

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL  
DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA

Santiago de Cali, cuatro (4) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

<b>RADICACIÓN:</b>	76001-33-33-012-2018-00055-00
<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	REPARACIÓN DIRECTA
<b>DEMANDANTE:</b>	JUDY MILENA CAICEDO VIVAS Y OTROS <a href="mailto:luiscarlosreyes11@gmail.com">luiscarlosreyes11@gmail.com</a> <a href="mailto:defensalegalespecializada@gmail.com">defensalegalespecializada@gmail.com</a>
<b>DEMANDADO:</b>	DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI <a href="mailto:notificacionesjudiciales@cali.gov.co">notificacionesjudiciales@cali.gov.co</a> FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA <a href="mailto:fenmandela2020@gmail.com">fenmandela2020@gmail.com</a> <a href="mailto:contabilidad@fundacionnelsonmandela.org">contabilidad@fundacionnelsonmandela.org</a> CORPORACION PARA LA RECREACIÓN POPULAR <a href="mailto:crp@crpcali.com">crp@crpcali.com</a> <a href="mailto:lchauxabogados@gmail.com">lchauxabogados@gmail.com</a>
<b>LLAMADA EN GARANTÍA:</b>	MAPFRE SEGUROS DE COLOMBIA S.A. <a href="mailto:notificaciones@gha.com.co">notificaciones@gha.com.co</a> CONFIANZA S.A. <a href="mailto:pmarquez@asistenciageneral.com">pmarquez@asistenciageneral.com</a> <a href="mailto:djudicial@asistenciageneral.com">djudicial@asistenciageneral.com</a> <a href="mailto:djudicial@agasesores.co">djudicial@agasesores.co</a> SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. <a href="mailto:notificaciones@londonouribeabogados.com">notificaciones@londonouribeabogados.com</a> DEFENSA CIVIL COLOMBIANA <a href="mailto:notificacionesjudiciales@defensacivil.gov.co">notificacionesjudiciales@defensacivil.gov.co</a>
<b>MINISTERIO PÚBLICO</b>	ANA SOFÍA HERMAN CADENA <a href="mailto:prociudadm59@procuraduria.gov.co">prociudadm59@procuraduria.gov.co</a>

I. ANTECEDENTES

Los señores JUDY MILENA CAICEDO VIVAS, actuando en nombre propio y en representación de los menor YIBER CAICEDO VIVAS y JAIDER CAICEDO VIVAS, JUSTINIANO CAICEDO SINISTERRA, MARIELA VIVAS VIÁFARA, RICARDO CAICEDO VIVAS, JHON ALESI CAICEDO VIVAS, ANA ROCIO CAICEDO VIVAS y NITZA EDITH CAICEDO VIVAS, a través de apoderado judicial, acuden a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de Reparación Directa previsto en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 –en adelante CPACA- con el fin de que se declare al Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali , a la CORPORACIÓN PARA LA RECREACIÓN POPULAR y a la FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA, patrimonialmente responsables de los perjuicios causados a los demandantes, por el fallecimiento del menor ESTEBÁN HERNÁNDEZ CAICEDO el día 20 de noviembre de 2015. Solicitan que las entidades demandadas sean condenadas al pago de los perjuicios materiales y morales a que haya lugar.

Como **HECHOS** de la demanda se resumen los siguientes:

1. El menor ESTEBÁN HERNÁNDEZ CAICEDO para el año 2015 se encontraba matriculado en la Fundación Escolar Nelson Mandela, cursando el grado de segundo.
2. El día 20 de noviembre de 2015 se programó una salida recreacional por parte de la institución educativa a la UNIDAD RECREATIVA CIUDADELA COMFANDI CALI. Asistían aproximadamente 37 estudiantes, incluido el menor ESTEBÁN HERNÁNDEZ CAICEDO, con el acompañamiento de 5 profesores y 5 padres de familia.
3. Para el momento de ingresar a la piscina, el menor ESTEBÁN HERNÁNDEZ CAICEDO no llevaba pantaloneta de baño, por lo que una madre de familia acompañante le prestó una. Él se cambió y se dirigió hacia la piscina de niños pequeños, donde se encontraban los demás compañeros.
4. Posteriormente, ante la advertencia de una de las docentes acompañantes, se encontró al menor ESTEBÁN HERNÁNDEZ CAICEDO en el fondo de la piscina de adultos. Los primeros auxilios los prestó el salvavidas. Luego trasladaron al menor a Comfandi Clínica Amiga, pero se registró en la historia clínica que había ingresado muerto al servicio. Según informe de necropsia, la causa de la muerte fue “ANOXIA ANOXICA SECUNDARIA A INSUFICIENCIA RESPIRATORIA AGUDA DEBIDA A AHOGAMIENTO [...]”
5. Considera la parte demandante que las piscinas no cumplían con las exigencias técnicas para su uso al público, por lo que se atribuye la responsabilidad a las demandadas.
6. El fallecimiento del menor ESTEBAN HERNÁNDEZ CAICEDO generó perjuicios en su grupo familiar demandante.<sup>1</sup>

## II. DEFENSA DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS

### - DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

El **Distrito Especial de Santiago de Cali** en su contestación, indicó que era cierto que el menor Esteban Hernández Caicedo se encontraba cursando segundo año para el período lectivo 2015 en la Fundación Escolar Nelson Mandela, pues así se evidenciaba en el sistema integrado de matrícula – SIMAT, financiado con recursos del Sistema General de Participación.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y argumentó sobre la falta de demostración de los presupuestos de la responsabilidad atribuida a la administración. Aseguró que no existe prueba que demuestre que la causación del daño fue por acción u omisión del Municipio, que como se había indicado el hecho lo había generado un tercero como lo era la Fundación Escolar Nelson Mandela. Que esa institución debía acatar lo ordenado en la directiva ministerial No. 55 del 18 de diciembre de 2014, en donde se habían establecido orientaciones a las secretarías de educación de entidades territoriales sobre la planeación y desarrollo de las salidas escolares. Igualmente identificó como conducta generadora de daño la falta de cuidado con los menores, así como de la Unidad Recreativa COMFANDI por no tener suficientes salvavidas y por no contar con los requerimientos de seguridad establecidos para prestar el servicio.

Propuso como excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva. Aceptó que el Municipio de Cali tenía la responsabilidad de custodia y cuidado de los estudiantes, pero que la causa de la muerte del menor Esteban Hernández Caicedo se atribuía a la Fundación Educativa Nelson Mandela y a la Unidad Recreativa Comfandi. Igualmente propuso como excepción la innominada.

Igualmente formuló llamamiento en garantía en contra de la compañía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., con fundamento en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501215001154, certificado No. 1, vigente del 16 de noviembre de 2015 al 31 de enero de 2016.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Demanda visible en el archivo electrónico No. 01 del expediente digital, folios 243 – 305, índice 106 de la plataforma SAMAI.

<sup>2</sup> Contestación de la demanda y llamamiento en garantía visible en el archivo electrónico No. 01.1.1 (Fl. 23-63) y 05 (Fl. 2-136) del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

#### - **CORPORACIÓN PARA LA RECREACIÓN POPULAR**

Frente a los hechos en la mayoría de los pronunciamientos refirió que no le constaban, salvo en aquellos en los que se le atribuía responsabilidad al Centro Educativo Nelson Mandela. Indicó que el menor siempre estuvo solo, sin el acompañamiento permanente de un adulto, y que solo había 5 padres de familia y 5 profesores para acompañar un grupo de 37 menores.

Se opuso a las pretensiones de la demanda sosteniendo que el siniestro narrado fue un acto ajeno a la voluntad de la Corporación para la Recreación Popular. Reiteró que el menor se encontraba solo y que era obligaciones de los familiares y de las directivas del colegio acompañarlo. Refirió que la entidad contaba con un apoyo de salvavidas contratado con la Defensa Civil de la Unión de Vivienda Popular.

Propuso como excepción la carencia de derecho para demandar, y la fundamentó en que el menor se encontraba solo, siendo responsabilidad de los padres o del Centro Educativo Nelson Mandela protegerlo ante un evento como el que se presentó. Que la institución prestó todas las herramientas de seguridad a su alcance, por lo que sería la entidad educativa la que debería responder.

Llamó en garantía a la Junta de Defensa Civil la Unión de Vivienda Popular, fundamentándose en la contratación de los servicios para que prestaran servicios de salvavidas en los diferentes parques que administra, y particularmente el parque recreacional Comfandi.

También llamó en garantía a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, con fundamento en la Póliza 03-RE001769, vigente del 06 de mayo de 2013 hasta el 30 de marzo de 2016.

Finalmente, llamó en garantía a la compañía aseguradora SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., con fundamento en la Póliza de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros No. 4600398-5, vigente del 31 de diciembre de 2014 al 31 de diciembre de 2015.<sup>3</sup>

#### - **FUNDACIÓN ESCOBAR NELSON MANDELA**

No contestó la demanda.

### **III. DEFENSA DE LAS ENTIDADES LLAMADAS EN GARANTÍA**

#### - **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**

La sociedad **Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.**, en cuanto a la demanda, manifestó no constarle los hechos relatados. Se opuso a las pretensiones sosteniendo que no se habían acreditados los elementos de la responsabilidad atribuida al ente territorial, y que se había configurado el hecho determinante de un tercero y la falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Cali. Igualmente se opuso a la prosperidad de los perjuicios.

Formuló como excepciones contra la demanda "hecho determinante de un tercero". Indicó que los hechos reclamados se habían generado cuando el menor Esteban Hernández se encontraba bajo la órbita de control y cuidado de la Institución Educativa Nelson Mandela y de la ciudadela Comfandi, por lo que ellos ejercían la guarda de los estudiantes. Que según las pruebas, ni los docentes ni el personal de Comfandi estuvieron pendientes del menor para evitar el incidente, y no evitaron que el menor ingresara a la piscina de adultos. Atribuyó esa falta de diligencia como la causa del daño.

También excepcionó la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues debido a que el Municipio no había concurrido con alguna acción u omisión que causara el fallecimiento del menor, no había fundamento para declararlo responsable. Añadió como excepción la inexistencia de nexo causal entre el daño y acción u omisión atribuible al Municipio, la carencia de prueba de los perjuicios, el enriquecimiento sin causa y la innominada.

En cuanto al llamamiento en garantía, aceptó que entre el Municipio de Cali y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. se suscribió la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501215001154, pero negó la cobertura frente a los hechos que se reclaman a la entidad asegurada. Aseguró que ante la falta de realización

---

<sup>3</sup> Contestación de la demanda y llamamiento en garantía visible en el archivo electrónico No. 01.1.1 (Fl. 83-102); No. 02 (Fl. 2-5); No. 03 (Fl. 2-5) y No. 04 (Fl. 2-5) del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

del riesgo asegurable, el objeto del contrato de seguro no se materializaba y por tanto carecía de amparo.

Se pronunció frente a las pretensiones del llamamiento en garantía solicitando que en caso de ser necesario revisar la relación sustancial entre llamante y llamado en garantía, se tuvieran en cuenta los límites y coberturas pactadas, el coaseguro, deducible, exclusiones y demás condiciones convenidas en el contrato de seguro.

Propuso como excepciones “no nació la obligación indemnizatoria a cargo de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., como quiera que, al no estar probada la responsabilidad administrativa a cargo del Municipio de Santiago de Cali, se tiene que no se realizó el riesgo asegurado mediante el contrato de seguro No. 1501215001154, la obligación de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. solo se circunscribe al porcentaje que le corresponde de acuerdo al coaseguro pactado, la eventual obligación de mi representada no puede exceder el límite del valor asegurado en la póliza de responsabilidad civil No. 1501215001154, deducible, exclusiones y la innominada.”<sup>4</sup>

#### - DEFENSA CIVIL COLOMBIANA

Contestó el llamamiento en garantía indicando que la Corporación para la Recreación Popular había llamado en garantía a la Junta de Defensa Civil de Unión de Vivienda Popular y no al establecimiento público de Defensa Civil Colombiana, personas jurídicas de naturaleza distinta. Se opuso a las pretensiones por considerar que no tenía relación alguna con los hechos y pretensiones de la demanda.

