea y voluntariamente manifestaron su intención que los mismos fuesen valorados dentro del proceso.

7.1 Ahora bien, la discusión respecto a la posibilidad de valorar los documentos aportados en copia simple fue finalmente zanjada en la sentencia de unificación jurisprudencial proferida el 28 de agosto de 2013 por la Sala Plena de la Sección Tercera [expediente 25022], la cual, para estos efectos, y por la importancia las

* Copia simple de las órdenes del médico tratante perteneciente al Instituto de Seguros Sociales – Seccional Antioquia, Sub - Gerencia de Servicios de Salud, en la cual se indica el tratamiento que debió seguir la señora Nazly Navarro Mejía y cuya historia clínica se señala con N° 22236668 [fls.14 a 17 c1].

* Copia simple de la evolución de historia clínica N° 22236668 correspondiente a la señora Nazly Navarro Mejía y en donde aparece se prestó el servicio de Ortopedia [fls.18 y 19 c1].

* Copia simple de las órdenes del médico tratante perteneciente al Instituto de Seguros Sociales – Seccional Antioquia, Sub - Gerencia de Servicios de Salud, en la cual se indica el tratamiento que debió seguir la señora Nazly Navarro Mejía y cuya historia clínica se señala con N° 22236668, donde se tuvo una lesión en labio superior izquierdo y fractura [fl.20 c1].

* Copia simple del resultado de análisis de hematología, practicados en el laboratorio de la Clínica León XIII – IPS del Seguro Social, con fecha de 27 de febrero de 1997 [fl.21 c1].

* Copia simple de documento expedido por el Seguro Social – Clínica León XIII I.P.S. que señala el control de medicación que debía tener la señora Nazly Navarro indicando como fecha de egreso 22 de febrero de 1997 [fl.24 c1].

* Copia simple del resultado de análisis química en glucosa, nitrógeno ureico, sodio, potasio, cloro, creatinin kinasa, creatinina, practicados en el laboratorio de la Clínica León XIII – IPS del Seguro Social [fl.25 c1].

* Copia simple del registro de anestesia del preoperatorio de la señora Nazly Navarro, con fecha de 23 de febrero de 1997 y donde se detalla como observación que la paciente sale para urgencias, despierta, consiente, orientada, sin manifestar dolor [fl.26 c1].

*. Copia simple del informe del Radiólogo y Neuroradiólogo, Dr. Jorge Andrés Delgado con destino al Dr. Juan Fernando Calle; con indicación *“Se sospecha fistula de líquido encefaloraquideo antecedente de trauma”*.

* Copia simple de la historia clínica expedida por la Clínica Las Américas.

* Copia simple de certificado de incapacidad expedido por el Instituto de Seguros Sociales a nombre de Nazly Navarro Mejía, con fecha de expedición de 23 de febrero de 1997 y donde se indica 30 días de incapacidad [fl.32 c1].

* Copia simple del contrato de arrendamiento N° 048 de 1997, celebrado entre el Instituto de Deportes y Recreación INDER y José Roberto Jaramillo Arango y/o Esparta S.A. [fls.43 a 47 c1].

* Copia simple del contrato de administración y conservación de escenarios deportivos y recreativos, celebrado entre el Municipio de Medellín y el Instituto de Deportes y Recreación INDER [fls.150 a 153 c1].

consideraciones y razonamientos efectuados en ella, se cita in extenso:

“Como se aprecia, las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A.

De otro lado, es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.

No obstante, con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo– se profirió una disposición especial aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción, precepto cuyo contenido y alcance era el siguiente:

“ARTÍCULO 215. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas, para cuyo efecto se seguirá el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

“La regla prevista en el inciso anterior no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley.”

De allí que la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011.

Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 –C.P.A.C.A. – era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado– así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes o terceros–.

En esa lógica, la normativa mencionada constituía un régimen de avanzada en el que el principio de buena fe contenido en el texto constitucional (artículo 83) y desarrollado ampliamente en el Código Civil –en sus vertientes objetiva y subjetiva– se garantizaba plenamente, toda vez que correspondía a las partes o sujetos procesales tachar de falsas las copias que, en su criterio, no correspondían con el original y, por lo tanto, dar paso al incidente de tacha de falsedad del respectivo documento.

Es así como, con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción. En esa línea de pensamiento, las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia.

[...]

No obstante, con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo código general del proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A.

[...]

Así las cosas, al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada.

[...]

Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba

documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachén de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, la Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia–.

[...]

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

[...]

En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.)

[...]

Lo anterior, no quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios –como los procesos ejecutivos– en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v.gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo– [...].”

7.2 Por lo tanto, en consideración a lo anterior y atendiendo a que la normatividad aplicable sigue siendo la consignada en el Código de Procedimiento Civil –por expresa remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo– y, aun

cuando no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad de los documentos allegados por las partes en copia simple.

7.3 Es oportuno precisar que la interpretación que hoy se efectúa no puede entenderse como la exoneración de la carga de cumplir con las reglas contenidas en la ley procesal civil frente a la aportación de copias de documentos que siguen vigentes y en pleno rigor. Lo que sucede en esta ocasión, es que ambas partes aceptaron que los documentos fuesen apreciables y coincidieron en la valoración de los mismos en forma recíproca, no sólo al momento de su aportación, sino durante el transcurso del debate procesal, por lo tanto serán valorados por la Subsección para decidir el fondo del asunto.

8 Dilucidadas las cuestiones procesales, se procede a determinar los medios probatorios aportados y practicados convencional, constitucional y legalmente durante el proceso.

3. Los medios probatorios aportados y practicados convencional, constitucional y legalmente durante el proceso.

9 Al proceso fueron allegados y se practicaron a petición de las partes, cumpliendo las exigencias convencionales, constitucionales y legales, los siguientes medios probatorios, sobre los que procede a hacer el análisis de fondo.

9.1. Copia auténtica del registro de matrimonio expedido por la Notaria Única del Circulo de El Bagre, donde señalan como contrayentes José Wilson Navarro Hernández y Ramona Isabel Mejía Prasca [fl.6 c1].

9.2. Copia auténtica del registro civil de nacimiento expedido por la Registraduría Municipal del Estado civil de El Bagre, donde consta que Judith Estella Navarro Mejía es hija de José Wilson Navarro y Ramona Mejía [fl.7 c1].

9.3. Copia auténtica del registro civil de nacimiento expedido por la Registraduría Municipal del Estado civil de El Bagre, donde consta que Jesús Alberto Navarro Mejía es hijo de José Wilson Navarro y Ramona Mejía [fl.8 c1].

- 9.4. Copia auténtica del registro civil de nacimiento expedido por la Registraduría Municipal del Estado civil de El Bagre, donde consta que Martha Cecilia Navarro Mejía es hija de José Wilson Navarro y Ramona Mejía [fl.9 c1].
- 9.5. Copia auténtica del registro civil de nacimiento expedido por la Registraduría Municipal del Estado civil de El Bagre, donde consta que Nazly Alcira Navarro Mejía es hija de José Wilson Navarro y Ramona Mejía [fl.10 c1].
- 9.6. Copia auténtica del registro civil de nacimiento expedido por la Registraduría Municipal del Estado civil de El Bagre, donde consta que José Carlos Navarro Mejía es hija de José Wilson Navarro y Ramona Mejía [fl.11 c1].
- 9.7. Copia auténtica del registro civil de nacimiento expedido por la Registraduría Municipal del Estado civil de El Bagre, donde consta que Álvaro Enrique Navarro Mejía es hija de José Wilson Navarro y Ramona Mejía [fl.12 c1].
- 9.8. Copia simple de la tarjeta de droga del Seguro Social Clínica León XIII, a nombre de la señora Nazly Navarro; donde se señala la posología de los medicamentos que debía tomar De fechas 22 y 23 de febrero de 1997 [fl.13 c1].
- 9.9. Copia simple del plan de trabajo de enfermería a nombre de Nazly Navarro, del Seguro Social Seccional Antioquia de fecha 23 de febrero (Sin referencia al año) con número de afiliación 22236668, cama N° 4 con diagnóstico de “politraumatismo” [fl.14 c1].
- 9.10. Copia simple de las órdenes del médico tratante perteneciente al Instituto de Seguros Sociales – Seccional Antioquia, Sub - Gerencia de Servicios de Salud, de fecha 22 de febrero de 1997; en la cual se indica el tratamiento que debió seguir la señora Nazly Navarro Mejía y cuya historia clínica se señala con N° 22236668 [fl.15 c1].
- 9.11. Copia simple de las actividades de enfermería. En cuyo documento aparece como paciente Nazly Navarro, con historia clínica N° 22236668 [fl.16 c1].
- 9.12. Copia simple de las órdenes del médico del Instituto de Seguros Sociales a nombre de Nazly Navarro, de fecha 22 y 23 de febrero de 1997 [fl.17 c1].
- 9.13. Copia simple de la evolución de historia clínica N° 22236668 correspondiente a la señora Nazly Navarro Mejía y en donde se señala se prestó el servicio de Ortopedia [fls.18 c1].
- 9.14. Copia simple de las actividades de enfermería. (Sin referencia al número de la historia clínica) correspondiente a la señora Nazly Navarro Mejía, de fecha 23 de febrero de 1997, en el que se señalan acciones de enfermería de ortopedia [fl.19 c1].
- 9.15. Copia simple de las órdenes del médico tratante perteneciente al Instituto de Seguros Sociales – Seccional Antioquia, Sub - Gerencia de Servicios de Salud, en

la cual se indica el tratamiento que debió seguir la señora Nazly Navarro Mejía y cuya historia clínica se señala con N° 22236668, donde se tuvo una lesión en labio superior izquierdo y fractura [fl.20 c1].

9.16. Copia simple del resultado de análisis de hematología, practicados en el laboratorio de la Clínica León XIII – IPS del Seguro Social, con fecha de 27 de febrero de 1997. Correspondiente a la historia clínica N° 22236668 [fl.21 c1].

9.17. Copia simple de documento expedido por el Seguro Social – Clínica León XIII I.P.S. que señala el control de medicación que debía tener la señora Nazly Navarro indicando como fecha de egreso 22 de febrero de 1997 [fl.24 c1].

9.18. Copia simple del resultado de análisis química en glucosa, nitrógeno ureico, sodio, potasio, cloro, creatinin kinasa, creatinina, practicados en el laboratorio de la Clínica León XIII – IPS del Seguro Social [fl.25 c1].

9.19. Copia simple del registro de anestesia del preoperatorio de la señora Nazly Navarro, con fecha de 23 de febrero de 1997 y donde se detalla como observación que la paciente sale para urgencias, despierta, consiente, orientada, sin manifestar dolor [fl.26 c1].

9.20. Copia simple del informe del Radiólogo y Neuroradiólogo, Dr. Jorge Andrés Delgado con destino al Dr. Juan Fernando Calle; con indicación “*Se sospecha fístula de líquido encefaloraquídeo antecedente de trauma.*” donde concluye que:

“Se observan múltiples fracturas. La de mayor tamaño y la más desolazada se encuentra en el techo de la órbita izquierda. Estas líneas de fracturas se extienden hasta la topografía de la crista galli en la topografía de la lámina cribosa y en la pared frontal de los senos frontales. En el lado derecho se observa como hay una solución de continuidad hacia el seno frontal topografía en la cual pudiera existir una fístula de líquido encéfalo - raquídeo. Es importante el seguimiento de este caso. También se demostró una fractura del puente nasal y de los rebordes orbitarios sin compromiso de los arcos cigomáticos. En caso de que continúe la sintomatología se puede recurrir a la comprobación radiográfica de la fístula con instilación intratecal de contraste o al seguimiento clínico del proceso.” [fls. 27-28, C. 1].

9.21. Copia simple de la historia clínica expedida por la Clínica Las Américas [fls.29 a 31 c1].

9.22. Copia simple de certificado de incapacidad expedido por el Instituto de Seguros Sociales a nombre de Nazly Navarro Mejía, con fecha de expedición de 23 de febrero de 1997 y donde se indica 30 días de incapacidad [fl.32 c1].

9.23. Serie de once (11) fotografías donde se evidencia el alto estado de corrosión que se presenta en las uniones de las barandas e la tribuna del estadio, además se adjuntan fotos donde se observa el lamentable estado en que quedó la señora Nazly Navarro Mejía [fls.34 a 38 c1].

9.24. Colilla de la boleta de ingreso al Estadio Atanasio Girardot en ubicación oriental 17904 por un valor de \$15.000 correspondiente al concierto de Gilberto

Santa Rosa, Marc Anthony, Víctor Manuel, y Jerry Rivera, realizado el 22 de febrero de 1997 siendo día sábado, a las 7:00 p.m [fl.39 c1].

9.25. Derecho de petición dirigido al Alcalde Municipal de Medellín de la época, el Dr, Sergio Naranjo, en el cual se le solicita dar respuesta los siguientes interrogantes:

- “1. Quién es el propietario del estadio Atanasio Girardot ubicado en la ciudad de Medellín.*
 - 2. Quién es el encargado del sostenimiento y mantenimiento del estadio Atanasio Girardot.*
 - 3. Quién realizo el espectáculo o concierto de Gilberto Santa Rosa, Marc Anthony, Victor Manuel y Jerry Rivera. El 22 de 1997, en las horas de la noche, en el estadio Atanasio Girardot.*
 - 4. A qué título, quién realizó el espectáculo lo hizo, en lo posible se me expedirá una copia del documento respectivo.*
 - 5. Si se reportó informe de personas accidentadas al reventarse una baranda del sector oriental, fila primera de gradas de cemento más próxima a la gramilla, del estadio Atanasio Girardot, en la noche del 22 de febrero de 1997, en lo posible se me expedirá una copia del documento respectivo.*
 - 6. Qué entidad o persona efectuó las reparaciones de soldadura y de cemento donde se empotran los tubos de la baranda, en el sector oriental fila primera de las gradas de cemento más próximas a la gramilla, del estadio Atanasio Girardot, luego de acaecido el accidente del 22 de febrero del corriente año. [1997, fuera de texto].*
- Derecho de petición presentado a la Alcaldía de Medellín el 02 de abril de 1997 [fls.40 y 41 c1].

9.26. Escrito del 23 de abril de 1997 como respuesta del Instituto de Deportes y Recreación INDER al derecho de petición presentado por el apoderado de la parte actora, en el cual suministra la siguiente información:

- “El Estadio Atanasio Girardot es propiedad del municipio de Medellín, su administración y conservación se efectúa por intermedio del INDER.*
- El espectáculo o concierto de salsa del día 22 de febrero de 1997, fue realizado por la firma Esparta S.A., mediante contrato de arrendamiento N° 048 de 1997, del Estadio Atanasio Girardot.*
- Las entidades encargadas de la vigilancia, socorro y defensa civil no reportaron al INDER ninguna novedad o accidente, en este escenario en la fecha descrita.*
- Las reparaciones a los daños en las barandas fueron efectuadas por el empresario”*
- [fl.42 c1].

9.27. Copia simple del contrato de arrendamiento N° 048 de 1997, celebrado entre el Instituto de Deportes y Recreación INDER y José Roberto Jaramillo Arango y/o Esparta S.A. [fls.43 a 47 c1].

9.28. Derecho de petición presentado por el apoderado de la parte actora al Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía Municipal de Medellín, en el cual se solicita la siguiente información:

- “1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del INDER (Instituto de Deportes y Recreación) y quién es su representante legal?*
- 2. Resolución de nombramiento y acta de posesión del representante legal del INDER.*
- 3. Mediante qué actos fue creado el INDER y copia de los mismos, como también de los actos que hayan modificado su naturaleza”.*

9.29. Respuesta a Derecho de petición por parte de Álvaro López Aristizábal (Director División Jurídica) de fecha 14 de mayo de 1997, en el que da cuenta de la siguiente información:

“1. Naturaleza jurídica del INDER: Se trata de un establecimiento público del orden municipal, dotado de autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente, le corresponde como organismo descentralizado del Municipio de Medellín, atender la función pública comprendida dentro de su objeto, y forma parte integrante del Sistema Nacional del Deporte.

a) Representante legal: Dra. María Victoria Jiménez Gómez.

2. La representante legal fue nombrada mediante Decreto municipal número 025 de enero 10 de 1995, y tomó posesión del cargo mediante acta número 31 del mismo día.

3. Actos de creación del INDER: Decreto N° 270 de 1993, expedido en uso de las atribuciones concedidas en el Acuerdo 40 de 1992.

4. Actos de expedición de los estatutos: Decreto N° 271 de 1993, modificado por el Acuerdo municipal N° 06 de 1996 [fls.51 y 52 c1].

9.30. Decreto Número 025 de 1995, *“Por medio del cual se causan novedades en la Administración municipal”* y decreta el nombramiento de la Doctora María Victoria Jiménez Gómez como Directora del INDER [fl.53 c1].

9.31. Acta de posesión N° 31, de la señora María Victoria Jiménez Gómez en el cargo de Gerente del INDER [fl.54 c1].

9.32. Decreto 270 de 1993 *“Por medio del cual se crea el establecimiento público denominado “Instituto de Deportes y Recreación – INDER”* Creado por el Alcalde de Medellín en uso de sus atribuciones legales y especiales conferidas por el Acuerdo 40 de 1992 [fls.55 a 58 c1].

