

Distrito de Santiago de Cali, Enero 11 de 2023.

Dra.

VANESSA ALVAREZ VILLAREAL.

Juez 12 Administrativo de Oralidad del Circuito de Cali.

E. S. D.

DEMANDANTES	JUDY MILENA CAICEDO VIVAS Y OTROS.
DEMANDADO:	DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI - FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA y CORPORACIÓN PARA LA RECREACIÓN POPULAR.
RADICADO:	76001333301220180005500
ASUNTO:	RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DEL 4 DE DICIEMBRE DE 2023.

PAOLA ANDREA BEJARANO VERGARA, mayor de edad, vecina y residente de Cali, identificada con Cédula de Ciudadanía 29.177.332 de Cali- Valle del Cauca, abogada titulada en ejercicio y portadora de la Tarjeta Profesional No. 200.324 del C. S de la J., actuando en calidad de apoderada de la **FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA F.E.N.M.**, la que se identifica con NIT 805019308-7 y que se encuentra actualmente representada por la señora **NERCIN LOPEZ DE GOMEZ**, mayor de edad, y vecina de la ciudad de Cali, identificada con cédula de ciudadanía número 29.084.902 de Cali y domiciliada en el Distrito de Cali, (V), según poder adjunto, igualmente como apoderada de la señora **NERCIN LOPEZ DE GOMEZ**, mayor de edad, y vecina de la ciudad de Cali, identificada con cédula de ciudadanía número 29.084.902 de Cali y domiciliada en el Distrito de Cali, por medio del presente documento acudo a su despacho con la finalidad de presentar **RECURSO DE APELACIÓN** contra la Sentencia de fecha 4 de diciembre de 2023, proferida dentro del proceso de la referencia.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Señor Magistrado me permito exponer los fundamentos de la excepción de **INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA** por la falta de uno de los presupuestos procesales de la acción como lo es la falta de capacidad procesal de una de las partes vinculadas en el extremo pasivo, esto es del **establecimiento educativo privado** Fundación Nelson Mandela, el cual fue vinculado como parte demandada en el proceso de la referencia.

La Fundación Escolar Nelson Mandela F.E.N.M., persona jurídica de derecho privado, es una entidad sin ánimo de lucro de finalidad educativa, tal como lo acredita el Certificado de Existencia y Representación Legal de entidades sin ánimo de lucro expedida por la Gobernación del Valle del Cauca, con **Número de Identificación Tributaria 805019308-7** a quien le fue reconocida personería jurídica el día 12 de febrero de 2001 mediante la Resolución No. 0006 del 12 de febrero de 2001 por parte de la Gobernación del Valle del Cauca.

La Fundación Escolar Nelson Mandela F.E.N.M., identificada con NIT. 805019308-7 es la actual propietaria del Establecimiento Educativo Fundación Nelson Mandela, tal como consta en la Licencia de Funcionamiento y sus modificaciones, en las que la Secretaría de Educación de Cali en su parte Resolutiva decide:

*“ARTÍCULO PRIMERO. Modificar la resolución de Reconocimiento Oficial de Estudios No. 3039 de agosto 4 de 1999 expedidas por la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca, en el sentido de otorgar licencia de funcionamiento al establecimiento educativo privado “Fundación Escolar Nelson Mandela”, con Código DANE 376001035908, de propiedad de la señora Nercin López de Gomez, identificada con la cédula de ciudadanía No.29084902, con **NIT 805.019.308-7**, ubicado en la dirección Calle 14 #22-04, barrio Vallegrande, Comuna 21 del Municipio de Santiago de Cali para prestar el servicio de Educación Preescolar, Básica (Ciclos Primaria y Secundaria), Calendario “A”. (tomado de la Resolución No. 4143.O.21.10922 del 31 de diciembre de 2013).*

El Decreto 1529 de 1990 “*Por el cual se reglamenta el reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas de asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, en los departamentos*”, consagra en su artículo primero la competencia de los Gobernadores para el reconocimiento y cancelación de las personerías jurídicas de las asociaciones, corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, y en el artículo 2 enumera los requisitos que debe reunir la solicitud de reconocimiento de personería jurídica, dentro de los cuales se encuentra el nombre, el domicilio, la dirección y el teléfono, así como el nombre, apellidos y número de documento de identificación de quien asumirá la representación legal de la entidad. Además de todo lo anterior se deberá aportar dos copias de los estatutos.

Las FUNDACIONES CON FINES EDUCATIVOS son catalogadas como instituciones de utilidad común (Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Concepto 773 de 1996), reguladas por disposiciones especiales y por ende son personas jurídicas al tenor de lo dispuesto en los artículos 633 y 634 del Código Civil, en concordancia con el Decreto 1529 de 1990.

La Fundación Escolar Nelson Mandela F.E.N.M., tiene una finalidad educativa y por tanto la existencia y representación legal es certificada por la Gobernación del Valle del Cauca en desarrollo de las facultades otorgadas a los Gobernadores de los Departamentos en el Decreto 1529 de 1990, que en sus artículos 6 y 21, prevén:

“Artículo 6.- Naturaleza y efectos de la inscripción. Mediante las solicitudes presentadas en la forma establecida en el artículo anterior, la dependencia respectiva de la Gobernación procederá a realizar las inscripciones solicitadas y a expedir los certificados a que hubiere lugar”

“Artículo 21.- Certificaciones y autenticaciones. La dependencia respectiva de la Gobernación certificará la existencia, la representación legal y los demás hechos que consten en los correspondientes expedientes de las entidades a que se refiere el presente Decreto, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud. Así mismo, cuando se lo soliciten, deberá autenticar con su firma las copias de los documentos originales que reposen en los expedientes de las entidades.

Parágrafo.- Las certificaciones a que se refiere este artículo se deberán acompañar del valor correspondiente en estampillas Pro-desarrollo y Pro-electrificación Rural, si fuere del caso”.

La Fundación Escolar Nelson Mandela F.E.N.M., hace parte del Banco de Oferentes para prestar el servicio educativo de cobertura en el Sector Oficial (Ver página 5, Oferta No. 110 de la Resolución No. 4143.O.21.9592 -2016 del 23 de diciembre de

2016 "Por medio de la cual se actualiza 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"), siendo contratado por la Secretaría de Educación de Cali para prestar el servicio de educación a los estudiantes registrados en el SIMAT por el sistema de cobertura educativa.

El Decreto 1851 de 2015 *“por el cual se reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas y se subroga un capítulo del Decreto 1075 de 2015”* en sus artículos 2.3.1.3.1.6; 2.3.1.3.3.3 y 2.3.1.3.3.6 establece como requisito para contratar los servicios de educación por el sistema de cobertura e integrar el Banco de Oferentes, que el propietario del establecimiento educativo sea una persona jurídica.