Refirió que las juntas y organizaciones de voluntarios no hacen parte de la estructura orgánica de la Defensa Civil Colombiana, que son de carácter privado, y que la competencia legal de la Defensa Civil con estas juntas y organizaciones se limita a expedir su personería jurídica, suspenderla o revocarla. Con base a esto, indicó que no había vinculo de carácter legal, contractual o laboral entre las partes del proceso y la Defensa Civil Colombiana.

Excepcionó la falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de nexo causal, inexistencia de hecho atribuible al Estado (Defensa Civil Colombiana) en la producción del daño.<sup>5</sup>

#### - COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA

Manifestó que no le constan los hechos de la demanda. En cuanto a los hechos del llamamiento en garantía, señaló que era cierto que se había contratado la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 03-RE001769, vigente del 06 de mayo de 2013 hasta el 30 de marzo de 2016, la cual tenía como objeto amparar la responsabilidad civil extracontractual que causara a terceros durante la ejecución del contrato No. 4162.0.26.1.249-2013, cuyo objeto es la entrega a la corporación para su administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de unidades deportivas comunales. Igualmente señaló que no era cierto que la póliza cubriera en exceso de lo que llegara a cubrir SURAMERICANA.

Excepcionó la ausencia de prueba de la pérdida de oportunidad, inexistencia de lucro cesante, improcedencia de condena por daño a la salud, excesiva tasación del perjuicio moral. Frente al llamamiento en garantía excepcionó presupuestos para la afectación de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 03-RE001769, sublímite y deducible, genérica.<sup>6</sup>

#### - SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Aceptó los hechos planteados en el llamamiento en garantía y no se opuso al mismo, pues consideró que el contrato de seguro se encontraba vigente al momento en que ocurrieron los hechos objeto de reclamación. Respecto a los hechos de la demanda manifestó no constarle. Frente a las pretensiones de la demanda, se opuso y objetó las sumas pretendidas como condena.

Frente a la demanda excepcionó la inexistencia de obligación de indemnizar en cabeza del demandado ante la ausencia de responsabilidad, y consideró que la Corporación para la Recreación Popular no realizó ninguna conducta que generara el daño reclamado. A su juicio, no se consolidaban los elementos de la responsabilidad y no se podría atribuir el daño a esta demandada. También excepcionó la culpa exclusiva de la víctima por falta

<sup>4</sup> Contestación llamamiento en garantía documento electrónico No. 05 (Fl. 143-168) del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

<sup>5</sup> Contestación llamamiento en garantía documento electrónico No. 02 (Fl. 28-65) del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

<sup>6</sup> Contestación llamamiento en garantía documento electrónico No. 03 (Fl. 70-98) del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

de cuidado frente al menor, pues sostuvo que los padres del menor eran los que debían protegerlo y ante su ausencia y falta de cuidado y prudencia se presentó el accidente.

Propuso también como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva del asegurado, pues la Corporación Para la Recreación Popular había contratado los servicios de salvavidas con la entidad JUNTA DE DEFENSA CIVIL LA UNIÓN DE VIVIENDA POPULAR, y que era ella la encargada de velar por el cuidado de los menores. Continuando con la oposición de los perjuicios, así lo propuso como excepción, argumentando que algunos eran improcedentes y otros se habían cuantificado de manera excesiva. También excepcionó concausalidad, exceso de pretensiones, límite de amparos y coberturas, deducible e innominada.<sup>7</sup>

#### IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término para presentar alegatos de conclusión las partes expresaron:

- La **parte actora** radicó sus alegatos de conclusión el día 09 de diciembre de 2022 y aseguró que se habían probado los hechos de la demanda. Insistió en que hubo una falla del Centro Vacacional al contar solo con un salvavidas cuando había en el parque entre 180 a 200 personas. Respecto a esto y a los mecanismos de protección aplicables a las piscinas públicas, consideró que se había incumplido con lo previsto en la ley 1209 de 2008 y el decreto 224 de 2015.

En cuanto al incumplimiento de esta norma, indicó que las piscinas no tenían encerramientos, no había alarmas de inmersión ni sistemas de liberación de vacío; y que el Municipio de Santiago de Cali también había incumplido por no verificar el funcionamiento irregular de esas piscinas. También refirió que no había ambulancia en el sitio para el traslado del niño, y que por eso se había requerido de un taxi.

Que, según los documentos clínicos, el menor se encontró sin lesiones y sin ninguna insuficiencia de salud cuando se encontraba con vida. Consideró que las demandadas habían sido responsables del daño por haber incumplido con las obligaciones a su cargo, y que ese incumplimiento generó la muerte del menor. Señaló que las entidades eran responsables porque tenían posición de garante frente al niño. Que si las demandadas hubieran cumplido con sus obligaciones, no se hubiera generado el daño.

A partir de esos argumentos, consideró que se habían estructurado los elementos de la responsabilidad y que no había causas extrañas que liberaran de responsabilidad a las demandadas.<sup>8</sup>

- La **demandada Corporación Para la Recreación Popular** presentó escrito de alegatos de conclusión el día 06 de diciembre de 2022. Los fundamentó a partir de la excepción propuesta en la contestación de la demanda, de carencia para demandar, y sostuvo que no se probó culpa de la entidad. Traslado la culpa a la Fundación Escolar Nelson Mandela por haber llevado al menor al parque recreacional sin la autorización de su madre, y porque el número de profesores o tutores no fue correspondiente a la cantidad de estudiantes que asistieron.

Considera ser diligente por haber activado los protocolos de seguridad una vez se presentó el siniestro, por tener contratado el servicio de salvavidas con la Defensa Civil Colombiana, que contaba con un protocolo de emergencias escrito y de conocimiento de los funcionarios encargados, que tiene avisos a la vista del público para prevenir esos eventos y sobre las instrucciones del uso de las piscinas.

Finalmente mencionó que no se habían probado las afectaciones psicológicas en la demandante, por lo que no se debía acceder a ningún perjuicio de ese tipo. Solicitó declarar la excepción propuesta y condenar en costas a los demandantes.<sup>9</sup>

- La **llamada en garantía Defensa Civil Colombiana**, a través de los alegatos de conclusión radicados oportunamente el 9 de diciembre de 2022, señaló que en el llamamiento en garantía se hizo alusión a la Defensa Civil Unión de Vivienda Popular, que es una persona jurídica de derecho privado diferente al establecimiento

---

<sup>7</sup> Contestación llamamiento en garantía documento electrónico No. 04 (Fl. 171-193) del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

<sup>8</sup> Índice 103, SAMAI.

<sup>9</sup> Índice 100, SAMAI.

público de orden nacional denominado Defensa Civil Colombiana. Refirió que con el propósito de participar en las actividades de atención de desastres o calamidades, se organizaron voluntariamente en el territorio nacional asociaciones de personas, a las que la Defensa Civil les ha reconocido personería jurídica por disposición legal. Que la competencia legal de esta entidad frente a las juntas y organizaciones de voluntarios, se limita a expedir su personería jurídica, suspenderá o revocarla, así como a inscribir a sus representantes legales.

Señaló que el contratista del contrato de prestaciones de servicios profesionales suscrito con la Corporación para la Recreación Popular era la Junta de Defensa Civil de los Barrios de Unión de Vivienda Popular de Cali, representada legalmente para ese momento por el señor Carlos Alberto Ortiz. A partir de estas consideraciones, sostuvo que no había vínculos de carácter legal, contractual o laboral entre el demandante y demandado y la llamada en garantía Defensa Civil Colombiana.

Refirió que no había imputación fáctica ni jurídica a la Defensa Civil Colombiana, y que el llamamiento en garantía propuesto por la Corporación Para la Recreación Popular se había dirigido contra la Junta de Defensa Civil Unión de Vivienda Popular, por lo que se acreditaba la falta de legitimación en la causa. Solicitó se desvinculara a la Defensa Civil Colombiana y no se realizaran condenas en su contra.<sup>10</sup>

- La **llamada en garantía Seguros Generales Suramericana S.A.**, presentó alegatos de conclusión oportunamente el 06 de diciembre de 2022. Anunció una inexistencia de responsabilidad del Municipio de Santiago de Cali, pero desarrolló argumentos correspondientes a la falta de prueba de atribución del daño a una conducta de la Corporación Para la Recreación Popular.

Citó la prueba testimonial practicada al señor Francisco Zambrano, y destacó de su declaración la presencia de él en el parque cuando ocurrieron los hechos; las medidas de seguridad que tenía el parque como lo era el salvavidas, el flotador, gancho y todo lo relacionado con seguridad; que el salvavidas estaba realizando la reanimación de forma correcta y oportuna, y que era un funcionario de la Defensa Civil; que de manera inmediata la Corporación consiguió el taxi para trasladar la niño a la Clínica; y que la piscina tenía avisos preventivos. Que todo esto indicaba que no había responsabilidad de la entidad asegurada.

También aseguró que la culpa de la ocurrencia del evento donde falleció el menor Esteban Hernández era de los familiares a cargo de su cuidado debido a su actuar imprudente, pues no debieron permitir que estuviese en piscina sin supervisión y cuidado. Que esto había determinado la muerte y los perjuicios que reclamaban los demandantes, y que como la propia víctima había desencadenado el daño al ponerse de forma voluntaria en una situación de riesgo, se configuraba la causal de exoneración de responsabilidad.

Indicó que había una falta de legitimación en la causa por pasiva del asegurado porque esta entidad había contratado los servicios de salvavidas con la Junta de Defensa Civil la Unión de Vivienda Popular, y que era ella la encargada de velar por el cuidado de los que ocupaban la piscina.

En cuanto a los perjuicios se opuso indicando que los mismos no se habían causado y que en todo caso no atendían a los criterios jurisprudenciales para su cuantificación. Frente al contrato de seguro documentado en la Póliza No. 4600398-5, indicó que el pago no podía exceder el valor del interés asegurado, que debía atenderse a los sublímites, exclusiones y deducible. Solicitó se negaran las pretensiones.<sup>11</sup>

- La **llamada en garantía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.**, presentó alegatos de conclusión oportunamente el 09 de diciembre de 2022. Aseguró que se había probado la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali, pues no había participado en los hechos motivo de demanda, y que esta no era la entidad que tenía el deber de custodia y cuidado del menor Esteban Hernández.

---

<sup>10</sup> Índice 101 SAMAI.

<sup>11</sup> Índice 99 SAMAI.

Que mediante la Resolución No. 4143.021-10922 del 31 de diciembre de 2013, se dio el reconocimiento oficial del establecimiento educativo privado “Fundación Escolar Nelson Mandela” y que por medio del contrato de prestación de servicios educativos No. SEM-PS-4143.026-122-2015 del 23 de enero de 2015, se obligó a “Establecer mecanismos que permitan advertir oportunamente eventos o situaciones que pongan en riesgo la vida, integridad física, emocional y mental de los niños y niñas, adolescentes, [...] *Aplicar e implementar bajo su entera responsabilidad las conductas adecuadas para el cumplimiento del deber legal de cuidado, con relación a los estudiantes del establecimiento educativo, para lo cual deberá actuar de manera diligente y cuidadosa, por lo tanto, exonera al CONTRATANTE de cualquier responsabilidad derivada del incumplimiento de la presente obligación de cuidado*”. Que con esto, así pareciera que existiera una legitimación en la causa, había una inexistencia de imputación de responsabilidad.