9.33. Decreto 271 de 1993 *“Por medio del cual se expiden los Estatutos del Establecimiento Público denominado Instituto de Deportes y Recreación – INDER”* [fls.59 a 63 c1].

9.34. Acuerdo Municipal N° 06 de 1996 del Consejo de Medellín. *“Por medio del cual se modifican los estatutos del Instituto de Deportes y Recreación – INDER”* [fls.64 a 73 c1].

9.35. Resolución N° 015, de enero 24 de 1996; *“Por medio de la cual se crea la Comisión de Personal en el Instituto de Deportes y Recreación – INDER”*. [fls.74 y 75 c1].

9.36. Certificado existencia y representación de la Sociedad Espectáculos Artísticos de Antioquia S.A. y cuya denominación abreviada es Esparta S.A. Expedido por la Cámara de Comercio de Medellín [fls.76 a 80 c1].

9.37. Copia auténtica de póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual [fls.143 a 147 c1], y auto aprobatorio de fianzas – Garantía única, que establece que de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993 en el numeral 19 de su artículo 25 y en el Decreto 679 de 1994 en sus artículos 18 y 26, el Instituto de Deportes y Recreación INDER, procede a la revisión de la garantía única que

avala La responsabilidad civil del contrato de arrendamiento Nro. 048 de 1997. Póliza Nro. 310737. En cuyas partes aparecen como entidad asegurada el Instituto de Deporte y Recreación – INDER, como afianzado ESPARTA S.A. – NIT. C.C.800.210.895-8 y como compañía aseguradora Suramericana S.A. por un valor asegurado de \$35'000.000 de pesos. Finalmente, se indica en el documento que una vez revisada, se concluye que la garantía fue constituida en póliza expedida por compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia y que se encuentra ajustada a la Ley, por lo tanto se aprueba la responsabilidad civil extracontractual [fl.148 c1].

9.38. Copia simple del contrato de administración y conservación de escenarios deportivos y recreativos, celebrado entre el Municipio de Medellín y el Instituto de Deportes y Recreación INDER [fls.150 a 153 c1].

9.39. Copia auténtica de póliza de responsabilidad civil extracontractual N° 1762 en cuyas partes aparecen como tomador, asegurado y beneficiario o afianzado el Municipio de Medellín, y como compañía aseguradora La Previsora S.A. por un valor asegurado de \$400'000.000 [fls.175 a 186 c1].

9.40. Certificado laboral de la señora Nazly Alcira Navarro Mejía expedido por INDISA Ingenieros Mecánicos, donde da cuenta que para el día 22 de febrero de 1997 se encontraba laborando en dicha compañía, desempeñándose como dibujante, y devengaba un salario de \$537.000; finalmente se indica que tuvo una incapacidad de 90 días [fl.270 c1]. Se anexó:

* Copia simple de la relación de incapacidades o licencias de maternidad para reconocimiento por la EPS – ISS, de fecha de 28 de febrero de 1997; donde se evidencia que la señora Navarro, identificada con cédula de ciudadanía C.C. 22.236.668, se le deben reconocer 27 días de incapacidad, con ingreso base de liquidación de \$537.000 y cuyos valores liquidados corresponde a \$322.200 [fl.274 c1].

* Copia simple de la relación de incapacidades o licencias de maternidad para reconocimiento por la EPS – ISS, de fecha de 23 de abril de 1997; donde se evidencia que la señora Navarro, identificada con cédula de ciudadanía C.C. 22.236.668, se le deben reconocer 30 días de incapacidad, con ingreso base de liquidación de \$537.000 y cuyos valores liquidados corresponde a \$358.000 [fl.276 c1].

* Copia simple de la relación de incapacidades o licencias de maternidad para reconocimiento por la EPS – ISS, de fecha de 15 de mayo de 1997; donde se evidencia que la señora Navarro, identificada con cédula de ciudadanía C.C. 22.236.668, se le deben reconocer 30 días de incapacidad, con ingreso base

de liquidación de \$537.000 y cuyos valores liquidados corresponde a \$358.000 [fl.278 c1].

9.41. Oficio No. 1321 SEANT – DCC, con fecha de 19 de diciembre de 2001, la Defensa Civil Colombiana Seccional Especial Antioquia. Responde la solicitud de información por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia, precisando:

“*La Defensa Civil Colombiana es una entidad estatal creada por el gobierno nacional para suplir su publicación frente a los fines de la prevención y atención de desastres, de acuerdo al decreto 2341 de 1971.

*Que nuestra estructura está compuesta por un nivel oficial, representado por lo [sic] funcionarios públicos de la Dirección general y las Direcciones Seccionales en cada capital de Departamento; que el segundo componente, el nivel particular, está compuesto por los ciudadanos afiliados a las diferentes organizaciones de Defensa Civil, en calidad de voluntarios.

*Que según la resolución 393 de 1988 y la resolución modificatoria de la anterior, la 045 de 1998, expresan claramente que la actuación de las personas afiliadas a las organizaciones de Defensa Civil o los actos de las mismas no comprometen ni en todo ni en parte a la Dirección General y por ende a la Institución Defensa Civil Colombiana.

* Que el Grupo de Apoyo General de la Defensa Civil de Medellín fue un organismo auxiliar de la Defensa Civil Colombiana.

* Que para la atención del espectáculo antes mencionado ese organismo operativo realizó la contratación directa con el empresario (el cual se desconoce por parte de esta Dirección Seccional).

* Que el registro de la atención de pacientes y eventos relacionados con la misión es responsabilidad de cada organismo operativo de Defensa Civil que atiende.

* Que el Grupo de Apoyo General de la Defensa Civil de Medellín, cesó en sus funciones como tal, desde finales del año de 1997, y se constituyó como Corporación Grupo de Apoyo General de Medellín Búsqueda y Rescate, y cuya sede funciona en los bajos del Estadio Atanasio Girardot, calle 45 No. 73 – 10 local 46. [Subrayas fuera de texto]” [fls.280 y 281 c1].

9.42. Oficio del Banco de la república a solicitud del Tribunal Administrativo de Antioquia en el que se informó el valor del gramo de oro fino en pesos colombianos para las operaciones de compraventa; a fecha de 17 de diciembre de 2001 en compra estuvo en \$20.191,41 y en venta a \$20'709,14 [fl.282 c1].

9.43. Certificación del DANE sobre el índice de precios al consumidor desde el año de 1997 hasta el 2001 [fls.283 a 285 c1].

9.44. Oficio de fecha 4 de febrero de 2002, expedido por la Corporación Grupo de Apoyo General de Medellín a solicitud del Tribunal Administrativo de Antioquia en el que se señala:

“1.) Aclaro que la Corporación que represento es una entidad sin ánimo de lucro que no tiene ningún vínculo con la DEFENSA CIVIL COLOMBIANA desde el 18 del mes de octubre de 1996.

2.) Según consta en nuestro archivos el día 22 de febrero de 1997 se presentó el servicio en el ESTADIO ATANASIO GIRARDOT por parte de los voluntarios del grupo y no por una sola persona, sino que va el conductor y mínimo dos camilleros y/o técnicos en Emergencias Médicas” [fls.286 y 287 c1, subrayado fuera de texto].

9.45. Certifica de existencia y representación de entidades sin ánimo de lucro, expedido por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia [fls.288 a 291 c1].

9.46. Mediante oficio DFM – 3210 – 4079 de fecha 26 de febrero de 2002, la facultad de medicina de la Universidad de Antioquia, por medio de su decano comunica que no se encontraba disponible ningún profesor para llevar a efecto el dictamen solicitado³⁷ [fl.294 c1].

9.47. Testimonio rendido por Diana Patricia Sepúlveda Vásquez [fls.296 a 301 c1].

9.48. Testimonio rendido por José Heriberto Juárez Juárez [fls.297, 302 a 305 c1].

9.49. Testimonio rendido por Clara Inés Álvarez Mesa [fls.305 a 307 c1].

9.50. Testimonio rendido por Oscar Dario Herrea Restrepo. [fls.309 a 316 c1].

9.51. Testimonio rendido por Martha Luz Álvarez Molina. [fls.317 a 323 c1].

9.52. Mediante oficio No. 1271 – 02 del 8 de octubre de 2002 la Junta Regional de Calificación de invalidez de Antioquia remite el dictamen que ha otorgado. Se anexa:

* Documento con la información general del dictamen señalando en su punto séptimo, una deficiencia del 6.78%, una discapacidad del 1.00% y una minusvalía del 2.50%; para un total del 10,28%, configurándose así una incapacidad permanente parcial. Fecha de estructuración de la invalidez 20 de agosto de 2002 [fl.331 c1].

9.53. Mediante oficio No. 1485 elINDER (Instituto de Deporte y Recreación) responde solicitud del Tribunal Administrativo de Antioquia, anexando la siguiente documentación:

* Copia simple del contrato Nro. 048 de 1997 celebrado entre elINDER y ESPARTA S.A. [fls.335 a 339 c1].

* Copia simple de las pólizas de responsabilidad civil y cumplimiento, compañía de seguro Suramericana S.A. [fls.340 y 341 c1].

*Copia simple del comprobante de ingreso para realizar el aseo el día 22 de febrero de 1997 [fl.342 c1].

* Constancia en copia simple expedida por elINDER, suscrito por el Asistente Jurídico en el que se señala que el señor José Roberto Jaramillo Arango, ha cumplido con todos los requisitos legales concernientes al contrato No. 048 de 1997 cuyo objeto fue el arrendamiento del Estadio Atanasio Girardot para la realización del concierto de “Los nenes de la salsa, con Gilberto Santarosa, Marc Anthony, Jerry Rivera, y Victor Manuelle; el 22 de febrero de 1997 [fl.343 c1].

³⁷ Dictamen pericial solicitado en la demanda: “Que se designen peritos, al servicio de MEDICINA LABORAL, Seccional Antioquia, quienes con fundamento en la historia clínica y en el examen médico que se le practique a la señora NAZLY ALCIRA NAVARRO MEJÍA., determinen la incapacidad definitiva, la merma de la capacidad laboral, las secuelas e incidencias, a que se ha visto sometida la lesionada. Dirán igualmente los peritos si al lesionado le queda alguna limitación, para la práctica de actividades o deporte, en su visión, o alguna limitación frente a los placeres que otorga la vida” [fl.104 c1].

* Copia de los recibos de pago por concepto del arriendo del Estadio Atanasio Girardot [fl.344 c1].

10 Determinados los medios probatorios, la Sala delimita el objeto de la apelación del demandante.

4. Delimitación del objeto de apelación.

11 El análisis de la impugnación de la sentencia del 5 de octubre de 2004 se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte demandante en su recurso, específicamente a la valoración integral de la prueba testimonial con la que se acreditó el daño antijurídico y su imputación a las entidades demandadas, por el desenganche o rompimiento de las barandas en el Estadio Atanasio Girardot por la falta de una adecuada administración y conservación de los escenarios deportivos y recreativos, por parte del INDER, se ha repetido con posterioridad al año 1997. Dicho objeto plantea la formulación de los siguientes problemas jurídicos.

5. Problemas jurídicos.

12 En el presente caso cabe formular cuatro problemas jurídicos teniendo en cuenta el objeto de la apelación: (1) ¿se produjo un daño antijurídico en cabeza de Nazly Alcira Navarro Mejía, con ocasión de los hechos acaecidos el 22 de febrero de 1997 en el estadio Atanasio Girardot de Medellín durante un concierto que se celebraba en sus instalaciones?; (2) si al problema anterior se responde afirmativamente, ¿cabe imputar fáctica y jurídicamente dicho daño antijurídico a las entidades demandadas municipio de Medellín e INDER, o ha operado alguna de las causales eximentes de la responsabilidad, o se produjo una concurrencia de culpas?; (3) si al problema anterior se responde imputando la responsabilidad a las demandadas, ¿cabe reconocer a los demandantes los perjuicios que derivados del daño antijurídico se produjeron por concepto de perjuicios morales, fisiológico y lucro cesante?; y, finalmente, (4) con base en la anterior respuesta, ¿cabe exigir a las llamadas en garantía a reembolsar lo que se llegare a ordenar como condena a indemnizar?

12.1 Lo primero que debe abordarse es la configuración y demostración del daño antijurídico para el presente caso.

6. Presupuestos del daño antijurídico.

6.1. La noción de daño en su sentido general.

13 Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser *antijurídico*. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de *antijurídico* y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo, tal y como lo explica Mazeaud:

“Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido» [...]”³⁸.

13.1 Ahora bien, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual³⁹. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto⁴⁰⁻⁴¹, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio:

“[...] tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia⁴²”.

13.2 La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su

³⁸ MAZEAUD. Lecciones de derecho civil. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510.

³⁹ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.507.

⁴⁰ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

⁴¹ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

⁴² Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

indemnización⁴³. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual⁴⁴.

6.2. La noción de daño antijurídico.

13.3 Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (bienes e intereses), que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.

13.4 Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

13.5 El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁴⁵ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre

⁴³ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado “lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta”.

⁴⁴ HENAO, Juan Carlos, El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

⁴⁵ “[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio⁴⁶; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa⁴⁷; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”⁴⁸, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos⁴⁹; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general⁵⁰, o de la cooperación social⁵¹.

13.6 En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”⁵². Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha

⁴⁶ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁴⁷ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁴⁸ “[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

⁴⁹ “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”. MILL, John Stuart, Sobre la libertad, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153.

⁵⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

⁵¹ Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”. RAWLS, John, Liberalismo político, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279.

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad

señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁵³.

13.7 De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁵⁴.

13.8 Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”⁵⁵. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro,

patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad [sic]”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

⁵⁵ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

determinado o determinable⁵⁶, anormal⁵⁷ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁵⁸.

13.9 Una vez examinados los presupuestos para establecer si se produjo un daño antijurídico, la Sala examina para el caso en concreto si se concretó o no con base en los medios probatorios allegados al proceso.

6.3. El daño antijurídico en el caso concreto.

14 Si bien en el recurso de apelación no se pone en cuestión la demostración y existencia del daño antijurídico, la Sala mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado plenamente el daño antijurídico sufrido por Nazly Alcira Navarro Mejía, con base en los siguientes medios probatorios:

14.1 Copia del resultado de la escanografía de senos paranasales con énfasis en base de cráneo anterior realizada a Nazly Navarro Mejía por el Radiólogo Neuroradiólogo Jorge Andrés Delgado [fls.27 y 28 c1], de acuerdo con el cual:

“[...] En las imágenes axiales se observa fractura de el [sic] piso de la fosa craneana anterior izquierda la cual se extiende al techo de la órbita y de la pared lateral. Niveles hidroaéreos en los senos maxilares probablemente son de origen ‘post-traumático’. En estas zonas no hay fracturas ni lesiones sobre los arcos cigomáticos.

[...]

Los cortes coronales de 1 y 3 mm demuestran múltiples fracturas conminutas en el piso de la fosa craneana anterior no solamente sobre el seno frontal izquierdo sino también en la topografía de la lámina cribosa derecha, región en la cual se observa acumulación de líquido en la porción más antero-inferior del seno frontal derecho. También hay fractura de el [sic] techo de la órbita derecha y del reborde orbitario antero-medial. Dicha fractura se extiende a los huesos propios de la nariz en la región del puente nasal.

CONCLUSION:

Se observan múltiples fracturas. La de mayor tamaño y la más desplazada se encuentra en el techo de la órbita izquierda. Estas líneas de fracturas se extienden hasta la topografía de la crista Gally; en la topografía de la lámina cribosa y en la pared posterior de los senos frontales. En el lado derecho se observa como hay una solución de continuidad hacia el seno frontal topografía en la cual pudiera existir una fístula de líquido encéfalo-raquídeo. Es importante el seguimiento en este caso. También se demostró una fractura del puente nasal y de los rebordes orbitarios sin compromiso de los arcos cigomáticos. En caso de que continúe [sic] la sintomatología se puede recurrir a la comprobación radiográfica de la fístula con instilación intratecal de contraste o al seguimiento clínico del proceso” [fls.27 y 28 c1].

⁵⁶ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

⁵⁷ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

⁵⁸ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

14.2 Copia de la historia clínica expedida por la Clínica Las Américas en donde se señala:

"Historia Clínica

Nazly Navarro Mejía

12-03/1997

Paciente de 38 años quien consultó el 04-03-97 por 13 días de evolución de politraumatismo al caer de un balcón en el estadio. Al examen físico se encontró una paciente consciente, orientada, con edema moderado en cara y ambos brazos enyesados.

El trauma inicialmente fue atendido en el ISS donde se manejaron sus fracturas de antebrazo y fue evaluado al parecer por el neurocirujano. Tuvo una fístula de LER que duró 8 días.

Posteriormente consultó a neurocirujano particular quien le ordeno TAC de senos paranasales para evaluar fractura que ocasiono la fistula.

Con ese TAC entonces concurrió a esta consulta.