Tales normas son rezan:

“Artículo 2.3.1.3.1.6. *Tipos de contrato para la prestación del servicio público educativo. De conformidad con lo previsto en el artículo 2.3.1.3.1.1 de este decreto y sin perjuicio de la observancia de los principios generales contenidos en el Estatuto General de Contratación Pública, las entidades territoriales certificadas podrán celebrar los siguientes contratos para la prestación del servicio público educativo:*

1. *Contratos de prestación del servicio educativo. Contratos mediante los cuales una entidad territorial certificada contrata la prestación del servicio público educativo con el propietario de un establecimiento educativo no oficial de reconocida trayectoria e idoneidad, durante un (1) año lectivo, en las condiciones de calidad establecidas por el contratante, atendiendo los lineamientos del Ministerio de Educación Nacional. El contratista deberá contar con el PEI o el PEC aprobado, así como con la licencia de funcionamiento expedida por la secretaria de educación de la entidad territorial certificada en donde prestará el servicio educativo.*

2. *Contratos para la administración del servicio educativo. Contrato mediante el cual el contratista seleccionado a través de un proceso de licitación, se compromete a administrar uno o varios establecimientos educativos de carácter oficial, ofreciendo una canasta educativa que cumpla con altos estándares de calidad.*

3. *Contratos para la promoción e implementación de estrategias de desarrollo pedagógico a celebrarse con iglesias o confesiones religiosas. Contrato mediante el cual una iglesia o confesión religiosa se compromete a promover e implementar estrategias de desarrollo pedagógico en uno o varios establecimientos educativos oficiales. En el marco de estos contratos, la entidad territorial certificada aporta la infraestructura física, el personal docente, directivo docente y administrativo con el que cuente cada establecimiento educativo oficial, y por su parte, la iglesia o confesión religiosa aporta los componentes que la entidad territorial no pueda suministrar. En estos contratos, la iglesia o confesión religiosa siempre aporta el apoyo pedagógico y administrativo para el desarrollo del PEI o del PEC adoptado por el consejo directivo de cada establecimiento educativo oficial. Tales componentes harán parte integral de la canasta educativa contratada.*

4. *Contratación con establecimientos educativos mediante subsidio a la demanda. Contrato mediante el cual las entidades territoriales certificadas en educación distintas a los departamentos y con población proyectada para 2016 superior a 300.000 habitantes, podrán contratar la atención educativa para los estudiantes atendidos previamente mediante contratos de prestación del servicio educativo, con establecimientos educativos de carácter no oficial, bajo los supuestos consagrados en la Sección 6 del presente capítulo”.*

“Artículo 2.3.1.3.3.3.Reglas del contrato. El contrato de prestación del servicio educativo se regirá por lo previsto en el Estatuto General de Contratación Pública y en este capítulo, y en particular por las siguientes reglas:

1. Se suscribirán únicamente con las personas jurídicas propietarias de los establecimientos educativos habilitados en el Banco de Oferentes de la entidad territorial certificada.

2. Entre el personal administrativo, docente y directivo docente vinculado por el contratista y la entidad territorial certificada no existirá relación legal y reglamentaria alguna. Su régimen laboral se sujetará exclusivamente al derecho privado. Por ello, el contratista debe mantener indemne a la entidad territorial certificada de cualquier reclamación que realice el personal vinculado.

3. La prestación del servicio educativo se realizará bajo la exclusiva responsabilidad del contratista, con sujeción a su PEI o PEC, y a lo que se prevea en el contrato.

4. El contratista deberá prestar el servicio educativo en la infraestructura que haya sido evaluada para conformar el Banco de Oferentes.

Artículo 2.3.1.3.3.6. Requisitos para ser habilitado en el Banco de Oferentes. Para ser habilitado en el Banco de Oferentes de cada entidad territorial, se deberán cumplir, como mínimo, los siguientes requisitos:

1. Acreditar la propiedad del establecimiento educativo aportando la licencia de funcionamiento vigente, expedida por la entidad territorial certificada en los términos del artículo 2.3.2.1.2 del presente decreto, con jurisdicción en el lugar en donde se presenten las circunstancias de insuficiencia o limitación que motiven la contratación de la prestación del servicio educativo.

2. El propietario debe ser una persona jurídica, lo cual será acreditado mediante el certificado de existencia y representación legal expedido por autoridad competente, con antelación no superior a un mes respecto de la fecha de cierre de la inscripción, en el que se demuestre que dentro de su objeto se contempla la prestación de servicios educativos en los niveles de educación preescolar, básica y media.

Si se trata de una iglesia o confesión religiosa, se deberá demostrar su personería jurídica especial otorgada por el Ministerio del Interior, o en su defecto, personería jurídica de derecho público eclesiástico, expedida con base en la Ley 133 de 1994 y las normas que la modifiquen, sustituyan o deroguen. Lo anterior también aplica a las congregaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones o asociaciones de ministros.

3. No estar en régimen controlado en los términos consagrados en la Sección 4, Capítulo 2, Título 2, Parte 3 de este decreto.

4. El establecimiento educativo donde se prestará el servicio deberá contar con código DANE y estar registrado en el Directorio Único de Establecimientos (DUE) del Ministerio de Educación Nacional.....”.

Aunque la licencia de funcionamiento del establecimiento educativo FUNDACIÓN NELSON MANDELA señala que su propietario es la señora NERCIN LOPEZ DE GOMEZ, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 29.084.902, en ella se incurre en un error el cual solo hasta ahora se advierte por la Representante Legal de la Fundación Escolar

Nelson Mandela F.E.N.M, sin embargo resulta claro que el acto de reconocimiento de la licencia de funcionamiento del establecimiento educativo privado señala la identificación de la persona jurídica a la que pertenece, esto es la del NIT. 805.019.308-7 que es el número de identificación de la FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA F.E.N.M., tal como así se registra en el Banco de Oferentes (<https://www.cali.gov.co/loader.php?IServicio=Tools2&ITipo=descargas&IFuncion=descargar&idFile=20338>).

En el asunto bajo examen, la persona jurídica FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA F.E.N.M. como propietaria del establecimiento educativo Fundación Nelson Mandela no fue vinculada en la presente causa judicial, pues tanto la solicitud de conciliación prejudicial como el auto admisorio de la demanda se dirigieron contra el establecimiento educativo privado, el cual no goza de personería jurídica.