Respecto a los perjuicios, aseguró que no se había demostrado el lucro cesante solicitado y que en todo caso no era procedente. Frente al llamamiento en garantía y con base en la Póliza No. 1501215001154, indicó que no se había demostrado el riesgo asegurado, que si se condenaba tenía que atenderse el porcentaje de coaseguro pactado, los límites establecidos y el deducible.<sup>12</sup>

- La demandada Distrito Especial de Santiago de Cali de pronunció de forma extemporánea, y la aseguradora Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza guardó silencio.

- El **Ministerio Público** guardó silencio<sup>13</sup>.

Tramitada la instancia no observándose nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el mérito del asunto y para ello se tiene en cuenta las siguientes:

## V. CONSIDERACIONES

### 5.1. Las excepciones

Ninguna de las demandas o llamadas en garantía propuso excepciones previas que estén pendientes de resolver en esta etapa. Respecto a las excepciones de mérito propuestas en cada contestación de demanda o del llamamiento en garantía, serán objeto de pronunciamiento en el fondo del fallo, y no encuentra el Despacho la necesidad de realizar un pronunciamiento previo al respecto.

Sobre la innominada, no se encuentra configurada ninguna excepción que deba declararse oficiosamente, por lo que se continúa con la resolución del litigio planteado.

### 5.2. Problema Jurídico

Determinar si se configura el daño alegado y en consecuencia, si el Estado a través del MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI, o la FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA y la CORPORACIÓN PARA LA RECREACIÓN POPULAR, son responsables por los perjuicios presuntamente irrogados a los demandantes, con ocasión del fallecimiento del menor Esteban Hernández Caicedo, en hechos ocurridos el 20 de noviembre de 2015, o si se configuró algún eximente de responsabilidad.

En el evento de prosperar las pretensiones de la demanda, se deberá determinar, además, si las llamadas en garantía, deben responder por la condena impuesta al Municipio de Santiago de Cali y la Corporación Para la Recreación Popular, en virtud de las pólizas de garantía, al tenor de lo regulado en el artículo 225 del CPACA.

Para dar solución al interrogante planteado se seguirá el siguiente derrotero: **5.3.** Se realizará un análisis de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el caso concreto; **5.3.1.)** Iniciando por la acreditación del **daño antijurídico**. Una vez establecido aquél, **5.3.2.)** Se realizará un estudio de **imputación** sobre las entidades accionadas, analizando el título de imputación aplicable al *sub-lite*, acorde con los hechos

<sup>12</sup> Índice 102 SAMAI.

<sup>13</sup> Constancia Secretarial, índice 105 plataforma SAMAI.

comprobados; Finalmente si hay lugar a ello **5.4.)** La liquidación de perjuicios **5.5)** Análisis del llamamiento en garantía y, **5.6.)** Las costas procesales.

### 5.3. Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagra una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos:

*“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”*

De conformidad con la disposición anterior, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, disposición sobre la que se erige el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que regula la acción de reparación directa. Este medio de control le otorga la posibilidad a cualquier persona para demandar la reparación de un daño causado por el Estado producto de un hecho, omisión, operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o aun particular que ejerza funciones oficiales.

Entonces la responsabilidad extracontractual del Estado se sustenta en dos elementos: **i)** la demostración de un daño antijurídico, entendido este como aquella afectación patrimonial o extrapatrimonial a un bien, derecho o interés legítimamente protegido por el ordenamiento jurídico, el cual la víctima no estaba en la obligación jurídica de soportar y; **ii)** la imputación del mismo al ente público, entendido como la atribución tanto material (conducta: acción y/u omisión) como jurídica (establecer el fundamento jurídico de la obligación resarcitoria) de ese menoscabo a la autoridad demandada.

#### 5.3.1. El Daño Antijurídico

Constituye el primer presupuesto y fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado. No tiene definición legal, por lo que el desarrollo de su contenido normativo se ha perfeccionado vía jurisprudencial y doctrinal. El Consejo de Estado lo ha descrito en los siguientes términos:

*“(…) es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación (...).”<sup>14</sup>*

En ese sentido, para que el daño sea resarcible, debe reunir las siguientes características:

**i)** Que sea **cierto**, es decir, que sea apreciable material o jurídicamente y, que constituya una afectación real a un bien, derecho o interés legítimamente protegido por el ordenamiento jurídico, es decir, que no se trata de una circunstancia hipotética o de un evento no amparado por la ley.

**ii)** que sea **personal**, refiriéndose a que sea padecido por quien lo está reclamando, constituyendo una especie de legitimación en la causa –por activa- para reclamar el resarcimiento del mismo, bien sea porque el ordenamiento jurídico lo autoriza, el bien o interés le es propio o le devino por herencia. El daño es personal

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de diciembre de 2005, Expediente No. 12158, C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez, así mismo ver Sentencias del 11 de noviembre de 1999, expediente No. 11499, del 27 de enero de 2000, expediente No. 10867 y del 2 de marzo de 2000, expediente No. 11945.

cuando un individuo sufre personalmente un perjuicio o es víctima de la violación de un derecho o una situación legítimamente protegida, definición con la que se deja a salvo el menoscabo que se padece por una situación de hecho. Por tanto, el carácter personal del daño depende directamente del derecho invocado.

iii) Que el afectado no esté en la obligación jurídica de soportarlo, esto es, que sea **antijurídico** y que de manera correlativa quien lo causa no tenga la potestad de producirlo.

Los elementos descritos concretan el concepto de daño antijurídico. Es importante puntualizar que la antijuridicidad se concreta dependiendo si la persona que padece el daño está o no en el deber jurídico de soportarlo -porque el ordenamiento jurídico le imponga o no tal carga-; por tanto, la falta de justificación en el quebranto al principio de igualdad frente a las cargas públicas, que por el hecho de vivir en sociedad todos debemos soportar, es lo que le otorga la connotación de antijurídico.<sup>15</sup>

En el caso concreto, el daño sobre el que pretende la parte actora estructurar la responsabilidad es la muerte del menor Esteban Hernández Caicedo. Con las pruebas aportadas con la demanda y practicadas a lo largo del proceso, se logró demostrar este primer presupuesto, así:

- Historia Clínica General de la Clínica Amiga – Comfandi<sup>16</sup>, con registro del 20 de noviembre de 2015 a las 10:35:53 A.M., y en la enfermedad actual de anotó: *“Ingresa menor al servicio de urgencias a las 10:13 a.m. traído por profesores quienes manifiestan que el niño fue encontrado sumergido en una piscina (no se supo cuanto tiempo duró sumergido) y luego sacado y traído a esta institución (aproximadamente 30 minutos después de sacarlo de la piscina) El niño se llama Esteban, se desconoce apellido. Peso aproximado 30 kg, ingresa sin signos vitales, sin ruidos cardiacos a la auscultación y con midriasis bilateral, sin respuesta a la luz. Se ubica en camilla de reanimación y se inicia masaje cardiaco, se aspira, intuba y se comienza ventilación, se posicionan electrodos de desfibrilador que no muestra que no muestra actividad eléctrica. Se canalizan venas y se pasan 2 bolos de solución salina normar de 20cc, se aplican 3 dosis de adrenalina de 1 mg con intervalos de 5 minutos. Se continúan maniobras de reanimación durante 15 minutos, a loas 15 minutos se suspenden maniobras ante la ausencia de respuesta. Se desconocen antecedentes familiares y personales. Menor traído por docentes, quienes refieren que se metió a la piscina y no sabe nadar.”*
- Formato de inspección técnica a cadáver FPJ – 10<sup>17</sup>, que para el caso 76001600019320139885 registró en la casilla No. 03 al occiso Esteban Hernández Caicedo de 08 años, con R.C. 10890013932.
- Informe Pericial de Necropsia No. 2015010176001002885 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses<sup>18</sup>, realizada al menor Esteban Hernández Caicedo y en donde se estableció en la opinión pericial: *“CONCLUSIÓN PERICIAL: EN MI OPINION PERICIAL LA MUERTE OCURRIÓ EN EL CONTEXTO DE LA ANOXIA ANOXICA SECUNDARIA A INSUFICIENCIA RESPIRATORIA AGUDA DEBIDA A AHOGAMIENTO”*.
- Reporte de iniciación FPJ-1 que para el caso 76001600019320139885<sup>19</sup> registró en síntesis de los hechos: *“SIN CAPTURADO. DELITO HOMICIDIO. SIENDO LAS 12:30 DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 2015 LA UNIDAD PALACIO OCHO REPORTA UN CUERPO SIN VIDA POR INMESIÓN, EN LA CARRERA 104 CON 22 CENTRO RECREACIONAL COMFANDI, TRASLADANDO A LA CLINICA AMIGA, VICTIMA DE NOMBRE ESTEBAN HERNANDEZ DE 8 AÑOS DE EDAD. SIN MAS DATOS POR EL MOMENTO CONOCE EL CTI”*.

<sup>15</sup> Al respecto pueden consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de enero de 2015, No. Interno: 32912, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Subsección C, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, No. Interno 29590, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>16</sup> Folios 108-110 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

<sup>17</sup> Folios 136-137 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

<sup>18</sup> Folios 152-156 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

<sup>19</sup> Folios 71 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI

- Registro Civil de Defunción con indicativo serial No. 08568718 de la Registraduría Nacional del Estado Civil<sup>20</sup>, donde se registró que el menor Esteban Hernández Caicedo falleció el día 20 de noviembre de 2015.

Con estas pruebas la parte actora logró acreditar el daño que se reclama en la demanda, esto es el fallecimiento del menor Esteban Hernández Caicedo, de conformidad con las especificaciones técnicas citadas previamente, por lo que se continúa con el análisis de los demás elementos de la responsabilidad del estado.

### 5.3.2. La imputación

Teniendo en cuenta que se atribuye responsabilidad a varias demandadas por diferentes acciones y/u omisiones que a juicio de la parte demandante confluyeron en el daño, se analizarán por separado para así determinar la conducta ejercida por cada una y el análisis de la imputación de esas conductas realizadas o dejadas de hacer.

Con respecto a la Fundación Escolar Nelson Mandela, se cuestiona por parte demandante la omisión en el cuidado del menor Esteban Hernández Caicedo mientras realizaba una actividad recreacional en el marco de la relación educativa. Para establecer el marco jurídico y jurisprudencial, debe tenerse en cuenta, como primer punto, lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política:

*“Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: **la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.** Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

***La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.** Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”*

Con fundamento en tal precepto, ha considerado la Corte Constitucional que se trata de sujetos de especial protección dado su carácter de población vulnerable, frágil y en proceso de formación, en efecto 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”<sup>21</sup>*

En lo relacionado con el servicio público de la educación, y por tener además el carácter de derecho fundamental, el Estado ejerce obligaciones de inspección y vigilancia para garantizar el adecuado cubrimiento del servicio:

*“El derecho a la educación es por tanto un servicio público mediante el cual se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás valores de la cultura y comprende el conjunto*

<sup>20</sup> Folios 8 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia C-172 de 2 de marzo de 2004.