En definitiva a la paciente se le encontró:

- 1. Fractura frontal a nivel de reborde superior orbitario derecho e izquierdo.*
- 2. Fractura frontal a nivel de reborde superior orbitario izquierdo, en su tercio más distal que se continuaba hacía arriba hasta región temporal volviendo nuevamente a hacerse frontal en la parte superior de dicho frente y sobrepasa la línea media.*
- 3. Fractura apófisis frontal izquierda en su unión con el molar.*
- 4. Fractura de huesos propios nasales.*
- 5. Fractura maxilar derecha a nivel de reborde infraorbitario que se continúa con el piso de la órbita [Tipo lefort II]*
- 6. Fractura maxilar izquierda que se continúa con el piso de la órbita izquierda a nivel del agujero infraorbitario [Tipo lefort II].*
- 7. Daño de ambos nervios infraorbitarios.*
- 8. Fracturas de la base anterior del cráneo.*
- 9. Fractura del seno maxilar derecho.*
- 10. Disfunción cráneo facial [Tipo lefort III]*

Por tal motivo la paciente fue llevada a cirugía el 7-03-1997 a los 16 días del trauma realizándose:

- 1. Exploración fractura maxilar derecho con colocación de malla de prolene en piso de la órbita.*
- 2. Exploración fractura maxilar izquierda con osteosíntesis en miniplacas de 4 tornillos y colocación de malla de prolene en el piso de la órbita.*
- 3. Exploración y osteosíntesis de función reborde supraorbitario izquierdo miniplacas 2 tornillos.*
- 4. Exploración y osteosíntesis en unión de [ilegible] frontal del molar con frontal izquierdo, miniplacas 2 tornillos. [Ilegible]*
- 5. Reducción de la función nasal*

La paciente ha evolucionado satisfactoriamente.

Requerirá nuevo procedimiento bajo anestesia general para retirar cráneo suspensión."

Dicho relato de la historia clínica es firmado por médico cuyo nombre es ilegible, sin embargo su registro medico es 4613 y su cédula N° 24316804. [fls. 29-31, C. 1].

14.3 Copia del certificado de incapacidad número 2823379, expedido por el Instituto de los Seguros Sociales el 23 de febrero de 1997, de Nazly Navarro Mejía por treinta [30] días [fl.32 c1].

14.4 Copia de los certificados de incapacidad número 2994816, de 4 de mayo de 1997 y 2985737, de 3 de abril de 1997, concedido a Nazly Navarro Mejía por treinta [30] días cada uno [fl.33 c1].

14.5 Testimonio rendido por Diana Patricia Sepúlveda Vásquez [fls.296 y 301 c1], según el cual:

“[...] Ella se fracturó las dos manos, tuvo varios golpes en la cabeza, se le quebraron los huesos de los pómulos, múltiples golpes en la cara no recuerdo más [...] PREGUNTADA: Para la época del accidente Nazly vivía con la mamá y los hermanos o en casa independiente? CONTESTO: Con la mamá y los hermanos [...]” [fls.296 a 301 c1, subrayado fuera de texto].

14.6 Testimonio rendido por Clara Inés Álvarez Mesa [fls.305 a 307 c1], según el cual:

“[...] Lo que me acuerdo, yo estaba con Claudia hablando y cuando menos pensamos ya Nazly estaba abajo tirada y como mucha gente allá abajo, y no, se muy bien como pasaron los hechos, ya nosotros salimos corriendo como a auxiliarla [...] Si las lesiones se que las dos manos y la cara también estaba como también estaba fracturada y no se quien cubrió los gastos” [fls.305 y 306 c1, subrayado fuera de texto].

14.7 Testimonio rendido por Oscar Darío Herrera Restrepo [fls.309 a 316 c1], según el cual:

“[...]Si [sic], ella sufrió se le partieron los dos brazos, y tuvo lesiones en la cara, se le tuvo que reconstruir los pómulos [...]” [fls.309 a 314 c1, subrayado fuera de texto].

14.8 Finalmente, se cuenta con el Oficio, JRCIA número 1271-02, de 8 de octubre de 2002, de la Secretaria Técnica de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia [fl.330 c1], con el que se allegó dictamen que otorgó la Junta a Nancy Alcira Navarro Mejía, con unos índices de deficiencia del 6.78%, discapacidad del 1.00% y de minusvalía del 2.50%, para un total de 10.28% de incapacidad permanente parcial [fl.331 ambas caras c1].

15 Así pues, la Sala encuentra probado el daño que sufrió la señora Nazly Navarro Mejía a consecuencia de la caída desde una de las tribunas del Estadio Atanasio Girardot, al reventarse o desencajarse los tubos que conformaban la baranda de protección en las graderías.

16 Las lesiones que sufrió la señora Nazly Navarro Mejía, representó para sí misma y para sus familiares una carga no soportable al haberse derivado primeramente un desmedro en la salud de la víctima directa impidiéndole

desarrollar su día a día con total normalidad, derivando en consecuencia que su familia más cercana debió cuidarle en ese momento crítico.

17 Sin embargo, no siendo suficiente con constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas Municipio de Medellín, INDER (Instituto de Deporte y Recreación) y ESPARTA S.A., o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño. Antes de la imputación en el caso concreto, la Sala delimitará los fundamentos de la imputación por la responsabilidad por las lesiones que padeció la señora Nazly Alcira Navarro Mejía.

7. La imputación de la responsabilidad.

7.1. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

18 La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado que consagra en la Carta Política colombiana de 1991 viene a reflejar, sin duda alguna, la consolidación del modelo de Estado Social de Derecho, y la superación de la idea de la irresponsabilidad de la administración pública. Se trata de afirmar los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera que permita lograr un verdadero “garantismo constitucional”⁵⁹.

18.1 Lo anterior no debe extrañar a nadie, ya que la responsabilidad como instituto viene a aflorar, frente al ejercicio del poder de la administración pública, “durante la denominada etapa del Estado-policía (Polizeistaat) cuando aparece el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a los particulares

⁵⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

como consecuencia del ejercicio del poder”⁶⁰. Por el contrario, cuando se llega al modelo del Estado Social de Derecho, la premisa nos lleva a la construcción de los clásicos alemanes administrativistas según la cual la administración pública ya no está llamada a “no” reprimir o limitar las libertades, sino a procurar su eficaz, efectiva y proporcional protección, de tal manera que el Estado debe obedecer al cumplimiento de obligaciones positivas con las que se logre dicha procura, de lo contrario sólo habría lugar a la existencia de los derechos, pero no a su protección.

18.2 La premisa inicial para abordar el tratamiento del régimen de responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que en la construcción del régimen de responsabilidad, la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia, sin que pueda afirmarse que con ello se llegue a concluir que desde la nueva carta constitucional el régimen se orienta hacia una responsabilidad objetiva⁶¹.

18.3 En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos⁶² y del

⁶⁰ “En la base de la teoría estaba la consideración de que muchas actuaciones del poder no se diferenciaban en absoluto de las que hubiese podido realizar un particular”. GARRIDO FALLA, Fernando. “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en Revista de Administración Pública. No.119, mayo-agosto, 1989, p.8.

⁶¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

⁶² Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor consideró: “La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados

derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “ius cogens”.

Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio “pro homine”⁶³, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos⁶⁴. Cabe, por lo tanto, examinar cada uno de los elementos con base en los cuales se construye el régimen de responsabilidad

partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No.131, 2011, p.920. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano contra Chile argumentó: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

⁶³ En la jurisprudencia constitucional colombiana dicho principio se entiende como aquel que “impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

⁶⁴ Principio que “impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos”, del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No.5, párrafo 46.

extracontractual del Estado, fundado en el artículo 90 de la Carta Política: el daño antijurídico, y la imputación⁶⁵.

18.4 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁶⁶ de la responsabilidad del Estado⁶⁷ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁶⁸ y de su patrimonio⁶⁹, sin distinguir su condición, situación e interés⁷⁰. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”⁷¹. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁷²; los daños cubiertos por la

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. En la jurisprudencia constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁶⁸ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”.

⁷⁰ Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

⁷¹ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “*Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français*”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “*Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique*”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

⁷² MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120. “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un

responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”⁷³.

18.5 De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”⁷⁴. La constitucionalización de la responsabilidad del Estado no puede comprenderse equivocadamente como la consagración de un régimen objetivo, ni permite al juez contencioso administrativo deformar el alcance de la misma.

18.6 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁷⁵ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁷⁶ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo⁷⁷, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera

instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”.

⁷³ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

⁷⁴ RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en Revue de Droit Public, 1951, p.685; BENOIT, Francis-Paul. “Le regime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en JurisClasseur Administratif. Fasc. 700, 715, 716, 720, No.1178, 1954, p.1.

⁷⁵ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

⁷⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

⁷⁷ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de

acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012⁷⁸ y de 23 de agosto de 2012⁷⁹.

18.7 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁸⁰, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico [que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional]. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado⁸¹ según la cláusula social así lo exigen”⁸².

18.8 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁸³, según el cual, la

él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

⁷⁸ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁷⁹ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁸⁰ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

⁸¹ “[...] El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <<racionalidad formal>> y la <<racionalidad material>> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <<racionalidad formal>>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <<racionalidad material>> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales –no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones –equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho” [subrayado fuera de texto]. FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, 7ª ed, Trotta, Madrid, 2010, p.22.

⁸² Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁸³ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se

indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁸⁴. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁸⁵.

18.9 En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁸⁶. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁸⁷.

18.10 Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”⁸⁸. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de

llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁸⁴ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁸⁵ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁸⁶ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

⁸⁷ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁸⁸ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad⁸⁹, donde será determinante la magnitud del riesgo⁹⁰ y su carácter permisible o no⁹¹. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad [no afecte a la calidad de la actividad], sí incide en el nivel de la actividad [incide en la cantidad de actividad] del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad [el nivel óptimo] y, con ello, la causación de un número menor de daños”⁹².

18.11 Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación [desde la perspectiva de la imputación objetiva] a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁹³ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas

⁸⁹ “[...] Varios factores, como el acelerado desarrollo industrial y la intervención del Estado en la economía, pusieron en jaque a diferentes nociones y conceptos de la sociedad liberal clásica, sin mencionar los cambios en el paradigma filosófico, con la consolidación de la filosofía analítica como la escuela dominante de pensamiento. El problema de la causalidad jugó un papel muy importante en espolear este tipo de visión filosófica. En particular, la obra de H.L.A. HART y ANTHONY HONORÉ sobre la causalidad desde la perspectiva de la filosofía analítica demostró que la “dogmática tradicional (principalmente ocupada de la coherencia y la explicación de la doctrina de la responsabilidad extracontractual) se había agotado así misma”” [subrayado fuera de texto]. FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.25 y 26.

⁹⁰ “[...] Para una teoría adecuada, entonces, propone conceptualizar el estándar de debido cuidado (en su concepto, el fundamento de la compensación), en términos de una imposición razonable de riesgos, en vez de una imposición racional de riesgos, de una forma que determine estándares de conducta y sea compatible con el contrato social”. FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual, ob., cit., p.103.

⁹¹ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 14170.

⁹² MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁹³ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas,

razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁹⁴ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁹⁵.

18.12 En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁹⁶ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁹⁷. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro [situación de peligro generante del deber] y no le presta ayuda [no realización de la acción esperada]; posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano [capacidad individual de acción]. La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha

fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁹⁴ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁹⁵ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “[...] la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁹⁶ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁹⁷ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁹⁸.

18.13 En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la

⁹⁸ A lo que se agrega por el mismo precedente: “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss)”. Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”⁹⁹.

18.14 Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal¹⁰⁰, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse [...] que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”¹⁰¹, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho¹⁰².

18.15 Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo criterio de motivación de la imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁰³, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar, en primer lugar, en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos¹⁰⁴, que en

⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

¹⁰⁰ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

¹⁰¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

¹⁰² “[...] el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308.

¹⁰³ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

¹⁰⁴ Merkyl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio

muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo [probatoriamente] se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

“[...] en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”¹⁰⁵.

18.16 Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo¹⁰⁶ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

¹⁰⁵ “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

¹⁰⁶ “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa»”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

19 En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación [desde el ámbito fáctico y jurídico]. Conforme al anterior esquema se analizará el régimen de responsabilidad por espectáculos públicos, si opera alguna de las eximentes de responsabilidad como premisa inicial del juicio de imputación, para una vez ello determinar la atribución fáctica y jurídica en el caso en concreto.

7.2. La responsabilidad del Estado derivada de la realización o celebración de espectáculos públicos.

20 El régimen de responsabilidad del estado derivada de la realización o celebración de espectáculos públicos doctrinalmente se encuadra bajo el concepto de “generación de un riesgo (título de imputación), que exige una especial y reforzada diligencia administrativa en la prevención de eventuales resultados lesivos. El nudo gordiano de la cuestión está en esos dos factores: por un lado el riesgo, por otro la diligencia preventiva. La imputación del resultado lesivo a la Administración vendrá por la organización de un festejo de forma imprudente o negligente, como consecuencia: (i) de la ausencia de medidas preventivas o de un dispositivo de seguridad¹⁰⁷; (ii) de su insuficiencia; o, (iii) de su mal funcionamiento¹⁰⁸109. Sin embargo, se considera que “la organización de una

¹⁰⁷ “Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 10 de octubre de 2003 [...] *hay una relación de causa a efecto entre el daño corporal citado y el servicio de festejos, puesto que de las mencionadas actuaciones penales queda acreditado que el equipo eléctrico empleado por el grupo musical que actuaba producía chispas y una de las mismas alcanzó al demandante en un ojo causándole lesiones. Tanto el emplazamiento de ese grupo como la verificación del funcionamiento de todo el equipo eléctrico correspondía a quien organizaba el festejo popular, esto es, al Ayuntamiento demandado, ya que el mismo promovió, planificó e implementó esa actividad lúdica y debería haber adoptado las medidas necesarias de seguridad en general y las de correcto funcionamiento de las instalaciones de todo tipo que serían usadas por los componentes del grupo y por el público asistente*”. Citada en BLANQUER CRIADO, David, “Responsabilidad patrimonial de la administración por daños sufridos en fiestas populares y espectáculos”, en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir), *La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo blanc, Valencia, 2009, p.1509.

¹⁰⁸ “Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1984 [...] *la realización de un encierro de reses bravas dentro de una población implica un claro riesgo para muchos de sus moradores, aunque no piensen aproximarse a las reses, con la consiguiente responsabilidad por riesgo para quienes lo organizan, como el Ayuntamiento demandado, y es conforme a la justicia distributiva que la coacción social y consiguiente responsabilidad que impone la asunción de peligros por los perjudicados sea desplazada sobre aquel que, si bien de forma lícita y permitida, ha creado riesgos (...) no es procedente alegar infracción alguna del art. 1905 del C. Civ, por la sentencia recurrida, respecto de cuyo precepto ha declarado la Sala – S. de 26 enero 1972- que declara una responsabilidad <<totalmente objetiva>>, y en el supuesto <<sub iudice>> nada se probó acerca de una conducta del lesionado y fallecido que pudiera calificarse de culposa y menos con la exclusividad que postula el recurso, pues los hechos probados acusan un defecto en el control de las reses por parte de los dependientes de la Corporación demandada, defecto suficiente no ya para declarar una responsabilidad por riesgo con visos de objetiva, sino incluso para sostener una responsabilidad subjetiva o por culpa <<in operando>>*”. BLANQUER CRIADO, David, “Responsabilidad patrimonial de la administración por daños sufridos en fiestas populares y espectáculos”, ob., cit., pp.1509 y 1510.

fiesta popular no es por sí sola razón suficiente de imputación al Ayuntamiento de todos los resultados lesivos que se produzcan durante la celebración de la fiestas. Cuando la creación del riesgo está aparejada a la adecuada organización y la correcta ejecución de un sistema suficiente y razonable de seguridad, la eventual producción de un siniestro durante la celebración de un festejo local no permite imputar el resultado lesivo a la Administración”¹¹⁰.

21 De otra parte, para el análisis de la imputación debe examinarse la libre decisión de participación de las personas en los espectáculos públicos y la representación y asunción de riesgos derivados de los mismos. En ese sentido, se considera que “hay que ponderar la trascendencia de la autónoma y espontánea decisión de participar en una fiesta que implica ciertos riesgos que son inherentes a la actividad lúdica, pero que no está prohibida; si el riesgo fuera excesivo y desmesurado se prohibiría la fiesta y se anularía la libertad de participar en la misma”¹¹¹. De acuerdo con lo anterior hay que examinar si se produjo un incremento del riesgo imputable a quien participa en el espectáculo público¹¹²; o si el mismo incremento resulta de las particularidades de cada espectáculo¹¹³; o, si ese incremento es imputable a la administración pública¹¹⁴.

¹⁰⁹ BLANQUER CRIADO, David, “Responsabilidad patrimonial de la administración por daños sufridos en fiestas populares y espectáculos”, ob., cit., p.1510. “[...] En línea general de principio, debe ser cauto y prudente, así como diligente en la adopción de las adecuadas medidas de seguridad., el Ayuntamiento que organiza un festejo en el que concurren factores generales de riesgo (la concentración de un elevado número de personas), y todavía más precavido cuando hay elementos singularmente peligrosos (bien por la presencia de vaquillas o novillos, bien por el uso de artefactos pirotécnicos”.