Lo anterior se logra advertir desde la misma inadmisión de la demanda en la que el Juzgado de conocimiento ordenó a la parte actora aportar el certificado de existencia y representación de la entidad que demandaba (véase auto interlocutorio No. 302 del 17 de abril de 2018. Páginas 271 al 273 del documento “01. Expediente principal C.1. radicado 2018-0055.pdf”) y el extremo activo aporta un **CERTIFICADO DE MATRÍCULA** del Establecimiento de Comercio Fund. Escolar Nelson Mandela (folio 301 ibidem), cuya actividad principal es la P8543 EDUCACIÓN DE INSTITUCIONES UNIVERSITARIAS O ESCUELAS TECNOLÓGICAS. En este certificado se hace constar el nombre de su propietario, esto es, el señor MARQUINEZ GRUESO LUIS HERNANDO. NIT 12917494-5.

 **Cámara de Comercio de Cali**

CAMARA DE COMERCIO DE CALI
CERTIFICADO DE MATRÍCULA
FECHA DE EXPEDICIÓN: LUNES 23 ABRIL 2018 08:40:25 AM

RADICACIÓN No: 20180226746-INT, VALOR: 2700

CODIGO DE VERIFICACIÓN: 081826KOP0

PARA VERIFICAR EL CONTENIDO Y CONFIABILIDAD DE ESTE CERTIFICADO, INGRESE A WWW.CCC.ORG.CO/REGISTRAYA/ EN EL SERVICIO DE CERTIFICADO ELECTRÓNICO, Y DIGITE EL CÓDIGO DE VERIFICACIÓN. ESTE CERTIFICADO, QUE PODRÁ SER VALIDADO HASTA EL VIERNES 22 DE JUNIO DE 2018 DURANTE 60 DÍAS CALENDARIO CONTADOS A PARTIR DE LA FECHA DE EXPEDICIÓN DEL CERTIFICADO, CORRESPONDE A LA IMAGEN Y CONTENIDO DEL CERTIFICADO CREADO ELECTRÓNICAMENTE.

CERTIFICA

NOMBRE: FUND.ESCOLAR NELSON MANDELA
CATEGORIA: ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

CERTIFICA

DIRECCIÓN COMERCIAL: CRA. 23 NRO. 56 63
MUNICIPIO:CALI-VALLE
TELÉFONO COMERCIAL 1:4417035
TELÉFONO COMERCIAL 2:NO REPORTADO
TELÉFONO COMERCIAL 3:NO REPORTADO
CORREO ELECTRÓNICO:NO REPORTADO

CERTIFICA

MATRÍCULA MERCANTIL: 547455-2
FECHA DE MATRÍCULA EN ESTA CAMARA: 23 DE OCTUBRE DE 2000
ÚLTIMO AÑO RENOVADO:2014
FECHA DE LA RENOVACIÓN:17 DE ENERO DE 2014
ACTIVO TOTAL:\$1.000.000

NO HA CUMPLIDO LA OBLIGACION LEGAL DE MATRICULAR SU MATRÍCULA MERCANTIL



CAMARA DE COMERCIO DE CALI
CERTIFICADO DE MATRÍCULA
FECHA DE EXPEDICIÓN: LUNES 23 ABRIL 2018 08:40:25 AM

CERTIFICA

NOMBRE DEL PROPIETARIO: MARQUINEZ GRUESO LUIS HERNANDO
NIT:12917494 - 5
C.C.:12917494

Handwritten signature: L. M. Grueso

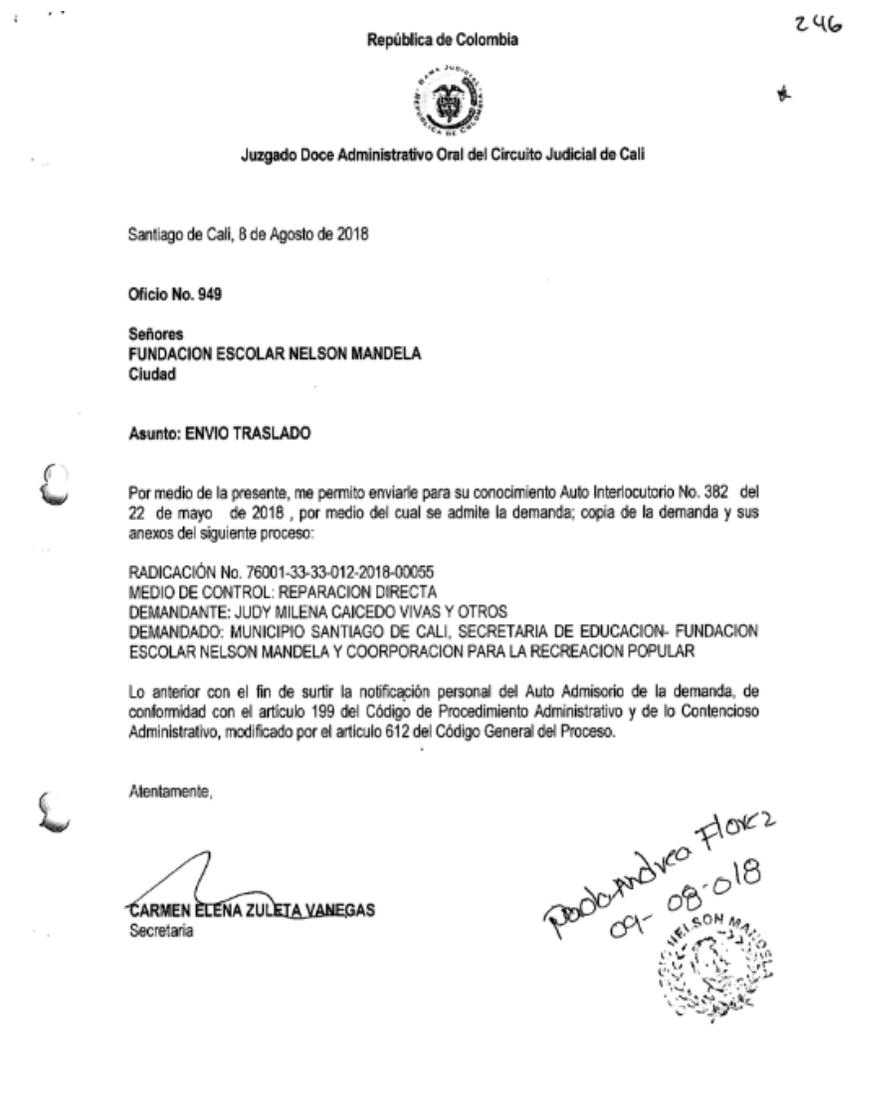
En el folio 304 del documento “01. Expediente principal C.1. radicado 2018-0055.pdf” obra un documento de la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali en el que se da respuesta a una petición y allí se informa al peticionario la dirección del “**Establecimiento Educativo Privado -FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA**, la que cuenta con Resolución de reconocimiento oficial No. 9573 del 30 de diciembre de 2015.