*de normas jurídicas, programas curriculares, educación por niveles y grados, los establecimientos educativos, entre otros. Y precisamente, debido al carácter de servicio público es obligación del Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia, garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para el acceso y permanencia en el sistema y, junto con éste, a la sociedad y a la familia también les corresponde velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos.”<sup>22</sup>*

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado una línea frente a la responsabilidad de la administración por las conductas en las que incurran los establecimientos educativos, fundamentando la misma en las obligaciones de vigilancia y control que ejercen respecto de las personas puestas bajo su custodia, así como de la posición de garante y la relación de subordinación entre profesor y estudiante. Igualmente, se ha considerado que esas obligaciones que adquiere el Estado en el marco de esa posición de garante, subsisten aun cuando los estudiantes salen del colegio, siempre y cuando las actividades que realiza por fuera de las instalaciones sean educativas, o, por ejemplo, también en los casos en los que el deber de vigilancia se adquiere en el trayecto entre colegio y casa:

*“La custodia ejercida por el establecimiento educativo debe mantenerse no sólo durante el tiempo que el alumno pasa en sus instalaciones, sino también durante el que dedica a la realización de otras actividades educativas o de recreación promovidas por éste, incluyendo paseos, excursiones, viajes y demás eventos tendientes al desarrollo de programas escolares.*

*El deber de cuidado surge de la relación de subordinación existente entre el docente y el alumno, pues el primero, debido a la posición dominante que ostenta en razón de su autoridad, tiene no sólo el compromiso sino la responsabilidad de impedir que el segundo actúe de una forma imprudente”<sup>23</sup>*

También se ha considerado que el deber de vigilancia debe analizarse de forma más estricta cuando se refiere a estudiantes menores o con limitaciones, sin perjuicio de igualmente conservar el deber de seguridad respecto a todos los estudiantes y sin tener que exigirles a ellos o a los padres una actitud prevenida:

*“Debe advertirse que el deber de vigilancia de los centros educativos por los daños que causen o puedan sufrir los alumnos, es inversamente proporcional a su edad o capacidad de discernimiento, es decir, es mayor frente a alumnos menores o con limitaciones físicas o psicológicas, pero será más moderado en relación con alumnos mayores de edad. Es decir, aunque los centros educativos mantienen el deber de seguridad y cuidado sobre todos los alumnos, es claro que entre más avanzada sea la edad de los mismos, mayor libertad de decisión deberá concedérseles y por lo tanto, el deber de vigilancia se mantendrá para advertirlos del peligro, prohibirles el ejercicio de actividades que puedan representarles riesgos y rodearlos de todas las medidas de seguridad aconsejables.*

*No obstante, sin consideración a la edad de los alumnos, las entidades educativas responderán por los daños que se generen como consecuencia de los riesgos que ellas mismas creen en el ejercicio de las actividades académicas, sin que le sea exigible a los alumnos y padres asumir una actitud prevenida frente a esas eventualidades, en razón de la confianza que debe animar las relaciones entre educandos, directores y docentes. Así por ejemplo, los establecimientos educativos y los docentes responderán por los daños que se cause en ejercicio de una práctica de laboratorio, cuando el profesor encargado de la clase confunda sustancias químicas y ocasione una explosión en la que muere o resulta lesionado el alumno que las manipulaba. En este caso, es evidente la responsabilidad de la institución educativa y del docente, pues es éste quien posee la instrucción académica necesaria para hacer seguras dichas prácticas, sin que sea exigible a los alumnos y padres cerciorarse previamente de la corrección de tales prácticas.”<sup>24</sup>*

<sup>22</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de noviembre de 2017. Expediente No. 38466. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Expediente No. 14.869.

<sup>24</sup> Véase entre otras, sentencias del Consejo de Estado, Expediente No. 20.144 de 19 de agosto de 2011 y Expediente No. 20.201 de 15 de febrero de 2012.

Ha considerado el Consejo de Estado que el incumplimiento a esas obligaciones de vigilancia y cuidado, aún en actividades recreativas<sup>25</sup>, se atribuye a título de falla del servicio. Teniendo en cuenta esta postura jurisprudencial, se analizará en el caso si efectivamente hubo una omisión por parte de la Fundación Escolar Nelson Mandela en el cumplimiento de las obligaciones de vigilancia y cuidado que tenía respecto al menor Esteban Hernández Caicedo en hechos ocurridos el día 20 de noviembre de 2015 en el parque recreacional Comfandi, o si cumplió con todas sus obligaciones y el daño se atribuye a otra causa.

Frente a la Corporación de la Recreación Popular, se atribuye en la demanda la falta de herramientas de seguridad que hubieran evitado la inmersión del menor Esteban Hernández Caicedo y el posterior fallecimiento. Sobre este punto, la Ley 1209 del 14 de julio de 2008 *“por medio de la cual se establecen normas de seguridad en piscinas”* estableció:

*“Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer las normas tendientes a brindar seguridad y adecuar las instalaciones de piscinas con el fin de evitar accidentes, problemas de salud y proteger la vida de los usuarios de estas, sin perjuicio de lo que dispongan otras normas que, con carácter concurrente, puedan serles de aplicación.*

[...]

*Artículo 5°. Cerramientos. Por estos se entienden las barreras que impiden el acceso directo al lugar donde se encuentran las piscinas. Estas barreras contienen un acceso por una puerta o un torniquete o cualquier otro medio que permita el control de acceso a los citados lugares.*

[...]

*Artículo 11. Normas mínimas de seguridad. El Gobierno Nacional reglamentará las medidas de seguridad que deben ser cumplidas por los responsables de las piscinas.*

*En todo caso, toda persona natural o jurídica, pública o privada, que preste el servicio de piscina, deberá acatar obligatoriamente las siguientes normas mínimas de seguridad:*

*a) No se debe permitir el acceso a menores de doce (12) años sin la compañía de un adulto;*

*g) Es obligatorio implementar dispositivos de seguridad homologados, como son: barreras de protección y control de acceso a la piscina, detectores de inmersión o alarmas de agua que activen inmediatamente un sistema de alarma provisto de sirena y protección para prevenir entrapamientos.*

[...]

*Artículo 14. Protección de menores y salvavidas. Queda prohibido el acceso a las áreas de piscina a menores de doce (12) años de edad sin la compañía de un adulto que se haga responsable de su seguridad. Esta medida no exime a los responsables de los establecimientos que tengan piscina o estructuras similares de tener el personal de rescate salvavidas suficiente para atender cualquier emergencia. En todo caso, dicho personal de rescate salvavidas no será inferior a una (1) persona por cada piscina y uno (1) por cada estructura similar.*

*Artículo 19. Vigencia. La presente ley rige a los seis (6) meses siguientes a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.*

[...]

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que la Ley 1209 de 2008 definió obligaciones específicas en el marco de la posición de garante que tienen los establecimientos que prestan al público el servicio de piscinas. Sobre la posición de garante ha indicado:

---

<sup>25</sup> Ibidem.

*“(…) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). **Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.***

*Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. (...)”<sup>26</sup>*

Con esto, queda claro que al imponer el cumplimiento a obligaciones legales en el marco de la posición de garante que ejerce sobre la actividad de prestación de servicios de piscina, el título de imputación sobre el cual se analizará la responsabilidad de la Corporación Para la Recreación Popular es la falla del servicio. Deberá determinar el Despacho si el daño se produjo por un incumplimiento a las normas de seguridad exigidas para la adecuada prestación del servicio, o si, por el contrario, hubo un cumplimiento de las obligaciones y el daño se atribuye a otra causa.

Finalmente, en lo que respecta al Distrito Especial de Santiago de Cali, la parte demandante le atribuye responsabilidad por dos situaciones: por un lado, considera que, con fundamento en el contrato interadministrativo suscrito con la Fundación Escolar Nelson Mandela, también tenía obligaciones de custodia y cuidado respecto al Menor Esteban Hernández Caicedo. Por otro lado, asegura que incumplió con las normas de la Ley 1209 de 2008 y el Decreto 224 de 2015, en cuanto a los mecanismos de protección aplicables a las piscinas públicas, pues era su función vigilar la aplicación de estas normas en el centro recreacional y ejercer control a las actividades que allí se desarrollaban.

Sobre la inspección y vigilancia y la competencia de los municipio o distritos, establece la Ley 1209 de 2008, lo siguiente:

**“Artículo 9º. 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*

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia. 2003-00450 del 18 de mayo de 2017. Expediente No. (37497). C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

*correspondiente documento donde certifique que la piscina posee las normas de seguridad reglamentarias.*

*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.”*

Siendo así, se efectuará un análisis del material probatorio arrojado al plenario, con el fin de determinar si concurren los presupuestos arriba descritos que permitan imputar responsabilidad a la Fundación Escolar Nelson Mandela, Corporación Para la Recreación Popular y el Distrito Especial de Santiago de Cali por falla en la prestación de los servicios a su cargo; o si en el *sub-lite* opera una causal eximente de la responsabilidad como lo alegan las demandadas.

### **5.3.2.1. Análisis del caso**

Como se indicó en el acápite anterior, la atribución que se realiza en la demanda frente a cada una de las demandadas se hace a partir de conductas diferentes, por lo que el análisis de la responsabilidad se realizaría de manera individual. Frente a la Fundación Escolar Nelson Mandela, se analizará si efectivamente hubo una omisión en el cumplimiento de las obligaciones de vigilancia y cuidado que tenía respecto al menor Esteban Hernández Caicedo en hechos ocurridos el día 20 de noviembre de 2015 en el parque recreacional Comfandi, o si cumplió con todas sus obligaciones y el daño se atribuye a otra causa.

Está probado que a través de la Resolución No. 4143.0.21.9184 del 23 de diciembre de 2015<sup>27</sup> la Alcaldía de Santiago de Cali – Secretaría de Educación, conformó el banco de oferentes en el Municipio de Santiago de Cali para la prestación del servicio público educativo, en cumplimiento del Decreto 1851 de 2015, donde se encontraba la Fundación Escolar Nelson Mandela. Igualmente, está acreditado con la ficha de matrícula No. 081<sup>28</sup> y la constancia expedida por la rectora Nercyn López Gómez<sup>29</sup>, que el menor Esteban Hernández Caicedo cursaba el grado 2 para el período lectivo 2015, bajo el contrato SEM PS 4143.0.26.122-2015.

También se probó que, a través de circular dirigida a padres de familia y estudiantes, enviada el día 09 de noviembre de 2015<sup>30</sup>, se informó por parte de rectoría sobre la realización de un paseo el día 20 de noviembre de 2015 en el polideportivo ciudadela Comfandi, para cerrar la semana cultural y finalización del año lectivo. Mediante entrevista FPJ – 14 realizada a la señora Judy Milena Vivas<sup>31</sup>, madre del menor Esteban Hernández Caicedo, manifestó que ella no le había dado permiso al menor para asistir a la actividad recreacional porque él no sabía nadar, pero que la abuela de él lo había enviado al colegio sin la pantaloneta para que asistiera a

<sup>27</sup> Folios 174-180 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI

<sup>28</sup> Folio 169 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI

<sup>29</sup> Folio 170 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

<sup>30</sup> Folio 183 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

<sup>31</sup> Folio 78-80 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

la actividad sin hacer uso de la piscina, declaración que coincide con lo manifestado en la audiencia de pruebas del 13 de abril de 2021.

En cuanto a las circunstancias en que ocurrió el lamentable fallecimiento del menor, está probado con las diferentes entrevistas realizadas con ocasión de la investigación judicial y las declaraciones como testigos en este proceso de las educadoras que se encontraban presente, que el menor no había llevado pantaloneta, que una madre de familia le prestó una para que no estuviera triste, que fue a cambiarse para ingresar a la piscina de niños junto con su demás compañeros, y que sin nadie advertir qué pasó resultó sumergido en el fondo de la piscina para adultos.

