



Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja

Tunja,

Radicación: 150013333010-2015-00018-00
Demandante: Yasmín Aleida Velasco Cárdenas y Otros
Demandado: Acuaclub Andino (Centro Acuático Andino) – Municipio de Tunja – Instituto de la juventud, el Deporte, la Recreación, el Aprovechamiento del Tiempo Libre y la Educación Extraescolar “IRDET”
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA

Agotadas las etapas procesales correspondientes, procede el Juzgado a emitir la sentencia de instancia de la siguiente manera:

I. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones (folios 3 a 5 – 180 a 183) Mediante apoderado judicial, YASMÍN ALEIDA VELASCO CÁRDENAS, SEBASTIÁN ARAQUE VELASCO, MARÍA INÉS CÁRDENAS CASTRO, SEGUNDO CAMPOELÍAS VELASCO OTALORA, WILLIAM VELASCO CÁRDENAS, YOLIMA EDITH VELASCO CÁRDENAS, NICOLAS CADENA VELASCO, MATEO CADENA VELASCO, ANYELI VELASCO CÁRDENAS, PAULO SERGIO OLIVEROS VELASCO, solicitaron que se declare administrativamente responsable al ACUACLUB ANDINO (CENTRO ACUÁTICO ANDINO), MUNICIPIO DE TUNJA y al INSTITUTO DE LA JUVENTUD, EL DEPORTE, LA RECREACIÓN, EL APROVECHAMIENTO DEL TIEMPO LIBRE Y LA EDUCACIÓN EXTRAESCOLAR “IRDET”, por el daño moral, daño a la salud o alteración a las condiciones de existencia, daño emergente causado a los demandantes con ocasión del accidente padecido por el menor Sebastián Araque Velasco, el día 27 de junio de 2012, además del pago de los gastos en que tuvo que incurrir la parte demandante por el peritaje psicológico presentado con la demanda.

1.2. Hechos (fls. 5 a 7). Señala que el menor Sebastián Araque Velasco pertenecía al grupo de natación en una escuela de formación del IRDET y los entrenamientos se llevaban a cabo en la piscina ACUACLUB ANDINO, debiendo asistir en compañía de un adulto responsable.

El día 27 de junio de 2012, mientras el niño Sebastián Araque Velasco se encontraba en entrenamiento, en compañía de su tía Yolima y de sus menores primos Mateo y Nicolás, sufrió un aparatoso accidente dentro de las instalaciones de la piscina, pues al desplazarse

por el área circundante a la misma cayó al cuarto de máquinas el cual tiene una altura aproximada de 3 metros.

Destaca que las condiciones de seguridad al interior de la piscina eran precarias, puesto que lo único que separaba el cuarto de máquinas del interior de la piscina era una lámina de aluminio oxidada y en alto grado de deterioro, sin que se cumpliera con las condiciones mínimas de cerramiento y sellamiento previstos para éste tipo de escenarios; aduce que tampoco existía señalización alguna que advirtiera de la existencia del cuarto de máquinas para precaver la existencia de algún peligro a la integridad de los menores. Agrega que en el momento del accidente el personal de la piscina Acuclub Andino no prestó los primeros auxilios al menor, o realizó los llamados de emergencia necesarios.

El menor fue trasladado por su tía Yolima hasta las instalaciones de la E.S.E. Hospital San Rafael, donde recibió atención de urgencias y obtuvo como diagnóstico "TRAUMA DE TEJIDOS BLANDOS, CON INCAPACIDAD DE SIETE DÍAS", debiendo realizar valoraciones médicas posteriores. El día 28 de junio de 2012, el menor víctima del accidente fue remitido a valoración psicológica, siendo objeto de valoraciones por el Instituto de Medicina Legal en dos oportunidades, entidad que estableció incapacidad médico legal definitiva de 15 días; posteriormente, Fisioter Ltda. asumió el tratamiento psicológico del niño, debiendo realizarse 71 terapias.

Agrega que como consecuencia del accidente, toda la familia Velasco Cárdenas resultó seriamente afectada, pues dicho suceso puso en peligro la vida y la integridad personal de uno de los miembros más queridos de su familia. Aunado a lo anterior, hace mención a que los menores demandantes han presentado serios problemas en lo que tiene que ver con la asistencia a cualquier tipo de piscina o lugar semejante.

1.3 Fundamentos De Derecho

Manifiesta que el hecho generador del daño antijurídico fue el accidente sufrido por el menor Sebastián Araque Velasco el día 27 de junio de 2012, por lo que debe ser reparado por las entidades que intervinieron directa o indirectamente en su concreción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 90 de la Carta Política de 1991.

Así pues, señala que el Estado tiene la obligación de reparar los perjuicios causados al menor y a sus familiares por la acción y omisión, puesto que el mal estado de la piscina Acuclub Andino fue lo que desencadenó el accidente, por lo que se hace relación a la Ley 1209 de 2008, relacionada con normas de seguridad en las piscinas, agregando que le corresponde al municipio de Tunja realizar una inspección a sus instalaciones para corroborar la idoneidad y cumplimiento de normas de seguridad, máxime cuando en sus instalaciones tomaban clases de natación niños entre cuatro y doce años de edad.

Expresa que no se puede endilgar responsabilidad exclusiva al IRDET sino que la responsabilidad administrativa recae igualmente en el municipio de Tunja, pues de lo allegado al proceso se desprende que la piscina del Acuclub Andino únicamente empezó a funcionar con el lleno de los requisitos legales del 8 de mayo de 2013, 11 meses después del accidente, lo que puso en grave riesgo la vida de quienes acudían a sus instalaciones.

En lo que corresponde al IRDET, destaca que tenía a cargo la contratación de la piscina del Acuclub Andino, con el fin de que en este escenario se llevara a cabo las clases de sus escuelas de formación deportiva, llamando la atención que se contrató una piscina que no cumplía con los requisitos señalados en la Ley 1209 de 2008, pues sus instalaciones se encontraban deterioradas y en mal estado.

Finalmente, manifiesta que la piscina del Acuclub Andino no cumplió con su obligación de adecuar sus instalaciones y colocar barreras de protección y control de acceso, no incorporó señalización adecuada ni garantizó las condiciones mínimas de seguridad para el cuarto de máquinas, lo cual derivó en que el menor cayera al interior del mismo generando un impacto emocional en su vida que requirió 71 sesiones de terapia psicológica, sin que hubiera podido superar ese evento traumático, situación que igualmente afectó a su núcleo familiar.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- MUNICIPIO DE TUNJA (fls. 193 a 346)

A través de apoderado debidamente constituido, el ente territorial se opone a la prosperidad de todas las pretensiones al considerar los hechos no ocurrieron en un inmueble de su propiedad, sino que se produjo en un establecimiento privado donde se prestaba el servicio de piscina, es decir, en las instalaciones del Acuclub Andino.

Señala que en el presente caso no existe una acción u omisión atribuible al Municipio de Tunja, comenzando porque los hechos sucedieron en el Acuclub Andino, establecimiento de comercio de propiedad privada perteneciente a la señora Ana Susana Uribe Pineda, sucediendo los hechos en desarrollo de una clase de natación a cargo de las escuelas deportivas del IRDET.

Destaca que el IRDET, de conformidad con el Acuerdo Municipal N° 036 de 1996, fue creado como un establecimiento público del orden municipal con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente, por lo que no es posible endilgar la responsabilidad del municipio. Tampoco da como cierto el hecho de haber incumplido con labores de inspección y vigilancia pues se aportaron copias de las actas de visita realizadas al centro acuático andino ubicado en el barrio los muiscas, razón por la cual la señora Ana Susana Uribe Pineda radicó el plan de emergencias y contingencias del Acuclub, el día 4 de septiembre de 2012.

Complementa su argumento al señalar que no se configuran los elementos de la responsabilidad del Estado, entre ellos un daño antijurídico atribuible al municipio de Tunja.

Planteó como excepciones o causales de exoneración: Falta de legitimación en la causa por pasiva, Hecho de terceros, Cobro de lo no debido, Inexistencia del daño antijurídico e Inexistencia de los perjuicios y la excepción genérica.

- **INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE DE TUNJA “IRDET” (fls. 357 a 408)**

Se opone frontalmente a las pretensiones de la demanda por considerar que carecen de fundamentos facticos y de derecho para su prosperidad y como quiera que la demanda no tiene una estimación razonable de la cuantía.

Frente a los hechos de la demanda destaca que el menor se encontraba inscrito a uno de los programas prestados por personal contratado por el IRDET, y una vez finalizada la clase, el menor fue entregado a la señora Yolima Velasco Cárdenas, quien era su adulto acompañante; añade que el accidente sucedió cuando ya había finalizado el entrenamiento y el menor se encontraba bajo custodia de su acompañante, por lo que el IRDET no está llamado a ser responsable por el daño endilgado, sumado al hecho de no haber acudido oportunamente a la acción judicial y haber operado la caducidad.

Hace hincapié en la responsabilidad de los padres y los acompañantes del menor al momento de la inscripción del curso de formación y durante el desarrollo de las clases, respecto de su cuidado y custodia; además, frente al daño del cual se derivan los perjuicios psicológicos anunciados por los demandantes señala que, conforme a lo probado en el proceso, se produce cuando ya la clase ha culminado y el menor se encuentra en custodia de su tía.

Manifiesta que no resulta claro que los hechos ocurren el día 27 de junio de 2012 y casi dos años después presentan una prueba pericial practicada en marzo de 2014, lo que no constituye una prueba contundente sobre una alteración psicológica de los familiares y al propio menor, quien no presenta problemas mentales y que además sigue participando en las escuelas de formación deportiva del IRDET, pues se aportan planillas de participación en patinaje.

Concluye destacando que del material probatorio allegado por la parte demandante en el cual solicitan el pago de una indemnización de perjuicios morales que se produjeron con ocasión de accidente sufrido por el menor Sebastián Araque Velasco, no hay sustento legal y jurisprudencial que hagan procedente las pretensiones de la demanda.

Planteó como excepciones o causales de exoneración: Caducidad de la acción de reparación directa, Buena fe por parte del ente territorial, Inexistencia de Responsabilidad alguna por pasiva y responsabilidad exclusiva por activa.

- **Ana Susana Uribe Pineda propietaria del establecimiento de comercio “ACUA CLUB ANDINO”**

Trascurrido el término de traslado la demandada guardó silencio.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad concedida para presentar alegaciones, se presentaron en los siguientes términos:

3.1. PARTE DEMANDANTE (fls. 514 a 519)

Frente al daño antijurídico manifiesta que las historias clínicas aportadas dan cuenta de la atención de urgencias recibida en el Hospital San Rafael de Tunja, la atención psicológica prestada por la EPS a través de Fisioter Ltda., las valoraciones médico legales practicadas por el instituto de Medicina Legal de Tunja, todo con ocasión de la caída sufrida por el menor Sebastián dentro del cuarto de máquinas de la piscina Acuaclub de Tunja, mientras desarrollaba la clase de natación en el programa de formación deportiva del IRDET, pruebas que demuestran las lesiones sufridas por la víctima.

Encuentra probados los daños a la salud o alteración a las condiciones de existencia de la víctima directa y a las indirectas, acreditadas con la prueba pericial discutida y controvertida en audiencia, donde se señaló el daño psicológico y/o trastorno de estrés postraumático derivado del accidente sufrido por el menor Sebastián Araque Velasco; respecto de los demás miembros del grupo familiar, alude que experimentaron situaciones de angustia, tristeza y dolor, a pesar de no presenciar el accidente, presentan altos grados de impotencia, angustia, temor, desesperanza, en especial por la señora Yasmín Aleida Velasco Cárdenas, madre del menor, pues al no estar presente en el momento del accidente para socorrer al menor la hace experimentar estados de culpa, angustia y ansiedad, como se evidenció en su testimonio.

Ahora bien, reitera el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales del IRDET, pues no se verificaron las condiciones de seguridad del lugar donde se impartían clases de la escuela de formación de natación a menores de edad y donde resultara lesionado el menor demandante.

En cuanto al municipio de Tunja, manifiesta que no puede permanecer inane frente a las actividades de formación deportiva en establecimientos públicos que no cuentan con el

mínimo de requisito de salubridad y seguridad, pues como quedó probado hasta el 12 de julio de 2012, luego de las denuncias y derechos de petición dirigidos al ente territorial, se realizó visita al Acuaclub Andino. Dicha labor fue adelantada por el municipio en forma tardía, aun cuando la actividad comercial del centro acuático es considerada como riesgosa, estando la administración en ejercicio del control y vigilancia de dichos establecimientos.

Así las cosas, considera que es imputable la responsabilidad en forma solidaria a las demandadas al omitir las condiciones básicas de seguridad, encaminadas a proteger la vida e integridad de los alumnos de la escuela de formación deportiva de natación, en especial la del menor Sebastián Araque; destacando que el IRDET se encontraba en posición de garante del menor hasta la finalización de la clase cuando debía ser entregado a su acudiente, pues por descuido de parte del docente ocurrió el accidente dados los factores del riesgo como el anclaje de la compuerta que conducía al cuarto de máquinas.

Se encuentra entonces acreditado el nexo de causalidad y demostrada la falla en la prestación del servicio por lo que se produce el daño antijurídico; se acreditó que los menores demandantes estaban bajo cuidado y custodia del IRDET en ejecución del programa de formación de natación para lo cual se suscribió un contrato con el Acuaclub Andino, establecimiento que a su vez omitió cumplir la normatividad y reglamentación para brindar el servicio de piscina al momento de los hechos, por lo que el Municipio de Tunja también omitió sus deberes de control y vigilancia sobre el centro acuático, y luego de ocurrir el accidente si ordenó realizar las reparaciones y adecuaciones de seguridad necesarias para prestar el servicio.

Señala entonces que las excepciones no se encuentran llamadas a prosperar por haberse demostrado los elementos de la responsabilidad del Estado y por ende las pretensiones deben ser acogidas.

3.2. INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE DE TUNJA "IRDET" (fls. 520 a 534)

Comienza por hacer referencia al objeto de la creación y las funciones del IRDET en relación con la práctica del deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre de conformidad con el Acuerdo Municipal N° 016 de 2015, además de la creación de escuelas de formación deportiva con base en la Ley 181 de 1995.

Frente al caso manifiesta que el niño Sebastián Araque Velasco pertenecía a la escuela de formación en natación, programa que se desarrollaba en la piscina denominada PISCINA ACUACLUB ANDINO, instalaciones escogidas porque permitía el desarrollo de la instrucción de manera idónea y segura, además de contar con las medidas de largo, ancho y profundidad apropiadas respecto de la edad y número de niños inscritos, a lo que se suma que la elección del escenario deportivo fue socializada y aceptada con los padres de familia de los niños inscritos. Agrega que el accidente sufrido por el menor se produjo con ocasión

de un arreglo provisional al cuarto de máquinas que la administración de la piscina debió realizar tomando medidas de señalización y delimitación necesarias en el área, sin que entorpeciera la prestación del servicio de piscina.

Destaca que la caída del menor se produce de modo fortuito sin relación de causalidad con el desarrollo del programa de natación del IRDET, dado que la culpa in vigilando no se encontraba en cabeza de la entidad como quiera que el hecho se produce cuando el menor se encontraba en custodia de su tía Yolima Velasco Cárdenas, pues fue cuando el menor decidió salir de la piscina voluntariamente y con la autorización de ella.