El oficio en mención de manera alguna reemplaza el Certificado de Existencia y Representación de la FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA F.E.N.M., como tampoco puede inferirse que la dirección allí consignada corresponda a la de la persona jurídica FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA F.E.N.M., como quiera que no es la entidad competente para certificar su existencia y representación, ni el canal de notificaciones judiciales, ni mucho menos el domicilio, su competencia radica única y exclusivamente respecto del establecimiento educativo, mas no sobre su propietario. En cuanto a la Resolución de reconocimiento oficial, ella se refiere a la Licencia de Funcionamiento del Establecimiento Educativo FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA, este establecimiento educativo no goza de personería jurídica.

Con todo, en el evento en que la Sala de Decisión considere que con el certificado de existencia y representación de la Fundación Escolar Nelson Mandela F.E.N.M. y con la Licencia de Funcionamiento del establecimiento educativo Fundación Escolar Nelson Mandela no se acredita que sea aquella su propietario, y considere que quien lo es es la señora NERCIN LOPEZ DE GÓMEZ, igualmente se llegaría a la misma conclusión, pues el establecimiento educativo privado no es una persona con capacidad para ser parte dentro de un proceso judicial y por ende el litigio debió integrarse con su propietario, en este caso la persona natural NERCIN LOPEZ DE GOMEZ.

De todo lo anterior se logra advertir que la litis se integró con un establecimiento educativo y no con la persona jurídica FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA F.E.N.M. o en su defecto con la Señora NERCIN LOPEZ DE GOMEZ, en primer lugar porque para cumplir con la exigencia procesal de acreditar la existencia y representación de la Fundación demandada la parte actora aportó un CERTIFICADO DE MATRÍCULA en el que consta la existencia de un establecimiento de comercio, que dicho sea de paso no es una persona jurídica con capacidad para ser parte en el proceso, y además la Secretaría de Educación Municipal no es la entidad competente para certificar la existencia y representación de la FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA F.E.N.M., pues dicha competencia radica en la Gobernación del Valle del Cauca.

De conformidad con el sello de recibido del auto admisorio de la demanda visible en la página 9 del documento "0.1.1.1. Expediente 1A.pdf", se evidencia que el auto admisorio de la demanda, la demanda y sus anexos fue notificado el 9 de agosto de 2018 en el COLEGIO NELSON MANDELA, siendo recibido por la señorita PAOLA ANDREA FLOREZ, es decir que la demanda y su admisión fue notificada en el establecimiento educativo y no en la dirección de la persona jurídica FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA F.E.N.M.



Ni el establecimiento educativo FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA ni el establecimiento de comercio Fund. Escolar Nelson Mandela tienen la capacidad para ser parte, pues no son una persona jurídica, de manera que en el evento de haber sido vinculados, debió surtirse la notificación de la conciliación prejudicial y del auto admisorio de la demanda con su respectivo propietario, así, de conformidad con el CERTIFICADO DE MATRÍCULA, el propietario del establecimiento de comercio FUND. ESCOLAR NELSON MANDELA es el señor MARQUINEZ GRUESO LUIS HERNANDO, mientras que la propietaria del establecimiento educativo FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA es la Fundación Escolar Nelson Mandela F.E.N.M., representada legalmente por la señora **NERCIN LOPEZ DE GOMEZ**, o en su defecto la señora **NERCIN LOPEZ DE GOMEZ**.

Señor Juez para que quedara trabada adecuadamente la litis el apoderado de la parte actora debió vincular al propietario del establecimiento educativo FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA, propiedad que se acredita con la Licencia de Funcionamiento del plantel educativo en el cual consta que su propietario es la FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA F.E.N.M., teniendo en cuenta que el establecimiento educativo no constituye una persona jurídica, o en su defecto con la persona natural señora **NERCIN LOPEZ DE GOMEZ**.

Así pues, en el evento de pretender vincular a la FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA F.E.N.M, debió acreditar su existencia y representación y además acreditar que dicha fundación fuera la propietaria del establecimiento educativo FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA.

El artículo 2 de los Estatutos de la Fundación Escolar Nelson Mandela F.E.N.M. estipula su dirección y domicilio en los siguientes términos:

“ARTICULO 2. DOMICILIO. El domicilio principal de la fundación ESCOLAR NELSON MANDELA F.E.N.M será en el Departamento del Valle del Cauca, en la ciudad de Cali, en la Calle 114 No. 22-08 Barrio Desepaz”.

De conformidad con la Licencia de Funcionamiento del establecimiento educativo FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA, su dirección es la Calle 114 No. 22-04, Barrio Valle Grande.

La Fundación Escolar Nelson Mandela F.E.N.M., solo tuvo conocimiento de la existencia del proceso judicial de la referencia con ocasión del correo electrónico en el que se notificó la Sentencia de fecha 4 de diciembre de 2023, proferida por el Juzgado 12 Administrativo de Oralidad de Cali dentro del radicado de la referencia.

- Naturaleza de los establecimientos educativos e instituciones educativas:

Los establecimientos educativos no son una persona jurídica con capacidad para ser parte dentro de un proceso judicial, pero de conformidad con la regulación especial que los rige, para poder operar deben contar con una licencia de funcionamiento que es el acto administrativo motivado de reconocimiento oficial, por medio del cual la secretaría de educación de una entidad territorial certificada autoriza al **propietario** del mismo su apertura y operación dentro de su jurisdicción, conforme lo dispone el artículo 2.3.2.1.2. del Decreto 1075 de 2015, que reza:

*“**Artículo 2.3.2.1.2. Licencia de funcionamiento.** Licencia de funcionamiento es el acto administrativo motivado de reconocimiento oficial por medio del cual la secretaria de educación de una entidad territorial certificada autoriza la apertura y operación de un **establecimiento educativo privado dentro de su jurisdicción.***

***Debe especificar el nombre, razón social o denominación del propietario del establecimiento educativo,** quien será el titular de la licencia, Número de Identificación DANE y nombre completo del establecimiento educativo, ubicación de su planta física, niveles, ciclos y modalidades que ofrecerá, número máximo de estudiantes que puede atender y tarifas de matrícula y pensión para los grados que ofrecerá durante el primer año de funcionamiento.*

En relación con la ausencia de personería jurídica de los Establecimientos Educativos Privados, el Ministerio de Educación emitió el Concepto 75308 de 2018, en el que precisó:

“3.6. Ausencia de personería jurídica en los establecimientos educativos públicos, privados y de régimen especial de educación preescolar, básica y media.

Los establecimientos de educación preescolar, básica y media oficiales, privados y de régimen especial no tienen personería jurídica propiamente dicha, lo cual se deduce de los artículos 9 de la Ley 715 de 2001 y 2.3.2.1.2. al 2.3.2.1.11. del Decreto Único Reglamentario del Sector Educación -DURSE (Decreto Nacional 1075 de 2015).