Así se puede concluir de la entrevista FPJ – 14 realizada a la docente Meyra Amu Rocío Caicedo el día 23 de junio de 2016<sup>32</sup>. Igualmente, en la declaración que rindió en la audiencia de pruebas del 13 de abril de 2021, donde manifestó:

*“[...] Fuimos los primeros que ingresamos al centro recreacional. Nosotros hicimos una serie de actividades recreacionales con los niños antes de ingresar a la zona de piscinas. Después de haber hecho eso, los niños se cambiaron en los Vestier. Después de ellos haber desayunado, haber tomado su refrigerio, además de eso, después de haber tomado el tiempo de siesta, ingresamos a la zona de las piscinas. A ellos se les hicieron una serie de recomendaciones, en que lograr íbamos a estar todos ubicados, hacia que piscina íbamos a estar ubicados, y después de eso nos dirigimos al lugar donde se encuentran las piscinas. Ingresamos allí, ubicamos los maletines debajo de un árbol [...] únicamente había tres niños en la piscina grande, que eran dos niñas, una de primero y otra de segundo porque estaba la mamita con ellos y un niño de segundo que si sabía nadar. El resto estábamos todos en la piscina pequeña, pero había docentes ubicado en los diversos puntos de la piscina, tanto de la grande como de la pequeña. El niño, en ese momento cuando todos ingresamos, se sentó al frente de donde estaban las maletas, y se quedó como triste, decaído. Entonces la profe le preguntó que si él no iba a ingresar a la piscina y él dijo que no había llevado pantaloneta. Entonces una mamita al escucharlo así le prestó la pantaloneta. En ese momento en que le prestan la pantaloneta, en la parte administrativa del centro recreacional solicitan a un directivo de la institución, pero en ese momento no había ninguno porque solamente habíamos llegado los docentes de primaria con nuestros estudiantes. [...] Necesitaban hacer el ingreso de todos los niños que había hasta ese momento, entonces la compañera de segundo, en ese entonces Yuliana, se dirigió hacia la administración donde estaban solicitando un personal del colegio. En ese momento, o sea, fueron como cruces y en tiempos muy cortos, mientras ella se dirige a hacer el llamado de atención de la parte administrativa del lugar, el niño se fue a cambiar. En ese corto tiempo, mientras ella iba, me llama una compañera que creo que se llama Carmen, porque ella era nueva en la institución, y me dice profe [...] lo que pasa es que han sacado a un niño que se estaba ahogando en la piscina y en ese momento habían otros colegios allí en la zona recreacional, a parte del colegio Nelson Mandela habían otros colegios más porque era como cierre de año, de finalización de año. Entonces la profe se me acerca y ella como nos los reconocía ni identificaba a los niños bien, entonces me pidió el favor de ir a ver si se trataba de un niño de nosotros, entonces yo me le acerco a dos compañeras que estaban en la piscina pequeña y les digo que pongan atención a los niños que están allí mientras yo voy a mirar que es lo que ocurre en la piscina grande. Entonces yo me fui, y en efecto era el niño que había tomado la pantaloneta y parece ser que se había tirado a la piscina grande. El niño lo tenían en la parte de afuera de la piscina acostado boca arriba y había un salvavidas, pero yo veía que no hacía un buen proceso para reanimarlo, entonces yo dentro de mi angustia le decía que había que buscar un taxista y que no lleve a una clínica cercana a ver si lo reanima, porque el niño botaba pura agua y como babazas verdes. Y entonces en eso venía mi compañera, le comento lo que pasa y me dirijo hasta la puerta de la salida. En esas entra un profesor de educación física, él se llamaba Javier, no trabaja ya en la institución, entonces le digo que nos ayude consiguiendo un taxi para llevar a un niño que se está ahogando, inmediatamente sale, consigue un taxi. Lo agarra, él lo toma, le fue a hacer unas reanimaciones mientras lo llevamos hasta*

<sup>32</sup> Folio 94-97 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

*el taxi y lo pone en la parte trasera del taxi y él se va con el niño haciéndole unas reanimaciones atrás. Yo me voy delante con el taxista, nos fuimos a la clínica más cercana e inmediatamente lo ingresaron a urgencias. Estuvimos ahí pendiente cuando le hacían las reanimaciones, había muchos médicos y pues fatalmente nos dieron la noticia que el niño no había reaccionado a la reanimación.”<sup>33</sup>*

También se escuchó en audiencia de pruebas a la docente Yuliana Acevedo, quien estaba a cargo del curso del menor Esteban Hernández Caicedo, quien manifestó:

*“Inicialmente nosotros en el colegio hicimos las recomendaciones pertinentes a los niños, se les habló, hicimos la oración y nos dirigimos al lugar [...] A las piscinas de Comfandi que quedan cerca a la Clínica Amiga. Cuando llegamos a ese lugar nos dirigimos a las zonas verdes porque esa era una de las actividades del cronograma, donde los niños podían jugar e hicimos una serie de actividades con ellos. Luego en el transcurso de una hora más o menos, nos dirigimos a la zona de las piscinas. En el momento estábamos la profesora Meyra, Sandra, Carmen y mi persona, y el profesor Javier; nos encontrábamos 5 docentes con los niños. En el lugar había do colegios más, entonces nos dirigimos a la zona de las piscinas. Los niños ingresaron a las piscinas. El dueño del sitio, o el administrador, hizo por el citófono una llamada a una profesora encargada del colegio porque necesitaba que le cancelaran las entradas de los niños, entonces yo me dirigí a la portería a decirle a él que nos diera una espera porque ninguna de nosotras cargábamos dinero, el dinero lo cargaba la coordinadora en ese momento. Entonces yo la llamo, cojo mi celular a decirle que nos estaban cobrando las entradas, ella me dice que le dijera al señor que no demoraba, que venía por el Galerías. Entonces yo colgué y le di la información. Cuando me voy dirigiendo nuevamente a las piscinas, escucho una persona que grita que se ahoga un niño. Entonces corro, porque había niños de nosotros, de otros niños, a cerciorarme de que persona se trataba. Cuando vi al niño ahí, ya de ahí no recuerdo más porque entré en shock.”<sup>34</sup>*

Para determinar si la Fundación Escolar Nelson Mandela incumplió con sus obligaciones de cuidado y vigilancia, debe el Despacho advertir sobre las pruebas documentales referentes a la investigación penal, que si bien fueron trasladadas y debe cumplirse con unos criterios para su valoración, también lo es que fueron aportadas con la demanda y no fueron tachadas por las partes, siendo válidamente incorporadas y valoradas. En conjunto con las demás pruebas que se decretaron y practicaron en el proceso, se concluye que las condiciones de modo, tiempo y lugar ocurrieron como en efecto lo describe la demanda.

De lo declarado por las docentes, se intentó preservar la responsabilidad de la institución educativa manifestando que a los niños se les habían dado las instrucciones sobre el uso de las piscinas, que se habían realizado reuniones con los papás, que había 5 docentes y 5 padres de familiar en diversos puntos de las piscinas prestando atención a los niños y que actuaron de inmediato cuando conocieron lo ocurrido. Resta advertir que estas declaraciones se dan en el marco de la declaración de las testigos, sin que constituyan una oposición a los hechos o pretensiones establecidos en la demanda, pues la Fundación Escolar Nelson Mandela no contestó.

Independiente de esas observaciones sobre las presuntas medidas adoptadas por los docentes, lo cierto es que hubo una omisión en el cuidado y vigilancia del menor Esteban Hernández Caicedo. según lo declarado, ninguno de los docentes ni padres de familia al cuidado de lo menores vio cuando el niño Esteban cayó a la piscina de adultos. Según lo declarado por la profesora Yuliana Acevedo, quien estaba a cargo del curso del menor, cuando el menor cayó a la piscina de adultos ella se encontraba en administración realizando unas gestiones de pago, lo cual refleja que en ese momento desatendió sus obligaciones de cuidado con el menor. Ella afirma haber dejado al menor al cuidado de otros docentes, sin embargo, tal manifestación tampoco logra evidenciar una actitud diligente de quienes quedaron a cargo, pues el menor permaneció solo sin la supervisión de un adulto que evitara su inmersión en la piscina para adultos.

<sup>33</sup> Minuto 55:25 – 01:01:14, audiencia de pruebas del 13 de abril de 2021, índice 106 SAMAI.

<sup>34</sup> Minuto 01:49:56 – 01:52:13, audiencia de pruebas del 13 de abril de 2021, índice 106 SAMAI.

En un caso similar, el Consejo de Estado realizó la siguiente consideración:

*“Ahora bien, con relación a la imputación del daño antijurídico a una acción u omisión de las entidades demandadas, la Sala encuentra probado que el menor (...) se encontraba matriculado en el plantel educativo - Escuela Valentín Gonzáles Rangel, y que para la fecha de los hechos cursaba 4to de primaria. (...) Así las cosas y dados los medios probatorios que vienen de relacionarse, la Sala encuentra acreditado que el Menor (...) falleció mientras se encontraba bajo el cuidado y la custodia del plantel educativo – (...) [y] mientras se desarrollaba una actividad lúdica, consistente en la visita al parque municipal Miraflores, donde resultó ahogado en la piscina. (...) Asimismo, la Sala considera acreditado que para el momento en que el menor sufrió el ahogamiento se encontraba sin ningún tipo de supervisión, ya fuera por parte de los profesores o representantes del plantel educativo o de los encargados del manejo del parque y la piscina en él ubicada. A la sazón debe preverse que, los menores se encontraban acompañados por dos profesoras, una de ellas, según el dicho de los testigos, completamente ausente del cuidado de los alumnos y la otra, para el momento concreto del insuceso, se encontraba con la mayoría de los niños en el kiosco pendiente del refrigerio [...], por cuanto resultó probada la falla en la prestación del servicio de educación, concretamente en lo que respecta a los deberes de vigilancia y cuidado de los menores.”<sup>35</sup>*

En razón a lo anterior y teniendo en cuenta que se probó el vínculo entre la Fundación Escolar Nelson Mandela y el niño Esteban Hernández Caicedo, que el daño se produjo en una actividad recreacional programada por la institución y que hubo una omisión por parte de las docentes encargadas del cuidado y vigilancia del menor, se declarará la falla en la prestación del servicio por parte de la Fundación Escolar Nelson Mandela.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de la Corporación Para la Recreación Popular, la misma se estudiará a partir de la verificación del cumplimiento de las normas que regulan la prestación del servicio de piscina. Como parte del cumplimiento al contenido obligacional, el título de imputación será el de la falla del servicio, que por corresponder a un régimen subjetivo traslada la carga de la prueba a la parte demandante. Esto, teniendo en cuenta también la posición de garante que adquiere la entidad por beneficiarse de un riesgo propio del servicio, análisis de responsabilidad objetiva subsidiario que se desplazaría ante la ocurrencia de la falla.

Relacionado con las conductas que atribuye la parte demandante a la Corporación Para la Recreación Popular, se destaca el incumplimiento a la Ley 1209 de 2008 y Decreto 554 de 2015, pues a su juicio las piscinas no tenían cerramiento, no había alarmas de inmersión ni sistemas de liberación de vacío, solo había 1 salvavidas y debían haber 3, y que el menor Esteban Hernández no estaba vigilado por una persona adulta.

En la audiencia de pruebas del 13 de abril de 2021, el señor Francisco Javier Zambrano, representante legal de la Corporación Para la Recreación Popular rindió declaración y manifestó frente a la ocurrencia de los hechos:

*“[...] Escuché la bulla de que un niño se estaba ahogando y yo salí. Lo que pasa es que la distancia entre la oficina y la piscina siempre es un poquito distanciada y vi como el niño estaba acostado en el andén, y el salvavidas le estaba haciendo la reanimación. Viendo la situación dije no, a este niño hay que llevarlo y salí a buscar el taxi, y fue enviado con una profesora o un profesor, eso si no me acuerdo, ahí en la clínica de Comfandi, eso fue todo [...]”<sup>36</sup>*

En cuanto al cumplimiento de las medidas de seguridad indicó:

*“La piscina contaba con un salvavidas, ese era una persona de la defensa civil, que es el contrato que tenía la empresa en ese momento, con esta entidad para la consecución del Salvavidas. El flotador, el gancho, toda la parte, digamos de seguridad que se debía tener en el área de piscina. En ese momento*

<sup>35</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de noviembre de 2017. Expediente No. 38466. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

<sup>36</sup> Minuto 2:32:33 – 02:33-17 audiencia de pruebas del 13 de abril de 2021, índice 106 SAMAI.