¹¹⁰ BLANQUER CRIADO, David, “Responsabilidad patrimonial de la administración por daños sufridos en fiestas populares y espectáculos”, ob., cit., pp.1511 y 1512. “[...] Por ejemplo, que el Ayuntamiento haya organizado un festival folclórico no significa que se le pueda imputar el resultado lesivo causado por las quemaduras sufridas por quienes, después de terminada esa actividad, realizaron una <<quemada>> que se desarrolló de forma imprudente. En este punto conviene distinguir con toda claridad los siniestros acaecidos <<con ocasión>> de una fiesta, y los siniestros ocurridos <<como consecuencia>> de la misma. No son imputables los resultados lesivos en los que hay simple coincidencia fáctica (<<con ocasión>>); únicamente lo son cuando hay relación de causalidad y un título de imputación (<<como consecuencia>>). El resultado no se imputa a la municipalidad por organizar una fiesta en la que concurre algún riesgo, sino por ser negligente en la disposición de los medios necesarios para racionalizar ese riesgo”.

¹¹¹ BLANQUER CRIADO, David, “Responsabilidad patrimonial de la administración por daños sufridos en fiestas populares y espectáculos”, p.1518. “[...] Los ciudadanos mayores de 18 años son sujetos enteramente libres y por tanto responsables de sus decisiones, por lo que no pueden ser tratados a la vez como sujetos plenamente irresponsables de su ejercicio de la libertad. Sería incluso contrario a la dignidad de esas personas mayores de 18 años, que la Administración Pública asumiera una función paternalista, el papel de nodriza que vela por la seguridad de un niño menor de edad. La función natural del Ayuntamiento no es proteger a los ciudadanos de sí mismos”.

¹¹² BLANQUER CRIADO, David, “Responsabilidad patrimonial de la administración por daños sufridos en fiestas populares y espectáculos”, ob., cit., p.1546. “[...] El incremento de riesgo puede estar vinculado a la transformación del pasivo espectador del festejo, en activo e imprudente participante”.

¹¹³ BLANQUER CRIADO, David, “Responsabilidad patrimonial de la administración por daños sufridos en fiestas populares y espectáculos”, ob., cit., p.1547. “[...] Hay casos límite en los que no es del todo claro quién incrementa el riesgo. Así sucede en las actividades festivas extraordinariamente arriesgadas, en las que tiene fundamento afirmar que el participante es libre de asumir el riesgo o de rechazarlo, pero también es razonable el argumento de que la Administración no debe tolerar riesgos desorbitados y debe prohibirlos, por lo que en caso de no establecer esa interdicción genera un incremento del riesgo. En determinadas circunstancias, las particularidades de la fiesta determinan por sí mismas un incremento del riesgo inherente a

22 Así mismo, en la doctrina se sostiene que hay “que distinguir los riesgos inherentes a la actuación de la Administración Pública adoptando medidas de seguridad al organizar un festejo (<<riesgo inherente al servicio público>>), de los riesgos ajenos a esa burocracia que se producen en el normal transcurrir de la vida cotidiana (<<riesgo general de la vida>>)”¹¹⁵.

23 De igual forma, debe estudiarse la responsabilidad del Estado cuando se autoriza la realización o celebración de un espectáculo público, que “comporta una previa actividad material de comprobación de la ausencia de riesgos, o de la adecuada adopción de las correspondientes medidas de seguridad”¹¹⁶, eventos en los cuales si bien puede haber actuado como organizador y realizador del espectáculo público un sujeto privado, no se desvirtúa o pone en cuestión la responsabilidad que le cabe al Estado desde la perspectiva del deber de vigilancia de los lugares, sitios e instalaciones públicas¹¹⁷.

24 Finalmente, cuando la administración pública contrata con tercero la realización o celebración de un espectáculo público, y aunque “la negligencia o la imprudencia sea imputable al contratista y no a la municipalidad, en la práctica ello no basta para exonerar al Ayuntamiento de sus obligaciones de supervisión y control de la actividad del contratista”¹¹⁸.

todo festejo, incremento de tal entidad que la Administración deviene obligada a reforzar la cautela y diligencia en la adopción de las pertinentes medidas de seguridad”.

¹¹⁴ BLANQUER CRIADO, David, “Responsabilidad patrimonial de la administración por daños sufridos en fiestas populares y espectáculos”, ob., cit., p.1548. “[...] Si bien es cierto que la decisión libre y voluntaria de participar en un festejo implica asumir los riesgos que comporta, la situación cambia cuando por causas imputables a la Administración se produce un incremento de riesgo, que puede determinar la concurrencia de responsabilidades”.

¹¹⁵ BLANQUER CRIADO, David, “Responsabilidad patrimonial de la administración por daños sufridos en fiestas populares y espectáculos”, ob., cit., p.1532. “[...] El problema central es decidir si el riesgo inherente a las fiestas es imputable a la Administración Pública por el hecho de ser la organizadora del festejo (<<riesgo inherente al servicio público>>), o si por el contrario el resultado lesivo es imputable al vecino que libremente participa en la fiesta y asume el consiguiente peligro (<<riesgo inherente al festejo>>)

¹¹⁶ BLANQUER CRIADO, David, “Responsabilidad patrimonial de la administración por daños sufridos en fiestas populares y espectáculos”, ob., cit., p.1553. “[...] Tampoco se exonera el Ayuntamiento cuando consiente y tolera la actividad festiva que se desarrolla en la vía pública en una situación jurídicamente precaria, por no haberse otorgado formalmente la correspondiente autorización de policía y de ocupación privativa del dominio público municipal”.

¹¹⁷ BLANQUER CRIADO, David, “Responsabilidad patrimonial de la administración por daños sufridos en fiestas populares y espectáculos”, ob., cit., p.1553. “[...] Es posible que por razón de las particulares circunstancias concurrentes, no se pueda deslindar si la responsabilidad pesa exclusivamente sobre el tercero que ha organizado el festejo, o si cabe imputar a la municipalidad una cierta dosis de responsabilidad, por haberse producido un mal funcionamiento de la Administración en la vigilancia de los lugares públicos

¹¹⁸ BLANQUER CRIADO, David, “Responsabilidad patrimonial de la administración por daños sufridos en fiestas populares y espectáculos”, ob., cit., pp.1551, 1563 y 1567. “[...] A juicio de la jurisprudencia, hay una responsabilidad de la Administración Pública derivada de la desacertada elección del contratista imprudente o negligente (<<culpa in eligendo>>), o de la ineficaz supervisión del cumplimiento de sus obligaciones contractuales (<<culpa in vigilando>>). Ahora bien, esa orientación jurisprudencial es discutible pues tiende a transformar en obligaciones de resultado, las que derivan de la actividad de supervisión del cumplimiento del contrato, máxime cuando ni siquiera es la Administración quien adjudica el contrato a quien lo ejecuta. Si la

25 En la jurisprudencia del Consejo de Estado la construcción de este régimen de responsabilidad tiene los siguientes hitos.

25.1 En la sentencia de 2 octubre de 1997 [expediente 10357¹¹⁹] la Sección Tercera argumentó que a una administración pública distrital le corresponde con base en deberes normativos expresos “expedir los permisos para la realización y ejercer vigilancia en la presentación de espectáculos públicos a fin de que se observen todos los requisitos para este tipo de eventos”. Como segundo criterio, en la mencionada providencia se agrega que debe la administración pública ejercer el “control efectivo sobre la adopción de medidas de seguridad para la presentación del espectáculo que autorizaba”, máxime cuando tiene conocimiento de los riesgos que puede entrañar el mismo¹²⁰ [argumentación que es seguida por la Sub-sección C en la sentencia de 20 de octubre de 2014¹²¹, expediente 27136].

25.2 La Sub-sección A de la Sección Tercera en la sentencia de 7 de abril de 2011 [expediente 20750], agrega como criterios: (1) se debe examinar si la competencia para programar y organizar un espectáculo público [v.gr., para el caso una competencia de motociclismo de velocidad en el que fue atropellada una persona] estaba radicada en la autoridad pública demandada; (2) si en la organización hubo improvisación que derivó en que “no fue posible planificar y menos adoptar medida de precaución y/o seguridad alguna tendiente a garantizar la vida e integridad tanto de los espectadores como de los competidores”¹²²

municipalidad adoptó la forma adecuada las correspondientes medidas de seguridad, y existe certeza sobre la negligencia o la imprudencia del contratista, carece de fundamento derivar la responsabilidad para atribuirle a la Administración [...] Cuando se realizan actividades de riesgo la Administración debe ser especialmente cautelosa en la elección de la empresa o las personas a las que encomienda el desarrollo de esas tareas [...] en primer lugar hay que distinguir si hay un vínculo formal entre el Ayuntamiento y el tercero que concurre en la causación del resultado lesivo, o si por el contrario no hay nexo formalizado; de haberlo, lo normal es que se trate de un vínculo contractual, con la particularidad ya comentada de que no son contratos administrativos sino privados”.

¹¹⁹ Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre de 1990, expediente 5702.

¹²⁰ Sección Tercera, sentencia de 2 de octubre de 1997, expediente 10357. Para el caso en concreto reflexionó de la siguiente manera: “[...] Razonablemente puede afirmarse que la Administración no habría concedido el permiso para el espectáculo en la modalidad en que se ejecutó de haberlo sabido y si así fuere habría exigido, porque era su deber, la adopción de medidas especiales de protección y seguridad, por mínimas que fueran para evitar lamentables consecuencias. Pero la Administración concedió el permiso y sin él nada habría ocurrido, y la Administración no ejerció control ni vigilancia con cuyo ejercicio tampoco habría sobrevenido la tragedia. Entonces, parece lógico afirmar que la falla de la Administración consistente en la ligereza para otorgar el permiso de funcionamiento puede tenerse como causa determinante del daño reclamado y establecido el nexo causal requerido para imputar la responsabilidad demandada”.

¹²¹ Relacionada con la “agresión de un oso” a una menor durante el espectáculo circense *Hollywood on Ice* el 1 de julio de 1996.

¹²² Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 7 de abril de 2011, expediente 20750. “[...] como por ejemplo realizar el despeje de los vehículos automotores que se encontraban parqueados en la vía por donde se iba a desarrollar la competencia, no se instalaron vallas ni cintas de seguridad que impidieran el paso de los peatones a la vía, máxime si se tiene en cuenta que los vehículos en competencia podían alcanzar velocidades

25.3 A su vez, la Sub-sección B de la Sección Tercera en la sentencia de 26 de abril de 2012 [expediente 18166], a los anteriores criterios incorpora los siguientes: (1) el “título de imputación aplicable en estos casos es el de falla del servicio pues es necesario acreditar el incumplimiento de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada que opera como causa eficiente o determinante en la producción del daño”; (2) en la “medida en que el desarrollo de este tipo de actividades comporta ciertos riesgos derivados, por ejemplo, de la concentración en un mismo lugar de un número elevado de personas, de la venta y consumo de licor o de la utilización de pólvora, la responsabilidad extracontractual del Estado resulta comprometida cuando sus autoridades no disponen oportuna y eficazmente de los medios a su alcance para prevenirlos y conjurarlos”; (3) sin perjuicio de lo anterior, sigue la misma providencia, “aún en el evento de que se presenten fallas en los deberes de prevención, control y vigilancia de los riesgos asociados a la celebración de fiestas populares y espectáculos públicos, el Estado no será llamado a reparar si la parte demandada logra acreditar que el daño es consecuencia de un evento imprevisible o irresistible o de la actuación de la propia víctima que libremente asume el riesgo de participar en los festejos, o que exhibe un comportamiento negligente o imprudente”; (4) la utilización de cierto material durante la celebración de un espectáculo público o festividad [v.gr., para el caso la de la virgen del Carmen] “no constituye, en sí misma, evidencia de la falla del servicio alegada”; (5) el “incumplimiento de las obligaciones de prevención, vigilancia y control establecidas en la normatividad aplicable no es la única omisión capaz de comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños sufridos en fiestas populares. También la falta de una adecuada y completa reglamentación que reduzca los riesgos asociados a la realización del festejo, puede conducir al mismo resultado”¹²³.

superiores a los 120 kilómetros por hora; la única medida en ese sentido fue la persuasión realizada por los pocos efectivos policiales para tratar de impedir el paso de los espectadores a la vía, no obstante la cantidad de agentes de la Policía en la localidad resultaba insuficiente para controlar de manera adecuada a los concurrentes al espectáculo público”.

¹²³ Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 26 de abril de 2012, expediente 18166. “[...] 33. La falta de esa adecuada reglamentación sin duda es constitutiva de falla del servicio pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución Política, las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes. Además, debe señalarse que el artículo 91 de la Ley 136 de 1994 faculta expresamente al alcalde municipal para “[d]ictar dentro del área de su competencia, los reglamentos de policía local necesarios para el cumplimiento de las normas superiores, conforme al artículo 90., del Decreto 1355 de 1970 y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen”. 34. Así las cosas, la Sala considera que, dado el riesgo que comporta el uso de pólvora detonante en medio de una festividad caracterizada por la asistencia masiva de público y la venta y consumo de licor, el municipio de Segovia tenía el deber de adoptar medidas para restringir razonablemente el uso de este elemento y proteger la vida y la integridad física de quienes participaban de las distintas actividades realizadas en honor a la virgen del Carmen. El incumplimiento de este deber compromete su responsabilidad patrimonial y administrativa

26 Después de establecida la jurisprudencia contencioso administrativa en materia de responsabilidad del estado derivada de la realización o celebración de espectáculos públicos, la Sala procede a examinar el cumplimiento de las obligaciones normativas y contractuales por parte del municipio de Medellín, el INDER y de ESPARTA S.A.

7.3 Análisis del cumplimiento de las obligaciones normativas y contractuales por parte del municipio de Medellín, el INDER (Instituto de Deporte y Recreación) y ESPARTA S.A.

27 Le corresponde a la Sala realizar las consideraciones pertinentes a las obligaciones que se radicaban en cabeza de las partes demandadas al momento de los hechos. En otras palabras, verificar si se configuró alguna competencia en relación con el despliegue de deberes de seguridad y de protección por las entidades demandadas.

27.1 Así pues, la señora Nazly Alcira Navarro Mejía sufrió severas lesiones en cabeza y miembros superiores, en el marco de un concierto de salsa realizado en el Estadio Atanasio Girardot de la ciudad de Medellín el 22 de febrero de 1997; dicho evento fue autorizado por el INDER (así se evidencia del contrato de arrendamiento No. 048 de 1997¹²⁴ celebrado entre la mencionada entidad y el empresario Espectáculos Artísticos de Antioquia S.A. [ESPARTA S.A.¹²⁵] quien fuera la sociedad organizadora de dicho espectáculo, que celebró el mencionado contrato en desarrollo de su objeto social, el que se circunscribía a:

*“La sociedad tendrá como objeto principal las siguientes actividades:
La inversión de capitales en la explotación mediante su montaje, adquisición o administración de establecimientos recreativos y de servicio como: Grilles, restaurantes, Bares y similares, Hoteles, Gimnasios, clubes, casa de banquetes y afines.”*

27.2 Ahora bien, le corresponde a la Sala verificar las obligaciones legales y contractuales del organizador privado del concierto denominado ESPECTACULOS ARTISTICOS DE ANTIOQUIA S.A. – o con siglas ESPARTA S.A. sociedad la cual dentro del proceso se acredita mediante certificado de existencia y representación

puesto que está demostrado que de haber adoptado una reglamentación adecuada para el uso de la pólvora detonante, el daño antijurídico sufrido por los demandantes se hubiera podido evitar”. Puede verse Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de enero de 2012, expediente 22318.

¹²⁴ Visible a folios 43 – 47, del Cuaderno primero.

¹²⁵ Nombre que aparece en el certificado de existencia y representación, expedido por la Cámara de Comercio de Medellín. [fls. 76 - 80, C. 1].

expedido por la Cámara de Comercio de Medellín¹²⁶. Así pues, la sociedad anónima ESPARTA en su calidad de organizador del evento de salsa suscribió contrato de arrendamiento No. 048 de 1997 con el Instituto de Deportes y Recreación –INDER, solamente por el día 22 de febrero de 1997 [día del evento] comprometiéndose contractualmente según en el parágrafo de la cláusula tercera a *“EL ARRENDATARIO se compromete a: Iniciar el Concierto en la hora señalada y mantener en las puertas de control para el ingreso al estadio, personal de taquilla y acomodo con capacidad, experiencia y manejo del público”*. En consecuencia, se concluye que dicho empresario debía contar con personal experto en logística de eventos, para cumplir funciones propias de seguridad, control, vigilancia; y por supuesto controlar el ingreso de bebidas alcohólicas, sustancias psicoactivas, armas; y en general todo elemento que llegaré a representar un peligro para los asistentes al concierto. En este orden de ideas, y en el desarrollo de este tipo de eventos es de esperarse euforia por parte del público que espera ver a sus ídolos; y si a ésa circunstancia se le agregan sustancias o elementos, como los balones que fueron lanzados al público para estimular sus sentidos y así generar aún más euforia entre los asistentes; era por lo tanto, necesario un mayor control y vigilancia por parte de los organizadores ante lo cual la Sala haya probada el inadecuado control por parte de los organizadores ante la completa previsibilidad que en consecuencia se presentare algún tipo de disturbio o lesiones a los asistentes. En conclusión en el desarrollo de espectáculos se espera un comportamiento eufórico sin embargo este no puede ser exacerbado.