Ley 715 de 2001:

“Artículo 90. Instituciones educativas. Institución educativa es un conjunto de personas y bienes promovida por las autoridades públicas o por particulares, cuya finalidad será prestar un año de educación preescolar y nueve grados de educación básica como mínimo, y la media. Las que no ofrecen la totalidad de dichos grados se denominarán centros educativos y deberán asociarse con otras instituciones con el fin de ofrecer el ciclo de educación básica completa a los estudiantes. (...)”

Decreto Nacional 1075 de 2015:

“Artículo 2.3.2.1.2. Licencia de funcionamiento. Licencia de funcionamiento es el acto administrativo motivado de reconocimiento oficial por medio del cual la secretaría de educación de una entidad territorial certificada autoriza la apertura y operación de un establecimiento educativo privado dentro de su jurisdicción.

Debe especificar el nombre, razón social o denominación del propietario del establecimiento educativo, quien será el titular de la licencia, Número de Identificación DANE y nombre completo del establecimiento educativo, ubicación de su planta física, niveles, ciclos y modalidades que ofrecerá, número máximo de estudiantes que puede atender y tarifas de matrícula y pensión para los grados que ofrecerá durante el primer año de funcionamiento. (Decreto 3433 de 2008, artículo 20).

(...)

Artículo 2.3.2.1.9. Modificaciones. Las novedades relativas a cambio de sede dentro de la misma entidad territorial certificada, apertura de nuevas sedes en la misma jurisdicción, cambio de nombre del establecimiento educativo o del titular de la licencia, ampliación o disminución de los niveles de educación ofrecidos, fusión de dos o más establecimientos educativos, o una modificación estructural del PEI que implique una modalidad de servicio distinto o en el carácter de la media, requerirán una solicitud de modificación del acto administrativo mediante el cual se otorgó la licencia de funcionamiento. Para tales efectos, el titular de la licencia presentará la solicitud, a la que anexará los soportes correspondientes.

Cuando un establecimiento traslade la totalidad de sus sedes a otra entidad territorial certificada, la secretaría de educación que recibe al establecimiento, previa verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos, expedirá la nueva licencia, dejando en esta constancia de la anterior, y oficiará a la secretaría de educación correspondiente para que cancele la licencia anterior. El particular conservará sus archivos e informará el cambio de sede y la nueva dirección a la secretaría de educación de la entidad territorial certificada en la que estaba ubicado.

Parágrafo. El particular está obligado a informar de la decisión de cierre del establecimiento a la comunidad educativa y a la secretaría de educación en cuya jurisdicción opere, con no menos de seis (6) meses de

anticipación. En este caso, el establecimiento entregará a la secretaría de educación de la respectiva entidad territorial los registros de evaluación y promoción de los estudiantes, con el fin de que esta disponga de la expedición de los certificados pertinentes. (Decreto 3433 de 2008, artículo 9).” (Negritas y subrayado fuera de texto)

Ninguno de los artículos 2.3.2.1.2. al 2.3.2.1.11. del DURSE, mediante los cuales se regula la expedición de licencias de funcionamiento de establecimientos de educación preescolar, básica y media privados, establece que la expedición de la misma constituya la creación de una persona jurídica u otorgue personería jurídica al establecimiento educativo al cual se le concede la licencia para funcionar. Adicionalmente, si el establecimiento educativo tuviese personería jurídica propia, no habría necesidad de que el titular de la licencia de funcionamiento fuese el propietario del establecimiento y no el mismo establecimiento educativo, como lo establece el inciso 2 del artículo 2.3.2.1.2. del DURSE.

Bajo las anteriores premisas normativas, se puede concluir parcialmente que quienes tienen personería jurídica son: i) las entidades territoriales certificadas en educación que administran el establecimiento educativo oficial, ii) el o los propietarios del establecimiento de educación preescolar, básica y media privado, más no el establecimiento educativo propiamente dicho, iii) la entidad pública a la cual está adscrito o vinculado el establecimiento educativo de régimen especial correspondiente.....”. (Negrita y subrayas fuera del texto).

Teniendo en cuenta que la Fundación Escolar Nelson Mandela F.E.N.M. es la actual propietaria del Establecimiento Educativo Privado Nelson Mandela o en su defecto la persona natural **NERCIN LOPEZ DE GOMEZ**, y como quiera que en el asunto de la referencia se integró el contradictorio con un establecimiento educativo y no con su propietario, se advierte la configuración de la excepción de **INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR FALTA DE PRESUPUESTOS PROCESALES DEL MEDIO DE CONTROL INCOADO**, pues la vinculada no cuenta con capacidad procesal para ser parte.

En relación con la capacidad para ser parte como presupuesto procesal de la acción la Sección Tercera - Subsección A del Consejo de Estado en providencia del 3 de abril de 2013, Radicación Número: 25000-23-26-000-1998-01918-01(25492), Actor: SOCIEDAD EXPORTACIONES EL DORADO LIMITADA, Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS, Consejero Ponente Dr. HERNAN ANDRADE RINCON, precisó:

“3. Capacidad procesal de la parte actora 3.1.

Sea lo primero indicar que sobre la capacidad procesal y sus consecuencias respecto del curso de la actuación, la jurisprudencia de la Sala ha sostenido que: “La doctrina y la jurisprudencia han coincidido en señalar que la capacidad para ser parte es la aptitud legal que se tiene para ser sujeto de la relación jurídico - procesal, es la capacidad que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones procesales, para realizar directamente o por intermedio de sus representantes actos procesales válidos y eficaces, así como para asumir las cargas y responsabilidades que se desprendan del proceso.

El artículo 44 del C. de P.C., dispone que toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso y que tienen la capacidad para comparecer por sí mismas las personas que pueden disponer de sus derechos; las demás deben comparecer por medio de sus representantes o debidamente autorizados por éstos con sujeción a las normas sustanciales.

Particularmente, en lo que a las personas jurídicas concierne, la misma norma prevé que éstas deben comparecer al proceso por medio de sus representantes con arreglo a lo dispuesto por la Constitución la ley o los estatutos”.

3.2 En este sentido, es preciso distinguir entre la falta de capacidad procesal para incoar la acción y la falta de legitimación en la causa por activa, comoquiera que son instituciones jurídicas diferentes respecto de sus características y efectos.

3.2.1 En efecto, en relación con la falta de capacidad procesal, la jurisprudencia ha sostenido que constituye un presupuesto procesal de la acción que, de no encontrarse satisfecho, da lugar a proferir fallo inhibitorio, pues constituye la potestad de exigir al Estado su tutela judicial, es decir, es el derecho procesal de acudir ante la administración de justicia para invocar una pretensión.