*no tenía el encierro porque no estaba aprobado el encierro, en ese momento ni había ley que obligara a tener encierros. La piscina es de 01:30 de altura, es una semiolímpica, y había 3 piscinas de niños que son piletas, 3 piletas que tenía el parque.*<sup>37</sup>

Aseguró que para la época en que ocurrieron los hechos no estaba aprobado tener barreras de cerramiento, que actualmente sí porque se realizó un convenio con el Ministerio de Salud en el año 2017 que así lo indicó. Refirió también que para ese día había aproximadamente 200 personas en el parque, y que ahí se exigía solo la presencia de un salvavidas por tratarse de un parque de barrio, que en Cali solo se exigía más salvavidas en los parques de ciudad como lo es el Acuaparque de la Caña. De conformidad con la declaración contenida en el formulario FPJ-14 del día 10 de diciembre de 2015<sup>38</sup> por parte de él mismo, consideró que no había profesores al lado del niño que pudieran atender la eventualidad, y que la docente lo único que hizo fue ponerse a llorar.

Hay una aceptación por parte de la demandada que para el día en que ocurrieron los hechos no había un acompañamiento permanente de un adulto con el menor, no había cerramiento de la piscina y se contaba con 1 salvavidas porque la norma no exigía que hubiera más. Igualmente asegura que la Corporación Para la Recreación Popular cumplió con sus obligaciones y que el daño se debe atribuir a la Fundación Escolar Nelson Mandela por no estar en compañía permanente del menor.

Si bien esta última expresión es cierta, y como se indicó anteriormente hubo una omisión en el deber de cuidado y vigilancia por parte de la institución educativa, también lo es que el literal a) del artículo 11 de la Ley 1209 de 2008 establece que “no se debe permitir el acceso a menores de doce (12) años sin la compañía de un adulto”. Esto constituye una desatención a la norma, pues como también quedó probado, ingresaron 37 niños de los grados comprendidos entre transición y grado tercero<sup>39</sup> y solo había 5 profesores y 5 padres de familia al cuidado de ellos, lo cual permite concluir que no había un adulto acompañando a cada uno de estos niños.

También hubo una desatención a la norma en lo que tiene que ver con el cerramiento de la piscina. El literal g) del artículo 11 de la Ley 1209 de 2008 estableció lo siguiente:

**Artículo 11. Normas mínimas de seguridad.** *El Gobierno Nacional reglamentará las medidas de seguridad que deben ser cumplidas por los responsables de las piscinas.*

*En todo caso, toda persona natural o jurídica, pública o privada, que preste el servicio de piscina, deberá acatar obligatoriamente las siguientes normas mínimas de seguridad:*

*g) Es obligatorio implementar dispositivos de seguridad homologados, como son: barreras de protección y control de acceso a la piscina, detectores de inmersión o alarmas de agua que activen inmediatamente un sistema de alarma provisto de sirena y protección para prevenir entrapamientos.*

[..]

Si bien es cierto, el gobierno debería reglamentar lo correspondiente a las medidas de seguridad en las piscinas, en la norma se indicó que, sin perjuicio de eso, habría unas medidas que EN TODO CASO se deberían acatar obligatoriamente, y entre ellas se encuentran las barreras de protección y control de acceso a la piscina. Quiere decir esto que, si bien posteriormente se emitiría por parte del gobierno una regulación en materia de seguridad en piscinas, desde la promulgación de la Ley 1209 de 2008 se estableció que las piscinas debían tener barrera de protección y control de acceso poder prestar el servicio.

En lo que respecta al salvavidas, igualmente se advierte un incumplimiento al artículo 14 de la norma en mención, pues allí se dispuso que el personal de rescate de salvavidas no sería inferior a una persona por cada piscina y/o estructura similar. En la declaración en la audiencia de pruebas del 13 de abril de 2021 del

<sup>37</sup> Minuto 2:33:35 – 02:34:19 audiencia de pruebas del 13 de abril de 2021, índice 106 SAMAI.

<sup>38</sup> Folio 94-97 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

<sup>39</sup> Declaración docente Yuliana Acevedo Folio 84-86 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

representante legal de la Corporación Para la Recreación Popular, señor Francisco Javier Zambrano, manifestó que en el parque había una piscina semiolímpica y tres piscinas de niños.

Considera el Despacho, que (1) persona es insuficiente para estar pendiente de cada piscina, y más si la concentración mayor de niños se presentaba en la piscina pequeña, lo que demuestra la falta de capacidad para poder estar pendiente de todos los eventos que se presentaran en las diferentes piscinas. Es tan diciente que había una insuficiencia de personas salvavidas dispuestas para prestar el servicio, que el que estaba presente en el parque ni siquiera se enteró de la inmersión del menor Esteban Hernández Caicedo por el desarrollo de su actividad como tal, sino que fueron los otros menores los que le advirtieron que el niño estaba sumergido en la piscina de adultos, sin saber con certeza cuanto tiempo permaneció allí.

Esto demuestra que hubo un incumplimiento a la norma, y que no es cierto que no debía contar con más salvavidas, pues el artículo 14 de la Ley 1209 de 2008 indica lo contrario. Con respecto a la aplicabilidad de esta Ley en el tiempo, se dispuso en el artículo 19 que la misma entraría en vigencia 06 meses después de su promulgación que fue el día 14 de julio de 2008, es decir al 14 de enero de 2009 ya se debía cumplir con los requisitos allí exigidos, y el accidente se presentó el 20 de noviembre de 2015, siendo evidente que sí debía adoptar para ese momento los requisitos señalados en la norma.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta los incumplimientos obligacionales señalados, queda demostrada la falla en la prestación del servicio y la causalidad entre esta y el daño reclamado, estructurando así la imputación material y jurídica.

Finalmente, respecto al Distrito Especial de Santiago de Cali, como se anunció, la responsabilidad alegada se estudiará bajo dos cargos. Por parte del convenio suscrito con la Fundación Escolar Nelson Mandela referente al contrato de prestación de servicios educativos No. SEM-PS-4143.026-122-2015 del 23 de enero de 2015, se obligó a “Establecer mecanismos que permitan advertir oportunamente eventos o situaciones que pongan en riesgo la vida, integridad física, emocional y mental de los niños y niñas, adolescentes”, y en su clausulado se estableció:

*“[...] Aplicar e implementar bajo su entera responsabilidad las conductas adecuadas para el cumplimiento del deber legal de cuidado, con relación a los estudiantes del establecimiento educativo, para lo cual deberá actuar de manera diligente y cuidadosa, por lo tanto, exonera al CONTRATANTE de cualquier responsabilidad derivada del incumplimiento de la presente obligación de cuidado”.*

A través de la Resolución No. 4143.0.21.9184 del 23 de diciembre de 2015<sup>40</sup> la Alcaldía de Santiago de Cali – Secretaría de Educación, conformó el banco de oferentes en el Municipio de Santiago de Cali para la prestación del servicio público educativo, en cumplimiento del Decreto 1851 de 2015, donde se encontraba la Fundación Escolar Nelson Mandela. Debe señalarse que si bien está prestando un servicio público como lo es la educación, se trata de una institución privada, que asumió la responsabilidad y las obligaciones de actuación diligente y cuidadosa, exonerando al Distrito Especial de Santiago de Cali ante una responsabilidad derivada de ese incumplimiento. Considera el Despacho que no debe realizar ninguna atribución a la entidad territorial por la omisión probada en la que incurrió la Fundación Escolar Nelson Mandela en el cuidado del menor Esteban Hernández Caicedo.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que también se está atribuyendo responsabilidad al Distrito Especial de Santiago de Cali por no cumplir con las obligaciones de inspección y vigilancia respecto a las normas para la prestación del servicio de piscina por parte de la Corporación Para la Recreación Popular. Como ya se indicó anteriormente, mediante el artículo 9 de la Ley 1209 de 2008 se atribuyó a los municipio o distritos la competencia en materia de autorizaciones, inspecciones y ejercicios de la potestad sancionatoria de las piscinas; y mediante el artículo 10 de la misma ley se indicó que las autoridades mencionadas deberían realizar las funciones de inspección y expedir el documento donde se certifique que las piscinas poseen las normas de

---

<sup>40</sup> Folios 174-180 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI

seguridad reglamentarias, así como la inspección física de la inspección final de la piscina y revisar el plan de seguridad de la piscina o del manejo de las operaciones diarias.

Sobre un caso similar en el que se analizó la responsabilidad de una autoridad municipal por no cumplir con las obligaciones sancionatorias y de inspección relacionado con la seguridad en piscinas, se consideró el Tribunal Administrativo de Boyacá, consideró:

*“El capítulo III de la ley de seguridad en piscinas (L. 1208/2009) establece que las autorizaciones, inspecciones y el ejercicio de la potestad sancionatoria en este ámbito están a cargo de los municipios, a través de la dependencia que determinen: (...). Asimismo, este plan constituye uno de los requisitos que deben cumplir los responsables de las piscinas para obtener la certificación respectiva por parte de los municipios: (...). Entonces, el diseño normativo dejó a cargo de los municipios las labores de inspección, vigilancia y control del acatamiento de las normas relativas a la construcción y seguridad de las piscinas, mientras que las competencias en materia sanitaria están en cabeza de los departamentos, salvo que el municipio respectivo se ubique en las categorías 1, 2 ó 3 (que no es el caso de Soatá). Además, de manera expresa la norma señala que los municipios pueden sancionar a los responsables de los establecimientos de conformidad con el capítulo V de la ley de seguridad en piscinas, cuyo artículo 15 a su vez exige el cumplimiento de las medidas de seguridad antes citadas (capítulo IV), incluyendo la presencia permanente de personal de rescate salvavidas (art. 14). En virtud de todo lo anterior, el Tribunal considera que las labores que desarrolló la Secretaría de Salud de Boyacá como autoridad sanitaria no relevaban al Municipio de Soatá del deber de ejercer su competencia en lo referente a la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas de seguridad de las piscinas, que –se reitera– comprende la presencia permanente de al menos un salvavidas debidamente capacitado y certificado. (...). Así las cosas, la Corporación considera que en ningún momento el Municipio de Soatá verificó que el establecimiento Pisciclub acatará dichas normas de seguridad y, por lo tanto, su inactividad favoreció el incumplimiento que se presentó para la época en la que ocurrieron los hechos. Dicho de otra forma, esta omisión influyó en la creación del riesgo que finalmente se concretó, pues si el municipio hubiera efectuado visitas y actividades de inspección, habría notado que el establecimiento no cumplía las medidas de seguridad correspondientes, como la presencia permanente de personal certificado en rescate salvavidas, y se hubiera visto avocado a tomar las medidas del caso, inclusive de índole sancionatorio, para forzar la corrección de estas falencias.”<sup>41</sup>*

Para este caso no obra prueba que demuestre que el Distrito Especial de Santiago de Cali, en el marco de las competencias atribuidas a través de la Ley 1208 de 2009, cumplió con su obligación de inspección para verificar que la Corporación Para la Recreación Popular acatará las exigencias en seguridad dispuestas por la norma. No se mencionó nada al respecto por parte de la demandada y mucho menos se probó que se hubiera expedido el documento que certificara que la piscina poseía las normas de seguridad reglamentarias, por el contrario, como ya se mencionó, quedó demostrado que la piscina no cumplía con las exigencias técnicas en materia de seguridad correspondientes a la presencia suficiente de salvavidas y a las barreras de cerramiento.

Verificado el incumplimiento por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali, considera el Despacho que incurrió en una falla del servicio que determinó la muerte del menor Esteban Hernández Caicedo; No obstante lo anterior, su influencia causal no determinó en la misma proporción que las demás demandadas, por lo que atendiendo a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, se determina que la proporción por la que debe responder el Distrito Especial de Santiago de Cali es del 30% de la cuantificación del daño.