27.3 En relación con esto último es procedente señalar que del público asistente a eventos se espera un determinado comportamiento, así se consagra en el Decreto 1355 de 1970 *“Por el cual se dictan normas sobre policía” artículo 137.- Los espectadores están obligados a guardar la compostura y el decoro debidos*. Norma que fue demandada inconstitucionalmente y fue declarada exequible, mediante sentencia C-435/13 que señaló:

“Teniendo en cuenta las consideraciones de esta sentencia, la Corte señala que exigir cierto comportamiento a las personas con el fin de permitir a los demás asistentes gozar tranquilamente de un espectáculo, no constituye una violación del núcleo esencial de los derechos que se consideran vulnerados en la demanda. En efecto, la obligación se impone en un contexto específico, diferente al ámbito privado. Cuando los individuos conviven en una sociedad, es completamente legítimo y constitucional permitirles ejercer sus derechos y libertades, siempre que esto no interfiera con los derechos y las libertades ajenas. Entre más privado sea el ámbito en el que se ejercen dichos derechos, más cuestionable será una intervención encaminada a

¹²⁶ Visible a folios 76 – 80, Cuaderno 1.

restringirlos, pero en la medida en el que el ámbito se va volviendo público, resulta justificado establecer ciertos límites a los derechos y a las libertades para prevenir perturbaciones que impidan esta actividad social.

4.4.4. Contrariamente a lo que parece desprenderse de la demanda, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la recreación no se garantizan consintiendo que los espectadores actúen de cualquier manera sino permitiendo que puedan ver, escuchar y disfrutar del espectáculo sin ser molestados por las actuaciones de otras personas que perturben esta actividad.

El hecho de exigirle a los espectadores cierto comportamiento para no obstaculizar el goce del espectáculo a los demás asistentes, no incide en su derecho a expresarse ni a desarrollarse de acuerdo con el plan de vida previamente decidido. Además, se trata de una afectación eventual que no se desprende de la norma acusada si no de la aplicación de la misma por parte de las autoridades en cada caso. Por el contrario, exigir un comportamiento respetuoso de los derechos ajenos es acorde con la Constitución, y en especial con el artículo 95.

4.4.5. No hay que olvidar que, tal y como lo consideró la Corte en otras sentencias, “la vida en comunidad conlleva forzosamente el cumplimiento de una serie de deberes recíprocos por parte de los asociados, el primero de los cuales es el de respetar los derechos de los demás. De ello se desprende la consecuencia lógica de que el hombre en sociedad no es titular de derechos absolutos, ni puede ejercer su derecho a la libertad de manera absoluta ; los derechos y libertades individuales deben ser ejercidos dentro de los parámetros de respeto al orden jurídico existente y a los valores esenciales para la vida comunitaria como son el orden, la convivencia pacífica, la salubridad pública, la moral social, bienes todos estos protegidos en nuestro ordenamiento constitucional” [subrayado fuera de texto].

27.4 De lo anterior la Sala concluye que la sociedad ESPARTA S.A. podía exigir un determinado comportamiento del público asistente, sin que implicare un detrimento a los derechos de los espectadores, y por otro lado del público también se esperaba compostura, sin que esto pudiese implicar una limitación indebida a su libertad para concurrir o participar en este tipo de espectáculos públicos.

27.5 Es de resaltar, que es claro para la Sala que a pesar de que en el contrato de arrendamiento ya mencionando, se hallen cláusulas exonerativas de responsabilidad, como la estipulada en el contrato N° 048 DE 1997, “NOVENA: En cumplimiento del objeto de este contrato, EL ARRENDATARIO se compromete a usar dicho inmueble en la condiciones enunciadas en el mismo, sin que pueda derivarse para EL INDER ninguna responsabilidad por daños o perjuicios que se causen a terceros.”

27.6 Sin perjuicio de lo anterior, la demandada INDER no podía desplazar sus obligaciones y deberes normativos, de acuerdo con el decreto 270 de 1996 y con el decreto 1355 de 1970, radicadas especialmente en las funciones, facultades y actividades de planeación, programación, ejecución, y control de las actividades que como la realizada el 22 de febrero de 1997 en el estadio Atanasio Girardot se encuentra debidamente probado.

27.7 Dilucidado lo anterior procede la Sala a la imputación en el caso en concreto.

7.4. Imputación en el caso en concreto.

28 De conformidad con lo expuesto por la Sala en los apartados anteriores, corresponde realizar el juicio de imputación respecto del daño antijurídico ocasionado a Nazly Alcira Navarro Mejía como consecuencia de los hechos acaecidos el 22 de febrero de 1997 durante la realización o celebración del espectáculo público consistente en un concierto de música salsa en las instalaciones del estadio Atanasio Girardot.

29 La Sala con las pruebas existentes en el proceso no encuentra con carácter determinante que la baranda fuera sometida a una fuerza extraordinaria como consecuencia del actuar de las personas, entre ellas Nazly Alcira Navarro Mejía que se encontraban en la localidad de oriental del estadio Atanasio Girardot, en Medellín, examinadas de manera contrastada los testimonios rendidos por Diana Patricia Sepúlveda Vásquez [fls.296 a 301 c1]; por Clara Inés Álvarez Mesa [fls.305 a 307 c1]; por Oscar Darío Herrera Restrepo [fls.309 a 316 c1]; por José Heriberto Juárez Juárez [fls.297, 302 a 305 c1];y, por Martha Luz Álvarez Molina [fls.317 a 323 c1]. De los anteriores testimonios la Sala concluye que la causa del rompimiento de las barandas de protección de las graderías del Estadio Atanasio Girardot se debió a una acción desplegada por José Heriberto Juárez Juárez al apoyarse con sus brazos y manos en la baranda para saltar al foso y recuperar un balón de plástico con el estaban jugando previo o concurrente con el inicio del concierto.

29.1 Lo anterior se colige de la prueba testimonial, el señor José Heriberto Juárez Juárez en su testimonio manifestó:

“Estábamos en el concierto en una gradería en el escalón que esta junto al foso que hay alrededor de la cancha, durante el concierto los organizadores utilizaban unos balones muy grandes que le lanzaban al público en las graderías; un balón de éstos cayó al foso y un [sic] compañero nuestro que se llama Jhon Manuel Marulanda se saltó al foso a subir el balón y volvió y se subió nuevamente a la gradería. Cuando estaba finalizando la actuación del primer artista volvieron y tiraron un balón y volvió y cayó al foso y en esta ocasión fui yo quien saltó al foso, cuando me iba a saltar al foso me apoye [sic] en la baranda y ésta se safo [sic]. De lo siguiente que recuerdo era que Nazly estaba privada en el piso y había otro muchacho que creo que se fracturó creo que fue uno o dos brazos no recuerdo.

[...]

PREGUNTA: Sírvase manifestar si la baranda a la cual usted se refiere en el sentido de que esta se safo [sic] cuando usted se apoyó en la misma, corresponde a la que se le pone de presente a folios 34 y 35 de expediente? El expediente observa las

fotografías y a la pregunta CONTESTO: Si, si es. PREGUNTADO: Cómo explica usted que una baranda de hierro como la que se observa en las fotografías al haberse apoyado usted, se reventara la misma? CONTESTO: Yo pienso que se debe al mal estado o mantenimiento de la baranda. ” [Subrayas fuera de texto] [fls. 297 y 302, C. 1].

29.2 En respaldo de lo anterior, en el testimonio de Oscar Darío Herrera Restrepo quién manifestó:

“Estábamos esperando a que empezara el concierto en las tribunas se estaba jugando con un balón de esos inflables, el balón cayó al foso que separa la tribuna de la cancha entonces José Heriberto fue a bajarse al foso para recoger el balón al apoyarse en la reja, la reja se partió y se fue al foso. Por ese motivo José Heriberto tuvo un esquinse [sic] del tobillo y Nazly fue la más afectada porque ella estaba sujeta a la baranda.

[...]

[...] PREGUNTADO: Las fotos que se le ponen de presente obrantes a folio 34 y 35 corresponden o no, a la baranda y al sitio al que usted se ha venido refiriendo en su declaración? El testigo observa y a la pregunta CONTESTO: Las fotos si corresponden al sector pero en ellas ya se muestra la baranda arreglada.” [Subrayas fuera de texto] [fls. 309 – 310, C. 1].

29.3 Así mismo, Martha Luz Álvarez Molina, manifestó:

[...]

[...] Heriberto fue a recoger el balón, lo volvió a lanzar y volvió a subir hacia la tribuna donde estábamos, subiendo por la baranda. No recuerdo bien si el momento de caerse la baranda fue ahí o fue después, lo que si me acuerdo era que yo también estaba sostenida de la baranda en el momento en que ella se reventó. Recuerdo haber visto a Nazly Tirada en el piso boca arriba [...] [Subrayas fuera de texto] [fl. 317 – 318, C. 1].

30 De lo anteriormente expuesto se concluye que en el *sub lite* no se configuró una fuerza mayor, dado que los elementos propios de esta causal de exoneración no se presentaron el día 22 de febrero de 1997 fecha del acaecimiento de los hechos. En este orden de ideas, la Sala no encuentra probado el elemento de la imprevisión del hecho, toda vez que para que se cumpla con dicho requisito es menester que a pesar de haber sido pensado o imaginado con anticipación, no es esperable al momento en que ocurre. Situación que no se predica en el presente caso ya que en el desarrollo de espectáculos la agitación de masas es perfectamente esperable, por lo mismo, el control de público eufórico; es de hecho un elemento determinante en la organización logística de eventos, espectáculos y más aún en conciertos donde los espectadores se encuentran altamente emocionados por ver a sus ídolos.

Además, es de agregar que si los organizadores del evento lanzan balones inflables a los espectadores con el fin de animar aún más al público debe haber un mayor control sobre éste último. Es decir, los mismos encargados de la logística deben vigilar, controlar e intervenir la forma más adecuada en la que el público pueda o no, recuperar los balones inflables.

31 Finalmente, la Sala resalta que para que un hecho se constituya en fuerza mayor y exonere de responsabilidad se requiere que éste sea único y exclusivo del daño. En otras palabras, se requiere que ése hecho imprevisto, al cual no fue posible resistirse, se considere la causa única, lo que no se concretó en el presente caso, examinadas las pruebas allegadas a este proceso de manera contrastada, coherente y críticamente, en ninguno de sus elementos imprevisibilidad, irresistibilidad y ajenidad.

32 Sin embargo, procede la Sala a verificar la concurrencia para la configuración del daño con la causa extraña del hecho del tercero, dados los comportamientos que se presentaron entre los asistentes al evento, como lo fue el del señor José Heriberto Juárez Juárez, que según testimonio rendido por Oscar Darío Herrera Restrepo ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, manifestó:

“[...] Estabamos [sic] esperando que empezara el concierto en las tribunas se estaba jugando con un balón de esos inflables, el balón cayó al foso que separa la tribuna de la cancha entonces José Heriberto fue a bajarse al foso para recoger el balón al apoyarse en la reja, la reja se partió y se fue al foso. Por eso motivo José Heriberto tuvo un esguinse [sic] del tobillo y Narly fue la más afectada porque ella estaba sujeta a la baranda, la baranda al reventarse se la llevó al foso y cayó encima.”

32.1 En respaldo de lo anterior, el testimonio de Martha Luz Alvarez Molina¹²⁷; quien señaló:

“[...] Heriberto fue a recoger el balón, lo volvió a lanzar y volvió a subir hacia la tribuna donde estábamos, subiendo por la baranda. No recuerdo bien si el momento de caerse la baranda fue ahí [sic] o fue después, lo que si recuerdo era que yo también estaba sostenida en la baranda en momento en que ella se reventó [...]”

32.2 A efectos de que opere el hecho del tercero como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de este tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho del tercero tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por este sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la acción determinante, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación del tercero.

¹²⁷ Visible a folio 317 del Cuaderno 1.

32.3 Es acertado que algunas decisiones sostengan que no se requiere que el hecho del tercero sea culposo para que proceda como eximente, y por otra parte, se tiene como exigencia que la causa [a actuación del tercero] sea adecuada. También se indica que corresponde a la entidad demandada probar los elementos constitutivos de este eximente de responsabilidad¹²⁸.

32.4 La problemática que plantea el hecho del tercero radica en su análisis desde la óptica de la causalidad, o bien en el marco de la tendencia moderna de imputación objetiva, o en la construcción de los deberes positivos del Estado. Sin embargo, la tendencia es a reducir la discusión a la determinación de las condiciones para que el hecho del tercero opere, y si cabe exigir que se reúnan las mismas condiciones que para la fuerza mayor. Esto resulta equivocado, si nos atenemos a los presupuestos inicialmente tratados en la ponencia, ya que sería valorar el hecho del tercero desde la perspectiva propia al debate de la causalidad, de la determinación de si causalmente como eximente tiene la entidad para producir la ruptura de la “superada” relación de causalidad, cuyo lugar en el juicio de imputación que se elabora en la actualidad está en el ámbito fáctico de la imputabilidad del Estado¹²⁹.

32.5 Pero, ¿cómo superar el tratamiento causalista del hecho del tercero? En primer lugar, debe decirse que fruto de la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, la concepción del hecho del tercero como eximente no debe convertirse en elemento que no permita hacer viable el contenido del artículo 90 de la Carta Política, sino que debe advertirse que en la situación en la que se encuentra Colombia, de conflicto armado interno, no puede entronizarse como supuesto eximente el hecho del tercero, ya sea ligado a los presupuestos [equivocados] de la fuerza mayor [imprevisibilidad e irresistibilidad], o a la naturaleza de la actividad, o la relación del sujeto que realiza el hecho dañoso, sino que debe admitirse, o por lo menos plantearse la discusión, de si cabe imputar, fáctica y jurídicamente, al Estado aquellos hechos en los que contribuyendo el hecho del tercero a la producción del daño antijurídico, se logra establecer que aquel no respondió a los deberes normativos, a los deberes positivos de protección, promoción y procura de los derechos de los administrados, y de precaución y prevención.

¹²⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”.

¹²⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”.

32.6 Las anteriores premisas derivan en las siguientes cuestiones: (1) el Estado no es un asegurador universal, simplemente obedece a unas obligaciones que se desprenden del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que exige ya no sólo la garantía de los derechos y libertades, sino su protección eficaz, efectiva y la procura de una tutela encaminada a cerrar la brecha de las debilidades del Estado, más cuando se encuentra en una situación singular como la de Colombia de conflicto armado interno, que representan en muchas ocasiones violaciones sistemáticas, o la aceptación de las mismas por parte de actores que no haciendo parte del Estado, no dejan de ser ajenos a la problemática de la responsabilidad extracontractual del Estado¹³⁰; (2) el hecho del tercero no es una causal que permita al juez crear una regla general como máxima, sino que, por el contrario, lo invita a analizar, teniendo en cuenta las especiales condiciones del Estado colombiano, cuándo, en qué medida, y bajo qué proporcionalidad el Estado estaría llamado a responder, o con otras palabras, le sería atribuible (fáctica y jurídicamente) un daño antijurídico producido por un tercero, sin acudir a verificar los vínculos o relaciones de este con la administración pública, sino a partir de la exigencia máxima de la tutela de la víctima como premisa de la responsabilidad extracontractual del Estado en la visión moderna y humanista¹³¹; (3) sin duda, el tratamiento que se pueda dar al hecho del tercero en la visión propia a los tiempos que corren, no permite que sigamos anclados en el modelo clásico causalista, y nos centremos en la vocación que el instituto de la responsabilidad debe atender: herramienta complementaria para tutela de los derechos de los administrados, especialmente de los derechos humanos; factor de convivencia y del logro de la paz, e; instrumento que permita la aplicación de una justicia redistributiva donde sea el principio de solidaridad el que opere, no la visión individualista propia a los orígenes del mismo instituto¹³²; y, (4) El hecho del tercero debe convertirse en una excepción a la regla general de la primacía de la víctima en la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado, como criterio garantístico, finalístico y principal para dotar al Estado de una herramienta con vocación preventiva, no

¹³⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”.

¹³¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”.

¹³² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”.

simplemente como verificación de hechos que sistemáticamente se producen y no tienen eco en la actividad del Estado para procurar tratarlos y superarlos¹³³.