En tal sentido, habrá falta de capacidad procesal cuando, entre otros eventos, alegándose la condición de persona jurídica de derecho privado, no se demuestra en debida forma la existencia de la misma ni la representación legal -esto es, mediante la presentación de la certificación de registro en la Cámara de Comercio competente-, o cuando siendo persona natural incapaz, no se acude al proceso por intermedio del representante o de la persona debidamente autorizada.

En ambos casos es claro que el derecho de acción no se encuentra acreditado y, por tanto, no es posible entabrar la relación jurídico-procesal frente al demandado. En efecto, así se consideró en sentencia de 24 de mayo de 20121:

Es bien sabido que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 137 numeral 1º del C.C.A., toda demanda que se presente ante la jurisdicción contencioso administrativa debe contener ‘La designación de las partes y sus representantes’ y que en concordancia con lo anterior, el artículo 97 numeral 6º del C. de P. C., establece la excepción consistente en no haberse presentado con la demanda la prueba de la calidad en que actúe el demandante, norma que por remisión del artículo 267 del C.C.A. es aplicable en esta jurisdicción especializada.

En atención a las incongruencias advertidas y teniendo en cuenta la falta de precisión en la designación de la parte y la ausencia de prueba con respecto a su existencia y representación legal, estima la Sala que la demanda deviene sustancialmente inepta.

Por lo mismo, la Sala declarará probada de manera oficiosa la excepción de ineptitud sustancial de la demanda, por no haberse determinado con precisión cuál de las tres (3) entidades citadas en el libelo es la que realmente obra como demandante y no haberse allegado tampoco la prueba de la calidad que ostenta la parte actora.

*Por dicha razón, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia para proferir en su lugar una decisión inhibitoria”
(.....)*

3.3 Con fundamento en lo expuesto y por las razones que pasan a explicarse, la Sala considera que la parte demandante no acreditó su capacidad procesal y que, en consecuencia, corresponde proferir fallo inhibitorio por ineptitud de la demanda, pues, como ya se explicó, al tenor de lo señalado por la jurisprudencia de la Sala, aquella constituye una condición necesaria “para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y, en esa medida, se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa”.

3.3.1 En efecto, de conformidad con la demanda incoada y el poder otorgado para instaurar la acción de la referencia (fl. 1, c. 1), el señor Carlos Alcides Procel Gallegos actúa en “calidad de representante legal de la sociedad Exportaciones El Dorado Ltda., constituida por la escritura pública n.º 4653 de la Notaría 3 de Bogotá y matrícula 0000425 de la Cámara de Comercio de Bogotá”(fl. 5, c. 1).

3.3.2 Sin embargo, la Sala observa que en el expediente no obra una sola prueba sobre la existencia de la sociedad referida ni de su representación legal en cabeza del señor Carlos Alcides Procel Gallegos. De hecho, en el proceso únicamente reposa lo siguiente:

3.3.2.1 Resolución n.º 5249 expedida por la D.I.A.N. el 24 de noviembre de 1994 “Por la cual se establecen los requisitos para la autorización de depósitos francos”(fls. 3 a 5, c. 2).

3.3.2.2 Ley 105 de 1993 “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”(fl. 7 a 55, c. 2).

3.3.2.3 Decreto 2724 de 1993 “Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y se determinan sus funciones”(fls. 18 a 55, c. 2).

3.3.2.4 Decreto 1693 de 1997 “Por el cual se separa funcionalmente la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales” (fl. 57 a 87, c. 2).

3.3.2.5 Decreto 1725 de 1997 “Por el cual se organiza internamente y se distribuyen las funciones de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales” (fls. 88 a 148, c. 2).

3.3.2.6 Decreto 1909 de 1992 “Por el cual se modifica parcialmente la legislación aduanera”(fls. 149 a 154, c. 2).

3.3.2.7 Dictamen pericial practicado a petición de la parte demandante (fls. 3 a 18, c. 3), con el objeto de establecer “el valor de los perjuicios de todo orden ocasionados (...), como consecuencia de la aprehensión y confiscación de las mercancías de que trata el presente negocio, conforme a los lineamientos generales que se han determinado en la demanda” (fl. 3, c. 3).

3.3.3 De este modo, comoquiera que en el plenario no obra prueba sobre la existencia de la sociedad referida ni de su representación legal en cabeza del señor Carlos Alcides Procel Gallegos, y dado que ello se traduce en la falta de capacidad procesal de la parte demandante, corresponde proferir fallo inhibitorio por ineptitud de la demanda, como en efecto se hará...”. (Se destaca por la suscrita).

En el caso bajo examen la parte actora no aportó con la demanda el Certificado de Existencia y Representación de la FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA F.E.N.M., y cuando dicha falencia fue advertida por el Juzgado de conocimiento, se aportó un CERTIFICADO DE MATRÍCULA de un establecimiento de comercio y un documento expedido por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali en el que se informa al peticionario sobre la dirección del Establecimiento Educativo Privado y su propietario, así como del acto administrativo a través del cual se le otorgó la Licencia de Funcionamiento, tal documento no constituye un CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN de la Fundación Escolar Nelson Mandela F.E.N.M, pues la Secretaría de Educación del Municipio de Cali no es la competente para expedirlo, siendo el Departamento del Valle del Cauca el competente para expedir tales certificaciones al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1529 de 1990 “*Por el cual se reglamenta el reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas de asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, en los departamentos*”.

Con fundamento en lo expuesto le solicito Señor Magistrado se sirva declarar de oficio como probada la excepción de INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR FALTA DEL PRESUPUESTO PROCESAL DE LA CAPACIDAD PARA SER PARTE del Establecimiento Educativo Fundación Nelson Mandela, el cual no goza de personería jurídica y por tanto no puede ser sujeto de derechos y obligaciones, pues su comparecencia a un proceso judicial debió surtirse a través de su propietario.

Excepción de Falta de Agotamiento de la Conciliación Prejudicial como requisito de procedibilidad del medio de control de reparación directa.

Señor Magistrado en el asunto de la referencia la FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA F.E.N.M o la señora **NERCIN LOPEZ DE GOMEZ**, jamás fueron notificados de la solicitud de conciliación prejudicial, al parecer la convocatoria se surtió con el establecimiento educativo Fundación Escolar Nelson Mandela, el cual no es una persona jurídica y por ende no se cumplió con el requisito de agotamiento de conciliación prejudicial con el propietario del Establecimiento Educativo Privado, quien tiene la capacidad procesal para ser parte dentro de un proceso judicial.

Bajo tales consideraciones, le solicito se sirva declarar probada la excepción de falta de agotamiento de la conciliación prejudicial como requisito para acudir al medio de control de reparación directa respecto del extremo pasivo FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA F.E.N.M., identificada con NIT 805019308-7.