Por lo narrado, considera que se escapa de la esfera de responsabilidad de vigilancia del instructor del IRDET, pues ya se había dado por concluida la clase para el menor Sebastián, pues la responsabilidad del instructor se da en el ámbito y concentración de su clase en cumplimiento funcional de su programa, lo que significa que la caída sufrida por el menor no implica que la responsabilidad de la entidad sea automática, así como tampoco hubo participación del instituto en la producción del resultado.

Con base en lo señalado concluye que no existe daño antijurídico o lesión producida por la acción u omisión del IRDET, que derive en que se deba reparar a alguno de los demandantes.

3.3 MUNICIPIO DE TUNJA (fls. 531 s 534)

Señala que Sebastián Araque se encontraba inscrito y participaba de la escuela de formación en natación del IRDET desarrollada en el Acuclub Andino, y estando en clase fue autorizado por el instructor para salir de la piscina, vestirse y jugar con una pelota, estando también a cargo del menor una tía que lo vigilaba y lo cuidaba, además, el sitio donde se produjeron los hechos era de propiedad privada por lo que el Municipio no tiene injerencia en su funcionamiento y prestación de servicios.

Que el IRDET es una entidad descentralizada del orden municipal con autonomía administrativa, presupuestal y financiera, cuya gestión y labores son de su resorte y destaca que el menor se encontraba el día 27 de junio de 2012, desarrollando una actividad dirigida por el IRDET, para lo cual se contrató un instructor el cual tenía que estar pendiente de sus alumnos de comienzo a fin de la clase hasta que cada niño fuera entregado a su acudiente, no obstante el menor también estaba al cuidado de su tía Yolima Velasco, quien debió obrar con prudencia y diligencia desde el momento en que el niño comenzó a jugar en el área circundante a la piscina, precaviendo eventos como el que nos convoca, por lo que la responsabilidad también recae en la familiar que lo acompañaba.

Se demostró que el área del cuarto de máquinas donde ocurrió la caída del menor estaba circundado por cintillas y objetos que obstaculizaban el paso e indicaban peligro, pero ni la tía

ni el niño fueron cautelosos para evitar la circulación en esa zona, sin atender lo indicado por el instructor de no acercarse hacia el lugar demarcado, existiendo una concurrencia de culpas. Agrega que la caída al cuarto de máquinas causó lesiones leves produciendo algunos días de incapacidad sin que generaran secuelas, lo que le ocasionó un cambio de comportamiento al menor fue la sobreprotección de su progenitora y familiares con posterioridad a la caída.

Refiere también a la prueba pericial destinada a cuantificar los perjuicios materiales, dictamen en el cual únicamente se concluyó el pago de \$10.000.000 a la profesional en psicología, pero indagado el perito por el soporte del pago de los honorarios señaló que presumía que se había realizado su pago, por lo que al no tener un soporte que respalde las conclusiones, solicita que no se atienda el dictamen realizado.

Finalmente, solicita que se declaren probadas las excepciones, en especial la de culpa compartida entre el IRDET, los propietarios del Acuclub Andino y el menor Sebastián Araque junto con su tía.

3.4. MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio.

IV. TRAMITE PROCESAL

Recibida por competencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante auto fechado 26 de febrero de 2015 fue admitida la demanda (fls. 169 a 171) y luego se surte el trámite de notificación a los demandados.

La parte demandante, en término, presenta reforma de la demanda (fls. 180 a 183), y mediante auto fechado 2 de mayo de 2015 se admite la reforma y se ordena el traslado respectivo.

El día 1 de diciembre de 2016 se lleva a cabo audiencia inicial (fls. 420 a 423), y posteriormente la audiencia de pruebas durante los días 23 de febrero de 2017 (fls. 436 a 441), 28 de junio de 2017 (fls. 471 y 472), 18 de agosto de 2017 (fls. 481 y 482), 6 de septiembre de 2017 (fls. 499 a 501) y 2 de noviembre de 2017 (fl. 512).

Se presentaron alegatos de conclusión y estando el proceso al despacho se ordenó la reconstrucción de la primera parte de la audiencia de pruebas, fechada 18 de agosto de 2017, llevándose a cabo audiencia de reconstrucción el día 14 de noviembre de 2018 (fl. 551), y reingresó el proceso al despacho para proferir sentencia.

V. CONSIDERACIONES

5.1 Problema Jurídico

Corresponde determinar por parte del despacho si es o no procedente declarar administrativa y patrimonialmente responsables al Municipio de Tunja, al Instituto de Recreación y Deporte de Tunja – IRDET y a la propietaria del Establecimiento de Comercio Acuclub Andino, en calidad de demandados, por los daños y perjuicios causados a los demandantes con ocasión de las lesiones sufridas por el menor Sebastián Araque Velasco el día 27 de junio de 2012, al caer al cuarto de máquinas de la piscina mientras asistía a una clase de natación como parte del programa de formación deportiva ofrecida por el IRDET y cuyo escenario de practica era el Acuclub Andino.

5.2. Cláusula General de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

La cláusula general de responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, parte del concepto de daño antijurídico imputable al Estado a causa de una acción u omisión de las autoridades públicas. Este elemento esencial del daño corresponde a la concepción del Estado Social de Derecho como garante de los derechos fundamentales de las personas, de manera que las autoridades de la República están instituidas para garantizar y proteger dichos derechos (Art. 2 de la C.P. de 1991), y por ello responden no sólo por el incumplimiento de la ley, sino por acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (Art. 6 y 122 C.P. de 1991).

5.3 Elementos de la Responsabilidad Estatal

Desde la anterior perspectiva toda responsabilidad patrimonial del Estado debe partir, en primer lugar, por examinar **la existencia del daño antijurídico**, “entendido como la lesión a un derecho o bien jurídico o interés legítimo que los demandantes no están obligados a soportar”¹; implica lo anterior que los ciudadanos tienen derecho al disfrute pacífico y pleno de sus derechos y sólo pueden ser limitados o restringidos por medio de ley válidamente expedida, lo cual supone que en ese evento el ciudadano tiene el deber de tolerar éstas limitaciones (Art. 95 C.P.); por el contrario, toda intervención del Estado en los derechos de los ciudadanos de manera injustificada que derive en la causación de un daño, por regla general, debe ser reparada, siempre y cuando este elemento se encuentre debidamente probado.

El otro elemento de la responsabilidad es **la imputación**, con el fin de establecer si el daño antijurídico es atribuible a alguna autoridad pública y específicamente a la entidad

¹ Consejo de Estado, sección tercera, expediente: 500012331000199904688 01, radicación interna no.: 17.994 del 26 de marzo de 2009. cp. Enrique Gil Botero.

demandada, o si por el contrario fue producto de la actuación de un tercero. La imputación del daño antijurídico es la posibilidad de atribuir el resultado o hecho objeto del proceso al obrar de un sujeto llamado autoridad pública, y lo será siempre que ésta lo haya producido por acción u omisión.

El tercer presupuesto de la responsabilidad del Estado se refiere al **nexo causal**, cuyos contornos han sido decantados por el Consejo de Estado², en los siguientes términos:

“debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión–, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

“No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”³.

En el ámbito jurídico la atribución de una consecuencia (sanción) supone que se haya incurrido en la vulneración de una proposición jurídica que imponía un deber u obligación, por lo tanto resulta evidente que el concepto de causalidad es insuficiente atribuir un resultado dado que “es posible que un determinado suceso tenga origen material en una específica conducta (causa material), pero las consecuencias del mismo sean atribuidas a un tercero (v.gr. la responsabilidad por el hecho de las cosas, o por el hecho de otro; la posición de garante)⁴. El concepto de causalidad tiene una relación material en la conducta de un sujeto pero la imputación es la atribución de un resultado en cabeza de un sujeto que ha “incumplido un precepto normativo de conducta, es decir, del deber ser.”

5.4. Régimen de Responsabilidad en el caso concreto

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en que en ésta se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la Administración.

² *Ibidem.*

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, citada en *ibidem*

⁴ “En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos” (Se resalta) Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 21 de febrero de 2002 expediente 14215.

Se debe resaltar que, en el caso en estudio, se atribuye el daño antijurídico a la falta de vigilancia y control por parte de las demandadas respecto del cumplimiento de las normas de seguridad necesarias para la prestación del servicio de piscina, con miras al desarrollo de cursos de formación deportiva promovidos por el IRDET, además de la falta de señalización sobre los lugares de potencial peligro en el recinto deportivo, especialmente en el cuarto de máquinas de la piscina y su compuerta de acceso.

Con base en la exposición fáctica contenida en el libelo demandatorio, se estudiará entonces el régimen de imputación subjetivo por falla en el servicio por la conducta omisiva de los demandados, que supone tanto la acreditación del daño, como de los elementos constitutivos de la responsabilidad de la Administración para derivar la responsabilidad de las entidades y la persona jurídica de derecho privado que conforman la parte pasiva de la litis.

Así las cosas, se debe hacer referencia a la definición y a los requisitos que la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵ ha establecido y reiterado, a efectos probar la responsabilidad del Estado bajo el citado régimen de responsabilidad y título de imputación, así:

“La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual⁶.

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”⁷, así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo⁸.

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la

⁵ CONSEJO SUBSECCION A. Consejera ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750). Actor: ALICIA MARGOTH MONTILLA Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE SAN LORENZO Y OTRO. Referencia: REPARACION DIRECTA - APELACION SENTENCIA. Bogotá, D.C., siete (7) de abril de das mil once (2011).DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA.

⁶ Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente Na. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, entre muchas otras.

⁷ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

⁸ Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía⁹.

Ahora bien, en pronunciamiento del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁰ ha señalado los elementos primordiales de probanza cuando se pretende alegar la falla en el servicio de la administración por omisión o incumplimiento de sus deberes legales, así:

“De lo dicho se desprende que para atribuir responsabilidad al Estado por omisión consistente en el incumplimiento de un deber legal se debe establecer i) que existía la obligación y que la misma no fue cumplida satisfactoriamente y ii) que la omisión fue la causa del daño, es decir, que de no haberse incurrido en la omisión de cumplimiento de obligaciones atribuidas por el ordenamiento jurídico no se hubiese materializado el daño.

En pronunciamiento del 20 de octubre de 2014, la Sección Tercera del Consejo de estado, reiteró que “... el daño antijurídico puede ser ocasionado por el funcionamiento anormal de la administración que se concreta en el incumplimiento de una obligación legal. Así, ‘el análisis del caso debe hacerse bajo el régimen de la falla del servicio, toda vez que según la jurisprudencia de esta Corporación en los casos en que se analiza la responsabilidad como consecuencia de la producción de daños, por omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus funciones, es necesario confrontar el deber funcional con el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto’¹¹”

Con fundamento en la anterior definición del régimen de falla en la prestación del servicio, resulta necesario establecer en el *sub-examine* si existió un incumplimiento a un deber legal y si dicho incumplimiento fue la causa del daño; así mismo, se debe examinar, si existe o está demostrada alguna causal eximente de responsabilidad, valga decir, culpa exclusiva de la víctima, la fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de un tercero.

5.5. De lo Probado en el Proceso

Se tiene como probada la legitimación por activa del núcleo familiar de la víctima, como quiera que se aportan los documentos de identidad, registro civil de nacimiento de la víctima Sebastián Araque Velasco, de su progenitora Yasmín Aleyda Velasco Cardenas, de sus abuelos maternos María Inés Cárdenas Castro y Campo Elias Velasco Otálora, tíos Yolima Edith Velasco Cardenas, Anyeli Velasco Cardenas y William Velasco Cardenas y primos Nicolás Cadena Velasco, Mateo Cadena Velasco y Paulo Sergio Oliveros Velasco, documentos que obran a folios 20 a 30 del plenario.

A folios 31 a 34 de las diligencias, obra informe de tratamiento psicológico al menor Sebastián Araque Velasco, realizado por la Psicóloga Diana Carolina Niño Blanco de Fisioter Ltda., solicitado por el Colegio de Boyacá, Sección San Agustín, fechado 13 de febrero de 2013, donde consta cual fue el plan de tratamiento, la frecuencia de las sesiones de terapia psicológica, actividades realizadas durante la intervención, brindando además recomendaciones y sugerencias para el manejo del menor en sus entornos educativo y

⁹ Sentencia del 30 de noviembre de 2006. expediente No. 14.880.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO. Radicación número: 25000-23-26-000-2006-01728-01(38815). Actor: MARIA EUGENIA ALDANA REYES. Demandado: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA. Bogotá. D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016)

familiar, informe que se complementa con la copia de la historia clínica de atención por psicología en Fisioter Ltda., con diagnóstico de stress post traumático, de manera que se encuentra demostrado el tratamiento al que fue sometido el menor víctima del accidente, a través de sesiones que se llevaron a cabo entre el 5 de julio de 2012 y el 17 de agosto de 2012 (fls. 35 a 37).

Se encuentra probado que el menor Sebastián Araque Velasco acudió al servicio de urgencias el día 27 de junio de 2012 en la E.S.E. Hospital San Rafael como se consigna en la historia clínica obrante a folios 38 a 42, donde se extrae que el menor estaba acompañado de su progenitora por caída accidental superior a 1 metro de altura, siendo víctima de un trauma en la región dorsal y en muslo, sin trauma craneoencefálico, sin pérdida de conciencia ni limitación funcional, sin dolor significativo, diagnosticándole un trauma de tejidos blandos y estableciendo como plan de tratamiento la ingesta de acetaminofén 10 cc cada 6 horas por 2 días, curaciones, cita prioritaria y recomendaciones generales, concediéndole una incapacidad por 7 días.

Obra también en el expediente a folios 43 y 44, informe técnico médico legal de lesiones no fatales realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, señalando en la valoración de fecha 29 de junio de 2012, que el menor presenta

"1. Abrasión de 18x10 cm en región dorsolumbar derecha. 2. Abrasión de 2x2 cm a nivel de cadera izquierda. 3. Equimosis azul y violácea morada de 10x6 cm en tercio proximal externo de muslo izquierdo. 4. Excoriaciones pintiformes en un área de 2x2 en maléolo externo de tobillo derecho. Sin otras lesiones. CONCLUSIÓN: MECANISMO CAUSAL: Contundente. Incapacidad médico legal: PROVISIONAL. QUINCE (15) DÍAS."

En una segunda valoración realizada el 19 de julio del mismo año por parte de Medicina Legal (fol. 44), se plasman las siguientes conclusiones:

"PRESENTA: mancha plana discrómica, visible al momento del exámen de 4x3 en región dorsolumbar derecha y de 2x1 cm a nivel de cadera izquierda. Se recibe valoración por Psicología realizada en FISioter por la Dra. Diana C. Niño Blanco T:P: 122117 de fecha 17/07/2012 a nombre del paciente, en la cual se lee: "... asiste a terapia psicológica, llevando cinco sesiones, requiere continuar proceso, con el fin de evidenciar mejoría... en el momento no se puede emitir ningún informe de historia clínica..." CONCLUSIÓN: Incapacidad médico legal: DEFINITIVA. QUINCE (15) DÍAS. SECUELAS MÉDICO LEGALES: de carácter a definir, si las hubiere, en reconocimiento Médico Legal al final del tratamiento por Psicología, con conceptos y pronósticos."

Allega la parte demandante una serie de fotografías que, bajo su dicho, fueron tomadas el día 27 de junio de 2012 en el Complejo Acuático Andino, en las cuales se muestra la lámina de aluminio que aislaba el cuarto de máquinas de la piscina en evidente estado de deterioro, la ausencia de cerradura, sus dimensiones, su profundidad, así como también algunas

¹¹ Cita del original: "Consejo de Estado: Sección Tercera: Sentencia del 15 de noviembre de 2011; Exp. 21768".

fotografías de las lesiones sufridas por el menor Sebastián Araque Velasco, documentos fotográficos que se encuentran impresos y en medio magnético a folios 45 a 51.

Se aportan también las autorizaciones de la EPS Comfamiliar Huila para citas por Psicoterapia individual por Psicólogo y Nutricionista en la institución Fisioter Ltda., entre el 5 de julio de 2012 y el 26 de Agosto de 2013 como se observa a folios 52 a 60, empero, el informe de tratamiento psicológico por parte de Fisioter con fecha 13 de febrero de 2013, da cuenta que el menor fue objeto de valoraciones en esta especialidad mediante sesiones dobles semanales, durante un lapso aproximado de cinco (5) meses.

Obran en el expediente derechos de petición con los cuales las señoras Yasmín Aleyda Velasco y Yolima Edith Velasco, informan del accidente del menor Sebastián ocurrido el 27 de junio de 2012, al Instituto de Recreación y Deportes de Tunja – IRDET, a la Secretaría de Infraestructura del municipio de Tunja, Secretaría de Protección Social del municipio de Tunja, a la Secretaría de Educación del municipio de Tunja y a la Inspección Municipal del Barrio los Muiscas (fls. 61 a 70).

Que el IRDET con oficio N° 100-039-2012 del 25 de julio de 2012, da respuesta a la petición (fl. 71) informando que su responsabilidad recae sobre la contratación del instructor pero no le corresponde vigilar y controlar las condiciones de seguridad del escenario deportivo y que recomendaron la reubicación de los menores en otro escenario para evitar futuros inconvenientes.

Mediante oficio S.P.S. SA 482 del 9 de agosto de 2012, la Secretaría de Protección Social, da respuesta al derecho de petición, y manifiesta que realizó Inspección Sanitaria al Centro Acuático Andino para verificar las condiciones de seguridad que debe cumplir dicho establecimiento; en dicha visita: *“Se verificó cada uno de los sitios críticos, de alto riesgo y de seguridad para que se hagan las reparaciones, modificaciones y arreglos de acuerdo a las normas establecidas, de inmediato cumplimiento”* (fls. 74 y 210).

Se prueba también que mediante oficio S.P.S. SA 080 del 19 de marzo de 2014, la Secretaría de Protección Social del municipio de Tunja, le informa a la señora Yasmín Aleyda Velasco Cárdenas que para verificar las condiciones de seguridad del establecimiento Centro Acuático Andino, se adelantó visita de control sanitario el día 16 de julio de 2012 donde se ordenaron reparaciones, modificaciones y acuerdos; que en posterior visita realizada el 8 de mayo de 2013, se observó el cumplimiento de las observaciones realizadas y también se hace visita al establecimiento el día 18 de marzo de 2014, con el fin de diligenciar el formulario único de inspección sanitaria donde se verificaron aspectos como limpieza de la piscina, control de ph y cloro, registro de temperatura, capacitación en salvamento y rescate acuático, lavado y desinfección de tanques de almacenamiento de agua, análisis de riesgo de la calidad del agua, certificado de uso de suelo urbano y formulario del registro único tributario (fls. 75 y 76 – 206 y 207).

Obra en el expediente acta de visita de control sanitario fechada 16 de julio de 2012, realizada por funcionarios de la Secretaría de Protección donde se verifica el cumplimiento de la Ley 1209 de 2008, sobre seguridad en piscinas, destaca específicamente “se observa un espacio que se tiene demarcado como cuarto de máquinas, éste espacio no tiene encerramiento, el piso y el punto donde esta se observa una tapa sin seguro accesible a público en general lo que ocasiona que se pueda abrir o cerrar en cualquier momento (...) aunque según derecho de petición no se le está dando manejo adecuado al área de máquinas (seguridad y encerramiento completo de este (A) área” , con base en lo anterior se requiere inmediatamente a la administración del establecimiento para que realice los trabajos de encerramiento de dicha área para dar cumplimiento a la Ley 1209 de 2008 y se imparte un concepto favorable condicionado al cumplimiento de estas exigencias (fls. 208 y 209).

De igual forma se allega acta de control sanitario de fecha 8 de mayo de 2013, donde se verificó el cumplimiento a los requerimientos realizados en visita del 16 de julio de 2012, y en especial, se realizó el cerramiento del área de máquinas, emitiendo nuevamente concepto favorablemente condicionado (fl. 315).

A folios 316 a 320, obra acta de visita a piscinas realizada por la Secretaría de Protección Social del Municipio de Tunja el día 18 de marzo de 2014, donde se recalca el cumplimiento del compromiso de sellamiento al cuarto de máquinas, se le otorga concepto favorable para el funcionamiento del establecimiento con medidas sanitarias de seguridad conforme a la Ley 9 de 1979. De igual manera, a folio 344 se encuentra el acta de control sanitario realizado por la misma dependencia a la piscina del Acuaclub el día 8 de octubre de 2014, donde se da un concepto favorable condicionado y se le exige que coloque rejilla de acceso al cuarto de máquinas con candado (fls. 344 y 345).

El IRDET allega copia del Contrato de Prestación de Servicios N° 028 de 2012, suscrito con Iván Camilo Chinome Martínez, como instructor de la escuela de formación deportiva de natación del IRDET por el término de 4 meses y suscrito el 16 de marzo de 2012 (fls. 375 a 379); así como también aporta las fichas de inscripción al programa de natación de Sebastián Araque Velasco para el año 2012 (fl. 380), también se encuentran las fichas de inscripción a los programas de patinaje de carreras para el año 2013 (fls. 381 y 382)

Aporta también la parte demandante Contrato de Prestación de Servicios Profesionales suscrito entre Yasmín Aleyda Velasco Cárdenas y la Psicóloga Laura Giomar Méndez Pérez, cuyo objeto es llevar a cabo evaluaciones psicológicas forenses a los aquí demandantes y se pactan unos honorarios por valor de \$10.000.000 (fls. 77 y 78).

Se aporta junto con la demanda un Dictamen pericial a folios 80 a 112, realizado por la profesional en psicología forense LAURA GIOMAR MÉNDEZ PÉREZ, quien acredita debidamente sus estudios y experiencia; destaca que el objeto de la peritación es realizar valoraciones psicológicas forenses a los demandantes con la finalidad de explorar su estado

mental actual, la existencia de un daño psicológico, trastorno psíquico y otras consecuencias derivadas del accidente que sufrió el menor Sebastián Araque Velasco en una piscina de Tunja, utilizando para tal fin técnicas científicamente avaladas y los criterios diagnósticos del DMS – IV (Manual Diagnóstico de Enfermedades Mentales), empleando además las siguientes escalas en un rango de 0 a 51, así: i) De 0 a 15 en la sub escala de re experimentación, ii) De 0 a 21 en la de evitación, y iii) De 0 a 15 en la de activación. Éste dictamen fue sustentado y controvertido en audiencia tal y como consta en los DVD obrantes a folios 483 y 559 del expediente.

La defensa del municipio de Tunja aporta copia del “Plan de Emergencias y Contingencias Acuclub Andino”, radicado ante la Secretaría de Protección Social el día 4 de septiembre de 2012 (fls. 211 a 314).

Por la parte demandante se escucharon los testimonios de Camilo Chinome Martínez (profesor de natación del menor), Luis Alfredo Velasco Cárdenas (Tío del Menor) y Efrén Alfonso Fajardo Flores (Amigo de la familia Velasco Cárdenas); testimonios que obran en el DVD obrante a folio 455 del expediente.

Por el IRDET se escuchó el testimonio de Laura Angélica Castellanos (DVD fl. 445) y se escucharon los interrogatorios de parte de Yasmín Aleyda Velasco Cárdenas, María Inés Cárdenas Castro, Segundo Campoelias Velasco Otalora, William Velasco Cárdenas, Yolima Edith Velasco Cárdenas y el menor Sebastián Araque Velasco (DVD 474 y 503).

Tanto de los testimonios como de los interrogatorios de parte recibidos se lograron establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurre el accidente; así mismo, que el día que ocurre el hecho dañoso el menor Sebastián Araque Velasco se encontraba en compañía de sus primitos Nicolás y Mateo Cadena Velasco y de su Tía Yolima Edith Velasco Cárdenas, quien en ese momento fungía como acudiente de los tres menores y fue quien tuvo a cargo la atención y traslado del menor desde la piscina hasta el servicio médico de urgencias.

Al respecto, la señora Yolima Edith Velasco Cárdenas, manifestó al rendir interrogatorio (Mins. 00:06:00 a 01:04:00 Cd 1– fl. 474):

Ese día como siempre guarde las cosas pague el valor de la piscina, me quité los zapatos y me senté con otros padres en las sillas rimax, comenzaba por el calentamiento y después los dividía en tres grupos de acuerdo a las edades y niveles, faltando como 15 minutos, siempre el profesor daba como una hora de juego y el sacaba un balón de un cuarto cerca a la piscina mi sobrino no se quedó jugando porque me dijo tía yo tengo mucho frio y el niño desde bebe siempre ha tenido problemas en sus pulmones y yo alcancé a colocarle una camisa y una chaqueta, mis hijos se quedaron en la piscina y se lanzaba un balón de un lado era como fútbol, mi sobrino se salió unos minuticos antes de la piscina porque tenía frio, le dijo al profesor que si podía salir y le dijo que si, nosotros le habíamos hecho varias aclaraciones al profe sobre la temperatura de la piscina, era muy fría, varios papás por escrito le pasamos que por favor que el agua fuera un poco más calientita porque resultaba que se enfermaban del frio. El profesor durante los últimos 15 minutos mientras los niños jugaban solos él está dentro de la

piscina recogiendo los elementos de clase; en el momento del accidente el niño, yo, el profesor y otros papás estábamos dentro del área cubierta de la piscina.

El accidente pasó en el momento en el que aún no se había terminado la clase, aún habían niños en la piscina, estaba el profesor recogiendo sus elementos, estaba dentro de la hora de la clase de natación, al niño le dio frío y el profesor le dice bueno ve y ponte la ropa. La clase, el profesor autorizó, no fui yo el que lo saque de la piscina sino que el profesor autorizó para que el niño fuera y se colocara una chaqueta porque tenía mucho frío, esa piscina no tiene una licencia para uso público sino de uso privado, los baños de los niños para cambiarse les tocaba salirse de la piscina atravesar un corredor y llegar a los baños que están al otro costado de la piscina.

Después de eso, yo me estaba en la silla el niño en los últimos 15 minutos de clase los niños se quedaban jugando, el profesor les prestaba una pelota de plástico, el balón salió de la piscina, mi sobrino se fue alcanzar la pelota y de un momento a otro sentí un totazo terrible y escuche el grito de él y cuando veo el niño había caído a un vacío de 3 o 3 metros y medio, rodeado de muros, no tenía ni escaleras, empecé a gritar ayudemen, ayudemen (sic), llegó una señora de la administración que era mayor de 50 años, llegó el profe que se puso una camisa pero no tenía por donde bajar, no me prestaron los primeros auxilios, no me llamaron a una ambulancia, en ese momento fue terrible para mí desesperante, yo tenía mis otros dos chiquitos se pusieron a llorar les dije vístasen (sic) que nos vamos para el hospital, mi sobrino estaba sangrando y el señor dijo que está bien no le pasó nada grave, entonces tomé unas fotos, las fotos no son de gran nitidez, pero ahí se alcanza a ver que no me prestaron primeros auxilios, se pusieron furiosos por las fotos. Ese momento fue de gran angustia para mí porque no me prestaron los primeros auxilios como debían, un papá lo que dijo fue que le colaboraran a la señora, y el profesor se metió a sacar al niño, se demoró como 10 minutos en sacar el niño, yo lo veía con sangre y que gritaba, yo cuando vi al niño y estaba acurrucado como en posición fetal, el niño como practicaba patinaje le enseñaron que ante una caída debía echar la cabeza hacia atrás, al niño lo encontré ahí y lo único que hicieron fue echarle un poquito de mertiolate y ya”

Sobre el particular destacó el Menor Sebastián Araque Velasco en el interrogatorio rendido, lo siguiente (Mins. 13:00 al minuto 32:40 DVD 2, fl. 503):

“Mis primos y yo fuimos a la piscina porque teníamos clase y yo a veces me salía y a veces entraba a la piscina porque estaba enfermo de los pulmones, en ese momento yo me salí pero la clase no había terminado porque el profesor decía que los últimos minutos eran de juego entonces yo me salí y me cambié porque me deba muchísimo frío, entonces mis primos y sus amigos lanzaron la pelota a las tejas y yo la fui a coger para llevársela y en ese momento yo pisé una teja para yo coger la pelota y me caí. El profesor Camilo no nos dijo nada sobre restricciones sobre algunos sitios de la piscina.

Cuando salgo de la piscina aún no se ha terminado la clase y no me salí porque yo quisiera sino porque sufría de los pulmones y siempre que salía de la piscina me ponía morado. Yo me podía salir solo de la piscina porque yo sufría de los pulmones entonces yo salía y me cambiaba y me podía volver a meter.

Cuando me caí al cuarto de máquinas me asusté mucho, me raspé, lloré, gritaba, tenía 7 años, sentí temor de quedar en la oscuridad, mi tía se dio cuenta que yo me caí y ella gritaba y llamaba al profesor y a todos. El profesor me sacó pero se demoraron muchísimo sacándome, después me llevaron al hospital pero no me acuerdo que me hicieron.”

Estos testimonios se acompañan con lo señalado en la declaración del instructor de natación IVÁN CAMILO CHIMONE MARTÍNEZ (Mins. 05:30 a 47:17 Cd 1 Archivo 2 – fl. 445):

“Señala que para la época de los hechos él se desempeñaba como instructor del IRDET, ese día la clase se desarrollaba dentro de completa normalidad, eran clases de dos horas, una parte inicial que era de calentamiento, una parte central donde se desarrollaba el objetivo de la clase y acostumbraba a que en los últimos 10 a 15 minutos de la clase dejar libre a los alumnos

para que jugaran en la piscina y el rededor de la playa, señala que el rededor de la piscina tenía menos de un metro y hacia sus otras playas aprox. dos metros o metro cincuenta, la clase se desarrolló normalmente, estaba el hijo de la señora Yasmín unos familiares también, primos de ellos, y al final habían unas pelotas con las cuales acostumbraban a jugar dentro del agua o fuera del agua desde la playa pateándola hacia el agua, jamás en las playas porque hay un riesgo de resbalar, tropezar y sufrir alguna lesión. Ya iba a terminar la clase y hay un tiempo en el que uno les dice ya no más y comenzaban a ingresar los padres y uno comienza a entregar a los niños, la señora Yasmín junto con una hermana, la mamá de sus primos, ingresaban a una parte de la playa donde habían unas sillas y los niños seguían jugando, mientras yo estaba entregando los demás niños en la puerta, niños de 7 a 10 años, ellos seguían jugando y lanzan fuerte la pelota y cae en un sector esquinero de la piscina, en donde está el cuarto de máquinas, el niño va a sacar el balón para continuar con su juego, cabe destacar que yo me encontraba entregando los niños, estaba en presencia de la mamá y de la tía en ese momento y la tapa de ese cuarto de máquinas se encontraba desoldada, estaba puesta pero no asegurada y cuando el niño llega a sacar la pelota no se en que momento se corre la tapa y el niño cae al cuarto de máquinas, no se exactamente que profundidad tenga ese cuarto, tal vez dos metros, mi reacción al escuchar los gritos es quitarme la camisa y mirar al agua ante alguna posibilidad de ahogamiento, sin embargo me señalaron el cuarto de máquinas, claro, me asusto más, me meto en el cuarto y lo primero que hago es preguntarle al niño si está bien, si está consiente que qué pasa y el cayó de pie, le toque la espalda y pedí auxilio para poder sacarlo sin ningún movimiento que llegara a afectarlo, en ese momento se llamó a una ambulancia, que no llegó, y había un enfermero en el escenario deportivo, se acostó al niño en una camilla y comienza a tocarlo para saber si sentía dolor o tenía alguna lesión y en ese momento revisamos al niño, tuvo unas laceraciones y hasta ahí son los hechos que yo notifico en mi informe al IRDET.”

De igual manera se presenta informe pericial sobre gastos económicos presentado por el perito Alirio Alvarado Ávila, el cual obra a folios 476 a 480, en el cual se determina que los gastos ocasionados dentro del proceso ascienden a la suma de \$10.000.000, correspondiente a los honorarios pactados con la perito Laura Giomar Méndez Pérez.

5.6. Caso Concreto

5.6.1. Del daño antijurídico

La responsabilidad del Estado en materia extracontractual, tal y como se señaló previamente está basada en tres pilares fundamentales: *Un hecho dañoso que debe tener la connotación de antijurídico, una acción u omisión imputable a la persona o entidad convocada a responder y una relación de causalidad entre los dos elementos anteriores.*

Lo anterior se erige como el punto de partida en la estructura de la responsabilidad del Estado, la cual se hace patente cuando se configura un daño y a su vez este elemento goza de la connotación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado¹²:

“La responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración. **El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o,**

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 08 de junio de 2016, expediente: 36550. C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO.

porque es “irrazonable,” sin depender “de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.” La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.” (Negrilla fuera del texto original)

Se destaca de la definición de daño que es el *“detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza.”*¹³. De esta definición se sigue de un lado, que el daño puede recaer no sólo sobre derechos subjetivos o bienes jurídicamente tutelados, sino también sobre intereses simples que no son contrarios al derecho, es decir, es requisito *sine qua non* para que el daño tenga el carácter de antijurídico, que no tenga por objeto relaciones o **situaciones jurídicas ilegítimas**, so pena de no poder ser resarcido.

La antijuridicidad¹⁴ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, siendo preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también cuando se atenta contra un bien jurídicamente protegido, como lo arguye el Consejo de Estado en sentencia del 27 de febrero de 2013¹⁵, en la cual destacó:

“La antijuridicidad se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño. En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable. Sin embargo, es preciso señalar **que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido**, en palabras de Roberto Vásquez Ferreyra [19], “la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos”.

Bajo la lógica anterior, la antijuridicidad pasa de ser un elemento de la conducta causante del daño, a ser un elemento calificador del mismo y el análisis se desplaza del autor del daño a quien lo sufre, siendo la base de la responsabilidad patrimonial del Estado. Así, existe un elemento característico en la definición de daño: la licitud o legitimidad del bien, interés o derecho subjetivo menoscabado, pues la ocurrencia del daño, desprovista de razones

¹³ Definición de Rodrigo Escobar Gil tomada del libro El Daño, Juan Carlos Henao, E. 1998. Universidad Externado de Colombia, p. 84.

¹⁴ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 27 de febrero de 2013, expediente: 24920. C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

jurídicas para atribuírselo al Estado o de actuaciones que no lesionan derechos o intereses jurídicos, es insuficiente para imponer la obligación de reparar¹⁶.

En ese orden de ideas, si bien es cierto, el ciudadano tiene derecho a conservar indemne su esfera patrimonial y extra patrimonial, y en consecuencia, el Estado tiene el deber de respetar y reparar sus derechos cuando por hechos a él imputables, han sido menoscabados, no puede olvidarse que el ciudadano a la par de sus múltiples derechos también tiene deberes de sujeción frente al ordenamiento jurídico, que implican, entre otros muchos, procurar obtener su sustento del desarrollo de actividades lícitas y legales, pues de lo contrario no podrá invocar la tutela del derecho, en tanto nadie puede derivar provecho o beneficio de su propio incumplimiento.

En tal sentido, la jurisprudencia ha establecido que para que **el daño sea resarcible o indemnizable se deben reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal**, así se ha indicado:

“Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Pero importa poco que el perjuicio de que se queje la víctima se haya realizado ya o que deba tan sólo producirse en lo futuro. Ciertamente, cuando el perjuicio es actual, la cuestión no se plantea: su existencia no ofrece duda alguna. Pero un perjuicio futuro puede presentar muy bien los mismos caracteres de certidumbre. Con frecuencia, las consecuencias de un acto o de una situación son ineluctables; de ellas resultará necesariamente en el porvenir un perjuicio cierto. Por eso, no hay que distinguir entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro; sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual, hipotético ¹⁷(...)”

De la misma manera, se ha concluido que el daño es justo, jurídico o legítimo en los siguientes eventos: i) cuando el interés afectado es lícito pero existe una norma, regla o principio en el ordenamiento jurídico que autoriza su detrimento, sin la concurrencia de la respectiva indemnización; ii) cuando se afecta un interés que es lícito, pero el detrimento no representa una ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas, sino que se mantiene en los parámetros tolerables e inherentes a la vida en comunidad; y iii) cuando el interés o bien menoscabado es ilícito o ilegítimo, pues como ya se dijo la ilicitud no puede ser fuente de derechos.

En conclusión, se tiene que el daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, es imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 11 de diciembre de 2015, expediente: 39420. C.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

Con base en lo anterior podemos apreciar que en el presente caso el daño se concreta en las lesiones sufridas por el menor Sebastián Araque Velasco, lesiones que se producen el día 27 de junio de 2012, en las instalaciones del Acuclub Andino de la ciudad de Tunja, mientras asistía a una clase de la escuela de formación deportiva de natación del Instituto de Recreación y Deporte de Tunja – IRDET, pues tanto del relato de los hechos como de los testimonios y pruebas documentales recopiladas, se logró determinar que el menor cayó al cuarto de máquinas ubicado dentro del área de la piscina, a una profundidad de dos (2) metros aproximadamente.

Tales lesiones se evidencian en la historia clínica de atención de urgencias de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (fls. 38 a 42) y ratificadas en los informes técnicos médico legales por lesiones no fatales emitidos por el Instituto de Medicina Legal, donde se confirma el diagnóstico de trauma de tejidos blandos y se le concede una incapacidad médico legal de quince (15) días, recalcando que no pudieron establecer secuelas en la humanidad del menor (fls. 43 y 44).

Concretamente en la historia clínica¹⁸ se plasmó:

“Paciente en compañía de la madre refiere caída desde altura +/- 1 m, de manera accidental, recibiendo trauma en región dorsal y muslo, no trauma craneoencefálico, no pérdida de conciencia, no limitación funcional, no hay dolor significativo. (...)

IDx: Trauma tejidos blandos. (...)

Plan: Acetaminofén 10 cc c/6h x 2 días, curaciones, cita prioritaria I nivel de atención, recomendaciones generales, concediéndole una incapacidad por 7 días.”

“Paciente de 7 años traído por la Mamá quien refiere caída desde altura, de manera accidental, con posterior trauma en región dorsal y en miembros inferiores. Al examen físico, buen estado general, alerta, orientado, sin déficit neurológico, presenta excoriación extensa en región dorsal, y en muslo izquierdo 1/3 proximal hematoma de +/- 4x4 cm con excoriación sin sangrado en el momento, se le da incapacidad por 7 días”

De igual forma, los dictámenes médico legales¹⁹ establecieron:

“1. Abrasión de 18x10 cm en región dorsolumbar derecha. 2. Abrasión de 2x2 cm a nivel de cadera izquierda. 3. Equimosis azul y violácea morada de 10x6 cm en tercio proximal externo de muslo izquierdo. 4. Excoriaciones pintiformes en un área de 2x2 en maléolo externo de tobillo

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 20 de enero de 2012, expediente: 20614. C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

¹⁸ Fls. 38 a 42

¹⁹ Folios 43 y 44

derecho. Sin otras lesiones. **CONCLUSIÓN: MECANISMO CAUSAL: Contundente. Incapacidad médico legal: PROVISIONAL. QUINCE (15) DÍAS.**”.

“**PRESENTA:** mancha plana discrómica, visible al momento del examen de 4x3 en región dorsolumbar derecha y de 2x1 cm a nivel de cadera izquierda. Se recibe valoración por Psicología realizada en FISIOTER por la Dra. Diana C. Niño Blanco T:P: 122117 de fecha 17/07/2012 a nombre del paciente, en la cual se lee: “... asiste a terapia psicológica, llevando cinco sesiones, requiere continuar proceso, con el fin de evidenciar mejoría... en el momento no se puede emitir ningún informe de historia clínica...” **CONCLUSIÓN: Incapacidad médico legal: DEFINITIVA. QUINCE (15) DÍAS. SECUELAS MÉDICO LEGALES: de carácter a definir, si las hubiere, en reconocimiento Médico Legal al final del tratamiento por Psicología, con conceptos y pronósticos.**”

Resulta evidente entonces, que en el sub lite se probó la existencia de lesiones a la integridad física de Sebastián Araque Velasco, quien para la época de los hechos contaba apenas con siete (7) años de edad, como se aprecia en su registro civil de nacimiento, visible a folio 22 del plenario.

Adicionalmente, se causó un daño a la esfera psicológica del menor, como quiera que a consecuencia del evento traumático el niño Sebastián Araque debió asistir a terapia psicológica, al presentar trastornos cognitivos, emocionales, fisiológicos y comportamentales, como se puede constatar en el informe de tratamiento psicológico realizado por Fisioter Ltda. (fls. 31 a 34), en el cual se consignó lo siguiente:

“VALORACIÓN DEL PACIENTE

Paciente de 8 años, asiste a valoración con su mamá quien comenta que el día 27 de julio su hijo Sebastián sufrió un accidente en una piscina de la ciudad, cayendo de tres metros de altura, luego de esto fue diagnosticado con trauma de tejidos blandos.

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

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

Sebastián actualmente vive con su mamá, abogada a cargo del niño, su abuela que es como su mamá y su abuelo que en ocasiones cumple funciones de papá. Tiene muy poco contacto con su padre biológico.

PLAN DE TRATAMIENTO

OBJETIVOS:

- *Disminución de los síntomas de Stress (intervención en crisis)*
- *Proporcionar herramientas en el manejo de situaciones estresantes (reacomodación).*
- *Incrementar el nivel de compromiso en el tratamiento*
- *Trabajar procesos de atención, concentración y memoria*

- Favorecer el aprovechamiento de fortalezas del paciente.

SEGUIMIENTO Y CONTROLES

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

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

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

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

Por lo anterior, a juicio del despacho se encuentra plenamente acreditado el primero de los requisitos de la responsabilidad del Estado, habida cuenta que se causa un agravio a la integridad física y psicológica del menor víctima, sin que el afectado tenga el deber jurídico de soportarlo, configurándose de ésta manera un daño antijurídico, y por ende, haciendo procedente el estudio de los restantes elementos de la responsabilidad estatal.

5.6.2. De la Imputación

Establecida la configuración del daño antijurídico se ocupa este estrado judicial de establecer si dicho daño antijurídico es atribuible a alguna de las autoridades públicas demandadas, a saber, al municipio de Tunja, al Instituto de Recreación y Deporte de Tunja – IRDET y a la persona natural Ana Susana Uribe Pineda, propietaria del establecimiento de comercio Acuaclub Andino, como consecuencia de sus acciones u omisiones, o si por el contrario fue producto de la actuación de un tercero o de la propia víctima.

Tenemos entonces que el Instituto de Recreación y Deporte de Tunja – IRDET, creado mediante Acuerdo Municipal N° 036 de 1996 (fls. 138 a 150), es un establecimiento público descentralizado del orden municipal, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente, cuyo objeto es la iniciación, formación, fomento y práctica del deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre.

Así las cosas, en desarrollo de su objeto institucional, el IRDET promovió para el año 2012 la escuela de formación deportiva en natación, a la cual fueron inscritos el menor Sebastián Araque Velasco junto con sus primos Mateo y Nicolás Cadena Velasco, tal y como da cuenta

el mismo IRDET en la contestación de la demanda y se desprende del testimonio de la funcionaria del IRDET, LAURA ANGELICA CASTELLANOS BUSTACARA²⁰, quien señaló:

"El menor Sebastián Araque figuraba como inscrito en el programa de natación y posteriormente estuvo inscrito para patinaje de carreras. Tuve contacto con el menor al momento en que hizo su inscripción a la escuela en compañía de su madre y durante los festivales, los eventos, eso fue antes del accidente pero después no tuve tanto contacto, pero si lo conocí."

La anterior situación se reitera en el testimonio del instructor de natación IVÁN CAMILO CHIMONE MARTÍNEZ y en los interrogatorios rendidos por el menor Sebastián Araque Velasco, de su progenitora Yasmín Aleyda Velasco Cárdenas y de su tía Yolima Edith Velasco Cárdenas.

En desarrollo de la clase del día 27 de junio del año 2012, el menor Sebastián Araque Velasco, sale de la piscina faltando aproximadamente 10 o 15 minutos para su culminación, pues según los interrogatorios y testimonios recaudados, debía salir constantemente del agua debido a la baja temperatura y a que el niño tenía afecciones pulmonares, de modo que fue durante esa parte final de la clase cuando el menor sale en busca del balón con el que jugaba en compañía de sus primos, cuando de manera intempestiva cae al cuarto de máquinas al pisar la compuerta de latas que lo separaba de la superficie circundante a la piscina, causándose las lesiones a que previamente hizo referencia el despacho en el estudio del daño.

En aras de establecer si el daño es atribuible a las autoridades y al particular aquí encartados, se hace necesario traer a colación las disposiciones contenidas en la Ley 1209 de 2008: "Por medio de la cual se establecen normas de seguridad en piscinas", la cual en sus artículos 9° y 10°, establece a cargo de los municipios y distritos la competencia para verificar, vigilar y controlar el cumplimiento de las normas de seguridad en piscinas, así como también de expedir los documentos que certifiquen que la piscina cumple con las normas de seguridad reglamentarias. Dicha norma en concreto señala:

"Artículo 9°. Competencias. Los municipios o distritos serán competentes dentro de su jurisdicción en materia de autorizaciones, inspecciones y ejercicio de la potestad sancionatoria de las piscinas contempladas en la presente ley, de conformidad con las ritualidades y procedimientos contenidos en el Código Nacional de Policía y los Códigos Departamentales de Policía.

Independientemente de las competencias municipales, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de la Protección Social apoyará y supervisará el cumplimiento de la presente ley, sin perjuicio de la potestad reglamentaria.

Artículo 10. Inspección y vigilancia. Corresponde a la dependencia u oficina administrativa que el respectivo municipio o distrito determine, realizar las funciones de inspección y expedir el correspondiente documento donde certifique que la piscina posee las normas de seguridad reglamentarias.

²⁰ Mins. 00:00:30 a 00:24:58 Cd 2 Archivo 4 – fl. 446

Las autoridades locales exigirán que los planos iniciales para la construcción de una piscina nueva sean presentados por un ingeniero o arquitecto con tarjeta profesional.

Estos planos deben contener detalles de instalación, incluyendo servicios e información con respecto a los componentes individuales del sistema de circulación como bombas, filtros, sistema de dosificación de químicos, entre otros.

La autoridad de control prevista en la ley deberá inspeccionar físicamente la instalación final de la piscina o estructura similar y deberá efectuar una revisión del plan de seguridad de la piscina o del manejo de las operaciones diarias.

La misma autoridad efectuará auditorías periódicas para garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

Parágrafo. Prohíbese que las piscinas sean diseñadas con túneles o conductos que comuniquen una piscina con otra.”

Esta norma fue objeto de reglamentación por el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2171 de 2009, vigente para la época en que ocurrieron los hechos, la cual concreta las responsabilidades de los entes territoriales en materia de inspección y vigilancia del cumplimiento de los requisitos de las piscinas, al disponer:

“CAPÍTULO. VI

INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL

ARTÍCULO 15. COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS Y DISTRITOS. *En desarrollo del artículo 9° de la Ley 1209 de 2008, los municipios y distritos en su respectiva jurisdicción serán responsables a través de la dependencia u oficina administrativa que éstos determinen, de lo siguiente:*

- 1. Aprobar los proyectos de construcción o adecuación de piscinas y estructuras similares en su jurisdicción.*
- 2. Autorizar el funcionamiento de las piscinas o estructuras similares en su jurisdicción, mediante la Certificación de Cumplimiento de Seguridad en Piscina o Estructura similar, la cual garantiza el cumplimiento de las disposiciones del presente decreto y las normas que expida el Ministerio de la Protección Social sobre la materia; dicho certificado tendrá en cuenta, entre otros, el concepto sanitario expedido por la autoridad sanitaria departamental, distrital o municipal (municipio categoría 1, 2 y 3) de salud.*
- 3. Realizar control para garantizar el cumplimiento del plan de seguridad y manejo de las operaciones diarias de funcionamiento, así como auditorías periódicas a las piscinas y estructuras similares de su jurisdicción para garantizar el cumplimiento de las disposiciones señaladas en el presente decreto y las normas que expida el Ministerio de la Protección Social sobre la materia.*
- 4. Aplicar las sanciones a que haya lugar a los responsables de las piscinas o estructuras similares que incumplan con lo dispuesto en el presente decreto y las normas que expida el Ministerio de la Protección Social sobre la materia; para el efecto, tendrán en cuenta lo señalado en el Capítulo V de la Ley 1209 de 2008 o la norma que la modifique, adicione o sustituya.”*

Por otra parte, la Resolución 2400 de 1979, expedida por el entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social: “Por la cual se establecen algunas disposiciones sobre vivienda, higiene y seguridad en los establecimientos de trabajo”, para efectos de prevenir accidentes, exige el cerramiento de trampas, aberturas o fosos existentes en el suelo, o en su defecto, el uso de barandillas y señales de peligro; al respecto dispone:

“ARTÍCULO 15. Las trampas, aberturas y fosos en general que existan en el suelo de los locales de trabajo estarán cerrados y tapados siempre que lo permitan las condiciones de éstos, según su función, y cuando no, deberán estar provistas de barandillas de 1,10 metros de altura

y de rodapié adecuado que los encierre del modo más eficaz; en caso de protección insuficiente cuando el trabajo lo exija se colocarán señales indicadoras del peligro en sus inmediaciones.”

Adicionalmente, de acuerdo con la norma de calidad NTC 1461 de 1987²¹, las instalaciones de la piscina debían contar con la señalización correspondiente que indicara las zonas de peligro potencial para la vida e integridad física de quienes concurrieran como en este caso, a la práctica de la natación, como en efecto lo establece en estos términos:

“4. PROPÓSITO DE LOS COLORES Y LAS SEÑALES DE SEGURIDAD

4.1 El propósito de los colores y las señales de seguridad es llamar la atención rápidamente hacia objetos o situaciones que afecten la seguridad y la salud.

4.2 Las señales de seguridad serán usadas sólo para instrucciones que estén relacionadas con la seguridad y la salud.”

Atendiendo las competencias legales y reglamentarias anotadas, extraña el Juzgado pruebas encaminadas a demostrar que el municipio de Tunja haya ejercido sus competencia de control y vigilancia respecto del cumplimiento de las normas de seguridad en el establecimiento de comercio ACUACLUB ANDINO, de propiedad de la señora Ana Susana Uribe Pineda, ubicado en la Transversal 0 N° 67-44 de la ciudad de Tunja, previo al accidente acaecido el 27 de junio de 2012, donde resultó lesionado el menor Sebastián Araque Velasco.

Sobresale del caudal probatorio arrimado al expediente, que las visitas de control por parte de la Secretaría de Protección Social del municipio de Tunja al establecimiento de comercio ACUACLUB ANDINO, comenzaron a llevarse a cabo el día 16 de julio de 2012 (fls. 208 y 209), previa denuncia de los hechos acaecidos el día 27 de junio de 2012, realizada por las señoras Yasmín Aleyda Velasco Cárdenas y Yolima Edith Velasco Cárdenas ante las dependencias de la Secretaría de Infraestructura y Protección Social del municipio, al IRDET y a la inspección Municipal de Policía del barrio Los Muiscas de la ciudad de Tunja (fls. 61 a 70).

En la mencionada visita del 16 de julio de 2012, los funcionarios del ente territorial evidenciaron que el espacio demarcado como “cuarto de máquinas” no contaba para ese momento con encerramiento en el piso, presentando una tapa sin seguro con acceso al público en general que se puede abrir y cerrar en cualquier momento, y ante dicho hallazgo se ordenó al establecimiento realizar de manera inmediata los trabajos de cerramiento del área de máquinas con miras a cumplir las normas de seguridad contenidas en la Ley 1209 de 2008, trabajos que se verificaron en posteriores visitas realizadas los días 8 de mayo de 2013, 18 de marzo de 2014 y 8 de octubre de 2014 (fls. 315, 344 y 345).

²¹ Esta norma tiene por objeto establecer los colores y señales de seguridad utilizados para la prevención de accidentes y riesgos contra la salud y situaciones de emergencia. - <https://ccneiva.org/bomberos/?b5-file=3516&b5-folder=1061>

Las evidencias que arrojaron las visitas por parte de la autoridad encargada del control y vigilancia del cumplimiento de las normas de seguridad de la piscina, junto con la descripción del lugar de los hechos realizada por los interrogados, corroboran la veracidad de la información contenida en los archivos fotográficos aportados por la parte demandante obrantes a folios 45 a 47 del cuaderno 1, estableciendo así el complemento necesario para dar validez a este medio probatorio, bajo los parámetros fijados por la jurisprudencia del Consejo de Estado²², concretamente:

“12.1. En efecto, el material fotográfico como medio de prueba se enlista dentro de las denominadas documentales²³ y, en tanto documento, reviste de un “carácter representativo, que muestra un hecho distinto a él mismo”²⁴. De ahí que, “[l]as fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse”, con lo cual, el valor probatorio que puedan tener “no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición”.

12.2. En otras palabras, para que las fotografías tengan incidencia probatoria y puedan ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, se debe tener certeza sobre la persona que las realizó y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas²⁵, lo que normalmente se devela a través de otros medios complementarios. De esta forma, la autonomía demostrativa de dichos documentos se reduce en la medida que se requieran otros medios de convicción que las soporten. Reconocer esto, sin embargo, no supone *a priori* ignorar su mérito probatorio sino situarlo en el contexto de su carácter representativo.”.

Así las cosas, se revela ostensible la omisión por parte del Municipio de Tunja en el cumplimiento de sus deberes de control y vigilancia frente a las condiciones de seguridad del establecimiento de comercio Acuaclub Andino, donde se desarrollaban las clases de natación de la escuela de formación deportiva del IRDET, pues la evidencia probatoria da cuenta precisamente de que la inspección comienza a llevarse a cabo después del desafortunado accidente que padeció el menor SEBASTIÁN ARAQUE y que le ocasionó los daños morales y a la salud a que se hizo alusión en líneas anteriores.

Ahora bien, tal y como se mencionó *ut supra*, el Instituto de Recreación y Deporte de Tunja – IRDET, como ente descentralizado del orden municipal, tiene por objeto la iniciación, formación, fomento y práctica del deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre; en tal virtud, es el encargado de constituir escuelas de formación para la práctica y promoción del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre en el municipio de Tunja, lo cual va ligado a realizar las gestiones contractuales y/o asociativas necesarias para la asignación

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Radicación número: 05001-23-31-000-2005-03454-01(45951). Actor: Justo Pastor Ríos Cardona y Otros. Demandado: Municipio de Pueblorico – Antioquia. Acción De Reparación Directa. Bogotá D. C., catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018).

²³ Así por ejemplo, se desprende del art. 251 del C.P.C., norma que rige el caso.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-930⁰¹, del 6 de septiembre de 2013, fundamento 4.3, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁵ Al respecto ver por todas, Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 28832, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

de instructores capacitados y escenarios deportivos propicios para la práctica de los deportes que hacen parte de su programa de formación, entre ellos la escuela de natación.

Es así como, previa asignación del escenario deportivo en el cual se adelantaría el proceso formativo en natación en la ciudad de Tunja, han debido verificar que el escenario escogido para tal fin cumpliera con las normas de seguridad necesarias para la prestación del servicio de piscina, requiriendo a la propietaria del Establecimiento de Comercio Acuclub Andino los correspondientes certificados expedidos por la autoridad encargada del control y vigilancia, de conformidad con la ya citada Ley 1209 de 2008, máxime cuando el programa de formación deportiva estaba dirigido a menores de edad.

Resulta claro entonces que al ofrecer el programa de formación en natación y recibir las inscripciones de los menores, dentro de los cuales se encontraba Sebastián Araque Velasco, asumió los deberes especiales de protección de que son destinatarios los niños en razón a su vulnerabilidad y a la prevalencia de sus derechos, sobre los cuales la Corte Constitucional²⁶ ha indicado:

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

Por tal razón, para asegurar la protección de los menores que asistían al programa de formación, el IRDET como ente encargado del programa de formación, debía ejercer los deberes de vigilancia y control adecuados y necesarios para resguardarlos en el pleno disfrute de sus derechos, establecidos en el art. 44 de la Constitución, en especial, para lo que atañe al caso, el deber de salvaguarda de la vida y la integridad física en un escenario que entraña de por sí altos niveles de riesgo para los menores que asistían a la escuela de formación deportiva en la disciplina de la natación.

Sobre el particular, para este despacho es claro que el IRDET faltó a los deberes que tenía para garantizar la seguridad del menor Sebastián Araque Velasco, debido a que no realizó las labores de prevención que le estaban dadas a través de la verificación de las condiciones de seguridad que ofrecía el establecimiento ACUACLUB ANDINO para los menores inscritos en la escuela de formación deportiva, en particular la ausencia de señalización y cerramiento de la compuerta que separaba el cuarto de máquinas subterráneo de la superficie de la piscina, lo cual dio lugar a que finalmente se concretara el riesgo en la caída del menor.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-172 del 2 de marzo de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Las responsabilidades antes descritas no son extrañas para la señora Ana Susana Uribe Pineda, propietaria del establecimiento de comercio Acuclub Andino, pues el servicio de piscina que ofrecía al público y en especial a menores de edad, le exigía el deber de cumplimiento directo e inmediato de las condiciones de seguridad de las instalaciones, concretamente, ejecutando el cerramiento de la compuerta de acceso al cuarto de máquinas de conformidad con la Ley 1209 de 2008 y demás normas de seguridad aplicables, o cuando menos y entretanto se cumplía con ello, proceder a instalar la señalización idónea que advirtiera el riesgo o peligro que implicaba el tránsito por esa zona, situación que no ocurrió y que resultaría, a la postre, causa eficiente en la concreción del daño antijurídico probado en este proceso.

Así las cosas, se encuentra plenamente acreditado el actuar omisivo de la administración en cabeza del Municipio de Tunja y del Instituto de Recreación y Deporte de Tunja – IRDET, al no ejercer sus deberes de control y vigilancia, permitiendo que se desarrollara un curso de formación deportiva promovido por el ente deportivo municipal, en un escenario que no cumplía a cabalidad con la normatividad vigente en materia de seguridad para la prestación del servicio de piscina en la ciudad de Tunja, poniendo en riesgo la vida y la integridad física de los menores de edad que hacían parte de la escuela de formación, configurando así en el *sub lite* una falla en el servicio por omisión, que de contera involucra la responsabilidad del particular propietario del establecimiento de comercio Acuclub Andino.

Respecto a la falla del servicio por omisión ha destacado el Consejo de Estado²⁷, en reciente pronunciamiento:

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

5.6.3. Nexo Causal

Verificada entonces la concreción del daño antijurídico y la imputabilidad del mismo a las entidades y el particular demandados, procede establecer ahora si en el presente caso se presenta nexo causal que permita atribuir la responsabilidad a la parte pasiva del presente medio de control, entendiendo el nexo causal como la relación de causa-efecto entre la actitud omisiva de las demandadas y la producción del daño antijurídico causado a la víctima Sebastián Araque Velasco y si por tal razón habrá lugar a proceder con la respectiva indemnización de perjuicios.

Para el despacho resulta evidente que el establecimiento de comercio Acuaclub Andino de propiedad de la señora Ana Susana Uribe Pineda, para la época en que se presenta el accidente que causó las lesiones al menor Sebastián Araque Velasco (27 de junio de 2012), no cumplía con las normas de seguridad señaladas en la Ley 1209 de 2008, la resolución 2400 de 1979, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la norma técnica de calidad NTC 1461 de 1987, para la prestación del servicio de piscina.

A su turno, el Municipio de Tunja omitió sus deberes de vigilancia y control de conformidad con los artículos 9 y 10 de la Ley 1209 de 2008, reglamentados en el Decreto 2171 de 2009, como quiera que se demostró que la piscina del Acuaclub Andino, para el día 27 de junio de 2012, cuando se produjo el accidente que le ocasionó lesiones al menor SEBASTIÁN ARAQUE VELASCO, no cumplía con las condiciones de seguridad en cuanto al cerramiento o por lo menos la señalización del cuarto de máquinas, y el seguimiento y vigilancia no se hizo de manera previa a la concreción del daño antijurídico aquí demostrado, sino tan solo después de ocurrido el desafortunado suceso el ente territorial comenzó a apersonarse de la situación y a verificar el cumplimiento de las normas de seguridad para la prestación del servicio.

Con respecto al IRDET, se encuentra igualmente demostrado que omitió el deber jurídico de vigilancia y control adecuado y necesario para resguardar la seguridad e integridad física de los menores destinatarios del programa de formación deportiva que dicha entidad promueve y lidera como desarrollo del objeto para el cual fue creado dicho establecimiento público.

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

Con base en lo anterior es claro que de haber mediado el cumplimiento de los deberes legales que se encontraban en cabeza de cada una de las entidades demandadas, con respecto a las medidas de seguridad de la piscina Acuaclub Andino donde el menor ARAQUE VELASCO recibía las clases de natación, se habría evitado el accidente y el daño antijurídico que padeció tanto en su esfera física como emocional, razón por la cual el nexo causal se encuentra igualmente acreditado y procede entonces declarar administrativa y patrimonialmente responsables a los demandados, de manera solidaria, por los perjuicios

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Radicación número: 05001-23-31-000-2005-03454-01(45951). Actor: Justo Pastor Ríos Cardona y Otros. Demandado: Municipio de Pueblorrico – Antioquia. Acción De Reparación Directa. Bogotá D. C., catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018). (Previamente citado)

derivados del accidente acaecido el día 27 de junio de 2012, con base en la estimación que se llevará a cabo en acápite posterior de este proveído.

5.6.4 De las Excepciones de Merito Propuestas

- **El municipio de Tunja planteó como excepciones de mérito las siguientes:** Falta de legitimación en la causa por pasiva; Hecho de terceros; Cobro de lo no debido; Inexistencia del daño antijurídico; Inexistencia de los perjuicios; excepción genérica.

Frente a la denominada “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, cuya decisión fue reservada para la sentencia como quiera que se discute la legitimación material frente a los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda, el despacho advierte que la excepción no se encuentra llamada a prosperar, habida cuenta que el origen de la responsabilidad no parte de la titularidad del inmueble donde se ubica la piscina, sino de la omisión del municipio de Tunja en el cumplimiento de sus deberes legales de inspección, vigilancia y control a las piscinas con base en los artículos 9 y 10 de la Ley 1209 de 2008, tal y como quedó expuesto en el estudio de la imputación.

El Consejo de Estado en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado No. 7300123100020060132801(36565), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, con respecto a la figura de la legitimación en la causa, expresó:

La jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la “calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”¹¹, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

Por su parte, esta Corporación¹² ha sostenido que la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada”.

En el *sub lite*, efectivamente el Municipio de Tunja ostenta la titularidad de la obligación de resarcir el perjuicio reclamado en la demanda, toda vez que las disposiciones legales ya invocadas le imponían de manera directa la vigilancia e inspección de la seguridad en las piscinas, en este caso del AcuaClub Andino y es palmario que omitió cumplir con dicho deber, de modo que sin duda se encuentra legitimada para asumir las consecuencias patrimoniales por el daño antijurídico a que dio lugar su actitud omisiva.

Con respecto a la excepción denominada “Hecho de un Tercero”, no es de recibo el argumento esgrimido por la defensa de las entidades, al referirse a que el menor Sebastián se encontraba en compañía de su tía Yolima Edith Velasco Cárdenas, quien era su acudiente para ese momento y que por ende debió velar por el cuidado del menor.

Esta circunstancia en manera alguna influyó en el resultado final o en la concreción del daño, habida cuenta que como quedó demostrado, las entidades demandadas con su actuación omisiva crearon un escenario de potencial riesgo para los menores que asistían a la escuela de natación, sin que pudiera exigirse un nivel tal de diligencia al acudiente como para prever que el menor corría el riesgo de caer desde la superficie hasta dos metros de profundidad aproximadamente, donde estaba situado el cuarto de máquinas, de modo que la presencia en el lugar de la tía del menor no conduce a atribuirle responsabilidad por el suceso que generó el daño, toda vez que la causa eficiente del mismo radica en la omisión de las demandadas en el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades en orden a garantizar la seguridad e integridad física de los menores que asistían a las clases de natación.

Con respecto a la excepción "cobro de lo no debido", debe señalarse que se funda en la eventual falta de proporcionalidad en la cuantía de lo reclamado por concepto de daños morales, a la salud y daños materiales, aspectos frente a los cuales se pronunciará el despacho en el acápite correspondiente.

Con respecto a la inexistencia de daño antijurídico y de los perjuicios que plantea el Municipio de Tunja como excepción de mérito, el despacho se remite a los argumentos que se sustentaron para analizar este elemento de la responsabilidad del Estado y las características que lo definen e identifican, el cual, contrario a lo que estima la entidad territorial, se encontró debidamente demostrado.

- **Instituto de Recreación y Deporte de Tunja – IRDET planteó como excepciones de mérito las siguientes:** Caducidad de la acción de reparación directa; Buena fe por parte del ente territorial; Inexistencia de Responsabilidad alguna por pasiva; Responsabilidad exclusiva por activa.

Sobre la excepción de "Caducidad de la acción de reparación directa", al tener el carácter de previa, se pronunció el despacho en desarrollo de la audiencia inicial (fls. 420 a 423), declarándola no probada.

En lo tocante a la denominada excepción de "*Buena fe por parte del ente territorial*", deberá decir el despacho que la misma no se encuentra llamada a prosperar como quiera que si bien las actuaciones de los entes estatales se encuentran revestidas de la presunción de buena fe conforme al artículo 83 superior, en el caso sub judice se demostró el incumplimiento del deber jurídico de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y certificaciones necesarias para el funcionamiento del establecimiento público donde se desarrollaría el curso de formación deportiva, en pro de resguardar la seguridad e integridad física de los menores destinatarios del programa, situación que descarta el argumento de buena fe planteado por la entidad demandada.

Ahora bien, de cara a resolver la excepción de “Inexistencia de Responsabilidad alguna por Pasiva”, se debe señalar que en cabeza del IRDET radicaba la obligación de escoger de los escenarios deportivos destinados a la práctica de los deportes promovidos por sus escuelas de formación, entre ellas la de natación de la cual hacía parte el menor Sebastián Araque Velasco, razón por la cual la omisión en la verificación del cumplimiento de las condiciones de seguridad del Acuaclub Andino, da lugar a la responsabilidad atribuida.

Finalmente, respecto de la excepción de “responsabilidad exclusiva por activa”, el despacho debe insistir en que el actuar de la tutora del menor lesionado no fue la causa eficiente del daño, toda vez que éste se produce como consecuencia de la actuación omisiva de las demandadas, como ampliamente se ha expuesto en la presente providencia, motivo por el cual no prosperan los medios exceptivos.

Finalmente, no se configura ninguna excepción que deba ser declarada de manera oficiosa en virtud de la excepción genérica que propone la entidad.

5.7. Tasación de Perjuicios

Como pretensiones de la demanda y de la reforma de la misma, se extrae que la parte demandante persigue el resarcimiento de perjuicios inmateriales (daño moral y daño a la salud), así como también pretende el pago de perjuicios materiales (daño emergente), razón por la cual el despacho procede al estudio de cada uno de los enunciados.

5.7.1 Perjuicios Inmateriales

5.7.1.1 Daño Moral

Pretende la parte demandante el reconocimiento de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), para todos y cada uno de los demandantes, a título de daño moral con base en el accidente sufrido por el menor Sebastián Araque Velasco, el 27 de junio de 2012.

Con el fin de probar la configuración de los perjuicios reclamados, aportan al expediente la siguiente documentación:

- a) Registros civiles de nacimiento de la víctima Sebastián Araque Velasco, de su progenitora Yasmín Aleyda Velasco Cardenas, donde figura el nombre de los abuelos maternos de la víctima María Inés Cárdenas Castro y Segundo Campo Elias Velasco Otálora; de los tíos Yolima Edith Velasco Cardenas, Anyeli Velasco Cardenas y William Velasco Cardenas y de los primos Nicolás Cadena Velasco, Mateo Cadena Velasco y Paulo Sergio Oliveros Velasco, documentos que obran a folios 20 a 30.

- b) Informe de tratamiento psicológico al menor Sebastián Araque Velasco, realizado por la Psicóloga Diana Carolina Niño Blanco de Fisioter Ltda. (fls. 31 a 34)
- c) Copia de la historia clínica de atención por psicología en Fisioter Ltda., con diagnóstico de stress post traumático, registrando sesiones entre el 5 de julio de 2012 y el 17 de agosto de 2012 (fls. 35 a 37).
- d) Dictamen pericial realizado por la profesional en psicología forense LAURA GIOMAR MENDEZ PÉREZ, quien acredita debidamente sus estudios y experiencia; destaca que el objeto de la peritación es realizar valoraciones psicológicas forenses a los demandantes, con la finalidad de explorar su estado mental actual, la existencia de un daño psicológico, trastorno psíquico y otras consecuencias derivadas del accidente que sufrió el menor Sebastián Araque Velasco en una piscina de Tunja, utilizando para tal fin técnicas científicamente avaladas y los criterios diagnósticos del DMS – IV (Manual Diagnóstico de Enfermedades Mentales), empleando además las siguientes escalas en un rango de 0 a 51, así: i) De 0 a 15 en la sub escala de re experimentación, ii) De 0 a 21 en la de evitación, y iii) De 0 a 15 en la de activación.

Respecto al dictamen aportado y luego de realizar la entrevista con cada uno de los aquí demandantes, se establecieron las siguientes conclusiones:

- **SEBASTIÁN ARAQUE VELASCO**

Victima. Ante la evaluación de trastorno por estrés postraumático, en escala de re experimentación le asigna un puntaje de 15/15 con preponderancia de recuerdos desagradables y recurrentes del suceso aunado a un malestar psicológico; los síntomas de evitación se calificaron en 19/21 dado el esfuerzo que debe hacer en evitar lugares o actividades que evocan el accidente como desistir de tomar sus clases de natación y actividades que antes del suceso eran importantes para él, desde el momento del accidente no ha querido salir a la calle solo y evita conversaciones realizadas con el accidente; En síntomas de activación se puntuó con un 15/15 dado a que permanece excesivamente alerta cuando camina en diferentes espacios, fija la atención en tejas, rejas y alcantarillas que le recuerdan el suceso, concreta su atención en noticias sobre niños que se caen en alcantarillas, presenta sobresaltos y síntomas de alarma, dificultades para mantener el sueño regresando a dormir con la Madre y cuando se le menciona que vuelva a sus clases de natación responde con emociones de miedo e ira.

- **YASMÍN ALEYDA VELASCO CÁRDENAS**

Madre de la Víctima. Luego de evaluar el estado mental de la examinada concluye lo siguiente: como síntomas de re experimentación se le asigna una escala de 9/15 por la exposición a estímulos internos y externos que simbolizan o rememoran aspectos del suceso; como síntomas de evitación le otorga 9/21 como quiera que evita actividades y lugares que evocan el suceso, que le han generado disminución en el interés por realizar actividades significativas, se esfuerza por rechazar pensamientos; respecto a la activación le asigna 8/15 pues la examinada permanece excesivamente alerta cuando su hijo se aparta de su esfera de visión y se sobresalta, más cuando sabe que él debe desplazarse a otro lugar sin importar lo corto del trayecto, así mismo presenta problemas de atención y concentración cuando un evento le recuerda el suceso, situación que altera sus niveles de conciencia, existiendo también afectación en la ritmicidad del sueño.

- **YOLIMA EDITH VELASCO CÁRDENAS**

Tía de la Víctima. Resume el daño psicológico sufrido de la siguiente manera: En la escala de re experimentación le asigna 10/15 advierte modificaciones en su funcionamiento mental por

ser ella la que acompañaba a menor el día del suceso, con reactividad fisiológica, con imposibilidad de rechazar pensamientos como si estuviera ocurriendo el suceso de nuevo, como cuando sus hijos corren cerca de una alcantarilla o pasan noticias con contenidos similares a lo que le pasó a su sobrino, lo que también le genera malestar psicológico cuando aparecen en su mente recuerdos desagradables y recurrentes del evento; en la escala de síntomas de evitación 6/21 evita actividades y lugares que le evocan el evento traumático sobre todo porque sus hijos pequeños estuvieron presentes, generando una disminución marcada del interés por actividades que le eran significativas antes del suceso; finalmente asigna un 8/15 en síntomas de activación, pues en ocasiones similares a las vividas en el evento siente la misma impotencia y las mismas explosiones de ira que experimentó al presenciar los hechos que pusieron en peligro la vida de su sobrino, lo que genera que la evaluada permanezca excesivamente alerta cuando sus hijos se apartan de su esfera de visión y se sobresalta cuando se percata que hay niños corriendo por espacios que ofrecen peligro, también sufrió por algún tiempo alteración en la ritmicidad del sueño.

- **MATEO CADENA VELÁSQUEZ**

Primo de la Víctima. En lo referente a síntomas de re experimentación se determina un puntaje de 6/15 pues el niño presenció el accidente y dados los nexos afectivos entre los niños, con presencia de recuerdos desagradables y recurrentes del suceso con alteración del pensamiento cuando se expone a estímulos internos o externos que evocan el evento; como síntomas de evitación fue valorado con 6/21 pues evade actividades y lugares que evocan el evento traumático, no quiso volver a piscina y evita desplazarse por lugares con desniveles, tejas, alcantarillas, por miedo a que le pase lo de su primo y se pueda morir; frente a los síntomas de activación se le asigna 7/15 pues desde el momento del suceso tuvo problemas de sueño, con pesadillas que derivaban en despertadas repentinas que han venido disminuyendo con el tiempo y con explosiones de ira (pataletas) que no presentaba antes del evento.

- **NICOLAS CADENA VELASCO**

Primo de la Víctima. En la sub escala de re experimentación se le asigna 9/15 el niño presenció el accidente y dados los nexos afectivos entre los niños, con presencia de recuerdos desagradables y recurrentes del suceso con alteración del pensamiento cuando se expone a estímulos internos o externos que evocan el evento; como síntomas de evitación fue valorado con 7/21 pues evade actividades y lugares que evocan el evento traumático, no quiso volver a piscina y evita desplazarse por lugares con desniveles, tejas, alcantarillas, por miedo a que le pase lo de su primo y se pueda morir; frente a los síntomas de activación se le asigna 8/15 pues desde el momento del suceso tuvo problemas de sueño, con pesadillas despertadas repentinas que han venido disminuyendo con el tiempo y se encuentra irritable, conductas que no presentaba antes del evento, además permanece alerta cuando está en actividades que implican desplazamiento.

- **SEGUNDO CAMPO ELIAS VELASCO OTALORA**

Abuelo Materno de la Víctima. En síntomas de re experimentación le asigna 12/15 por la intrusión de recuerdos desagradables del momento en que se enteró que la vida de su nieto estuvo en peligro, reactividad fisiológica cuando su nieto se aparta de su esfera de visión, malestar cuando se expone a estímulos internos o externos que evocan el evento (noticias, comentarios, etc.); frente a la evitación se le asigna 10/21 se siente obligado a realizar esfuerzos para retirar de su mente los pensamientos o sentimientos que experimento su nieto, presenta también disminución marcada de actividades y lugares que evocan el suceso; respecto a síntomas de activación lo califica con 7/15 pues permanece excesivamente alerta cuando alguno de sus nietos sale a la calle y se sobresalta fácilmente cuando escucha noticias de niños que se accidentan en alcantarillas, teniendo también afectación en la ritmicidad del sueño.

- **MARÍA INÉS CÁRDENAS CASTRO**

Abuela Materna de la Víctima. En re experimentación le otorga 9/15 reactividad fisiológica cuando se expone a estímulos internos o externos que evocan el evento (noticias, comentarios, etc.), con presencia de recuerdos desagradables y recurrentes del suceso; En cuanto a síntomas de evitación se valora en 8/21 evade actividades y lugares que evocan el evento, evita participación en actividades significativas, se siente obligada a realizar esfuerzos para retirar de su mente los pensamientos o ideas asociadas al suceso; síntomas de activación 7/15 permanece excesivamente alerta cuando Sebastián sale de su esfera de visión, más cuando sabe que él debe desplazarse a otro lugar, con afectación del sueño.

- **WILLIAM VELASCO CÁRDENA**

Tío de la Víctima. Como síntomas de re experimentación se le asigna 5/15 con recuerdos de la situación de impotencia que experimentó cuando se enteró del accidente de su sobrino el cual puso en peligro su vida; síntomas de evitación 0/21 en la actualidad no presenta ninguna alteración significativa; síntomas de activación 5/15 presentó algunas explosiones de ira por la falta de medidas de protección de ese lugar público por saber que su sobrino pudo morir en la profundidad del hueco, existiendo normalidad en la actualidad.

- **ANGELY VELASCO CÁRDENAS**

Tía de la Víctima. Frente a la evaluada manifiesta que no se logra diagnosticar un trastorno por estrés postraumático, pues la puntuación arrojada no alcanza a derivar en su configuración.

- **PAULO SERGIO OLIVEROS VELASCO**

Primo de la Víctima. Señala que el evaluado manifiesta que no se logra diagnosticar un trastorno por estrés postraumático, pues la puntuación arrojada no alcanza a derivar en su configuración.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁸, el daño moral se define como “*el dolor y aflicción que una situación nociva genera y se presume en relación de los familiares cercanos de quien ha sufrido una grave afectación en sus condiciones de salud o ha perdido la vida.*”

Con el fin de indemnizar los daños morales que se prueben en el trámite del medio de control de reparación directa, el Consejo de Estado²⁹ unificó los topes de indemnización como referente para cuantificar el daño moral, atendiendo la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima, lo cual se concreta en la siguiente tabla:

| GRAFICO No. 2 REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES | | | | | |
|----------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|
| GRAVEDAD DE LA LESIÓN | NIVEL 1 | NIVEL 2 | NIVEL 3 | NIVEL 4 | NIVEL 5 |
| | 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 |
| | SMLMV | SMLMV | SMLMV | SMLMV | SMLMV |
| 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 |

Ahora bien, respecto del daño moral la jurisprudencia ha señalado que procede la presunción del mismo frente a la víctima directa, su cónyuge, familiares en primer y segundo grado de consanguinidad o civil, así lo ha señalado en reiterada jurisprudencia la máxima corporación

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Radicación número: 05001-23-31-000-2007-01547-01(45856). Actor: Miguel Arnulfo Padilla Sánchez y Otros. Demandado: Nación – Ministerio Del Interior y de Justicia y Otro. Bogotá, ocho (8) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sala Plena. Consejera ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. Radicación número: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172). Actor: Gonzalo Cuellar Penagos y Otros. Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014)

Contencioso Administrativa³⁰ al destacar *"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.*

De cara a la jurisprudencia traída a cita, desde ahora anuncia el despacho que ordenará el reconocimiento indemnizatorio por concepto de daño moral a favor de la víctima directa Sebastián Araque Velasco, de su progenitora Yasmín Aleyda Velasco Cardenas y de los abuelos maternos de la víctima, María Inés Cárdenas Castro y Segundo Campo Elías Velasco Otálora, habida cuenta que se encuentra acreditada la relación de parentesco dentro del primer y segundo grado de consanguinidad, por lo tanto opera frente a ellos la presunción jurisprudencial de aflicción, congoja y dolor derivados del suceso, sin que sea necesario realizar valoraciones probatorias complementarias.

Ahora bien, en lo referente a los tíos de la víctima, Yolima Edith Velasco Cárdenas, Anyeli Velasco Cárdenas y William Velasco Cárdenas y los primos de la víctima Nicolás Cadena Velasco, Mateo Cadena Velasco y Paulo Sergio Oliveros Velasco, la parte demandante aporta dictamen pericial realizado por una Psicóloga especialista en Psicología Jurídica y Forense, con base en entrevistas practicadas a los demandantes entre el 19 de marzo y el 2 de junio de 2014 (fls. 80 a 112), quien utilizó como metodología: *"los criterios diagnósticos del DMS – IV (Manual Diagnóstico de Enfermedades Mentales), empleando además las siguientes escalas en un rango de 0 a 51, así: i) De 0 a 15 en la sub escala de re experimentación, ii) De 0 a 21 en la de evitación, y iii) De 0 a 15 en la de activación"*.

Frente al dictamen aportado debe señalar el despacho que se basa en una entrevista realizada aproximadamente 2 años después de la fecha del acaecimiento del hecho dañoso (27 de junio de 2012), además, de los examinados el único frente al cual se acreditó una base clínica o un seguimiento psicológico asociado al evento traumático fue justamente la víctima directa Sebastián Araque Velasco, tal y como se demuestra con el informe de tratamiento realizado por la Psicóloga Diana Carolina Niño Blanco de Fisioter Ltda. y la copia de la historia clínica de atención por psicología en Fisioter Ltda., con diagnóstico de stress post traumático (fls. 31 a 37); sin que obre en el proceso prueba alguna que acredite que los tíos o primos hubieran recibido terapias por psicología asociadas al accidente que sufrió Sebastián Araque Velasco.

Se destaca que en el dictamen la perito manifiesta frente a la señora Angeli Velasco Cárdenas y el menor Paulo Sergio Oliveros Velasco, que no se lograron establecer síntomas de estrés postraumático pues la puntuación arrojada no alcanza a su configuración, de modo que respecto se ellos descarta la configuración de un perjuicio psicológico.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejera ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01906-01(27136). Actor: Laddy Díaz Martínez y Otros. Demandado: Distrito Capital de Bogotá. Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre dos mil catorce (2014)

Revisadas entonces la pruebas aportadas y recopiladas en el debate procesal respecto del daño moral sufrido por los tíos de la víctima, Yolima Edith Velasco Cárdenas, Anyeli Velasco Cárdenas y William Velasco Cárdenas y los primos de la víctima, Nicolás Cadena Velasco, Mateo Cadena Velasco y Paulo Sergio Oliveros Velasco, considera el despacho que no se logra acreditar plenamente la causación del daño alegado.

En primer lugar, por la ausencia de respaldo clínico del dictamen presentado, toda vez que a excepción del menor SEBASTIÁN ARAQUE VELASCO, no existe evidencia que demuestre sin lugar a dudas una afectación generada por el suceso que haya trascendido más allá de la preocupación natural por las lesiones que aquél padeció, concretada en una alteración real y comprobada de la esfera emocional, con el agravante que la entrevista fue llevada a cabo aproximadamente dos (2) años después del accidente y las reglas de la experiencia indican que el paso del tiempo en personas que no tienen un lazo afectivo tan intenso con la víctima, sin duda atenúa los efectos psicológicos de un evento como el que nos ocupa.

Sobre el punto cabe señalar que el despacho en desarrollo de la audiencia de sustentación del dictamen, interrogó a la perito si además de edificar su dictamen en una entrevista semi-estructurada a los demandantes, consultó alguna fuente objetiva, valga decir, historia clínica, experimentos u otros métodos distintos a la impresión subjetiva que le transmitieron los entrevistados, frente a lo cual expresó que acudió tan sólo a la historia clínica de Fisioter Ltda, con respecto al daño moral padecido por el menor SEBASTIÁN ARAQUE VELASCO, no así respecto de los tíos y primos del menor víctima del accidente, lo cual sin duda pone en cuestión el rigor y la objetividad de los análisis y conclusiones plasmados en la pericia.

Llama la atención del despacho un punto de contradicción entre el análisis efectuado por la psicóloga, en el momento en que aplicó la escala de gravedad del síntomas de estrés postraumático respecto del señor WILLIAM VELASCO CÁRDENAS, tío del menor víctima del accidente, respecto del cual expresó³¹:

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

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

La inferencia lógica del análisis anterior sería que en el señor WILLIAM VELASCO no se materializó una afectación psicológica con motivo del suceso dado que expresamente aduce que no presenta alteraciones notorias y que se encuentra normalizado su equilibrio emocional; no obstante, en el acápite de conclusiones la profesional no excluye a esta persona del

diagnóstico de daño psicológico, es más, afirma categóricamente respecto de aquél y los demás entrevistados que “se puede considerar que existe un daño psicológico y/o trastorno de estrés postraumático derivado del accidente que sufrió SEBASTIÁN ARAQUE VELASCO”, excluyendo de este diagnóstico solamente al menor PAULO SERGIO OLIVEROS VELASCO y a su tía ANGELY VELASCO CÁRDENAS.

Con base en las notorias debilidades que evidencia el dictamen en cuanto a la objetividad y coherencia lógica entre los análisis y conclusiones formuladas, dicha prueba *per ser* no le otorga el grado de convicción requerido a este Juzgador para encontrar acreditada una afección psicológica tal que configure un daño moral en los tíos y primos de la víctima Sebastián Araque Velasco, razón por la cual el despacho negará el reconocimiento indemnizatorio pretendido a su favor.

Dicho lo anterior, se procede a tasar el daño moral frente a la víctima principal, su progenitora y sus abuelos maternos, teniendo como derrotero que la incapacidad médico legal dictaminada al menor fue de quince (15) días (fl. 44) y que la víctima debió recibir tratamiento psicológico documentado en el informe realizado por Fisioter Ltda. (fls. 31 a 34) y en la copia de la historia clínica de atención por psicología en dicha institución, con diagnóstico de stress post traumático, pruebas que dan cuenta de las sesiones en las cuales fue valorado el menor entre el 5 de julio de 2012 y el 17 de agosto del mismo año (fls. 35 a 37).

Como quiera que no existe un dictamen de pérdida de la capacidad laboral que establezca un porcentaje para realizar la tasación de los perjuicios, no obstante lo cual se probó la afectación psicológica padecida por el menor Sebastián Araque Velasco, con ocasión del accidente acaecido el día 27 de junio de 2012 en las instalaciones del Acuclub Andino de la ciudad de Tunja, el despacho estima que no procede el reconocimiento en 100 SMLMV como lo pretende la parte actora y en su lugar valorará la lesión en el rango de pérdida de la capacidad laboral entre el 1% e inferior al 10%, por lo que basados en la tabla unificada de tasación de daño moral elaborada por el Consejo de Estado, el despacho tasa, en salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), los perjuicios causados de la siguiente manera:

| NOMBRE | VICTIMA O PARENTESCO | MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL |
|--------------------------------|---------------------------------------------------|-------------------------------------------------|
| SEBASTIÁN ARAQUE VELASCO | VICTIMA | 10 SMMLV |
| YASMÍN ALEYDA VELASCO CÁRDENAS | MADRE Primer Grado de Consanguinidad | 10 SMMLV |
| MARÍA INÉS CÁRDENAS CASTRO | ABUELA MATERNA Segundo Grado de Consanguinidad | 5 SMMLV |

³¹ Folio 101.

| | | |
|----------------------------------------|------------------------------------------------------|---------|
| SEGUNDO CAMPO ELIAS VELASCO OTÁLORA | ABUELO MATERNO Segundo Grado de Consanguinidad | 5 SMMLV |
|----------------------------------------|------------------------------------------------------|---------|

5.7.1.2 Daño a la Salud

Pretende la parte demandante el reconocimiento de 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), para el menor SEBASTIÁN ARAQUE VELASCO y su progenitora YASMÍN ALEYDA VELASCO CARDENAS; de igual forma solicita el reconocimiento de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), para la señora YOLIMA EDITH VELASCO CÁRDENAS (Tía de la víctima) y los menores NICOLÁS CADENA VELASCO y MATEO CADENA VELASCO (Primos de la víctima), a título de daño a la salud con base en el accidente sufrido por el menor Sebastián Araque Velasco, el 27 de junio de 2012.

Este tipo de perjuicio, también llamado “daño fisiológico”, ha sido definido por el Consejo de Estado³² de la siguiente manera:

“Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial”³³

Se destaca que el Consejo de Estado³⁴ unificó las indemnizaciones relativas al daño a la salud, determinando que únicamente tiene derecho a este reconocimiento la víctima directa y estableciendo los topes indemnizatorios de la siguiente manera:

“La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sala Plena. Consejera ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. Radicación número: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172). Actor: Gonzalo Cuellar Penagos y Otros. Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014)

³³ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, SALA PLENA. Consejera ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804). Actor: Amparo De Jesus Ramirez Suarez. Demandado: Hospital San Vicente De Paul De Lorica Y Otro. Bogotá. D. C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014).

| GRAFICO | |
|-------------------------------------------|------------------------|
| REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD | |
| REGLA GENERAL | |
| GRAVEDAD DE LA LESIÓN | Víctima directa |
| | SMLMV |
| Igual o superior al 50% | 100 |
| Igual o superior al 40% e inferior al 50% | 80 |
| Igual o superior al 30% e inferior al 40% | 60 |
| Igual o superior al 20% e inferior al 30% | 40 |
| Igual o superior al 10% e inferior al 20% | 20 |
| Igual o superior al 1% e inferior al 10% | 10 |

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano." - Negrillas fuera del texto -

Con base en los derroteros establecidos en la jurisprudencia unificada, se descarta de plano el reconocimiento solicitado a título de daño a la salud en favor Yasmín Aleyda Velasco Cárdenas (Madre de la Víctima), Yolima Edith Velasco Cárdenas (Tía de la víctima) y los menores Nicolás Cadena Velasco y Mateo Cadena Velasco (Primos de la Víctima), toda vez que el beneficiario exclusivo de la condena, por este concepto, debe ser el menor víctima directa del accidente y en el cual concurrieron las afectaciones tanto físicas como psicológicas.

Así mismo, atendiendo las lesiones psicológicas sufridas por el menor SEBATIÁN ARAQUE VELASCO (víctima directa), los informes elaborados en las terapias que recibió en Fisioter, el dictamen de psicología forense aportado por la parte demandate y en los interrogatorios recibidos por este despacho, dan cuenta de los cambios comportamentales y emocionales derivados de la caída sufrida por el menor el día 27 de junio de 2012, así:

- **Informes de Psicología:** Se observan síntomas que generan trastorno como son los cognitivos, emocionales, fisiológicos, y comportamentales, determinando que el menor requiere acompañamiento y seguimiento para la normalización de sus actividades (fls. 31 a 37)

- **Dictamen Pericial:** Ante la evaluación de trastorno por estrés postraumático, en escala de re-experimentación le asigna un puntaje de 15/15 con preponderancia de recuerdos desagradables y recurrentes del suceso aunado a un malestar psicológico; los síntomas de evitación se calificaron en 19/21 dado el esfuerzo que debe hacer en evitar lugares o actividades que evocan el accidente como desistir de tomar sus clases de natación y actividades que antes del suceso eran importantes para él, desde el momento del accidente no ha querido salir a la calle solo y evita conversaciones relacionadas con el accidente.

En síntomas de activación se puntuó con un 15/15 dado que permanece excesivamente alerta cuando camina en diferentes espacios, fija la atención en tejas, rejas y alcantarillas que

le recuerdan el suceso, concreta su atención en noticias sobre niños que se caen en alcantarillas, presenta sobresaltos y síntomas de alarma, dificultades para mantener el sueño regresando a dormir con la Madre y cuando se le menciona que vuelva a sus clases de natación, responde con emociones de miedo e ira.

- Interrogatorios de Parte: Sobre la alteración anormal de las condiciones de existencia del menor, los interrogados manifestaron:

SEBASTIÁN ARAQUE VELASCO (Victima) – Mins. 13:00 al minuto 32:40 DVD 2 – fl. 503:
“Mis primos y yo fuimos a la piscina porque teníamos clase y yo a veces me salía y a veces entraba a la piscina porque estaba enfermo de los pulmones, en ese momento yo me salí pero la clase no había terminado porque el profesor decía que los últimos minutos eran de juego entonces yo me salí y me cambié porque me daba muchísimo frío, entonces mis primos y sus amigos lanzaron la pelota a las tejas y yo la fui a coger para llevársela y en ese momento yo pisé una teja para yo coger la pelota y me caí. El profesor Camilo no nos dijo nada sobre restricciones sobre algunos sitios de la piscina.

Cuando me salgo de la piscina aún no se ha terminado la clase y no me salí porque yo quisiera sino porque sufría de los pulmones y siempre que salía de la piscina me ponía morado. Yo me podía salir solo de la piscina porque yo sufría de los pulmones entonces yo salía y me cambiaba y me podía volver a meter.

Cuando me caí al cuarto de máquinas me asusté mucho, me raspé, lloré, gritaba, tenía 7 años, sentí temor de quedar en la oscuridad, mi tía se dio cuenta que yo me caí y ella gritaba y llamaba al profesor y a todos. El profesor me sacó pero se demoraron muchísimo sacándome, después me llevaron al hospital pero no me acuerdo que me hicieron.

Después no volví a natación porque me daba miedo el agua, y pues la caída fue cerca a la piscina por lo que le tenía miedo a la oscuridad al agua a todo. Quería hacerlo todo con mi mamá, no quería dormir solo, no quería bañarme solo porque le tenía miedo a la oscuridad y al agua, y no quería caminar para ir al colegio porque cuando me caí allá pensé que no me iba a levantar, a veces también dormía con mis abuelos o mis tíos. Además de mi mamá, mi abuelito me llevaba a veces cargado al colegio. Aun duermo con mi mamá y le temo a la oscuridad, volví a piscina pero después de dos años y ya está olvidado el miedo al agua.

He practicado muchos deportes pero me quedé en el patinaje, me caigo muy duro pero no me da miedo porque se practica en una pista especial y se practica en la calle pero es más seguro. Me da miedo andar por encima de las alcantarillas porque algunas están flojas.

En el colegio me iba mal, siempre lloraba en el colegio por mi mamá y ahora ya no.”

YOLIMA EDITH VELASCO CÁRDENAS (Tía de la Victima) - Mins. 00:06:00 a 01:04:00 Cd 1– fl. 474: “El niño le cogió miedo a ir a las piscinas porque piensa que en todas las piscinas hay un hueco o un cuarto de máquinas donde se va a caer y fuimos una vez al club militar de Paipa y les pregunte porque no se meten y ellos estaban era buscando el hueco, buscando el cuarto de máquinas donde cayó Sebastián, yo les explique que los huecos o cuarto de máquinas no están siempre al lado de la piscina. Sebastián sufría bastante porque él era muy independiente, yo vivía en Villavicencio y él se iba conmigo en sus vacaciones y después del accidente ya no quiso volver, se volvió muy nervioso, muy temeroso de él mismo, el por ejemplo tenía su habitación y ahora duerme con la mamá, el niño tuvo muchos cambios después del accidente, en su personalidad, él no era como antes que él era más divertido, iba al parque solo, él ahora si no es acompañado no va a ningún lado. (...)

YASMÍN ALEYDA VELASCO CÁRDENAS – (Madre de la Victima) - Mins. 00:00:45 a 00:24:58 Cd 2 – fl. 474: “El niño siempre me decía que él pensaba que se iba a morir y más miedo le daba porque no podían sacarlo y más escuchando los gritos de los primitos que decía que estaba muerto y la tía gritando que lo sacaran y que no podía hacer nada porque no se podía ni mover.

Después de ese evento Sebastián tuvo un cambio bastante grande, él era muy autónomo con criterio y con decisión, lo dejaba viajar con los abuelitos y con los tíos sin necesidad que yo lo

acompañara, infortunadamente después de ese accidente se levantaba en las noches a gritar y nunca más volvió a dormir solo hasta el día de hoy, después de ese tipo de cosas el niño opto por no volver a caminar, dejo de asistir a clases y me tocaba a mi llevarlo alzado y él ya era un niño muy pesado pues ya tenía 7 años, pero era entendible por lo que había pasado. A raíz de eso solicité por la EPS valoración psicológica duró dos años hasta que él se cansó y no quiso volver más no pensé que no obligarlo era lo más prudente, el niño avanzó bastante pero no puedo decir que se mejoró el 100%, él cambió bastante y dejó de asistir a sus actividades deportivas que le gustaban mucho como la natación, como estaba en etapa de explorar él había practicado taekwondo, patinaje, ajedrez y la piscina dijo que nunca más quería volver.

La relación que yo siempre manejaba con Sebastián era como la de cualquier madre hacia su hijo, la relación con Sebastián siempre ha sido de bastante comunicación, de bastante confianza, antes del accidente el para mí era una ayuda bastante grande porque él era muy independiente lo que para mí era una gran ventaja, porque era una gran ventaja, porque en la época que ocurrió el accidente yo vivía en el centro y el niño estudiaba aquí cerca, por esa razón el niño se podía ir solo al colegio, el niño en ocasiones viajaba solo, solo me refiero sin mi presencia, cuando ocurre ese suceso, la relación con Sebastián, pues obviamente el niño se pega mucho más a mí, la relación hacia él, obviamente, como cualquier madre, es la misma, estar siempre bajo el cuidado de su hijo, pero obviamente debido a ese accidente, Sebastián se pega demasiado a mí y me limita muchas cosas, ya mi vida personal, mi vida social, mi vida laboral incluso me limito bastante, porque me tocaba pedir muchos permisos a nivel laboral para llevarlo incluso hasta el colegio, cuando él ya se iba solo, ahora me tocaba llevarlo a mí a muchas partes.

(...)

En el colegio me llamaron muchísimas veces las profesoras, porque el niño a nivel académico bajo, entonces las profesoras decían que el niño era demasiado, ya después de ser extrovertido, o sea de ser tan independiente, el ya no hacía caso, se quedaba llorando, me tocaba entregarle las profesoras y yo les explique que estaba ocurriendo, porque era ese cambio, entonces las profesoras colaboraban y entonces ellos se quedaban con el niño y le explicaban, incluso el niño en el colegio también tuvo apoyo por parte de la psico-orientación y allá le estaban ayudando para que el niño aprendiera que no había ningún tipo de temor, ni le iba a pasar absolutamente nada.

Para cuando el niño iba al colegio, para ese momento, después del accidente, no recuerdo con exactitud en que momento empezamos los tratamientos, el lapso exacto no recuerdo, posteriormente empezamos con ese tipo de tratamiento y ese lapso fue bastante prolongado, fueron dos años, el niño fue paulatinamente mejorando y gracias a dios el niño mejoro en muchos aspectos, como le decía señor juez, no ha mejorado al ciento por ciento.

La actitud de Sebastián ya se convierte prácticamente en ese tipo como de pataleta, más o menos se convirtió prácticamente en eso, no es fácil porque pues igual salir era bastante complicado porque él se atacaba a llorar y decía no voy a caminar y no camino y no camino y no camino, me tocaba hablarle explicarle que eran sucesos y que no iban a volver a pasar porque no íbamos a volver a ir a una piscina, pues obviamente yo lo alzaba y lo llevaba al colegio y lo iba hablando durante ese lapso era muy difícil también, porque cuando yo tenía que salir a trabajar el niño se quedaba atacado llorando y no es fácil tener que... yo lo dio salir a trabajar porque el niño estudiaba a para esa época en el colboy, entonces la jornadas académicas en el colegio el colboy o era en la mañana o era en las horas de la tarde, en ese momento no recuerdo en que jornada él se encontraba, pero si recuerdo que cuando yo tenía que irme a trabajar, creo que en la horas de la tarde él se quedaba llorando, y me hacía unas pataletas tenaces, por eso le decía que mi vida cambio en un ciento por ciento."

Del análisis de los medios probatorios enunciados se puede establecer la configuración del daño a la salud del menor, atendiendo que el evento traumático que padeció trajo consigo la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria, como lo era para él la práctica de la natación; además, generó una marcada dependencia del menor hacia su progenitora, aunado al surgimiento de rasgos comportamentales anómalos como el miedo a la oscuridad o la necesidad de la compañía permanente de otras personas, lo cual

devela una afectación en las condiciones normales de existencia de Sebastián Araque Velasco.

Así las cosas, procede el despacho calificar en el rango de gravedad de la lesión, las afectaciones a la salud sufridas por el menor, para lo cual se considera que en el expediente no se cuenta con un dictamen médico que precise el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de la víctima, que en las valoraciones medico legales practicadas al menor Sebastián Araque Velasco no se establecieron secuelas temporales o permanentes, así como tampoco se probó que existiera pérdida o perturbación de órganos o miembros de su anatomía; no obstante, tal y como se estableció en líneas precedentes, si se encuentra probada una afectación a la salud del menor la cual se valorará en el rango indemnizatorio entre el 1% e inferior al 10% de gravedad de la lesión, por lo que se procede a tasar el perjuicio de la siguiente manera:

| NOMBRE | VICTIMA O PARENTESCO | MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO A LA SALUD |
|--------------------------|----------------------|-----------------------------------------------|
| SEBASTIÁN ARAQUE VELASCO | VICTIMA | 10 SMMLV |

5.7.2 PERJUICIOS MATERIALES

5.7.2.1 Daño Emergente

A título de daño emergente, la parte actora solicita el reconocimiento y pago de las sumas que resulten probadas en el proceso por concepto de gastos de desplazamiento para el tratamiento psicológico del menor Sebastián Araque Velasco, medicamentos y demás erogaciones.

Para lograr establecer la configuración de perjuicios materiales a título de daño emergente, se decretó prueba pericial realizada por el perito ALIRIO ÁLVARADO ÁVILA (fls. 476 a 480), en donde plasma lo siguiente:

"Al revisar detalladamente el proceso desde el inicio hasta el momento actual se encontró que la demandante YASMÍN ALEYDA VELASCO CÁRDENAS, ha incurrido en gastos económicos soportados en lo siguiente:

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES: entre YASMÍN ALEYDA VELASCO CÁRDENAS **como contratante** y la Psicóloga LAURA GUIMAR MENDEZ PÉREZ (sic) **Como contratada**; cuyo objeto del contrato es que la psicóloga de manera independiente y sin que exista subordinación, llevara las evaluaciones psicológicas de las siguientes personas:

Sebastián Araque Velasco, Yasmín Aleida Velasco Cárdenas, William Velasco Cárdenas, Anyeli Velasco Cárdenas, Paulo Sergio Oliveros Velasco, Segundo Campoelias Velasco Otálora, María Inés Cárdenas Castro, Yolima Edith Velasco Cárdenas, Mateo Cadena Velasco y Nicolás Cadena Velasco. Con el fin de determinar el estado mental actual de los evaluados (sic) y

establecer si existe daño psicológico, trastorno psíquico y otras consecuencias derivadas del accidente padecido por el menor Sebastián Araque Velasco, el día 27 de junio de 2012.

(...)

Con el anterior diagnóstico y valoración especificado detalladamente en cada uno de los ítems anteriores, se observa que la psicóloga Jurídica y Forense LAURA GUIMAR MENDEZ PÉREZ (sic) **SI** cumplió con el objeto del contrato suscrito y a la vez haber recibido sus honorarios correspondientes a la suma de \$10.000.000 DIEZ MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE.

Por consiguiente, hasta la presente los gastos ocasionados dentro del proceso es la suma de:

\$10.000.000 DIEZ MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE. Más los intereses causados hasta cuando reciba dicha suma de parte de los demandados IRDET Y OTROS.”

Frente a lo anterior señala el despacho que negará el reconocimiento de perjuicios materiales a título de daño emergente, como quiera que no obra en el expediente documento idóneo (recibo, paz y salvo u otro medio probatorio) que demuestre que la Psicóloga Forense, Laura Giomar Méndez Pérez, haya recibido efectivamente la suma de \$10.000.000 a la que refiere el contrato de prestación de servicios obrante a folios 77 y 78, soporte que tampoco es aportado por el perito al momento de rendir su dictamen.

Se debe resaltar que en trámite de contradicción oral del dictamen, el perito ALIRIO ÁLVARADO ÁVILA, señaló respecto a la evidencia del pago de los honorarios de la perito Psicóloga Forense, lo siguiente³⁵:

“no se observa ningún recibo de recibo de honorarios, solamente la parte verbal y la buena fe de ella... Después de que un profesional presenta un informe detallado y ha cumplido con sus obligaciones en las diferentes cláusulas del contrato, es tácito y lógico que tiene que recibir o ha recibido sus honorarios correspondientes.

Por lo que indaga la apoderada del Municipio de Tunja si es una mera presunción que se realiza a lo que el perito responde que si”

Con base en lo anterior no habrá lugar a realizar reconocimiento alguno a título de perjuicios materiales, como quiera que los mismos no aparecen probados dentro del presente proceso.

De igual manera se debe tener en cuenta que la parte demandante solicitó que el reconocimiento de los honorarios presuntamente pagados a la Psicóloga Forense se realizara dentro de la condena en agencias en derecho y costas procesales, por lo que no procedería realizar un doble reconocimiento a título de perjuicio y de costas procesales.

5.8. Costas

No se condenara en costas en este asunto, atendiendo lo dispuesto en el No. 5 del artículo 365 del C.G.P³⁶. que expresa:

³⁵ DVD obrante a folio 513

"5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando fundamentos de su decisión."

En consideración a que en el presente asunto se negaron algunos de los reconocimientos indemnizatorios solicitados, existen suficientes razones para sostener que el triunfo de la parte demandante solo es parcial, de manera que para conservar la equidad de las cargas procesales, el Juzgado no impondrá costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

1. **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por el MUNICIPIO DE TUNJA y por el INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE DE TUNJA – IRDET.
2. **DECLARAR administrativa, extracontractual y solidariamente** responsables al MUNICIPIO DE TUNJA, al INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE DE TUNJA – IRDET y a la señora ANA SUSANA URIBE PINEDA, propietaria del establecimiento de comercio ACUACLUB ANDINO, por las lesiones sufridas por el menor Sebastián Araque Velasco, el día 27 de junio de 2012.
3. En consecuencia, **CONDENAR** al MUNICIPIO DE TUNJA, al INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE DE TUNJA – IRDET y a la señora ANA SUSANA URIBE PINEDA, propietaria del establecimiento de comercio Acuaclub Andino, a pagar de forma solidaria, las siguientes sumas de dinero:

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

| NOMBRE | VICTIMA O PARENTESCO | MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL |
|--------------------------------|-----------------------------------------|------------------------------------------|
| SEBASTIÁN ARAQUE VELASCO | VICTIMA | 10 SMMLV |
| YASMIN ALEYDA VELASCO CARDENAS | MADRE Primer Grado de Consanguinidad | 10 SMMLV |

³⁶ Norma que resulta aplicable a los asuntos contenciosos administrativos por expresa remisión del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

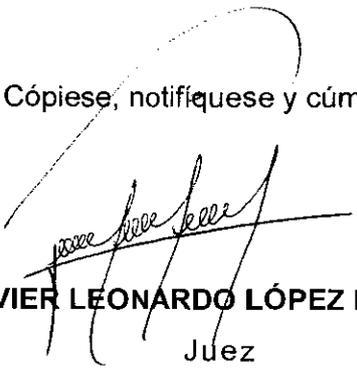
| | | |
|----------------------------------------|------------------------------------------------------|----------------|
| MARÍA INÉS CÁRDENAS CASTRO | ABUELA MATERNA Segundo Grado de Consanguinidad | 5 SMMLV |
| SEGUNDO CAMPO ELIAS VELASCO OTÁLORA | ABUELO MATERNO Segundo Grado de Consanguinidad | 5 SMMLV |

3.2 Por concepto de indemnización de daño a la salud con ocasión de las lesiones personales sufridas por Sebastián Araque Velasco, a las siguientes cantidades y a favor de las siguientes personas:

| NOMBRE | VICTIMA O PARENTESCO | MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO A LA SALUD |
|--------------------------|----------------------|-----------------------------------------------------|
| SEBASTIÁN ARAQUE VELASCO | VICTIMA | 10 SMMLV |

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase.


JAVIER LEONARDO LÓPEZ HIGUERA
Juez

CEAP