32.7 Analizado el caso en concreto por la Sala, encuentra que contrastados los testimonios rendidos dentro del proceso hay dos situaciones que se afirmó ocurrieron: (1) aquella revelada por Diana Patricia Sepúlveda Vásquez según el cual “estaban pasando una bomba de esas que pasan en los conciertos, la gente la estaba empujando y ellos la trataron de empujar, se recostaron contra una baranda de las graderías y la baranda cayó. Que yo conozca se cayeron Nazly y Heriberto Juárez y otra gente que no conozco. Se recostó la gente que había allí nosotros estábamos [sic] en la mitad de las escalas que hay de la baranda hacia arriba [...] Estaba cerca de la baranda, porque nosotros éramos [sic] una barra de amigos que estábamos [sic] en el concierto, entonces cuando el balón fue pasando, la gente se paró y bajó hacia donde iba a caer el balón para empujarlo y la baranda se cayó [...] pero la verdad no me acuerdo si ella estaba pegada de la baranda”. Dicho testimonio, con matizaciones, es corroborado por aquel rendido por Martha Luz Álvarez Molina según el cual “[...] recuerdo que el balón se fue al pasillo y ya iba a comenzar el concierto, Heriberto fue a recoger el balón, lo volvió a lanzar y volvió a subir hacia la tribuna donde estábamos, subiendo por la baranda. No recuerdo bien si el momento de caerse la baranda fue ahí o fue después, lo que si me acuerdo era que yo también estaba sostenida de la baranda en el momento en que ella se reventó. Recuerdo haber visto a Nazly tirada en el piso boca arriba, con los ojos abiertos y una gotera de sangre en la boca [...]”; (2) y aquella planteada por José Heriberto Juárez Juárez según el cual que “en el concierto en una gradería en el escalón que está junto al foso que hay alrededor de la cancha, durante el concierto los organizadores utilizaban unos balones muy grandes que le lanzaban al público en las graderías; un balón de éstos cayó al foso y un [sic] compañero nuestro que se llama John Manuel se saltó al foso a subir el balón y volvió y se subió nuevamente a la gradería. Cuando estaba finalizando la actuación del primer artista volvieron y tiraron un balón y volvió y cayó al foso en esta ocasión fui yo quien se saltó el foso, cuando me iba a saltar al foso me apoyé en la baranda y ésta se safo [sic]”. La anterior afirmación, con matizaciones, fue corroborada por Oscar Darío Herrera Restrepo en los siguientes términos: “Estábamos [sic] esperando que empezara el concierto en las tribunas se estaba jugando con balón de esos inflables, el balón cayó al foso que separa la

¹³³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”.

tribuna de la cancha entonces José Heriberto fue a bajarse al foso para recoger el balón al apoyarse en la reja, se partió y se fue al foso. Por este motivo José Heriberto tuvo un esquinse [sic] del tobillo y Nazly fue la más afectada porque ella estaba sujeta a la baranda, la baranda al levantarse se la llevó al foso y cayó encima [...] La baranda aparentemente estaba en buen estado, una baranda de esas debe soportar mucho peso si ese es el caso, José Heriberto lo único que hizo fue apoyar el pie en la baranda, por ese motivo pienso que fue que se reventó y se fue al foso o cayó al foso la baranda”.

32.8 Del examen conjunto, contrastado y crítico de los anteriores medios probatorios la Sala no encuentre que el hecho del tercero, esto es, que la acción de José Heriberto Juárez Juárez no es la acción determinante, concluyente y que permite romper el nexo de causalidad respecto del daño antijurídico ocasionado a Nazly Alcira Navarro Mejía en los hechos acaecidos el 22 de febrero de 1997, por lo que debe proceder a examinarse la atribución de la imputación a la demandada INDER y al contratista ESPARTA S.A.

33 De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, se encuentra: (1) que los hechos ocurrieron el 22 de febrero de 1997, día en el cual se celebró el concierto de Gilberto Santa Rosa, Marc Anthony, Víctor Manuel y Jerry Rivera, en el Estadio Atanasio Girardot, ubicándose la víctima Nazly Alcira Navarro Mejía en la localidad oriental, de acuerdo con la boleta de entrada [fl.39 c1]; (2) que de acuerdo con la contestación del Gerente General del INDER, al derecho de petición presentado por el apoderado de los demandantes [fls.42 y 49 c1], según el cual: “[...] 1. El Estadio Atanasio Girardot es propiedad del Municipio de Medellín, su Administración [sic] y conservación se efectúa por intermedio del INDER. 2. El espectáculo o concierto de salsa del día 22 de febrero de 1997, fue realizado por la firma Esparta S.A., mediante contrato de Arrendamiento [sic] N° 048 de 1997, del Estadio Atanasio Girardot. 3. Las entidades encargadas de la vigilancia, socorro y defensa civil no reportaron al INDER ninguna novedad o accidente, en este escenario en la fecha descrita. 4. Las reparaciones a los daños en las barandas fueron efectuadas por el Empresario [sic]”; (3) que conforme con el Contrato de arrendamiento número 048 de 1997, celebrado entre el Instituto de Deportes y Recreación –INDER- y José Roberto Jaramillo Arango y/o Esparta S.A [fls.43 a 47 c1] de acuerdo con las cláusulas quinta [obligaciones del arrendatario] y la décima tercera [seguridad], se tiene: “[...] 3. Permitir la realización por parte del INDER, de las mejoras o reparaciones que se requieran. 4. EL

ARRENDATARIO no podrá realizar adiciones o mejoras a las instalaciones, sino con los requisitos y en las condiciones establecidas en este contrato [...] 7. A cumplir con lo establecido en el oficio emitido por el Instituto de Deportes y Recreación INDER, en el cual se establece las condiciones para el ARRENDAMIENTO del escenario [...] DECIMA TERCERA: SEGURIDAD: EL ARRENDATARIO se obliga a tomar todas las medidas de seguridad necesarias para la conservación del inmueble y del orden público. La vigilancia del inmueble será de cuenta y riesgo de EL ARRENDATARIO y en consecuencia, EL [sic] INDER no asume responsabilidad por daños, pérdidas, robos, etc., que allí se llegaren a presentar”; y, (4) que de acuerdo con el contrato de administración y conservación de escenarios deportivos y recreativos suscrito entre el municipio de Medellín y el INDER el 22 de marzo de 1994 y por cinco [5] años [fls.150 a 153 c1]: “[...] PRIMERA: OBJETO. El Municipio [sic] de Medellín entrega al Instituto del Deporte y Recreación “INDER”, para su administración y conservación los escenarios deportivos y recreativos ubicados dentro de la Unidad Deportiva Atanasio Girardot [...] En desarrollo del objeto, el Instituto del Deporte y Recreación “INDER” queda facultado para celebrar con relación a estos escenarios deportivos y recreativos contratos tales como arrendamientos, comodatos y otros similares [...] SEGUNDA: DESTINACION. Los escenarios se destinarán única y exclusivamente para la realización de actividades tendientes al incremento del Deporte y la Recreación en todas sus manifestaciones [...] SEXTA: ADAPTACIONES, CONSTRUCCIONES Y/O MEJORAS. Las adaptaciones, construcciones y/o mejoras requeridas que efectúe el Instituto del Deporte y Recreación “INDER”, previa aprobación de Planeación, sin que pueda exigirse contraprestación o indemnización alguna por este concepto. SEPTIMA: El Municipio [sic] de Medellín no se hace responsable por la pérdida o deterioro que ocurran en los inmuebles, ni de los perjuicios que directa o indirectamente se causen durante la utilización de los escenarios. PARAGRAFO: Las pérdidas, daños o deterioros que ocurran en los inmuebles entregados al Instituto serán de exclusiva responsabilidad del mismo. OCTAVA: El Instituto del Deporte y Recreación “INDER” recibe los escenarios objeto de este contrato en las condiciones en que ellos se encuentren, sin que sea posible posteriores reclamaciones al Municipio [sic] de Medellín [...] DECIMA: Obligaciones del Instituto del Deporte y Recreación “INDER”. 1. Destinar los bienes únicamente para los fines indicados en la cláusula segunda. 2. Permitir la realización por parte del Municipio [sic] de Medellín de las reparaciones o mejoras que a su juicio estime conveniente. 3. Para efectuar adiciones o mejoras se debe solicitar ante las dependencias competentes, la respectiva licencia o

concepto. 4. Restituir los escenarios cuando lo solicite el Municipio [sic] de Medellín [...] 6. Mantener los escenarios en perfecto estado de orden y limpieza. 7. Tomar todas las medidas de seguridad concernientes al tipo de actividad. 8. Efectuar los gastos necesarios que se causen con ocasión del mantenimiento y sostenimiento de los inmuebles. 9. Emplear el mayor cuidado en la conservación de los bienes objeto del presente contrato, siendo responsable de cualquier deterioro que no provenga de la naturaleza o uso legítimo del bien (artículo 2203 del Código Civil); Además [sic] las reparaciones locativas corren por cuenta del Instituto [...]" [fls.150 a 152 c1, subrayado fuera de texto].

34 Ahora bien, examinado el Decreto 1355 de 1970 [Código de Policía aplicable para la época de los hechos] se desprendían las siguientes reglas: (1) se entiende por “espectáculo público la función o representación que se celebra en teatro, circo, estadio, plaza, salón o en cualquier edificio o lugar en que se congrega la gente para presenciarlo u oírlo”. (2) Dicho espectáculo, en los términos del artículo 136 de la misma norma, imponía como deberes al empresario que lo celebra: “a) Presentar el espectáculo ofrecido en el sitio, día y hora anunciados; b) Asegurar el normal desarrollo de la función o representación; c) Otorgar al público suficientes condiciones de visibilidad, audición y comodidad; d) Reservar para los asistentes los sitios previamente ofrecidos según lo anotado en el billete de entrada”. (3) El empresario o promotor del espectáculo, en los términos del artículo 138, “debía dar aviso escrito o solicitar permiso, según el caso, con cuarenta y ocho horas de anticipación al alcalde, con indicación del lugar en que va a llevarse a cabo, clase de espectáculo y un cálculo prudencial del número de espectadores, si se trata de función o representación en sitio abierto”. Y, (4) el artículo 137 determinaba que los “espectadores están obligados a guardar la compostura y el decoro debidos. Las expresiones de entusiasmo o de desaprobación son toleradas en cuanto no alteren la tranquilidad o la seguridad de los asistentes”¹³⁴.

35 Ahora bien, elINDER como entidad del orden municipal debía tener en cuenta las anteriores reglas cuando se trataba del ejercicio de sus funciones y de la realización o celebración de espectáculos, así como las siguientes: (1) el Decreto 270 de 5 de marzo de 1993, fijo en su artículo 4º como objeto del instituto “planear, programar, ejecutar y controlar las actividades deportivas y recreativas conforme a las necesidades de la comunidad”, así como “garantizar una adecuada administración y conservación de los escenarios deportivos y recreativos a su

¹³⁴ Que fue declarado exequible por la sentencia C-435 de 2013.

cargo”, como el estadio Atanasio Girardot según el contrato suscrito entre el instituto y el municipio de Medellín; (2) de acuerdo con el Decreto 271 de 5 de marzo de 1993 [estatutos del INDER], el instituto para desarrollar su objeto debía llevar a cabo como actividad, según el literal h) del artículo 5, la determinación de “las directrices a seguir para la correcta y eficaz administración de los espacios y escenarios recreativos y deportivos a cargo de la entidad”; y, (3) conforme con el Acuerdo 06 de 1996 [con el que se modificaron los estatutos del INDER] se fijaron las siguientes reglas: (3.1) dentro del propósito del instituto de garantizar el derecho social “que tienen los habitantes del Municipio [sic] de Medellín a satisfacer sus necesidades de desarrollo biosicosocial, a través de la práctica del deporte, al educación física, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, por medio de la administración de programas de desarrollo deportivo, con los recursos materiales disponibles y el adecuado mantenimiento y conservación de apropiados escenarios deportivos y recreativos” [artículo 2]; y, (3.2) debe velar por “las condiciones físicas y sanitarias de los escenarios deportivos” [artículo 4.7]; (3.3) debe, además, determinar “las directivas a seguir para la correcta y eficaz administración de los espacios y escenarios recreativos y deportivos a cargo de la entidad” [artículo 5.g].

36 Analizados los elementos probatorios y las anteriores reglas normativas en cabeza del INDER como administrador del estadio Atanasio Girardot de Medellín, y de ESPARTA S.A. como empresario o promotor del espectáculo realizado o celebrado el 22 de febrero de 1997, la Sala concluye que el daño antijurídico ocasionado a Nazly Alcira Navarro Mejía es imputable fáctica y jurídicamente a las demandadas por las siguientes razones: (1) respecto del INDER tanto normativamente, como derivado del contrato de arrendamiento del estadio Atanasio Girardot de Medellín suscrito con el municipio de Medellín¹³⁵, se tiene

¹³⁵ Contrato de administración y conservación de escenarios deportivos y recreativos suscrito entre el municipio de Medellín y el INDER el 22 de marzo de 1994 y por cinco [5] años [fls.150 a 153 c1], de acuerdo con el cual: “[...] **PRIMERA: OBJETO.** El Municipio [sic] de Medellín entrega al Instituto del Deporte y Recreación “INDER”, para su administración y conservación los escenarios deportivos y recreativos ubicados dentro de la Unidad Deportiva Atanasio Girardot [...] En desarrollo del objeto, el Instituto del Deporte y Recreación “INDER” queda facultado para celebrar con relación a estos escenarios deportivos y recreativos contratos tales como arrendamientos, comodatos y otros similares [...] **SEGUNDA: DESTINACION.** Los escenarios se destinarán única y exclusivamente para la realización de actividades tendientes al incremento del Deporte y la Recreación en todas sus manifestaciones [...] **SEXTA: ADAPTACIONES, CONSTRUCCIONES Y/O MEJORAS.** Las adaptaciones, construcciones y/o mejoras requeridas que efectúe el Instituto del Deporte y Recreación “INDER”, previa aprobación de Planeación, sin que pueda exigirse contraprestación o indemnización alguna por este concepto. **SEPTIMA:** El Municipio [sic] de Medellín no se hace responsable por la pérdida o deterioro que ocurran en los inmuebles, ni de los perjuicios que directa o indirectamente se causen durante la utilización de los escenarios. **PARAGRAFO:** Las pérdidas, daños o deterioros que ocurran en los inmuebles entregados al Instituto serán de exclusiva responsabilidad del mismo. **OCTAVA:** El Instituto del Deporte y Recreación “INDER” recibe los escenarios objeto de este

acreditado ante la realización del concierto de salsa [como espectáculo público autorizado y cubierto con lo estipulado en el contrato suscrito entre el instituto y ESPARTA S.A.] tenía como deber normativo una especial, debida y reforzada diligencia administrativa en cuanto a la administración, cuidado y, especialmente, destinación del estadio Atanasio Girardot de Medellín como escenario deportivo cuya vocación principal es para actividades deportivas y recreativas; (2) así mismo, el INDER respecto al concierto celebrado el 22 de febrero de 1997 tenía la obligación de dejar estipulado y de señalar al contratista ESPARTA S.A., las condiciones en las que se encontraba el escenario deportivo donde se realizó, las obligaciones de prevención de riesgos que no quedaron comprendidas en el contrato de arrendamiento suscrito con ESPARTA S.A.¹³⁶, por lo que no se fijaron medidas preventivas, no se acreditó que se haya adoptado un dispositivo de seguridad que impidiera el acceso a zonas como el foso del estadio, o que estableciera un área de seguridad en torno a las barandas, (3) tampoco se cumplió con las obligaciones de supervisión y control del concierto celebrado por el contratista ESPARTA S.A., ya que no se determinó limitaciones al acceso a áreas o zonas del estadio, señalización o determinación de áreas con riesgo de caídas o accidentes, ni siquiera el control de ingreso de los espectadores en condiciones idóneas o en estado de alicoramiento; y, (4) a sabiendas de los riesgos que entrañaba la celebración del concierto de salsa realizado el 22 de febrero de 1997, no se produjo por parte del INDER un control efectivo de las medidas, acciones y herramientas de seguridad que debía disponer el contratista para la presentación del espectáculo que se autorizaba, lo que denotó cierta improvisación, cuando lo que se demandaba del instituto era la debida, completa e

contrato en las condiciones en que ellos se encuentren, sin que sea posible posteriores reclamaciones al Municipio [sic] de Medellín [...] DECIMA: Obligaciones del Instituto del Deporte y Recreación "INDER". 1. Destinar los bienes únicamente para los fines indicados en la cláusula segunda. 2. Permitir la realización por parte del Municipio [sic] de Medellín de las reparaciones o mejoras que a su juicio estime conveniente. 3. Para efectuar adiciones o mejoras se debe solicitar ante las dependencias competentes, la respectiva licencia o concepto. 4. Restituir los escenarios cuando lo solicite el Municipio [sic] de Medellín [...] 6. Mantener los escenarios en perfecto estado de orden y limpieza. 7. Tomar todas las medidas de seguridad concernientes al tipo de actividad. 8. Efectuar los gastos necesarios que se causen con ocasión del mantenimiento y sostenimiento de los inmuebles. 9. Emplear el mayor cuidado en la conservación de los bienes objeto del presente contrato, siendo responsable de cualquier deterioro que no provenga de la naturaleza o uso legítimo del bien (artículo 2203 del Código Civil); Además [sic] las reparaciones locativas corren por cuenta del Instituto [...]" [fls.150 a 152 c1, subrayado fuera de texto].