Lo anterior con fundamento en lo dispuesto en el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 que consagra como requisito previo para demandar el agotamiento de la conciliación prejudicial en toda demanda en las que se formulen pretensiones relativas a nulidad y restablecimiento del derecho, **reparación directa** y controversias contractuales (numeral 1).

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN EN RELACIÓN CON LA DECISIÓN DE CONDENA al establecimiento educativo Fundación Escolar Nelson Mandela.

En el evento en que la Sala de Decisión se abstenga de declarar probadas las excepciones formuladas, le solicito tener en cuenta los siguientes argumentos contra la Sentencia del 4 de diciembre de 2023.

Inexistencia de solidaridad entre la Corporación para la Recreación Popular y el establecimiento educativo Fundación Nelson Mandela, propiedad de la Fundación Escolar Nelson Mandela F.E.N.M.

El A quo condenó de manera solidaria a la Corporación para la Recreación Popular y al Establecimiento Educativo Fundación Nelson Mandela respecto del 70% de la condena, sin embargo entre una y otra no existe solidaridad por así consagrarlo expresamente el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 en el que se dispuso:

ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA. *En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

En relación con la inexistencia de la solidaridad entre particulares y entidades públicas, consideró el Consejo de Estado en providencia del 5 de octubre de 2020, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente Dr. RAMIRO PAZOS GUERRERO, Radicación número: 25000-23-36-000-2012-00214-01(59479), Actor: JOSÉ ANTONIO RINCÓN CARRIÓN Y OTROS, lo siguiente:

“200. Al respecto, es importante señalar que el demandante solicitó que la condena en el presente caso sea solidaria a la luz de la codificación civil. Empero, ello no será así, ya que la Ley 1437 de 2011, en el referido artículo 140, expresamente se apartó del concepto de solidaridad contenido en artículo 2344 del Código Civil con el fin de tutelar el patrimonio público.

201. Finalmente, conviene hacer hincapié que este es uno de los cambios más importantes introducidos al medio de control de reparación directa en la Ley 1437 de 2011, pues el legislador determinó, en ejercicio de su libre configuración, que en los eventos donde el daño antijurídico sea imputable de manera concurrente a particulares y entidades públicas,

obligatoriamente, se deberá determinar en la sentencia la proporción por la cual debe responder cada una de ella. De esta manera, en materia de reparación directa, fenece la responsabilidad solidaria respecto a la parte demandada establecida en el artículo 2344 del Código Civil y aplicada por la jurisprudencia de manera constante en vigencia del C.C.A., para establecer y fijar como regla legal y como lex specialis (art. 140 del CPACA) una responsabilidad proporcional a la influencia causal de la acción u omisión en el hecho dañoso”.

En aplicación del precepto en cita, deberá revocarse parcialmente la Sentencia para en ella disponer que la causa eficiente del deceso del menor ESTEBAN HERNANDEZ CAICEDO (q.e.p.d) lo fue el incumplimiento de las normas reglamentarias sobre el uso de las piscinas de uso colectivo abiertas al público como lo es la Unidad Recreativa en la que ocurrió el lamentable hecho, para cuyo efecto le solicito a la Sala de Decisión tenga en cuenta los siguientes argumentos:

Para la fecha del acaecimiento del lamentable deceso del menor, se encontraba vigente el Decreto 554 de 2015, reglamentario de la Ley 1209 de 2008, expedido el día 27 de marzo de 2015, del cual se destacan los siguientes apartes:

“DECRETO 554 DE 2015

(marzo 27)

por el cual se reglamenta la Ley 1209 de 2008. Subtipo: DECRETO REGLAMENTARIO

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de lo previsto en la Ley 1209 de 2008, y

CONSIDERANDO:

Que la Ley 1209 de 2008, por la cual se establecen normas de seguridad en piscinas, fue objeto de reglamentación por parte del Gobierno nacional mediante Decreto número 2171 de 2009 al señalar medidas aplicables a las piscinas y estructuras similares;

Que de conformidad con el artículo 221 de la Ley 9ª de 1979, le corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social reglamentar lo relacionado con la construcción y mantenimiento de las piscinas y similares;

Que el precitado reglamento, al disponer dichas medidas, estableció que el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, definiría algunos aspectos relacionados con la construcción, buenas prácticas sanitarias, características del agua y dispositivos de seguridad;

Que en desarrollo de la normativa expedida, las entidades territoriales han señalado al Ministerio dificultades en su aplicación, así como han presentado observaciones respecto de algunos requisitos técnicos sobre los dispositivos de seguridad que se utilizan en las piscinas, comoquiera que actualmente no existen en Colombia organismos de evaluación de la conformidad acreditados ante el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (ONAC) que certifiquen el cumplimiento de lo dispuesto en el reglamento técnico del Ministerio de Salud y Protección Social;

En mérito de lo expuesto,

DECRETA:

TÍTULO I

PISCINAS DE USO COLECTIVO ABIERTAS AL PÚBLICO EN GENERAL

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1º. Objeto. El objeto del presente título es determinar las medidas de seguridad aplicables a los establecimientos de piscinas de uso colectivo abiertas al público en general que deben ser cumplidas por los responsables de las mismas, tendientes a prevenir y controlar los riesgos que afecten la vida y la salud de las personas.

Artículo 2º. Campo de aplicación. De conformidad con lo previsto en los artículos 2º, 4º, literal b), y 11 de la Ley 1209 de 2008, las disposiciones del presente título se aplican a las personas naturales o jurídicas que presten servicio de piscina abierto al público en general, ubicadas en instalaciones tales como: centros vacacionales y recreacionales, escuelas, entidades o asociaciones, hoteles, moteles o similares.

(.....)

Artículo 7º. Normas mínimas de seguridad. Los responsables de piscinas de que trata el presente título deberán acatar obligatoriamente las siguientes normas mínimas de seguridad:

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

7.2. Deberá mantenerse permanentemente el agua limpia y sana, de conformidad con los parámetros que se establezcan según lo previsto en el artículo 6º del presente decreto.

7.3. Se deberá tener un botiquín de primeros auxilios con material para curaciones.

7.4. Deberán permanecer en el área de la piscina por lo menos dos (2) flotadores circulares con cuerda y un bastón con gancho.

7.5. Se deberá escribir en colores vistosos y en letra grande, visible con claridad para cualquier persona la profundidad máxima de la piscina.

7.6. Deberá haber en servicio las veinticuatro (24) horas del día en el sitio de la piscina un teléfono o citófono para llamadas de emergencia.

Artículo 8º. Dispositivos de seguridad. Los dispositivos de seguridad que se utilicen en estanques de piscina son el cerramiento, la alarma de agua o el detector de inmersión, las cubiertas antiatrapamiento y el sistema de seguridad de liberación de vacío, los cuales deberán obtener el respectivo certificado de conformidad, de acuerdo con lo señalado en el reglamento técnico que expida el Ministerio de Salud y Protección Social.