A partir de estas consideraciones, considera el Despacho que se probó la falla en la prestación del servicio por parte de cada una de las demandadas y su determinación causal en la producción del daño. La Fundación Escolar Nelson Mandela incumplió con las obligaciones de cuidado del menor Esteban Hernández Caicedo; la Corporación Para la Recreación Popular incumplió con las obligaciones de seguridad para poder prestar el

<sup>41</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de decisión 4. Sentencia de segunda instancia del 24 de enero de 2023. Radicado 15238-33-33-001-2019-00045-01. M.P. Dr. José Ascención Fernández Osorio.

servicio de piscina al público y sobre todo por tratarse de un menor de 12 años; y el Distrito Especial de Santiago de Cali omitió sus funciones de inspección y vigilancia para verificar el cumplimiento de las obligaciones de seguridad por parte de la Corporación Para la Recreación Popular. Teniendo en cuenta que en la causación del daño están involucrados particulares y entidades públicas, según lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, se determina que la Fundación Escolar Nelson Mandela y la Corporación Para la Recreación Popular son responsables solidariamente del 70% de la condena que se establecerá más adelante; y el Distrito Especial de Santiago de Cali será responsable del 30% del valor de la condena.

#### 5.4. La liquidación de perjuicios

##### 5.4.1. Los perjuicios morales

El apoderado judicial de la parte demandante solicitó por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 100 S.M.L.M.V. para Judy Milena Caicedo y Esteban Hernández Caicedo, Yiber Caicedo Vivas y Jaidier Caicedo Vivas; 50 S.M.L.M.V. a favor de Justiniano Caicedo Sinisterra y Mariela Vivas Viáfara; y 35 S.M.L.M.V. para Nitza Edith Caicedo Vivas, Jhon Alesi Caicedo Vivas, Ricardo Caicedo Vivas y Ana Roció Caicedo Vivas.

La jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>42</sup>, ha definido los perjuicios morales como “...*el dolor, el sufrimiento, la tristeza, la angustia y otras manifestaciones sufridas por aquellos que padecen un daño consistente en la muerte de un familiar o las lesiones propias o de un ser querido...*”. En cuanto a la acreditación de los perjuicios morales, también ha señalado, que la misma es necesaria, sin perjuicio de aquellos eventos en los que se aplica las presunciones derivadas del parentesco, que pueden ser desvirtuadas demostrando la debilidad de la relación familiar<sup>43</sup>.

Conforme a lo anterior es suficiente con que esté acreditado el parentesco para presumir la configuración del perjuicio moral en los parientes o familiares hasta el segundo (2º) grado de consanguinidad<sup>44</sup> y primero (1º) civil, esto es, de los padres, hermanos, abuelos, nietos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañera permanente<sup>45</sup>. Para los demás grados de parentesco tienen la carga probatoria de acreditar la tristeza, congoja padecida para que la misma pueda ser indemnizada.

Acorde con el material probatorio aportado, en relación al parentesco del menor fallecido Esteban Hernández Caicedo, se tiene acreditado con los registros civiles de nacimiento que la señora Judy Milena Caicedo Vivas era su **madre**<sup>46</sup>; que Jaidier Caicedo Vivas era su **hermano**<sup>47</sup>; que Yiber Caicedo Vivas era su **hermano**<sup>48</sup>; que Mariela Vivas Viáfara era su **abuela**<sup>49</sup>; que Justiniano Caicedo Sinisterra era su **abuelo**<sup>50</sup>; que Nitza Edith Caicedo Vivas era su **tía**<sup>51</sup>; que John Alesi Caicedo Viáfara era su **tío**<sup>52</sup>; que Ana Roció Caicedo Vivas era su **tía**<sup>53</sup>; y que Ricardo Caicedo Vivas era su **tío**<sup>54</sup>.

Debe tenerse en cuenta que también se solicita el daño moral padecido por el menor Esteban Hernández Caicedo, en ejercicio de la acción hereditaria. Sobre la transmisibilidad del derecho a la reparación de daños morales, ha precisado el Consejo de Estado:

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 03 de diciembre de 2014, Radicación No. 25000-23-26-000-2001-02341-01(28370), C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 03 de diciembre de 2014, Radicación No. 25000-23-26-000-2001-02341-01(28370), C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

<sup>44</sup> “Artículo 37 C.C.: Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y los primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.”

<sup>45</sup> Consejo de Estado-Sección Tercera, sentencias; del 10 de abril de 2003, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, No. interno 13834; del 10 de julio de 2003, C.P. María Elena Giraldo Gómez, No. interno 14083; del 12 de febrero de 2004, C.P. Ricardo Hoyos Duque, No. interno, 14955; del 24 de febrero de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, No. interno, 14335; del 10 de marzo de 2005, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, No. interno, 14808; del 8 de marzo de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, No. interno, 15459; del 23 de abril de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, No. interno, 16186; del 19 de noviembre de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, No interno, 28259.

<sup>46</sup> Folio 4 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI

<sup>47</sup> Folio 18 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI

<sup>48</sup> Folio 21 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI

<sup>49</sup>Folio 17 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

<sup>50</sup> Ibidem.

<sup>51</sup>Folio 29 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

<sup>52</sup> Folio 36 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

<sup>53</sup> Folio 62 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

<sup>54</sup> Folio 69 del documento electrónico No. 01 del expediente digital, índice 106 de la plataforma SAMAI.

*“La Sala, considera que, frente a los principios informadores del derecho a la reparación integral, la transmisibilidad del derecho a la reparación de los daños morales causados a la víctima directa, es procedente, por regla general. En efecto, debe sostenerse que de conformidad con lo dicho, el derecho a la indemnización es de carácter patrimonial y por ende, la obligación indemnizatoria, se transmite a los herederos de la víctima, por tratarse de un derecho de naturaleza patrimonial, que se concreta en la facultad de exigir del responsable, la indemnización correspondiente, toda vez que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe disposición de carácter legal expresa prohibitiva y por el contrario, la regla general, indica que todos los activos, derechos y acciones de carácter patrimonial forman parte de la masa herencial transmisible y por ende los sucesores mortis causa, reciben la herencia con íntegro su contenido patrimonial y, ya se observó, que el derecho al resarcimiento, o lo que es igual, la titularidad del crédito indemnizatorio, no se puede confundir con el derecho subjetivo de la personalidad vulnerado (...) Es de anotar que la controversia doctrinal que la Sección Tercera zanjó en esa oportunidad se refería específicamente a los perjuicios morales, pues era respecto de ellos que se sostenía que, al ser de carácter personalísimo, no podían transmitirse.(...) En esa oportunidad la Sala precisó que el perjuicio moral transmisible es aquel que, habiendo experimentado en vida la persona fallecida, le confirió el derecho a obtener una indemnización, crédito que formaba parte de su patrimonio herencial y por lo mismo sus herederos habrían de recibirlo en iguales condiciones . **Adicionalmente señaló que, para la reclamación de este crédito, los demandantes en reparación directa debían acreditar dos aspectos: “la consistencia y realidad del daño moral padecido por la víctima directa, de una parte** y, el título hereditario invocado, que [los] legitima en el ejercicio de la pretensión indemnizatoria para [su] reconocimiento. La Sala concluye que, habiéndose acreditado que los demandantes tienen, en los términos del artículo 1045 del Código Civil, vocación hereditaria, estos se encontrarían legitimados para reclamar, en nombre de la sucesión de John Jather Giraldo Muriel –dentro del respectivo proceso de naturaleza civil-, la indemnización de los perjuicios materiales e inmateriales que aquel hubiere presuntamente sufrido como consecuencia del hecho dañoso. (...) En ese sentido, debe entenderse que a partir del hecho dañoso por el que fue declarada administrativamente responsable la entidad accionada, los demandantes se encuentran reclamando por dos tipos de daños morales distintos, el que se les produjo a consecuencia del deceso de su familiar, que ya fue reconocido, y el ocasionado directamente a su causante antes de su muerte.”<sup>55</sup> (Negrillas y subrayado de la suscrita)*

De acuerdo con lo anterior, y toda vez que para la reclamación de este tipo de perjuicio se debe acreditar la consistencia y realidad del daño moral, es del caso señalar que no se accederá a la pretensión de la transmisibilidad del perjuicio moral supuestamente padecido por el menor Esteban Hernández Caicedo, toda vez que la parte actora no allegó al plenario prueba alguna que advirtiera su existencia. Es importante señalar que sobre este tipo de daño no existe una regla de presunción establecida por el Consejo de Estado, motivo por el cual para su reconocimiento el Juez debe exigir la acreditación del mismo a través de los diferentes medios de pruebas que permite nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre la forma de tasación de este tipo de perjuicio el Supremo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo<sup>56</sup>, fijo el siguiente parámetro:

---

<sup>55</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de enero de 2016. Exp. 38635. Consejero ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>56</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

En ese orden este Despacho, acorde a los lineamientos fijados por la Alta Corporación, considera que en el sub-lite debe concederse por este concepto, a favor de los actores, las siguientes sumas:

Demandante	Parentesco	Total condena
Judy Milena Caicedo Vivas	Madre	100 SMLMV
Jaidier Caicedo Vivas	Hermano	50 SMLMV
Yiber Caicedo Vivas	Hermano	50 SMLMV
Mariela Vivas Viafara	Abuela	50 SMLMV
Justiniano Caicedo Sinisterra	Abuelo	50 SMLMV

#### 5.4.2. El Daño a la Salud

El Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa<sup>57</sup> sobre esta tipología de perjuicio inmaterial autónomo, se pronunció en los siguientes términos:

*“...En relación con este perjuicio, resulta pertinente referirse a las consideraciones de la Sala Plena de la Sección Tercera, en punto al contenido del perjuicio solicitado y su identificación con el daño a la salud como una tipología de perjuicio autónomo. Expuso la Sección<sup>58</sup>:*

*“En otros términos, **un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial** como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, **los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.***

*“(...*

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, providencia calendarada 13 de junio de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Rad. No. 73001-23-00-000-2004-00952-01(37041), Actor: Fernando Cruz Bonilla y Otro, Ddo: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

<sup>58</sup> Consejo de Estado Sección Tercera Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, expediente 31.170, M.P. Dr. Enrique Gil Botero.

*“En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, **cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.***

*“En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no solo está circunscrito a la interna, **sino que comprende aspectos físicos y psíquicos**, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica<sup>59</sup>. Por tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.*

***“En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo”.** (Negrillas de la Sala)...”.*

En el caso que se estudia, se observa que la parte actora solicitó la indemnización de este perjuicio a favor de la señora Judy Milena Caicedo Viva, en una suma equivalente a 100 S.M.L.M.V. El daño a la salud es un concepto comprensivo de las afectaciones fisiológicas como los daños a la vida de relación, entendiéndose ahora como un solo daño inmaterial el cual busca la reparación bajo este rubro de afectaciones físicas y psíquicas.

De conformidad con el informe pericial elaborado por el perito Gustavo Adolfo Ballesteros Castañeda del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se registró la siguiente conclusión en la valoración realizada a la señora Judi Milena Caicedo Vivas:

*“La señora JUDI MILENA CAICEDO VIVAS, en la presente entrevista presenta un estado mental sin signos de descompensación, con un afecto modulado y resonante, acompañado de un pensamiento organizado, con unas funciones intelectivas esperadas a su condición y no presentando compromiso de su juicio de realidad.*

*Desde el punto de vista psiquiátrico se considera que en el momento NO presenta un cuadro compatible con enfermedad mental (No psicopatología).*

*Desde el punto de vista psiquiátrico forense, se considera que NO presenta un daño en la salud (en este caso en la salud mental), es decir no presenta un daño psíquico asociado a los hechos judicialmente relevantes”.*<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Cita del original: “Este estado de cosas no solo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser ‘límites razonables’, determinados sí, en términos jurídicos”. CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

<sup>60</sup> SAMAI, índice 84.

Según esta prueba técnica, no se causó el perjuicio reclamado, por lo que no existen fundamentos probatorios ni criterios técnicos que permitan la declaración del perjuicio pretendido. En virtud de lo anterior se negará la petición de este perjuicio.

### **5.4.3. Perjuicios Materiales**

#### **5.4.3.1. Lucro cesante:**

La parte demandante solicitó por concepto de Lucro Cesante el valor de \$297.767.888, por considerar que es el valor dejado de percibir cuando el menor Esteban Hernández Caicedo estuviera en edad para producir.

El Despacho negará este perjuicio toda vez que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado el lucro cesante en los eventos de fallecimiento de un menor es un daño eventual o hipotético, motivo por el cual no logra ostentar la calidad del carácter cierto del daño.

#### **5.4.3.2. Daño Emergente:**

Por concepto de daño emergente, se solicitó el total de \$20.000.000, derivados presuntamente del pago que se hizo por la representación en el proceso penal. Pues bien, esta solicitud se negará porque no hay prueba de la causación de tales erogaciones por parte de los demandantes. Este tipo de perjuicio por atender a criterios objetivos no admite presunciones y requiere se prueba para su reconocimiento, por tanto, ante la ausencia del material que acredite que alguno de los accionantes incurrió en un pago de esta naturaleza a causa del fallecimiento del menor Esteban Hernández se niega la solicitud de daño emergente.

### **5.5. Análisis del llamamiento en garantía**

#### - Del Distrito Especial de Santiago de Cali

El Distrito Especial de Santiago de Cali formuló llamamiento en garantía en contra de la compañía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., con fundamento en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501215001154, certificado No. 1, vigente del 16 de noviembre de 2015 al 31 de enero de 2016, la cual comprende la fecha en la que ocurrieron los hechos reclamados.

En el mencionado contrato de seguro se pactó como objeto:

*“AMPARAR LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES INCLUYENDO LOS PERJUICIOS MORALES Y DE VIDA EN RELACIÓN Y EL LUCRO CESANTE, QUE CAUSE A TERCEROS EL ASEGURADO, CON MOTIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN QUE INCURRA O LE SEA IMPUTABLE DE ACUERDO CON LA LEY COLOMBIANA, DURANTE EL GIRO NORMAL DE SUS ACTIVIDADES”.*

En la modalidad de cobertura se pactó:

*“OCURRENCIA: SE CUBREN TODOS LOS PERJUICIOS QUE SE GENEREN DURANTE LA VIGENCIA DEL SEGURO, SIN TENER EN CONSIDERACIÓN LA FECHA EN LA CUAL SEAN RECLAMADOS POR LOS TERCEROS”*

Revisado el expediente y de acuerdo a la posición del Despacho, el daño proviene de la responsabilidad civil extracontractual del Distrito Especial de Santiago de Cali con ocasión de la falla en el deber de inspeccionar y vigilar las condiciones de seguridad de las piscinas; y el daño objeto de reclamo ocurrió el día 20 de noviembre de 2015, esto es, dentro de la vigencia del certificado No. 1 de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501215001154, por lo tanto, el referido contrato ofrece cobertura.

Igualmente se observa que entre las condiciones pactadas en el referido contrato de seguro, para la cobertura de PLO el valor asegurado asciende a \$5.000.000.000, con un deducible del 15% del valor de la pérdida, mínimo 40 SMLMV. También, que existe un coaseguro en el que MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. asumió el 34% de participación.

En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que se declaró la responsabilidad extracontractual del Distrito Especial de Santiago de Cali, se condenará a la compañía aseguradora a pagar las sumas de dinero a las que se condene a la entidad asegurada, ello hasta el monto del valor asegurado, teniendo en cuenta el deducible pactado del 15% sobre el valor de la pérdida, mínimo 40 SMLMV y acorde con el porcentaje asumido por el coaseguro. Para el efecto a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. le corresponde asumir el 34% del valor, con fundamento en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 15012150011154.

- De la Corporación Para la Recreación Popular

A) Seguros Generales Suramericana S.A.

La Corporación Para la Recreación Popular formuló llamamiento en garantía en contra de la compañía Seguros Generales Suramericana S.A., con fundamento en la Póliza de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros No. 4600398-5. 1, vigente del 31 de diciembre de 2014 al 31 de diciembre de 2015, la cual comprende la fecha en la que ocurrieron los hechos reclamados.

En la cobertura se pactó el amparo contratado era el de predios y por operaciones, con un valor asegurado de \$1.300.000; y un deducible del 15% del siniestro, mínimo US \$2000. En el clausulado particular se especificó que el deducible pactado en dólares sería liquidado a la tasa de cambio representativa del mercado del día en que ocurrió el siniestro.

En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que se declaró la responsabilidad extracontractual de la Corporación Para la Recreación Popular, se condenará a la compañía aseguradora a pagar las sumas de dinero a las que se condene a la entidad asegurada, ello hasta el monto del valor asegurado, teniendo en cuenta el deducible pactado del 15% sobre el valor de la pérdida, mínimo US \$2.000.

B) Seguros Confianza S.A.

La Corporación Para la Recreación Popular formuló llamamiento en garantía en contra de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., con fundamento en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual Para Entidades Estatales No. RE001769, vigente del 06 de mayo de 2013 al 30 de marzo de 2016, la cual comprende la fecha en la que ocurrieron los hechos reclamados.

En la referida póliza se pactó en el objeto:

*“SE AMPARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL IMPUTABLE AL TOMADOR, POR DAÑOS QUE PUEDA CAUSAR A TERCEROS DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO NO. 4162.0.26.1.249-2013, CUYO OBJETO ES LA ENTREGA A LA CORPORACIÓN, PARA SU ADMINISTRACIÓN, MANTENIMIENTO Y APROVECHAMIENTO ECONÓMICO, SIN QUE TAL ENTREGA IMPLIQUE TRANSFERENCIA DE DOMINIO, NI DERECHO ADQUISITIVO ALGUNO PARA EL MISMO O LA PERSONA JURÍDICA QUE REPRESENTA, DE LAS SIGUIENTES UNIDADES DEPORTIVAS COMUNALES: [...]”*

En la cláusula de seguridad de estableció:

*“LA PRESENTE PÓLIZA OPERA EN EXCESO DE LAS COBERTURAS OTORGADAS POR LA PÓLIZA DE SEGURO RCE NO. 4600398-5 DE SURAMERICANA DE SEGUROS, CON VALOR ASEGURADO DE \$500.000.000, LA CUAL DEBERÁ ESTAR CONTRATADA Y VIGENTE DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA EXPEDIDA POR CONFIANZA.”*

En cuanto a los amparos y valores asegurados, para PLO se estableció un valor asegurado por vigencia y evento de \$117.900.000, con un deducible de \$3.000.000. En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que se declaró la responsabilidad extracontractual de la Corporación Para la Recreación Popular, se condenará a la aseguradora Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. a pagar las sumas de dinero a las que se condene a la

entidad asegurada, SOLAMENTE en exceso de la Póliza de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros No. 4600398-5. 1 expedida por Seguros Generales Suramericana S.A. En ese caso, se atenderá al valor asegurado y deducible pactado.

#### C) Junta de Defensa Civil Unión de Vivienda Popular

La Corporación Para la Recreación Popular formuló llamamiento en garantía en contra de la Junta de Defensa Civil a la Unión de Vivienda Popular., con fundamento en la prestación de los servicios de salvavidas que realizaba esta entidad en el parque recreacional donde ocurrieron los hechos reclamados.

Considera el Despacho que el presente llamamiento en garantía no prospera, en virtud de que según lo dicho por la entidad en la contestación al llamamiento en garantía, quien se hizo parte en el proceso es una entidad jurídica diferente a la obligada con la Corporación Para la Recreación Popular. Quien contestó el llamamiento en garantía fue la Defensa Civil Colombiana, por lo que prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta.

Además de lo anterior, y aún si se hubiera integrado correctamente a la entidad obligada, tampoco estaría fundamentada la procedencia de llamamiento en garantía, teniendo en cuenta que en el análisis de la responsabilidad efectuado a la Corporación Para la Recreación Popular, no concluyó que el daño se hubiera causado por una indebida prestación del servicio del salvavidas, sino por la ausencia del personal exigido por la ley, junto con otras consideraciones. Ante este análisis, considera el Despacho que es de exclusiva responsabilidad de la Corporación Para la Recreación Popular disponer el cumplimiento de la norma correspondiente y poner en servicio las instalaciones con el personal requerido, sin que esto se pueda trasladarse a la entidad llamada en garantía.

#### 5.6. Las costas

El artículo 188 del CPACA adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 del 2011, dispone "*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal*".

Conforme a la anterior disposición y al no observarse que la demanda se haya presentado con manifiesta carencia de fundamento legal no habrá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO. DECLÁRASE** la responsabilidad patrimonial del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali, de la Corporación Para la Recreación Popular y la Fundación Escolar Nelson Mandela, del daño y los perjuicios causados como consecuencia del fallecimiento del menor Esteban Hernández Caicedo el día 15 de noviembre de 2015.

**SEGUNDO.** En consecuencia, **CONDÉNASE** al Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali, a la Corporación Para la Recreación Popular y a la Fundación Escolar Nelson Mandela, a pagar a los demandantes por concepto de **PERJUICIOS MORALES** los siguientes valores:

- 100 SMLMV a favor de Judy Milena Caicedo Vivas, madre del menor Esteban Hernández Caicedo.
- 50 SMLMV a favor de Jaider Caicedo Vivas, hermano del menor Esteban Hernández Caicedo.
- 50 SMLMV a favor de Yiber Caicedo Vivas, hermano del menor Esteban Hernández Caicedo.
- 50 SMLMV a favor de Mariela Vivas Viafara, abuela del menor Esteban Hernández Caicedo.
- 50 SMLMV a favor de Justiniano Caicedo Sinisterra, abuelo del menor Esteban Hernández Caicedo.

Teniendo en cuenta que en la causación del daño están involucrados particulares y entidades públicas, según lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, se determina que la Fundación Escolar Nelson Mandela y la Corporación Para la Recreación Popular son responsables solidariamente del 70% de la condena establecida; y el Distrito Especial de Santiago de Cali será responsable del 30% del valor de la condena.

**TERCERO: CONDÉNESE** a la compañía aseguradora MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. a pagar el valor de la condena impuesta al Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali, con fundamento en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501215001154, certificado No. 1, ello hasta el monto del valor asegurado, teniendo en cuenta el deducible pactado del 15% sobre el valor de la pérdida, mínimo 40 SMLMV y acorde con el porcentaje del 34% correspondiente al coaseguro.

**CUARTO: CONDÉNESE** a la compañía aseguradora SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. a pagar el valor de la condena impuesta a la CORPORACIÓN PARA LA RECREACIÓN POPULAR, con fundamento en la Póliza de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros No. 4600398-5. 1 ello hasta el monto del valor asegurado, teniendo en cuenta el deducible pactado del 15% sobre el valor de la pérdida, mínimo US \$2.000.

**QUINTO: CONDÉNESE** a la compañía aseguradora COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., a pagar el valor de la condena impuesta a la CORPORACIÓN PARA LA RECREACIÓN POPULAR, con fundamento en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual Para Entidades Estatales No. RE001769, SOLAMENTE en exceso de la Póliza de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros No. 4600398-5. 1 expedida por Seguros Generales Suramericana S.A. En ese caso, se atenderá al valor asegurado y deducible pactado.

**SEXTO: DECLARAR** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la entidad llamada en garantía, DEFENSA CIVIL COLOMBIANA.

**SÉPTIMO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**OCTAVO.** Las sumas aquí reconocidas generarán intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria de esta providencia, conforme lo dispone el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

**NOVENO:** Sin condena en **COSTAS** por las razones expuestas.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Firmado electrónicamente por SAMAI  
VANESSA ÁLVAREZ VILLARREAL**

**Juez**