¹³⁶ Contrato de arrendamiento número 048 de 1997, celebrado entre el Instituto de Deportes y Recreación – INDER- y José Roberto Jaramillo Arango y/o Esparta S.A [fls.43 a 47 c1] de cuyas cláusulas se recoge: “[...] **QUINTA. OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO:** Son obligaciones del ARRENDATARIO las siguientes: 1. A emplear el mayor cuidado en la conservación del bien objeto de este contrato, siendo responsable de cualquier deterioro que no provenga de la naturaleza o uso legítimo de la cosa (artículo 1998 del código civil). 2. Destinar el bien únicamente para el fin señalado en la cláusula segunda. 3. Permitir la realización por parte del INDER, de las mejoras o reparaciones que se requieran. 4. EL ARRENDATARIO no podrá realizar adiciones o mejoras a las instalaciones, sino con los requisitos y en las condiciones establecidas en este contrato [...] 7. A cumplir con lo establecido en el oficio emitido por el Instituto de Deportes y Recreación INDER, en el cual se establece las condiciones para el ARRENDAMIENTO del escenario”

integral planeación del evento, de manera conjunta con el contratista, organismos de socorro y miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, y en atención a las condiciones del escenario deportivo en el que se realizó el evento, debiendo realizar una verificación previa del estado y condiciones del estado del escenario o infraestructura deportiva, con lo que se garantizara la vida e integridad personal tanto de los espectadores, como de todos los que participaban en la organización del evento y de los mismos artistas.

37 Con base en lo anterior, la Sala considera que el Instituto del Deporte de Medellín [INDER] incurrió en falla del servicio al haber incumplido los deberes normativos consagrados en el Decreto 1355 de 1970, decretos 270 y 271 de 1993 y Acuerdo 06 de 1994, dado que no se sujetó a la debida diligencia en autorización, vigilancia, control y seguimiento del concierto celebrado el 22 de febrero de 1997, así como por no haber adoptado, o haber exigido la consideración por parte del contratista ESPARTA S.A. de todas las medidas y acciones de gestión de los riesgos inherentes y derivados de la realización del espectáculo público. Así mismo, por no disponer oportunamente de los medios normativos y técnicos que razonablemente existía y podía emplear para la administración adecuada del escenario deportivo, estadio Atanasio Girardot, donde se celebró el concierto, con el fin de determinar las condiciones físicas de las infraestructuras, delimitar áreas en las que podía acogerse a los espectadores, y áreas con restricción por deficiencias o por cuestiones de seguridad, lo que queda comprendido dentro del incumplimiento a las obligaciones de prevención, vigilancia y control, que se aúna a la indebida reglamentación que para el uso del escenario deportivo con el concierto se hizo a partir de las obligaciones estipuladas en el contrato de arrendamiento suscrito con ESPARTA S.A. Con base en los anteriores argumentos, se revoca la sentencia de primera instancia y se declara la responsabilidad del INDER por el daño antijurídico ocasionado a Nazly Alcira Navarro Mejía.

38 A su vez, a ESPARTA S.A., como contratista, empresario o promotor del concierto celebrado el 22 de febrero de 1997 le es atribuible el daño antijurídico ocasionado a Nazly Alcira Navarro Mejía, ya que conociendo los riesgos de este tipo de actividades no cumplió con las obligaciones establecidas en el Decreto 1355 de 1970 al no haber asegurado el normal desarrollo del espectáculo acreditado el accidente en el que resultaron lesionadas varias personas, entre ellas Nazly Alcira, así como por no haber ofrecido a los espectadores,

especialmente a Navarro Mejía las condiciones de comodidad y seguridad para el disfrute y visión del concierto. Así mismo, es responsable por utilizar como material de distracción elementos que promovían el desorden, como el balón inflable, y la realización de conductas que propiciaron y materializaron riesgos como el ocurrido al romperse la baranda en la zona de oriental donde se encontraba la lesionada y sus compañeros. Finalmente, es responsable ESPARTA S.A., ya que conociendo que se trataba de un evento que comportaba ciertos riesgos derivados de la concentración de un número elevado de personas, por no haber controlado en su acceso el ingreso de estas en condiciones de alicoramiento [supuesto que está acreditado pero que no es determinante para enervar la responsabilidad], y no haber exigido al INDER la delimitación de las áreas o zonas con restricción de acceso por deficiencias en la infraestructura, o por razones de seguridad. Con fundamento en los anteriores argumentos, se revoca la sentencia de primera instancia y se declara la responsabilidad solidaria de ESPARTA S.A., como consecuencia del daño antijurídico ocasionado a Nazly Alcira Navarro Mejía.

39 Determinada la imputación, fáctica y jurídica, del daño antijurídico ocasionado a Narly Alcira Navarro Mejía, procede la Sala a examinar si se encuentran acreditados los perjuicios reclamados como consecuencia del mencionado daño, tanto por la lesionada, como por sus familiares.

7. Perjuicios.

40 En la demanda se observan como pretensiones, las siguientes: (1) Declarar administrativamente responsable al municipio de Medellín (Antioquía), el Instituto de Deportes y Recreación (INDER) y la Sociedad Espectáculos Artísticos de Antioquía S.A. (ESPARTA S.A.), de la totalidad de los daños y perjuicios, patrimoniales y extra-patrimoniales, ocasionados a los señores: Ramona Mejía de Navarro y Judith Estella, Jesús Alberto, Martha Cecilia, Nazly Alcira, José Carlos y Álvaro Enrique Navarro Mejía, como consecuencia de las graves lesiones que sufrió Nazly Alcira Navarro Mejía, en hechos que tuvieron ocurrencia el día 22 de febrero de 1997, aproximadamente a las 8 de la noche cuando se encontraba en un concierto en el Estado Atanasio Girardot de la ciudad de Medellín. (2) En consecuencia, el municipio de Medellín (Antioquía), el Instituto de Deportes y Recreación (INDER) y la Sociedad Espectáculos Artísticos de Antioquía S.A. (ESPARTA S.A.), están obligados a cancelar a cada uno de los demandantes, por

concepto de perjuicios morales, la cantidad equivalente, en moneda legal colombiana, hasta un mil (1000) gramos de oro, por la fecha en que quede firme la sentencia que ponga fin al proceso, conforme a la certificación que al efecto expida el Banco de la República. (3) A su vez, que se condene al municipio de Medellín (Antioquía), al Instituto de Deportes y Recreación (INDER) y a la Sociedad Espectáculos Artísticos de Antioquia S.A. (ESPARTA S.A.), a pagar en favor de Nazly Alcira Navarro Mejía, la suma equivalente en moneda legal colombiana, hasta dos mil (2000) gramos de oro por concepto de perjuicio fisiológico. (4) Además, el municipio de Medellín (Antioquía), el Instituto de Deportes y Recreación (INDER) y la Sociedad Espectáculos Artísticos de Antioquia S.A. (ESPARTA S.A.) deberá cancelar a Nazly Alcira Navarro Mejía por concepto de lucro cesante en relación a la merma de su capacidad laboral como consecuencia de las lesiones sufridas; suma que se incrementará en un porcentaje del veinticinco por ciento (25%) correspondiente al concepto de prestaciones sociales, en razón de lo que le correspondería por dicha disminución; la liquidación se hará con fundamento en el ingreso mensual que se probare, o en su defecto con el salario mínimo legal. Suma total que se estima no inferior a quince millones de pesos (\$15'000.000) (5) Que todas las sumas que se determinen a cargo de las entidades demandadas deberán ajustarse a su valor, conforme a lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, y que además, devengarán intereses corrientes y de mora conforme a lo previsto en el artículo 177 del mismo estatuto. (6) Que la entidad demanda deberá dar cumplimiento a la sentencia que en su contra se dicte en los términos contemplados en el artículo 176 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

7.1. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales.

41 En la demanda se solicitó el reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales en la siguiente forma: (2) El municipio de Medellín (Antioquia)¹³⁷, el Instituto de Deportes y Recreación (INDER) y la Sociedad Espectáculos Artísticos de Antioquia S.A. (ESPARTA S.A.), están obligados a cancelar a cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios morales, la cantidad equivalente, en moneda legal colombiana, hasta un mil (1000) gramos de oro, por la fecha en que

¹³⁷ Es de resaltar que la Sala ha decidido excluir al municipio de Medellín del presente libelo, toda vez que se ha configurado una falta de legitimidad por pasiva.

quede firme la sentencia que ponga fin al proceso, conforme a la certificación que al efecto expida el Banco de la República.

42 Como la sentencia de 5 de enero de 2004 negó las pretensiones de la demanda, la Sala considerara previamente los fundamentos argumentativos en los que cabe sustentar el reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales a favor de los demandantes, o su denegación.

43 Ahora bien, la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹³⁸ señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. En la misma providencia se agrega que “la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”.

43.1 Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se infiere que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia¹³⁹ como espacio

¹³⁸ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

¹³⁹ “Las reglas de la experiencia, y la práctica científica¹³⁹ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992¹³⁹ donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: “En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo. “Por su parte el artículo 42 de la Carta

básico de toda sociedad¹⁴⁰ [el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de

Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto). “La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor: “En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: “1°. Los descendientes legítimos; “2°. Los ascendientes legítimos; “3°. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; “4°. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1°, 2°. y 3°; “5°. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1°, 2°, y 4°; “6°. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; “7°. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. “Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos”. “También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3° ibídem, que reza: “La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.” “La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. “Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. “Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”¹³⁹(Negrillas de la Sala)”. Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 18586.

¹⁴⁰ “4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en “la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre”. Bajo esta concepción, la familia es considerada un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que “[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen”. 4.3. En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. 4.4. En efecto, el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le

familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse [de la prueba testimonial]:- ¿cómo estaba conformada la familia?; - ¿qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - ¿cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - ¿se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - ¿se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de

asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10°) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano. 4.5. Bajo ese entendido, en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral. 4.6. En concordancia con ello, el artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, esto es, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Ello permite advertir que en el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen. Así, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, la que procede del matrimonio, como la familia que se constituye por vínculos naturales, es decir, la que se forma por fuera del matrimonio o en unión libre, se encuentran en el mismo plano de igualdad y son objeto de reconocimiento jurídico y político, de manera que las personas tienen plena libertad para optar por una o otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo 42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación,[5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”. Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

crianza, por ejemplo-?], y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestacional o fundamental¹⁴¹.

43.2 La sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹⁴², sostiene claramente que el “Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso” [citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional].

43.3 A lo que se agregó, en la misma sentencia una serie de criterios o motivaciones razonadas que debían tenerse en cuenta para tasar el perjuicio moral, partiendo de afirmar que “teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para la caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”.

43.4 Y se concluyó, en la citada sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, que “no puede perderse de vista que de tiempo atrás 24 La

¹⁴¹ “Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquélla pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término “familia” dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

¹⁴² Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al *arbitrium judicis*, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez”.

44 En este orden de ideas, la familia de la señora Nazly Navarro Mejía que se presentan en el presente como demandantes acreditaron su respectivas calidades como madre y hermanos, con los siguientes documentos: (1) Copia auténtica del registro de matrimonio expedido por la Notaria Única del Circulo de El Bagre, donde señalan como contrayentes José Wilson Navarro Hernández y Ramona Isabel Mejía Prasca. [fl.6 c1]. (2) Copia auténtica del registro civil de nacimiento expedido por la Registraduría Municipal del Estado civil de El Bagre, donde consta que Judith Estella Navarro Mejía es hija de José Wilson Navarro y Ramona Mejía. [fl.7 c1]. (3) Copia auténtica del registro civil de nacimiento expedido por la Registraduría Municipal del Estado civil de El Bagre, donde consta que Jesús Alberto Navarro Mejía es hijo de José Wilson Navarro y Ramona Mejía. [fl.8 c1] (4) Copia auténtica del registro civil de nacimiento expedido por la Registraduría Municipal del Estado civil de El Bagre, donde consta que Martha Cecilia Navarro Mejía es hija de José Wilson Navarro y Ramona Mejía. [fl.9 c1]. (5) Copia auténtica del registro civil de nacimiento expedido por la Registraduría Municipal del Estado civil de El Bagre, donde consta que Nazly Alcira Navarro Mejía es hija de José Wilson Navarro y Ramona Mejía. [fl.10 c1]. (6) Copia auténtica del registro civil de nacimiento expedido por la Registraduría Municipal del Estado civil de El Bagre, donde consta que José Carlos Navarro Mejía es hija de José Wilson Navarro y Ramona Mejía. [fl.11 c1]. (7) Copia auténtica del registro civil de nacimiento expedido por la Registraduría Municipal del Estado civil de El Bagre, donde consta que Álvaro Enrique Navarro Mejía es hija de José Wilson Navarro y Ramona Mejía [fl.12 c1].

Ya debidamente acreditadas probatoriamente las calidades de los familiares de Nazly Navarro, es menester señalar que el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, expediente 31172, determinó los parámetros aplicables en la tasación de los perjuicios morales a favor de la víctima y sus familiares en los casos lesiones personales de la siguiente manera:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, para efectos del presente caso, la reparación del daño moral en caso de lesiones se encuentra en el primer nivel y en el segundo nivel, toda vez que se trata de la víctima directa, su madre y hermanos. Sin embargo, a su vez se debe tener en cuenta como segunda variable para efectos de determinar el monto de los perjuicios por este concepto, la gravedad de la lesión. Para lo cual se toma como prueba de ello, el oficio No. 1271 – 02 del 8 de octubre de 2002 expedido por la Junta Regional de Calificación de invalidez de Antioquia remite el dictamen que ha otorgado. Que anexó documento con la información general del dictamen señalando en su punto séptimo, una deficiencia del 6.78%, un discapacidad del 1.00% y una minusvalía del 2.50%; para un total del 10,28%, configurándose así una incapacidad permanente parcial. Fecha de estructuración de la invalidez 20 de agosto de 2002 [fl.331 c1].

Por lo que quedan los valores a indemnizar por concepto de perjuicios morales de la siguiente manera:

NOMBRE	SMLMV A RECONOCER	EQUIVALENTE EN PESOS COLOMBIANOS
--------	-------------------	----------------------------------

Narly Navarro Mejía [Lesionada]	<u>20</u>	<u>\$12.887.000.00</u>
Ramona Mejía [madre]	<u>20</u>	<u>\$12.887.000.00</u>
Judith Estella Navarro Mejía [hermana]	<u>10</u>	<u>\$6.443.500.00</u>
Jesús Alberto Navarro Mejía [hermano]	<u>10</u>	<u>\$6.443.500.00</u>
Martha Cecilia Navarro Mejía [hermana]	<u>10</u>	<u>\$6.443.500.00</u>
José Carlos Navarro Mejía [hermano]	<u>10</u>	<u>\$6.443.500.00</u>
Álvaro Enrique Navarro Mejía [hermano]	<u>10</u>	<u>\$6.443.500.00</u>

7.2. Daño a la salud: perjuicio fisiológico reclamado.

45 Por otro lado, en la demanda se solicitó: “pagar en favor de Nazly Alcira Navarro Mejía, la suma equivalente en moneda legal colombiana, hasta dos mil (2000) gramos de oro por concepto de perjuicio fisiológico”.

46 El daño a la salud, concretado en el perjuicio fisiológico reclamado a favor de los lesionados, debe ser reconocido por la Sala en el caso concreto, demostrado el daño corporal y el déficit funcional padecido derivado de las lesiones que sufrieron como consecuencia de los hechos ocurridos el 22 de febrero de 1997.

46.1 Al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la personalidad física, o a la integridad del cuerpo humano. Dicho daño, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone, además, que su fundamento se encuentra en principios constitucionales tales como la i) dignidad, ii) igualdad, iii) libertad y, iv) solidaridad, como daño no patrimonial.

46.2 En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico reconocido constitucionalmente, aunque con alcance colectivo, como el de la “salud” (Artículo 49 C.P.), y tiene en cuenta que el fin último de dicho bien es el respeto por la “correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla”. En el fondo, es el principio de la dignidad humana la que da el sustento principal en la construcción de este tipo de daño, cuyo tratamiento lleva a que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto lleva a una especie de

socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales.

46.3 Así mismo, el daño a la salud pone en crisis la idea de relacionar los perjuicios con las necesidades materiales de la víctima. Por lo tanto, se trata de un daño que se vincula al bien de la salud “en sí mismo”.

46.4 Dicho lo anterior, no cabe menos que reiterar que el daño a la salud como “daño integrador y único” se encuentra representado por la lesión en la función vital y relacional del sujeto, lo que permite: i) la expresión de los principios de dignidad, de igualdad¹⁴³ y solidaridad (afirmación de la “justicia distributiva”¹⁴⁴), y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado.

46.5 De acuerdo con lo anterior y apoyados en la doctrina, se entiende al daño a la salud como “cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida, y con independencia de su capacidad para producir réditos”¹⁴⁵.

46.6 Dicha definición exige considerar el alcance de la tutela del bien jurídico de la salud, que desde comienzos de los años noventa en el derecho comparado, especialmente, en el precedente jurisprudencial constitucional italiano se dijo que “el bien salud es tutelable [n]o sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como derecho fundamental del individuo... el menoscabo de la integridad psicofísica del sujeto lesionado constituye entonces un daño integralmente resarcible en sí mismo... La consideración de la salud como un bien y un valor persona, [i]mpone la necesidad de tomar en consideración el daño biológico, para los fines del resarcimiento, en relación con la totalidad de los reflejos perjudiciales respecto de todas las actividades, las situaciones y las

¹⁴³ Lo que hace que se preserve como tendencia un modelo de derecho de daños que favorece a la víctima, que busca la reparación de los “*sinsabores de la existencia humana*”. KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, en *Revista de derecho privado*. No.18, 2010. Como crítica puede verse FABRE-MAGNAN, M. *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*. París, PUF, 2007, p.123.