Parágrafo. Mientras no existan en Colombia organismos de evaluación de la conformidad acreditados ante el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (ONAC), que certifiquen el cumplimiento de los dispositivos con el reglamento técnico que expida el Ministerio de Salud y Protección Social, se entenderán homologados con la declaración de conformidad de primera parte del proveedor.

El Ministerio de Salud y Protección Social, dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del presente decreto, deberá expedir un formato y un instructivo para efectuar dicha declaración.

Artículo 9º. Plan de seguridad de piscinas. El plan de seguridad de piscinas debe contener información relacionada con la construcción y localización de equipos y desagües, sistemas eléctricos e hidráulicos y su respectivo mantenimiento, procedimientos de seguridad para garantizar la salud de los usuarios que incluya atención de emergencias o incidentes y evacuación, sistema de tratamiento del agua, hojas de seguridad de los productos y sustancias químicas empleadas e incompatibilidades de las mismas, manuales de operación y de capacitación del personal y mantenimientos de rutina.

El plan podrá ser objeto de verificación en cualquier momento por parte de la dependencia u oficina administrativa que determine el municipio o distrito.

(.....)

CAPÍTULO IV

Obligaciones de los responsables, padres, acompañantes y bañistas

Artículo 12. Responsabilidad de los bañistas, padres y acompañantes de bañistas menores de edad. Los bañistas, padres y acompañantes de bañistas menores de edad, tienen la responsabilidad de:

12.1. Cumplir con el reglamento de uso de las piscinas que cada establecimiento contemple conforme con lo dispuesto en el presente título.

12.2. Informar sobre cualquier situación de riesgo en el establecimiento de piscinas a sus responsables, operarios o piscineros.

CAPÍTULO V

Inspección, vigilancia y control

Artículo 13. *Competencias de los municipios y distritos. En desarrollo del artículo 9° de la Ley 1209 de 2008, los municipios y distritos, en su respectiva jurisdicción, serán responsables a través de la dependencia u oficina administrativa que estos determinen, de lo siguiente:*

13.1. *Autorizar el funcionamiento del establecimiento de piscina en su jurisdicción, mediante la certificación de cumplimiento de normas de seguridad en piscina.*

13.2. *Realizar la correspondiente verificación de cumplimiento de las acciones contempladas en el plan de seguridad de la piscina.*

13.3. *Aplicar las sanciones a que haya lugar a los responsables de las piscinas que incumplan con lo dispuesto en el presente título y las normas que expida el Ministerio de Salud y Protección Social sobre la materia. Para el efecto, tendrán en cuenta lo señalado en el Capítulo V de la Ley 1209 de 2008 o la norma que la modifique, adicione o sustituya.*

Artículo 14. *Competencias de las autoridades sanitarias departamentales, distritales y municipales categoría especial 1, 2 y 3. En desarrollo de los artículos 43 y 44 de la Ley 715 de 2001, las autoridades sanitarias departamentales, distritales y municipales categoría especial 1, 2 y 3, deben realizar lo siguiente:*

14.1. *Ejercer la inspección, vigilancia y control sanitario sobre los establecimientos de piscinas, para lo cual podrán aplicar las medidas sanitarias de seguridad pertinentes, de conformidad con lo previsto en la Ley 9ª de 1979 o la norma que la modifique, adicione o sustituya.*

14.2. *Expedir el concepto sanitario sobre el cumplimiento de las exigencias sanitarias.*

14.3. *Mantener actualizada la información sobre el número de establecimientos de piscinas existentes en su jurisdicción.*

(.....)

TÍTULO IV

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 20. *Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto número 2171 de 2009.....”*

De conformidad con el Decreto reglamentario en cita es claro que para la fecha en que ocurre el lamentable hecho, ya existía la obligación del Centro Recreacional de implementar todas las medidas de seguridad para los bañistas, de manera que descendiendo al caso bajo análisis debe precisarse que en la ocurrencia del hecho resultó determinante la inexistencia de barreras de acceso a la piscina en la que el menor de edad se ahogó.

A esta conclusión se llega como quiera que quedó acreditado que en el centro vacacional existían dos piscinas, una de mayor profundidad, en la cual ocurrió el hecho y que no contaba con el cerramiento de seguridad que tenía por finalidad evitar el ingreso de menores de edad sin la compañía de un adulto.

De acuerdo a las declaraciones recolectadas por el funcionario de policía judicial la docente se encontraba con su grupo de educandos en la piscina pequeña, cuya profundidad no ofrecía un mayor riesgo para los menores bañistas, y el menor ESTEBAN HERNANDEZ CAICEDO (q.e.p.d) ingresa a la piscina de adultos ante la inexistencia de barreras de acceso e igualmente ante la falta de percepción del único salvavidas que se encontraba en ese momento en el Centro Recreativo.

Debe tenerse en cuenta además que el Salvavidas señaló en su dicho que su función era la de supervisar la piscina de adultos, existiendo solo una en el Centro

Recreativo, supervisión que implicaba no sólo advertir sobre un posible ahogamiento sino sobre el ingreso de menores de edad en compañía de un adulto responsable.

Ahora bien, aunque existía un deber de cuidado compartido entre el Centro Recreacional y los docentes que tenían bajo su cuidado a los menores, este en tratándose de la seguridad del lugar estaba a cargo de la Corporación, mientras que respecto de los docentes dicha labor se cumplió no solo al momento de escoger el sitio en que se llevaría a cabo la actividad recreativa, seleccionando para el efecto un Centro Recreacional operado por una entidad pública que ofreciera una garantía en el cumplimiento de las normas de seguridad, es decir, que los menores no fueron llevados a un sitio irregular o clandestino, o particular.

Debe tenerse en cuenta entonces señor Magistrado que la falta de cerramiento del área de la piscina de adultos del Centro Recreativo y la ineficaz supervisión del salvavidas fueron las causas determinantes en el deceso del menor.

Con sustento en lo anterior le solicito a la Sala de Decisión se abstenga de condenar al establecimiento educativo Fundación Nelson Mandela.

En estos términos dejo expresados los argumentos de inconformidad con la sentencia de primera instancia, solicitando a la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca revocar el Fallo y en su lugar inhibirse para emitir una decisión de responsabilidad en relación con el establecimiento educativo privado FUNDACIÓN ESCOLAR NELSON MANDELA vinculado como extremo pasivo, o en su lugar absolver al establecimiento educativo de toda responsabilidad en el deceso del menor.

Cordialmente,



PAOLA ANDREA BEJARANO VERGARA.

C.C No. 29.177.332 de Cali
T.P. 200.324 del C.S de la J.