¹⁴⁴ KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, ob., cit

¹⁴⁵ CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?, ob., cit., p.132.

relaciones por medio de las cuales la persona se explica a sí misma dentro de su propia vida”¹⁴⁶.

46.7 Debe reconocerse que dentro del concepto de daño a la salud múltiples rubros indemnizatorios pueden encontrarse, lo que no puede considerarse como la afirmación de una potencial condena que permita la condena autónoma e independiente fundada en cada uno de tales rubros, sino que esta deberá reconocerse, tasarse y liquidarse de tal manera que tenga como límite la consideración como único el daño a la salud, y como condena la que se desprenda de lo que probatoriamente se acredite, sin perjuicio de singularizarlo en cada uno de los sub-perjuicios en los que puede hacerse consistir.

46.8 Ahora bien, para la tasación y reconocimiento del daño a la salud, la Sala en proveído reciente, puntualizó que “sí existe la forma de establecer criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma: “1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres¹⁴⁷, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme¹⁴⁸. “2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros. En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá

¹⁴⁶ ITALIA. Corte Costituzionale, sentenza 18 luglio 1991.

¹⁴⁷ “Por lo anterior, y de conformidad con el acta de la junta médica laboral, en la que consta la amputación del brazo izquierdo a la altura del codo realizada a Sigifredo Salazar Ramírez, se hace evidente el daño a la salud, por el cual se le reconocerá por este concepto el valor de 264 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal, valor que resulta proporcional con la lesión sufrida, como quiera que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, como una incapacidad del 95 o 100% se ha concedido el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de febrero de 2012, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del: 14 de marzo de 2002, exp. 12.054, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, 13 de diciembre de 2004, exp. 14722, Germán Rodríguez Villamizar, 5 de junio de 1998, exp. 11545 M.P. Juan de Dios Montes, 6 de mayo de 1993, exp. 7428, M.P. Julio César Uribe Acosta, 19 de octubre de 2007, exp. 30871, M.P. Enrique Gil Botero, 8 de julio de 2009, exp. 17960, M.P. Enrique Gil Botero, 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero, sentencias del 14 de septiembre de 2011, exps. 38222 y 19031, M.P. Enrique Gil Botero.

incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud¹⁴⁹. “Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva –que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima. “No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave¹⁵⁰. “En síntesis, la reparación del daño a la salud exige la concreción de un sistema que respete los principios constitucionales de igualdad y de dignidad humana, sin que sea viable trasladar a la víctima la consideración o la acreditación de que considere el derecho a la salud como un valor en sí mismo, puesto que esta posibilidad riñe con los principios del derecho de daños, ya que serían los propios demandantes quienes tendrían la opción de incrementar –sin justificación alguna o dependiendo la visión capitalista del mundo– el quantum de la indemnización”¹⁵¹.

47 Así pues, luego de exponer brevemente los cambios de argumentación que han surgido en torno al perjuicio fisiológico, la Sala para el caso en concreto es menester resaltar que esta Corporación recientemente ha proferido una serie de sentencias que unifican los criterios en cuanto al reconocimiento y tasación de los

¹⁴⁹ Según las recomendaciones del grupo de Tréveris que elaboró la recomendación a la Comisión, al Parlamento y al Consejo Europeo, nacido por iniciativa de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo, “(...) toda persona que haya sufrido un atentado a la salud debe, en virtud de los principios fundamentales de dignidad de la persona humana y de tutela de la salud, recibir una reparación; esa reparación debe ser diferente de la que recibirá la víctima por las pérdidas económicas sufridas por los daños que sólo son susceptibles de una valoración subjetiva; el principio de igualdad, entonces impone un tratamiento igualitario para las víctimas, que se logra con la valoración de carácter objetivo del daño, es decir con las bases que ofrece la ciencia médico legal, que puede crear tablas o baremos con grados de invalidez, a los que cada Estado podrá fijar un valor determinado; de todas formas, dice el documento, se insta a los Estados para dejen al juez un campo de apreciación equitativo para ajustar la reparación a las circunstancias propias del caso.” CORTÉS, Édgar Ob. Cit. Pág. 184.

¹⁵⁰ “Sin embargo, como sucede también en otras experiencias europeas, jurisprudencia y doctrina buscan identificar un criterio de liquidación que salvaguarde las exigencias de uniformidad de base, adecuación equitativa al caso concreto y previsibilidad. El uso del criterio de cálculo por puntos diferencial brinda una herramienta muy importante en este sentido. Luego, una tabla indicativa de sus valores, elaborada sobre la base de los precedentes liquidaciones judiciales ofrece una base de uniformidad indispensable para satisfacer el principio de paridad de tratamiento.” KOTEICH, Milagros La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés” en: Revista de Derecho Privado No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 178 y s.s.

¹⁵¹ Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22163.

perjuicios inmateriales imputables a las entidades públicas como derivación del daño antijurídico. Y para este caso resulta de total aplicación la proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31170, por medio de la cual se unificó la jurisprudencia en torno al reconocimiento y liquidación del perjuicio daño a la salud¹⁵². Por lo que la Sala recoge los parámetros expuestos por la mencionada sentencia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión para proceder a la liquidación del daño. Teniendo como base los siguientes rangos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 smmlv
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 smmlv
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 smmlv
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 smmlv
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 smmlv
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 smmlv

48 Para la aplicación de los parámetros expuestos, debe estar plenamente probado en el proceso el grado de afectación de las lesiones. Resaltándose además que la indemnización redundará en provecho exclusivamente de la víctima directa. Así pues, en el caso en concreto, obra prueba del porcentaje de

¹⁵² Sobre el daño a la salud ha dicho esta Sección,“(…) De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v. gr., la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos. Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica solo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional. Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño [380] común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad³⁵⁵. En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia–antes denominado daño a la vida de relación– precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud. Tomado de “Unificación Jurisprudencial – Perjuicios Inmateriales, perjuicio moral, perjuicios derivados de la violación de bienes constitucionales y convencionales, daño a la salud.” Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/ Sep. /2013. con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer Criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.

gravedad de la lesión que Nazly Navarro Mejía padeció; mediante oficio No. 1271 – 02 del 8 de octubre de 2002 la Junta Regional de Calificación de invalidez de Antioquia remite el dictamen que ha otorgado. En el cual anexó: documento con la información general del dictamen señalando en su punto séptimo, una deficiencia del 6.78%, un discapacidad del 1.00% y una minusvalía del 2.50%; para un total del 10,28%, configurándose así una incapacidad permanente parcial. Fecha de estructuración de la invalidez 20 de agosto de 2002 [fl.331 c1].

49 En este orden de ideas, es de resaltar que la Sala cuenta con el empleo del *arbitrio iudice* teniendo en cuenta no sólo el citado material probatorio, sino el conjunto de pruebas que obran en el expediente y que dan cuenta de la gravedad de las lesiones que padeció la señora Navarro. Tales como (1) Copia simple de la historia clínica expedida por la Clínica Las Américas en donde se señala:

“Historia Clínica

Nazly Navarro Mejía

12-03/1997

Paciente de 38 años quien consultó el 04-03-97 por 13 días de evolución de politraumatismo al caer de un balcón en el estadio. Al examen físico se encontró una paciente consciente, orientada, con edema moderado en cara y ambos brazos enyesados.

El trauma inicialmente fue atendido en el ISS donde se manejaron sus fracturas de antebrazo y fue evaluado al parecer por el neurocirujano. Tuvo una fístula de LER que duró 8 días.

Posteriormente consultó a neurocirujano particular quien le ordeno TAC de senos paranasales para evaluar fractura que ocasiono la fistula.

Con ese TAC entonces concurrió a esta consulta.

En definitiva a la paciente se le encontró:

- 1. Fractura frontal a nivel de reborde superior orbitario derecho e izquierdo.*
- 2. Fractura frontal a nivel de reborde superior orbitario izquierdo, en su tercio más distal que se continuaba hacia arriba hasta región temporal volviendo nuevamente a hacerse frontal en la parte superior de dicho frente y sobrepasa la línea media.*
- 3. Fractura apófisis frontal izquierda en su unión con el molar.*
- 4. Fractura de huesos propios nasales.*
- 5. Fractura maxilar derecha a nivel de reborde infraorbitario que se continúa con el piso de la órbita [Tipo lefort II]*
- 6. Fractura maxilar izquierda que se continúa con el piso de la órbita izquierda a nivel del agujero infraorbitario [Tipo lefort II].*
- 7. Daño de ambos nervios infraorbitarios.*
- 8. Fracturas de la base anterior del cráneo.*
- 9. Fractura del seno maxilar derecho.*
- 10. Disfunción cráneo facial [Tipo lefort III]*

Por tal motivo la paciente fue llevada a cirugía el 7-03-1997 a los 16 días del trauma realizándose:

- 1. Exploración fractura maxilar derecho con colocación de malla de prolene en piso de la órbita.*
- 2. Exploración fractura maxilar izquierda con osteosíntesis en miniplacas de 4 tornillos y colocación de malla de prolene en el piso de la órbita.*
- 3. Exploración y osteosíntesis de función reborde supraorbitario izquierdo miniplacas 2 tornillos.*
- 4. Exploración y osteosíntesis en unión de [ilegible] frontal del molar con frontal izquierdo, miniplacas 2 tornillos. [Ilegible]*
- 5. Reducción de la función nasal*

*La paciente ha evolucionado satisfactoriamente.
Requerirá nuevo procedimiento bajo anestesia general para retirar cráneo
suspensión.”*

50 Dicho contenido de la historia clínica es firmado por médico cuyo nombre es ilegible, sin embargo su registro medico es 4613 y su cédula N° 24316804 [fls.29 a 31 c1]. (2) Copia simple de certificado de incapacidad expedido por el Instituto de Seguros Sociales a nombre de Nazly Navarro Mejía, con fecha de expedición de 23 de febrero de 1997 y donde se indica 30 días de incapacidad [fl.32 c1].(3) Serie de once (11) fotografías donde se evidencia el alto estado de corrosión que se presenta en las uniones de las barandas e la tribuna del estadio, además se adjuntan fotos donde se observa el lamentable estado en que quedó la señora Nazly Navarro Mejía [fls.34 a 38 c1].

51 De este modo la Sala concluye condenar a la parte demandada en el presente libelo a pagar a modo de indemnización por concepto de daño a la salud es de VEINTE [20] salarios mínimos legales mensuales vigentes siguiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera mencionada.

7.3. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

52 En la demanda se solicitó por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, cancelar a Nazly Alcira Navarro Mejía por éste concepto en relación a la merma de su capacidad laboral como consecuencia de las lesiones sufridas; suma que se incrementará en un porcentaje del veinticinco por ciento (25%) correspondiente al concepto de prestaciones sociales, en razón de lo que le correspondería por dicha disminución; la liquidación se hará con fundamento en el ingreso mensual que se probare, o en su defecto con el salario mínimo legal. Suma total que se estima no inferior a quince millones de pesos (\$15'000.000).

53 En certificado laboral de la señora Nazly Alcira Navarro Mejía expedido por INDISA Ingenieros Mecánicos, donde da cuenta que para el día 22 de febrero de 1997 se encontraba laborando en dicha compañía, desempeñándose como dibujante, y devengaba un salario de \$537.000; finalmente se indica que tuvo una incapacidad de 90 días [fl.270 c1]. Se anexó:

* Copia simple de la relación de incapacidades o licencias de maternidad para reconocimiento por la EPS – ISS, de fecha de 28 de febrero de 1997; donde se evidencia que la señora Navarro, identificada con cédula de ciudadanía C.C. 22.236.668, se le deben reconocer 27 días de incapacidad, con ingreso base de liquidación de \$537.000 y cuyos valores liquidados corresponde a \$322.200 [fl.274 c1].

* Copia simple de la relación de incapacidades o licencias de maternidad para reconocimiento por la EPS – ISS, de fecha de 23 de abril de 1997; donde se evidencia que la señora Navarro, identificada con cédula de ciudadanía C.C. 22.236.668, se le deben reconocer 30 días de incapacidad, con ingreso base de liquidación de \$537.000 y cuyos valores liquidados corresponde a \$358.000 [fl.276 c1].

* Copia simple de la relación de incapacidades o licencias de maternidad para reconocimiento por la EPS – ISS, de fecha de 15 de mayo de 1997; donde se evidencia que la señora Navarro, identificada con cédula de ciudadanía C.C. 22.236.668, se le deben reconocer 30 días de incapacidad, con ingreso base de liquidación de \$537.000 y cuyos valores liquidados corresponde a \$358.000 [fl.278 c1].

54 Se evidencia según el material probatorio obrante en el proceso que Nazly estuvo en incapacidad por un término de 87 días en total, dejando de percibir con total normalidad su ingreso mensual por su labor en INDISA, por lo que hay lugar a reconocerle inicialmente la suma de \$1.868.614,71 [teniendo como salario base de liquidación el vigente para la época de la presente providencia de \$644.350.00, y diario \$21.478,33], que comprendidos en los días certificados de incapacidad con ocasión del daño antijurídico imputado a la entidad demandada arroja la suma señalada. Dicha suma, a su vez debe ser actualizada de la siguiente manera:

$$\frac{Ra}{\text{Índice inicial}} = R \times \text{Índice final}$$

$$\frac{Ra}{76,33 \text{ [febrero 1997]}} = \$1.868.614,71 \times 125,71 \text{ [mayo 2015]}$$

$$Ra = \$3.077.473,33$$

55 Luego, por concepto de lucro cesante se le reconoce y liquida a favor de Nazly Alcira Navarro Mejía la suma de **TRES MILLONES SETENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS CUATRO MIL SETECIENTOS SESENTA PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS [\$3.077.473,33]**.

8. Llamamiento en garantía.

53 Con relación al llamado en garantía Compañía Suramericana de Seguros S.A. en virtud de la póliza de responsabilidad civil extracontractual adquirida por Espectáculos Artísticos de Antioquia ESPARTA S.A., en el marco del contrato de arrendamiento N° 048 de 1997 celebrado entre las partes mencionadas por elINDER, se ordenará el reembolso de lo indemnizado en los términos y condiciones establecidos en la mencionada póliza.

54 En cuanto a La Previsora S.A., no habrá lugar a ordenar el reembolso de lo indemnizado ya que respecto del municipio de Medellín se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva.

9. Costas.

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

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

FALLA

REVOCAR la sentencia del cinco (5) de octubre de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas, y Chocó – Sala de descongestión - Sala Segunda de Decisión; la que quedará de la siguiente manera:

PRIMERO. DECLÁRESE la falta de legitimación en la causa por pasiva del **MUNICIPIO DE MEDELLÍN**.

SEGUNDO. DECLÁRESE administrativa y solidariamente responsables al Instituto de Deporte y Recreación – INDER, y ESPARTA S.A., responsables de los daños y perjuicios sufridos por la señora Nazly Navarro Mejía y demás demandantes en hechos acaecidos el 22 de febrero de 1997.

TERCERO. CONDENAR al Instituto de Deporte y Recreación – INDER, y a la sociedad ESPARTA S.A. a indemnizar por concepto de perjuicios inmateriales en la modalidad de perjuicios morales de la siguiente manera, a los demandantes:

NOMBRE	SMLMV A RECONOCER	EQUIVALENTE EN PESOS COLOMBIANOS
<u>Narly Navarro Mejía</u> <u>[Lesionada]</u>	<u>20</u>	<u>\$12.887.000.00</u>
<u>Ramona Mejía [madre]</u>	<u>20</u>	<u>\$12.887.000.00</u>
<u>Judith Estella Navarro</u> <u>Mejía [hermana]</u>	<u>10</u>	<u>\$6.443.500.00</u>
<u>Jesús Alberto Navarro</u> <u>Mejía [hermano]</u>	<u>10</u>	<u>\$6.443.500.00</u>
<u>Martha Cecilia Navarro</u> <u>Mejía [hermana]</u>	<u>10</u>	<u>\$6.443.500.00</u>
<u>José Carlos Navarro</u> <u>Mejía [hermano]</u>	<u>10</u>	<u>\$6.443.500.00</u>
<u>Álvaro Enrique Navarro</u> <u>Mejía [hermano]</u>	<u>10</u>	<u>\$6.443.500.00</u>

CUARTO. CONDENAR al Instituto de Deporte y Recreación – INDER, y a la sociedad ESPARTA S.A. a indemnizar por concepto de perjuicios inmateriales en la modalidad de daño a la salud (perjuicio fisiológico), a pagar a la señora **NAZLY ALCIRA NAVARRO MEJÍA** la suma de VEINTE [20] salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO. CONDERNAR al Instituto de Deporte y Recreación – INDER, y a la sociedad ESPARTA S.A. a indemnizar por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a pagar a la señora **NAZLY ALCIRA NAVARRO MEJÍA** la suma de **TRES MILLONES SETENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS CUATRO MIL SETECIENTOS SESENTA PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS** [\$3.077.473,33].

SEXTO. ORDENAR a la Compañía Suramericana de Seguros S.A., reembolsar la indemnización a la que fue condenado Instituto de Deporte y Recreación – INDER.

SÉPTIMO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

NOVENO. ABSTENERSE de condenar en costas.

DÉCIMO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado