

Medio de control: Reparación Directa
Radicación: 5200133330012014-00213-01
Número interno: 6115
Demandante: Segundo Raúl Acosta y otros
Demandado: Nación – Departamento de Nariño – Comfamiliar de Nariño
Temas: Responsabilidad por actividades peligrosas
Decisión: Revoca - accede
Segunda instancia
Sentencia N° D003-93-23

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN**

MAGISTRADA PONENTE: SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY¹

San Juan de Pasto, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)².

I. ASUNTO

Agotado el trámite correspondiente, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra la sentencia de 18 de septiembre de 2017, mediante la cual el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pasto accedió las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES:

2.1. La demanda (Pdf 01, fl. 7-26):

El señor Segundo Raúl Acosta Pantoja (padre), Ginna Paola Hurtado Cabrera (madre), Evelin Katherine Acosta Hurtado (Hermana), Jessica Paola Acosta Hurtado (Hermana), Jaime Guillermo Hurtado Obando (Abuelo), Rosa Cabrera Díaz (Abuela), Luz María Pantoja De Acosta (Abuela); mediante apoderado judicial debidamente constituido, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa en contra del Departamento de Nariño y la Caja de Compensación Familiar de Nariño - COMFAMILIAR-, solicitando se les declare responsables, por los perjuicios materiales y morales ocasionados en virtud del deceso del menor Steven Danilo Acosta Hurtado, acaecido el día 14 de octubre de 2013.

2.2. Tesis de la parte demandante.

¹ La ortografía y redacción de esta providencia son responsabilidad exclusiva de la Magistrada Ponente.

² Con ocasión de la emergencia sanitaria generada por el COVID-19, el Consejo Superior de la Judicatura expidió los Acuerdos PCSJA20-11517 de 15 de marzo de 2020, PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020, PCSJA20-11526 de 22 de marzo de 2020, PCSJA20-11532 de 11 de abril de 2020, PCSJA2011546 de 25 de abril de 2020, PCSJA20-11549 de 7 de mayo de 2020 y PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020 y PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 en virtud de los cuales los términos judiciales se suspendieron entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020, salvo algunas excepciones, entre las cuales no se incluyeron los procesos electorales. Así mismo, el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, adoptó el Acuerdo No. CSJNAA20-39 del 16 de julio de 2020 por el cual dispuso el cierre de las sedes judiciales y dependencias administrativas ubicadas en la cabecera del Circuito Judicial de Pasto temporalmente. Por otra parte, el Consejo Seccional de la Judicatura dispuso la digitalización de expedientes en enero de 2021, actividad que se llevó a cabo por parte de Servisoft, no obstante, ante la tardanza en adelantar la digitalización y los inconvenientes presentados con dicha empresa, los expedientes fueron digitalizados en gran parte por el personal del despacho.

En síntesis, la parte actora relató que para el día 5 de octubre de 2013, mientras el menor Steven Danilo Acosta Hurtado se encontraba iniciando una fogata en compañía de sus amigos³ en el parque Chapalito de esta ciudad, fueron perseguidos por el vigilante del lugar de nombre Fredy Aldemar Vallejo, quien propinó un disparo con una escopeta que impactó en la cabeza del citado menor, quedando gravemente herido. En virtud de lo anterior, el menor debió ser trasladado al Hospital Infantil Los Ángeles, donde finalmente falleció el día 14 de octubre de 2013, producto de las heridas causadas.

En línea con lo anterior, expuso que el parque Chapalito es de propiedad del departamento de Nariño y, mediante contrato No. 118009 del 11 de noviembre de 2009 suscrito con la Caja de Compensación Familiar de Nariño, se delegó en cabeza de esta última, las funciones dirigidas al fomento de la recreación, deporte y aprovechamiento del tiempo libre, que se encuentran establecidas, en principio, a cargo del ente departamental, mismo que conservó la obligación de control y vigilancia del acuerdo.

Finalmente, destacó que, en el marco de dicha relación contractual, Comfamiliar contrató el servicio de vigilancia con la empresa Seguridad del Sur Ltda, actividad que se encuentra catalogada como peligrosa, y por tal, compromete la responsabilidad del contratante y contratista.

2.3. La sentencia apelada. (PDF 04. Fls. 141-177)

Previa reseña de los elementos de prueba y la posición jurisprudencial aplicable a casos como el presente, el juzgado de primera instancia emitió fallo en el que declaró responsable a la parte demandada, bajo la siguiente argumentación:

Consideró demostrada la ocurrencia del daño, consistente en la muerte de Steven Danilo Acosta Hurtado, ocurrida el 14 de octubre de 2013, al igual que las relaciones de parentesco enunciadas por quienes acudieron como demandantes.

En punto con las circunstancias concretas que se reclaman en la demanda, tuvo como probado que para el 5 de octubre de 2013, el menor Acosta Hurtado se encontraba en el parque Chapalito con Mario Alejandro Buesaquillo Montenegro y Jose Alfonso Jurado Pinta. Siendo aproximadamente las 4 pm, los menores estaban encendiendo unos cartones cuando el vigilante del parque -asignado por la empresa Seguridad del Sur Ltda.⁴ e identificado como Fredy Aldemar Vallejo Jurado- los persiguió y les hizo señas para que se detuvieran, sin embargo, los niños salieron corriendo, y en ese momento, el vigilante disparó al aire con su arma de dotación – con salvoconducto –, no obstante, la bala impactó en la cabeza de Steven Danilo Acosta Hurtado. Resaltó que no se probó que los menores citados portaran armas de fuego.

Encontró probado igualmente, que para el momento de los hechos, Comfamiliar tenía a su cargo la administración del parque en virtud del convenio interadministrativo suscrito con el departamento de Nariño, siendo este último el propietario del lugar.

³ Los también menores Mario Alejandro Buesaquillo Montenegro y José Alfonso Jurado Pinta

⁴ Empresa contratada por Comfamiliar de Nariño para la prestación del servicio de vigilancia en el parque Chapalito.

Con base en lo anterior, el Juzgado de primera instancia estimó que el daño se causó en relación con el servicio público de vigilancia prestado sobre un bien público, identificado lo cual, estableció que la actuación desplegada por el señor Fredy Aldemar Vallejo Jurado al accionar su arma, da cuenta de un uso excesivo de la fuerza, pues en el contexto en el que ocurrieron los hechos, es claro que la acción del arma fue imprudente y desproporcionada, más aún si se tiene en cuenta la intención de huida de los menores al advertir la presencia del vigilante, así como el hecho de que no se demostró que aquellos portaban armas.

Concluyó así, que el vigilante asignado al parque Chapalito no cumplió la regulación existente sobre el uso de armas en la vigilancia y seguridad privada⁵, echándose de menos también la demostración del cumplimiento de los requisitos legales para el porte y uso de armas de fuego en el servicio de vigilancia, pues, además del salvoconducto, se requería que el señor Vallejo Jurado portara su credencial de identificación y fotocopia auténtica del permiso de porte respectivo.

En este entendido, afirmó la actuación del encargado de la vigilancia no se desplegó de forma adecuada y proporcional para prevenir una amenaza, y en cambio, su acción fue imprudente, afectando la integridad y vida de un menor de edad, circunstancias con base en las cuales fue objeto de condena en el ámbito penal y que, además, son susceptibles de configurar faltas disciplinarias.

Resaltó el *a quo* que dentro de la causa penal iniciada en contra del citado señor Fredy Aldemar, afirmó que los menores le habrían apuntado con *un arma negra*, sin embargo, dicho supuesto no pudo comprobarse. Sin perjuicio de lo anterior, recalcó que, tratándose de menores de edad, se exigía una conducta más cuidadosa en relación con el manejo de armas de fuego, precepto que debía ser conocido por el señalado vigilante, en razón de su actividad laboral, el lugar en el cual prestaba su servicio y las circunstancias que rodearon los hechos – como la hora del día que permitía verificar que se trataba de menores de edad que intentaban escapar ante las amenazas del vigilante-.

Corolario de lo dicho, se estableció la configuración de una falla del servicio a cargo del señor Fredy Aldemar Vallejo, por cuanto (i) accionó su arma de dotación para ahuyentar a unos menores de edad, (ii) no tuvo en cuenta que los menores abandonaban el lugar sin oponer resistencia, (iii) no observó los lineamientos legales previstos para el uso y porte de armas de fuego en el servicio de vigilancia, y (iv) a pesar de su preparación, realizó un disparo al aire, sin prever la posibilidad de herir a uno de los menores, como en efecto ocurrió, llevando al deceso de Steven Danilo Acosta.

De acuerdo con lo anterior, aseguró que el daño reclamado por los actores, es imputable a título de falla en el servicio por el hecho del contratista, extensible de forma solidaria al departamento de Nariño, Comfamiliar de Nariño y Seguridad del Sur. En este punto, se estableció la viabilidad de hacer efectivas las pólizas adosadas como base del llamamiento en garantía formulado por Comfamiliar y Seguridad del Sur a las aseguradoras Mapfre Seguros de Colombia y Axxa Colpatría, respectivamente, debiendo cubrir hasta el monto asegurado.

Así las cosas, prosiguió con la verificación de los perjuicios morales reclamados en la demanda, con base en los parámetros señalados en la sentencia de unificación

⁵ Resolución 2852 de 2006 proferida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Decreto 356 de 1994 y 2535 de 1993.

del Consejo de Estado, teniendo en cuenta el vínculo acreditado por cada demandante en relación con la víctima directa.

A su vez, se reconoció reparación por este mismo concepto en favor de la sucesión de Steven Danilo Acosta Hurtado, por el daño que debió padecer a partir del día 5 de octubre de 2013, día de la lesión, hasta el día 14 de octubre de 2013, día que falleció.

Finalmente, el *a quo* decidió no condenar en costas.

2.4. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE (PDF 4. FL 215-217).

Inconforme con la decisión del juzgado de primera instancia, la parte demandante expuso, en concreto, los siguientes reparos:

- Afirmó que, la muerte de Steven Danilo Acosta Hurtado encuentra su origen en un hecho punible, y en tal medida, el tope indemnizatorio de perjuicios morales fijado en sentencia de unificación, es pasible de superarse, pudiendo llegar a imponer condenas por hasta 1000 smlmv. Al respecto, indicó que el *a quo* se encuentra en la obligación de aplicar el precedente judicial que fue establecido en sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013. No obstante, esta autoridad desestimó dicho precedente sin ofrecer una justificación o motivo para su decisión de apartarse del mismo, a pesar de que la demanda hacía referencia a este precedente vertical.
- Cuestionó la negativa del despacho de primera instancia, en reconocer la indemnización por daño a la salud en favor de la sucesión de Steven Danilo Acosta Hurtado, limitándose al reconocimiento de daños morales. Afirmó al respecto, que se negó la indemnización por el daño a la salud a favor de la sucesión argumentando con base en la sentencia del 23 de octubre de 2017 del Consejo de Estado, en la que no se hace referencia específica a este tipo de daño, frente a lo cual aseguró que si el dolor moral, que se considera de naturaleza patrimonial y transmisible, es indemnizable, entonces el daño a la salud, bajo la misma lógica, también debería serlo.

2.5. RECURSO DE APELACIÓN SEGURIDAD DEL SUR⁶ (PDF 4. FL 232- 234)

La parte demandada expuso, en concreto, los siguientes reparos:

- Señaló que, la sentencia emitida el 18 de diciembre de 2017 cometió un error al condenar a la empresa Seguridad del Sur Ltda., considerándola equivocadamente como demandada en calidad de deudora solidaria, a pesar de que la demanda originalmente se dirigía exclusivamente contra el Departamento de Nariño y Comfamiliar de Nariño, pasando por alto que la empresa fue vinculada al proceso en calidad de llamada en garantía por Comfamiliar de Nariño.
- Sostuvo que, el juez no cumplió con su obligación de analizar la relación contractual entre Comfamiliar de Nariño y Seguridad del Sur Ltda. como parte

⁶ Vinculada como llamada en garantía por la Caja de Compensación Familiar de Nariño, de acuerdo con auto del 9 de octubre de 2014 (fl. 284, pdf 08)

del proceso de llamamiento en garantía. En lugar de eso, emitió un fallo que la condenó de forma incorrecta como deudora solidaria. Argumentó que en una decisión anterior, el juez había aceptado el llamamiento en garantía bajo ciertas condiciones contractuales, y consideró que este contrato debería haber sido tenido en cuenta antes de dictar la sentencia.

2.6. RECURSO DE APELACIÓN MAPFRE⁷ (PDF 4. FL 235-237)

Inconforme con la decisión del juzgado de primera instancia, la parte demandada expuso, en concreto, los siguientes reparos:

- Afirmó que discrepa con la conclusión del juez respecto a la responsabilidad solidaria atribuida al Departamento de Nariño, Seguridad del Sur Ltda. y la Caja de Compensación Familiar de Nariño en relación a los daños ocasionados en el caso de la muerte de Steven Danilo Acosta. Su argumento se basa en el material probatorio presentado, principalmente la investigación penal, según los cuales se puede concluir que el vigilante involucrado no actuó de manera negligente ni con la intención de causar daño.

En este sentido, argumentó que, el vigilante efectuó un disparo al aire en respuesta a una posible amenaza por parte de los jóvenes, quienes hicieron caso omiso al llamado de atención formulado, al tiempo que, de acuerdo con el informe de balística recaudado, el disparo que resultó en la lesión de Steven Danilo Acosta Hurtado fue accidental debido a la desviación del proyectil al chocar con otro objeto, fenómeno conocido como "*efecto bola de billar*".

- Además, señaló que, la Caja de Compensación de Nariño no tuvo implicación alguna en los acontecimientos que condujeron a la muerte de Steven Danilo Acosta Hurtado, y, por ende, no debe ser considerada responsable de los daños reclamados, solicitó que se revoque la decisión del juez que asigna responsabilidad a la Caja de Compensación Familiar de Nariño enfatizando la falta de conexión entre sus actuaciones y el resultado perjudicial.

2.7. RECURSO DE APELACIÓN AXA COLPATRIA⁸ (PDF 4. FL 238-242)

Inconforme con la decisión del juzgado de primera instancia, la parte demandada expuso, en concreto, los siguientes reparos:

- Cuestionó que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta adecuadamente la culpa exclusiva de la víctima, la responsabilidad de los padres del menor y la alegación de fuerza mayor o caso fortuito. Además, señala que la condena por daños no se ajusta a la prueba presentada y que no se realizó un análisis adecuado de la relación entre el menor y sus familiares.

⁷ Vinculada como llamada en garantía por la Caja de Compensación Familiar de Nariño, de acuerdo con auto del 25 de agosto de 2015 (fl. 22, pdf 06)

⁸ Vinculada como llamada en garantía por la empresa Seguridad del Sur Ltda, de acuerdo con auto del 25 de agosto de 2015 (fl. 22, pdf 06)

- Mencionó que el vigilante actuó conforme a sus deberes establecidos en el Decreto 356 de 1994 al efectuar un disparo al aire con el propósito de disuadir a las personas que estaban iniciando un incendio, una acción prohibida por la ley, y cuestiona si se puede considerar desproporcionada una medida como un disparo al aire cuando no va dirigida a individuos específicos y no vulnera los derechos de nadie, particularmente cuando se trata de personas que están fuera de la legalidad.
- Resaltó que la conducta del menor, que intentó iniciar un incendio, provocó la reacción del vigilante y estas circunstancias no se consideraron adecuadamente en la sentencia inicial, debiendo conducir a la exoneración o, al menos, a la reducción de la condena impuesta a la parte demandada. Al respecto, cuestionó que no se analizó por el *a quo* las excepciones denominadas *culpa del menor y del padre del menor*, que podrían variar el sentido del fallo.
- Señaló que el informe de balística concluyó que el disparo que causó la muerte del menor no fue directo, sino que ocurrió debido a la desviación de la trayectoria del proyectil al chocar con otro perdigón, un fenómeno llamado efecto "*bola de billar*", situación que se erige como un caso fortuito, y que cuenta con la entidad de exonerar de responsabilidad a la empresa de seguridad, y con ello, a la recurrente llamada en garantía.

2.8. RECURSO DE APELACIÓN DEPARTAMENTO DE NARIÑO (PDF 04. FL. 243-249)

Inconforme con la decisión del juzgado de primera instancia, la parte demandada expuso, en concreto, los siguientes reparos:

- Argumentó que la sentencia de primera instancia violó el debido proceso al no considerar adecuadamente la competencia del juzgado para resolver el recurso relacionado con el desistimiento de la demanda presentada por la parte demandante. Así, señaló que mediante auto del 19 de mayo de 2017 se revocó el numeral segundo de la providencia del 27 de abril de 2017, en la que se decretó el desistimiento de las pretensiones de la demanda dirigidas en contra del ente territorial, poniendo fin al proceso frente a dicho extremo, a pesar de su carácter incondicional –sin encontrarse sujeto a la aprobación de la conciliación surtida en audiencia inicial-.

En tal medida, solicitó revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se acepte el desistimiento de la demanda respecto al departamento de Nariño.

- Sostuvo que el ente territorial no tiene responsabilidad en la administración y operación del parque recreacional Chapalito, ya que esta función recae en Comfamiliar de Nariño. Por lo tanto, afirma que el fallo de primera instancia es incorrecto y debería ser revocado.
- Señaló que el departamento no ha violado ninguna de sus responsabilidades de acuerdo con el marco legal vigente, y no existe evidencia de acciones u omisiones de su parte que hayan contribuido a los incidentes que generaron las reclamaciones, destacando que la empresa Seguridad Del Sur S.A. (sic)

y Comfamiliar son las únicas entidades responsables de dirigir y supervisar las tareas de vigilancia.

- Argumentó que no existen pruebas suficientes para establecer relación de parentesco entre la víctima y los demandantes Guillermo Hurtado Obando, Rosa Cabrera y Luz Marina Pantoja de Acosta, dado que no se ha presentado el registro civil correspondiente ni pruebas que respalden la relación afectiva.
- Sostuvo que el *a quo* impuso una condena solidaria, sin especificar el grado de responsabilidad ni la forma que se imputa a la entidad territorial. En tal medida, solicitó que en segunda instancia se determine la proporción por la cual debe responder cada una de las entidades declaradas responsables, debiendo aludirse, además, a la procedencia del reembolso a cargo del contratista – Comfamiliar de Nariño-, de lo pagado a título de indemnización, que, en su criterio, correspondería al 100% de lo efectivamente erogado, pues el departamento ha dado cabal cumplimiento a sus obligaciones, y además, en virtud del convenio interadministrativo suscrito con la caja de compensación, esta se subrogó totalmente la administración del centro recreacional.

2.9. RECURSO DE APELACIÓN COMFAMILIAR (PDF 4. FL 250-251)

Inconforme con la decisión del juzgado de primera instancia, la parte demandada expuso, en concreto, los siguientes reparos:

- La muerte de Danilo Acosta, fue ocasionada por un vigilante del Parque Recreacional Chapalito, quien no formaba parte de la planta de personal de la entidad.
- Sostuvo que, la responsabilidad recae en la empresa de seguridad que brindaba servicios en el parque y no en Comfamiliar de Nariño, en virtud de las cláusulas pactadas en el contrato suscrito entre dichas partes, dentro de las que se contempló la relativa a indemnidad de la caja de compensación, ante eventos derivados de la ejecución del acuerdo.
- Indicó que se configuró el hecho de un tercero ajeno a las partes intervinientes, consistente en el señor Fredy Aldemar Vallejo Jurado, quien además resultó condenado por la muerte del menor Danilo Acosta.
- Señaló que, la sentencia de primera instancia que condenó solidariamente al Departamento de Nariño, Comfamiliar de Nariño y Seguridad Del Sur Ltda, debe ajustarse al Artículo 140 del C.P.A.C.A. y determinar la proporción de responsabilidad de cada entidad según su influencia causal en el daño ocurrido.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMAS JURÍDICOS

Problema jurídico principal

- ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia de primera instancia, por la cual se accedió parcialmente a las pretensiones formuladas en la demanda?

Problemas jurídicos subsidiarios

- ¿Se encuentran acreditados los elementos que permiten declarar responsabilidad patrimonial a cargo de las entidades demandadas?
- ¿Se configura alguna causal eximente de responsabilidad?

3.3. Tesis de la Sala.

Con base en la verificación de los elementos de prueba recaudados, la sentencia de primera instancia deberá revocarse parcialmente, en el entendido que se encuentra demostrada la responsabilidad solidaria a cargo de Comfamiliar de Nariño ante la verificación del ejercicio de una actividad peligrosa. Asimismo, se determina que, a partir de las obligaciones asignadas a la Caja de Compensación accionada, no es factible imputar responsabilidad en cabeza del departamento de Nariño.

A su vez, se modifica parcialmente la tasación de perjuicios efectuada por el *a quo* con el fin de ajustarla a los lineamientos probatorios y jurisprudenciales aplicables.

IV. ARGUMENTACIÓN.

4.1. Pruebas que obran en el expediente.

Relacionadas con la legitimación por activa:

- ❖ Registros civiles de nacimiento de:
 - Steven Danilo Acosta Hurtado, hijo de Segundo Raúl Acosta Pantoja y Ginna Paola Hurtado Cabrera⁹.
 - Segundo Raúl Acosta Pantoja, hijo de Luis Alberto Acosta y Luz Pantoja¹⁰
 - Ginna Paola Hurtado Cabrera, hija de Jaime Guillermo Hurtado Obando y Rosa Cabrera Bastidas¹¹.
 - Jessica Paola Acosta Hurtado, hija de Segundo Raúl Acosta Pantoja y, Ginna Paola Hurtado Cabrera¹²
 - Evelin Caterine Acosta Hurtado, hija de Segundo Raúl Acosta Pantoja y, Ginna Paola Hurtado Cabrera¹³

Relativas a la legitimación por pasiva de las accionadas y llamadas en garantía:

- ❖ Copia del contrato de Cooperación Interinstitucional de Interés Público No. 118009 de fecha Noviembre 11 de 2009¹⁴, celebrado entre el Departamento

⁹ Pdf 01. Fl 37

¹⁰ Pdf 01. Fl 32

¹¹ Pdf 01. Fl 33

¹² Pdf 01. Fl 35

¹³ Pdf 01. Fl 36

¹⁴ Pdf 01. Fl 45- 51. Expediente contractual en pdf 009

de Nariño y la Caja de Compensación Familiar de Nariño, con el objeto de *“aunar esfuerzos institucionales para implementar el proyecto de “adecuación, adquisición, montaje y operaciones de Atracciones Mecánicas en el Parque Recreacional Chapalito”, con el fin de ofrecer a la población afiliada a COMFAMILIAR DE NARIÑO y a la comunidad en general, espacios para la recreación y el deporte generando un adecuado uso del tiempo libre, según las especificaciones técnicas del proyecto registrado en el banco de programas y proyectos del Departamento de Nariño”*

Dentro de las obligaciones del departamento, la cláusula tercera estableció:

- Aporte de recursos en dinero o especie
- Entrega de las 25 Has de terreno para el desarrollo del proyecto, correspondiente al inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 240-9787 de la ORIP de Pasto
- Supervisar y velar por la ejecución del contrato por medio de la secretaría de recreación y deporte del departamento

Por su parte, en la cláusula cuarta se fijaron a cargo de la caja de compensación, entre otras, las siguientes cargas:

- Cumplir con el objeto del contrato, atendiendo a las especificaciones técnicas del proyecto
- Presentar el proyecto, para aprobación ante la Superintendencia de Subsidio Familiar, como requisito previo a la legalización del contrato en alusión
- Administrar y operar, por el término de 20 años, el parque mecánico y demás áreas que lo componen
- *(11) Operar el Parque Recreacional Chapalito y las atracciones mecánicas ajustándose a las (sic) todas las exigencias de orden legal necesarias para la realización de estas actividades*
- Asumir los costos de operación del parque recreacional

La cláusula quinta consagró una duración del contrato de 20 años a partir de la firma del acta de inicio. Asimismo, se pactó cláusula de indemnidad – cláusula novena-, según la cual Comfamiliar de Nariño debería responder ante cualquier reclamación formulada por terceros, y se cause en virtud de la ejecución del contrato en mención.

La cláusula décimo séptima previó a su vez, la exclusión de responsabilidad contractual con terceros, con base en la cual *la totalidad de los compromisos contractuales pactados con terceros que se deriven de la ejecución de este contrato, en particular aquellos de tipo laboral, son de responsabilidad exclusiva de COMFAMILIAR DE NARIÑO, por lo tanto el DEPARTAMENTO no adquiere ningún tipo de vínculo contractual o laboral con terceros involucrados.*

- ❖ Escritura Pública No. 3572 del 23 de Diciembre de 2002, de la Notaría Segunda de Pasto, mediante la cual el Instituto Financiero para el Desarrollo de Nariño, en virtud de su liquidación, hizo entrega al departamento de Nariño, del terreno denominado Chapalito sobre el cual funciona el parque recreacional del mismo nombre.¹⁵

¹⁵ Pdf 01. Fl 64-67

- ❖ Certificado de tradición del terreno denominado Chapalito, No. 240-9787, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto¹⁶
- ❖ Copia del contrato de prestación de servicios de vigilancia privada No. 667 de 2012, suscrito entre Comfamiliar de Nariño y Seguridad del Sur Ltda¹⁷ y los términos de Contratación del proceso de Invitación Directa No. 03 - 2012 cuyo objeto es la Contratación de Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada de los bienes Muebles e Inmuebles para las Sedes Pasto, Ipiales y Tumaco, y que culminó con la suscripción del contrato No. 667 de 2012¹⁸.

Dentro de las cláusulas pactadas, se destacan las siguientes:

- Cláusula primera, objeto: *“En virtud del presente contrato EL CONTRATISTA de manera independiente, es decir sin que exista subordinación laboral, utilizando sus propios medios, se compromete a prestar sus servicios de vigilancia y seguridad privada de los bienes muebles e inmuebles para las sedes en Pasto, Ipiales y Tumaco de COMFAMILIAR DE NARIÑO, incluyendo monitoreo de alarmas de acuerdo con las especificaciones técnicas que más adelante se indican; contrato que se ejecutará de conformidad con lo establecido en los términos de contratación de la invitación directa No. 003 de 2012, en la oferta presentada por EL CONTRATISTA y en la comunicación suscrita por este el día 10 de diciembre de 2012, documentos que forman parte integral del presente contrato.”*
- Cláusula cuarta, obligaciones del contratista:
 - Prestación ininterrumpida y efectiva del servicio de vigilancia en las sedes de la caja de compensación familiar durante la vigencia del contrato. En punto con el parque recreacional Chapalito, se estableció la necesidad del servicio en tres puestos, 24 horas, durante el mes.
 - (2) *Asumir directamente la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada con personal armado contratado bajo su responsabilidad debidamente calificado y en excelentes condiciones físicas y psíquicas comprobadas, así como el equipo de comunicación necesario, Garret (detector de metales) y todos los elementos que legalmente estén autorizados para la correcta prestación del servicio.*
 - Contar con la dotación de equipos y armas necesarias para la prestación del servicio, con su respectivo salvoconducto.
 - Protección de personas y custodia de los bienes que se encuentren en las instalaciones de Comfamiliar, previniendo la ocurrencia de atentados, daños o hurtos.
 - En cuanto a las condiciones exigidas al personal de vigilancia, se estableció la necesidad de contar con aprobación del curso de reentrenamiento de vigilancia, con actualización a la fecha del contrato, y dos años de experiencia específica. Asimismo,

¹⁶ Pdf 01. Fl 68-69

¹⁷ Pdf 01. Fl. 54-63

¹⁸ Pdf 01. Fl 241-460 y en pdf 02 fl. 1-347

se especificó que debían cumplir con el deber de, entre otros, controlar el acceso y salida de personas a las instalaciones de Comfamiliar, realización de rondas periódicas internas, y en general, garantizar la seguridad de todas las instalaciones, bienes, funcionarios y visitantes; así como dar un uso adecuado a los elementos suministrados para sus funciones y no permitir su utilización en forma indebida.

- Cláusula sexta: plazo de ejecución entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2013.
 - Cláusula vigésimo segunda, indemnidad de la caja de compensación, según la cual la contratista debe mantener indemne a la contratante, frente a reclamos demandas o acciones legales derivadas de la ejecución del contrato, señalando además que *“...se consideran como hechos imputables al contratista todas las acciones u omisiones de su personal y del personal al servicio de cualquiera de ellos; los errores y defectos de sus trabajos y en general cualquier incumplimiento de sus obligaciones contractuales”*
- ❖ Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1912312000003¹⁹ expedida por MAPFRE COLOMBIA, en la que figura como tomador y asegurado, la Caja de Compensación Familiar de Nariño, y como beneficiario *cualquier tercero afectado*; con vigencia entre el 1º de noviembre de 2012 y el 31 de octubre de 2013. Dentro de los amparos asegurados se establece el *uso de armas de fuego por parte de los vigilantes, celadores o personal de seguridad del asegurado y contratistas y subcontratistas hasta \$500.000.000 evento/vigencia*. Igualmente, se estableció que se entiende por *terceros* los usuarios del servicio de la Caja de Compensación, incluyendo quienes usen los parques recreacionales en calidad de beneficiarios o invitados en cualquier condición.
- ❖ Póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 8001004476²⁰ expedida por Seguros Colpatria S.A., en la que Seguridad del Sur Ltda. figura como tomador y asegurado, y como beneficiario se establece *terceros afectados*; con vigencia entre el 1º de octubre de 2013 y el 1º de octubre de 2014, con el objeto de indemnizar los perjuicios materiales por responsabilidad civil imputable a la empresa de seguridad, con base en las coberturas contratadas, dentro de las que se encuentra *responsabilidad civil por el uso indebido de armas de fuego, errores de puntería y caninos adiestrados*.

Relacionadas con los hechos objeto de debate:

- ❖ Registro Civil de Defunción con indicativo serial No. 07131712 asentado en la Registraduría de Pasto en la que aparece que Steven Danilo Acosta Hurtado, identificado con T.I. No. 1.193.470.072 falleció el 14 de octubre de 2013²¹
- ❖ Copia del informe técnico médico legal de lesiones, practicado al menor *Estiben* (sic) Danilo Acosta Hurtado, con fecha 9 de octubre de 2013 en

¹⁹ Pdf 01. Fl 168-170

²⁰ Pdf 006. Fl. 5-8

²¹ Pdf 01. Fl 38

donde se refiere los hechos ocurridos el 5 de octubre del mismo año, en el parque Chapalito, en virtud de lo cual el menor ingresó al Hospital Infantil Los Ángeles con herida por arma de fuego en cabeza. Se estableció como conclusión: *"Mecanismo traumático de lesión: Proyectoil Arma de Fuego. Incapacidad médico legal PROVISIONAL CINCUENTA (50) DIAS. Debe regresar a nuevo reconocimiento médico legal al término de la incapacidad provisional, con nuevo oficio de su despacho. Secuelas medicolegales a determinar CON LAS VALORACIONES DE NEUROCIRUGÍA."*²²

- ❖ Formulario único de atención prehospitalaria, donde se evidencia la atención prestada a Steven Danilo Acosta Hurtado, el día 5 de octubre de 2013, por parte de urgencias y emergencias de Pasto Salud E.S.E.²³. Se refiere que el paciente presenta herida abierta por posible herida con arma de fuego, encontrándose inconsciente, y es remitido al Hospital Infantil.
- ❖ Noticia publicada en el periódico "Extra" del Diario del Sur, del día 10 de octubre de 2013, donde se publicó lo ocurrido en el parque Chapalito en el cual resultó herido Steven Danilo Acosta Hurtado.²⁴
- ❖ Fotografías de Steven Danilo Acosta Hurtado, con sus padres y hermanos.²⁵
- ❖ Epicrisis relativas a las atenciones prodigadas en favor de Steven Danilo Acosta Hurtado, a instancias del Hospital Infantil Los Ángeles entre el 5 y 14 de octubre de 2014²⁶.
- ❖ Diligencia de descargos del señor Freddy Aldemar Vallejos Jurado ante la oficina operativa de la empresa Seguridad del Sur Ltda., de fecha 8 de octubre – sin año – en la que explicó lo siguiente, en relación con los hechos del 5 de octubre de 2013²⁷:

Relató que encontraba prestando su turno de vigilancia en el puesto asignado, en el turno B de 14:00 a 22:00 horas. Hacia las 16 horas, mientras realizaba una ronda de vigilancia, recibió una llamada de su compañero Oscar Meza informando la existencia de fuego en la parte alta del sector de las cabañas. Al llegar al lugar, advirtió que tres sujetos iban corriendo, decidió perseguirlos y evidenciando la distancia que ya le habían tomado, detuvo la persecución y realizó señas con las manos para que se percataran que los habían mirado y que no volvieran. Uno de los sujetos, afirmó, le apuntó con un arma color negro, entonces el declarante disparó al aire, observando que uno de los sujetos se sentó y, al considerar que era una burla por no poder alcanzarlos, decidió ir a apagar el fuego.

Después, acudió al lugar donde estaban los sujetos, encontrando que uno de ellos estaba acostado y sus compañeros angustiados. En ese momento, refirió, evidenció que el individuo acostado se trataba de un menor de edad

²² Pdf 01. Fl 40-41

²³ Pdf 01. Fl 43-44

²⁴ Pdf 011.Fl 1

²⁵ Pdf 011. Fl 2 y Pdf 01. Fl 70-71

²⁶ Pdf 09, carpeta 10

²⁷ Pdf 08. Fl. 317-320

y se encontraba lesionado en su cabeza por lo cual llamó inmediatamente a central para solicitar una ambulancia. Ocurrido lo anterior, se dirigió hacia la caseta de vigilancia donde fue aprehendido por agentes de policía, disponiéndose también la incautación de su arma de dotación y posteriormente fue trasladado a la URI.

Explicó que al momento de realizar el disparo, su arma se encontraba en un ángulo mayor a 45 grados, afirmó *creo que no era a 90 grados* por tratarse de una acción rápida como reacción al observar que estaba siendo apuntado con un arma, haciendo énfasis en que se encontraba lejos y en el lugar no había más personas. Afirmó que durante la persecución procedió a montar el arma, pues el sector se trata de una zona de tolerancia donde existe consumo de drogas, paso de pandillas.

Prestaba el servicio de vigilancia en el lugar de los hechos, desde el 23 de abril de 2012, siendo esta la única oportunidad en la que accionó su arma.

❖ Proceso penal con SPOA 520016000485201308749 radicación interna N° 15507, por el delito de homicidio culposo²⁸, dentro del cual se encuentran, entre otras, las siguientes constancias:

- Informe de investigador de laboratorio de 6 de octubre de 2013²⁹ que contiene estudio sobre funcionamiento del arma y si fue accionada recientemente. Lo anterior en relación con arma tipo escopeta calibre 12, marca indumil, concluyendo que, realizada la prueba de residuos de disparo, se establece que el arma sí fue disparada.
- Interrogatorio de indiciado FPJ-27 de fecha 06/10/2013 a Fredy Aldemar Vallejos Jurado, quien manifiesta lo siguiente: ³⁰
 - El día 5 de octubre de 2013, aproximadamente a las 16:00 horas, el declarante estaba realizando su servicio como guardia de seguridad para la empresa Seguridad del Sur en el Parque Chapalito de Pasto. Recibió una llamada por radio de su compañero de apellido Meza, quien le informó que unas personas habían prendido fuego en la parte alta del parque. El declarante se dirigió hacia allí, pero debido a la distancia y a un terreno pantanoso, no pudo alcanzar a los individuos que huían.
 - El declarante intentó hacer señales a los individuos como si los conociera, pero uno de ellos lo apuntó con un arma negra.
 - Acto siguiente, el declarante disparó al aire con una escopeta calibre 12 de perdigones que portaba, asegurando que la distancia era suficiente para que no resultaran heridos. Además, el lugar era conocido por ser peligroso debido a actividades como el consumo de sustancias alucinógenas y pandillas.
 - Después del disparo, uno de los individuos se sentó, lo que el declarante interpretó como una burla. Luego de apagar el fuego, el declarante decidió acercarse a los individuos, donde encontró a uno de ellos herido en la cabeza, así que decidió llamar a la central de la empresa de seguridad para solicitar una ambulancia y luego a su compañero Meza, quien estaba en camino. También mencionó que el supervisor estaba en camino, por lo que decidió esperar en la caseta.

²⁸ Pdf 07 y pdf 03 fl. 290-327

²⁹ Pdf 07, fl. 130-134

³⁰ Pdf 07. Fl 106-108

- Cuando llegaron los agentes de policía y el supervisor, el declarante entregó su arma de fuego y su salvoconducto. Aclaró que su intención al disparar al aire era ahuyentar a los individuos y evitar que se acercaran al fuego, ya que era parte de su trabajo proteger el parque de actividades vandálicas.
 - Entrevista a Wilson Mauricio Correa Vargas, agente de policía que atendió el caso, quien manifestó lo siguiente:³¹
- El 5 de octubre de 2013, a las 17:25 horas, mientras realizaba labores de patrullaje en el Parque Chapalito, junto a la patrullera María Yesenia Garcés, observaron tres jóvenes prendiendo fuego e intentando huir hacia la entrada del parque en el barrio La Rosa.
- Afirmó que, un vigilante de Seguridad del Sur los estaba persiguiendo, a razón de esto solicitaron apoyo a otras patrullas para interceptar a los jóvenes.
- Más tarde, informaron a la Patrulla de Infancia y Adolescencia para que trasladara a los jóvenes a la URI de Infancia y Adolescencia. En ese momento, la central de comunicaciones de la Policía Nacional les informó sobre un herido en la parte interna del parque, aparentemente causado por un vigilante que disparó su escopeta calibre 12 marca Indumil.
- En el lugar del incendio, encontraron a un menor de edad herido en la cabeza. Se llamó a una ambulancia, y se confirmó que el vigilante había herido al menor con su arma.
- Señaló que, detuvieron al vigilante por lesiones personales y este fue llevado a la URI para ser puesto a disposición de la autoridad competente. También se incautó el arma de fuego.
- El menor herido recibió atención médica en el Hospital Civil. Además se intentó contactar a su familia, pero no se obtuvo respuesta. El menor no portaba ningún arma.
- Los otros tres jóvenes fueron detenidos por el delito de incendio.
 - Inspección técnica a cadáver FPJ-10 de fecha 14 de octubre de 2013, perteneciente a Steven Danilo Acosta Hurtado, suscrito por los servidores de policía judicial Richard Canchala y Jairo Delgado Miranda.³²
 - Informe pericial de necropsia de fecha 14 de octubre de 2013, relativo a Steven Danilo Acosta Hurtado, en donde se establece la causa de muerte como “herida por proyectil de arma de fuego penetrante en la cabeza”³³
 - Informe de investigador de laboratorio del 14 de marzo de 2014³⁴ (diagramación de trayectorias), en el que se concluye que:

“1. De acuerdo a la trayectoria descrita en el protocolo de necropsia el proyectil (posta) que le impacta a la víctima es de derecha a izquierda mirando de frente a la víctima, de arriba hacia abajo (sic) y de adelante hacia a taras (sic).

³¹ Pdf 07. Fl 103-105

³² Pdf 07. Fl 89-92

³³ Pdf 07. Fl 93-98

³⁴ Pdf 07, fl. 145-150

2. De acuerdo a lo visto en el lugar de los hechos y lo inclinado del lugar es probable que el indiciado haya accionado su arma de fuego cuando se encontraba delante de la víctima a una larga distancia y que la trayectoria del disparo haya sido encima de la humanidad del hoy occiso.

3. se determina que el disparo es a larga distancia y que la versión entregada por el indiciado no es coherente con lo visto en el lugar de los hechos”

- Informe de investigador de laboratorio FPJ-13 (levantamiento topográfico e identificación de la posición de víctima y victimario), del 24 de agosto de 2015³⁵, en el que se concluye:

1. De acuerdo con los estudios realizados en la escena de los hechos, y partiendo del uso adecuado de los sistemas de mira del arma y la alineación entre estos y el blanco, además de un entrenamiento constante, es posible acertar sobre un objetivo en movimiento.

2. De acuerdo con la distancia establecida en el lugar de los hechos – 37.50 metros-, es posible que con el arma accionada – escopeta calibre 12 – se pudiera impactar sobre el cuerpo de la víctima.

3. Se realizó un disparo al aire y la afectación sobre el cuerpo del menor obedeció a la desviación del proyectil que impactó con otro perdigón durante su desplazamiento – efecto *bola de billar*-.

- Informe de investigador de laboratorio FPJ-13 de 3 de noviembre de 2015³⁶ (balística), en el que se establecieron las siguientes hipótesis:

“En el análisis del Informe pericial de necropsia en el Ítem sobre la descripción de lesiones por arma de fuego, sobre el orificio de entrada, no se evidencia la presencia de tatuaje o ahumamiento, descartando un disparo a contacto y estableciendo un disparo a una distancia igual o superior a 120 cms.”

- Sentencia condenatoria emitida el 15 de marzo de 2017³⁷ por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto en contra del señor Fredy Aldemar Vallejos Jurado por el delito de homicidio culposo. Para arribar a tal conclusión, se tuvo en cuenta que la realización de disparos al aire por parte del procesado, se erige en una conducta imprudente, la cual ocasionó el deceso de la víctima.

PRUEBAS TESTIMONIALES:

- Prueba testimonial de Mario Alejandro Buesaquillo Montenegro³⁸ dado en audiencia de pruebas³⁹, quien señaló:

- Se desempeña como vendedor ambulante, vendiendo naranjas en el mercado, residente en el barrio 12 de octubre de Pasto.

³⁵ Pdf 07, fl. 151-155

³⁶ Pdf 07. Fl. 140-144

³⁷ Pdf 07. Fl.38-44

³⁸ Menor de edad para el momento de la declaración, la cual se rindió con acompañamiento de la defensoría de familia

³⁹ Carpeta 10. Archivo 6 Audiencia de pruebas

- Señala que, no posee parentesco con ningún demandante.
 - Específicamente, frente a los hechos sucedidos en torno a la muerte de Steven Danilo Acosta Hurtado, señala que, el día de los hechos se dirige al parque de Chapalito en compañía de Steven acosta, Raul acosta y Alfonso, en donde el señor Raúl se dirigió a traer una carreta, la cual la dejó encargada en el lugar, en tanto el señor Raul llevaba a cabo dicha diligencia el testigo en compañía de Steven y Alfonso, entraron a jugar prendiendo varios cartones, lo que llama la atención del vigilante del sitio, el cual los comienza a perseguir con el bolillo, acto siguiente escucha que el vigilante disparó y encuentra en el suelo a Danilo Acosta.
 - Afirma que el vigilante, se encontraba solo al momento de los hechos, sin embargo al instante de cometerse los hechos llegó el compañero acompañado de un perro.
 - El testigo da a conocer que no observó directamente el momento en que ocurrió el disparo, y se percató del mismo por la detonación.
 - En horas de la noche llega una patrulla a su lugar de residencia, preguntando por la familia de la víctima y asegurando que se encontraba hospitalizado en el hospital Infantil.
 - Se entera por medio de Raúl Acosta que Steven Danilo Acosta había fallecido a causa del disparo.
 - Afirma que el vigilante realizó el disparo, sin embargo, no presencié directamente quién accionó el arma de la cual salió el proyectil que alcanzo a la víctima; manifestó que no recuerda nada mas de los hechos.
- Prueba testimonial del señor José Alfonso Prado Pinta dado en audiencia de pruebas⁴⁰, quien señaló:
 - Se desempeña como vendedor ambulante, residente en el barrio Emilio Botero de Pasto.
 - Señala que, no posee parentesco con ningún demandante.
 - El testigo señala que era amigo de infancia de la víctima. Específicamente, frente a los hechos sucedidos en torno a la muerte de Steven Danilo Acosta Hurtado, señala que, el día de los hechos se dirigió al parque de Chapalito alrededor de las 2 de la tarde, en compañía de Steven acosta, Raúl acosta y Mario Alejandro, en donde el señor Raúl se dirigió a traer una carreta que dejó encargada en el lugar; mientras tanto, el testigo en compañía de sus amigos, entraron a jugar al parque prendiendo varios cartones, lo que llamó la atención del vigilante del sitio, quien los persiguió con el bolillo, mientras los amenazaba para que no escapen, acto seguido escuchó que el vigilante disparó, lo que ocasionó que el testigo se lanzara al suelo y al momento de levantarse encontró en el suelo a Danilo Acosta.

⁴⁰ Carpeta 10. Archivo 6 Audiencia de pruebas

- Afirma que, el celador intentó escapar, sin embargo, no lo logró.
- Identifica al celador, por el uniforme que portaba.
- Señala que, después de los hechos tuvo que buscar ayuda psicológica por el trauma que generaron estos hechos.
- El vigilante hizo solo un disparo, el testigo y sus amigos se encontraban aproximadamente a 15 metros.
- Después del disparo el celador se acercó para realizar una oración y se fue. Luego llegó otro celador, la policía y una ambulancia.

4.2. Sobre el desistimiento de pretensiones en contra del Departamento de Nariño:

Atendiendo a la afirmación que realiza el apoderado judicial del departamento de Nariño, en relación con la falta de competencia para emitir la decisión impugnada, en virtud de la aceptación del desistimiento presentado por la parte actora en relación con las pretensiones dirigidas en contra del ente territorial, corresponde realizar las siguientes precisiones:

Se observa de entrada, que la petición de desistimiento formulada por la parte demandante en relación con el departamento de Nariño – y coadyuvada por este⁴¹ fue concedida por el despacho de primera instancia mediante auto del 27 de abril de 2017⁴² en el cual se improbió el acuerdo conciliatorio logrado entre los demandantes, Comfamiliar de Nariño y las llamadas en garantía.

No obstante, en virtud del recurso de reposición⁴³ que la parte actora formulara en contra de dicha negativa, en providencia del 19 de mayo de 2017⁴⁴, el *a quo* mantuvo su decisión de no aprobar la conciliación alcanzada, estableciendo, además, que, en tanto el desistimiento perseguido se formuló en el marco de la conciliación que finalmente no fue aprobada, la terminación del proceso en favor del ente departamental habría quedado sin sustento. En esta medida, se revocó la aceptación del desistimiento en alusión.

En contra de esta última determinación, y al haberse continuado con el curso normal del proceso, durante la reanudación de audiencia inicial con fecha 25 de mayo de 2017⁴⁵, el apoderado judicial del departamento de Nariño solicitó la adopción de medida de saneamiento con base en el artículo 133 del CGP, en similares términos a los expuestos en el recurso de apelación que ahora se analiza, ello es, la falta de competencia del juzgado de primer grado para revocar el desistimiento decretado en auto del 27 de abril de 2017, advirtiendo que el auto que dispone la terminación del proceso no es susceptible de reposición sino únicamente de apelación al tenor del artículo 243 del CPACA, razón por la cual, la revocatoria dispuesta por el juzgado excedió el objeto de la reposición propuesta por la parte demandante.

⁴¹ Realizada en audiencia del 24 de marzo de 2017 (carpeta 10, archivo 4) y ratificada en pdf 003, Fl. 58

⁴² Pdf 003, fl. 62

⁴³ Pdf 003, fl. 123

⁴⁴ Pdf 003, fl. 202-214

⁴⁵ Pdf 003, fl. 215. Audio en carpeta 10, archivo 7

A efecto de resolver lo anterior, el despacho de conocimiento explicó que la decisión cuestionada, se emitió con ocasión de la inconformidad presentada puntualmente respecto a la no aprobación del acuerdo conciliatorio y no a la decisión de terminación del proceso frente al departamento de Nariño, siendo factible su revisión a la luz del recurso de reposición. En este escenario, y al efectuarse un nuevo análisis de las circunstancias planteadas en la propuesta de conciliación, pudo percatarse el despacho de la conexidad entre aquella, y el desistimiento en referencia, de manera que, al no prosperar la primera, no era factible mantener la segunda, por lo cual procedió a la corrección – se entiende – oficiosa de los efectos de la decisión de 27 de abril de 2017. Con base en lo anterior, negó la adopción de medidas de saneamiento.

Acto seguido, el ente departamental manifestó proponer recurso de apelación en contra de la decisión que – en su criterio – resolvió sobre la terminación del proceso, siendo procedente la alzada, de acuerdo con lo señalado en el artículo 243 del CPACA. Surtido el traslado correspondiente, el juzgado se abstuvo de conceder el recurso invocado, por cuanto lo decidido en audiencia corresponde a la negativa en la adopción de una medida de saneamiento – decisión no susceptible de recursos – y no se resuelve sobre la pretendida terminación del proceso.

En dicho escenario, se formuló por recurso de queja, mismo que se despachó como improcedente, al no haber cumplido los requisitos procesales que señalan que su interposición debe realizarse de forma subsidiaria al recurso de reposición. En adelante, el trámite de primera instancia prosiguió sin que se elevaran nuevas solicitudes de saneamiento o nulidad.

Claro lo acaecido en el proceso, la Sala no avizora la configuración de algún defecto o irregularidad que significara la vulneración al debido proceso de las partes. Así, le asiste razón al juzgado *a quo* al concluir que el desistimiento de las pretensiones elevadas en contra del Departamento de Nariño, se surtió en el marco de un acuerdo conciliatorio que buscaba lograr la terminación anticipada del proceso, supuesto que no pudo materializarse conforme las deficiencias probatorias puestas de presente en la decisión del 27 de abril de 2017 y corroboradas en auto del 19 de mayo del mismo año.

De esta manera, no se encuentra reparo formulado por alguna de las vinculadas por pasiva, dirigidas a refutar las conclusiones a las que arribó el juez de primera instancia para negar el acuerdo de conciliación; circunstancia que, en consonancia con las facultades de saneamiento reconocidas en cabeza del juez con el fin de enmendar cualquier irregularidad que afectara la validez del proceso⁴⁶, hace posible concluir que la decisión cuestionada por el Departamento de Nariño no es susceptible de vulnerar el debido proceso, más aún cuando se concedió la oportunidad a dicho extremo, de formular la petición de saneamiento, así como de recurrir la decisión finalmente adoptada por el *a quo*, sin perjuicio del ejercicio errado del apoderado judicial, pues, se advierte que en contra de la cuestionada disposición, habría sido factible la interposición de recurso de reposición al tenor del artículo 242 de la Ley 1437 de 2011.

A su vez, debe anotarse que, sin perjuicio de haberse resuelto expresamente por el juzgado a cargo, la inconformidad presentada por el Departamento de Nariño; ante la continuidad del proceso sin que dicho sujeto procesal pusiera de presente – o insistiera – en la configuración de una irregularidad en los términos del artículo 133

⁴⁶ Arts. 103 y 207 CPACA

del CGP o bien, por afectación al debido proceso, haría inviable su alegación en esta etapa procesal, más aún cuando – como se advirtió – se trata de supuestos que ya fueron objeto de decisión por el despacho de primera instancia.

Superado lo anterior, se prosigue con la verificación de los elementos de la responsabilidad deprecada por la parte actora, en consonancia con los reparos que al respecto se formularon por los impugnantes.

4.3. Sobre la legitimación en la causa por pasiva del departamento de Nariño:

En relación con la legitimación en la causa, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁷ ha explicado:

“Es posible que un sujeto procesal pueda estar legitimado en la causa de hecho y no materialmente, pues la legitimación material solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales. Por consiguiente, el estudio sobre la legitimación material en la causa se contrae a determinar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que esta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra⁴⁸.”

En esta línea, avizora la Sala que le asiste razón al departamento de Nariño al deprecar su absolución en la presente causa, en la medida en que no se encuentra evidencia sobre su participación en los hechos que son objeto de debate.

Al respecto, es preciso acotar que, a pesar de encontrarse acreditada la propiedad que detenta el ente territorial sobre el predio en el que funciona el parque recreacional Chapalito – con extensión de 25 Has –, no puede pasarse por alto que, con base en la suscripción del contrato de cooperación de cooperación No. 118009 del 11 de noviembre de 2009, celebrado con la Caja de Compensación Familiar de Nariño, el ente territorial se comprometió, entre otros, a la entrega de dicho inmueble - identificado con matrícula inmobiliaria No. 240-9787 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto- en favor de Comfamiliar, al tiempo que esta se obligó a asumir la administración y operación del parque recreacional bajo su propio costo.

De esta manera, se observa que para el momento de los hechos, la prestación del servicio de recreación que se reclama por la parte actora, derivada del

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de noviembre de 2021. Rad. 76001-23-31-000-2008-00734-01(50564)

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de junio de 2004, exp. 14452. En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: *“La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”*. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 13356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006, exp. 15352.

funcionamiento de las instalaciones en cuestión, se encontraba a cargo de la caja de compensación, sin que se encuentren elementos indicativos de la existencia de una obligación puntual a cargo del departamento, en relación con la operación del centro recreacional, ni mucho menos de la consignación de un beneficio en favor del departamento; supuestos que, en todo caso, no podrían siquiera inferirse a partir de las labores de vigilancia y supervisión que le asistían en el marco del contrato de cooperación, pues estas se encontrarían limitadas al objeto de dicho acuerdo, consistente en la *adecuación, adquisición, montaje y operación de atracciones mecánicas*.

A su turno, la contratación del servicio de vigilancia llevado a cabo por Comfamiliar – recayendo sobre este el reproche en el que se fundamenta el presente asunto – corresponde exclusivamente a la órbita de dicha entidad, bajo la consideración de ser la encargada del funcionamiento y custodia del parque, en virtud de los compromisos que – se entiende – se derivan de la entrega a su cargo, del parque recreacional Chapalito, para su operación y administración.

En este entendido, se anticipa la revocatoria parcial de la sentencia impugnada, en orden a denegar las pretensiones enfiladas frente al departamento de Nariño, según lo explicado.

4.2. Responsabilidad derivada del uso de armas de fuego

Descartada la responsabilidad que pudiera asistirle a la administración, y en observancia del fuero de atracción y en todo caso, en virtud del principio de la *perpetuatio jurisdictionis* aludido por la primera instancia en decisión del 19 de mayo de 2017, corresponde verificar ahora, si se cumplen los elementos que harían viable su declaratoria a cargo de la caja de compensación familiar de Nariño, y con ello, a las llamadas en garantía.

Al respecto, es pertinente recordar que la posición jurisprudencial emanada del Consejo de Estado⁴⁹, con apoyo en la Corte Suprema de Justicia ha indicado de vieja data lo siguiente que resulta aplicable, *mutatis mutandi*, al caso concreto:

3.2.3. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la construcción es una actividad peligrosa, lo cual implica que la definición de la responsabilidad patrimonial por los daños que se causen como consecuencia de esa actividad, se rige por lo dispuesto en el artículo 2356 del Código Civil. Además, se presume, conforme a lo previsto en el artículo 187 ibídem, que el guardián de la obra es el propietario, quien, por lo tanto, será el llamado a responder por los daños que se causen con ocasión de la misma, a menos que demuestre que por cualquier razón había perdido los poderes de mando, dirección y control sobre la obra:

“Como es sabido, en la responsabilidad civil por los perjuicios causados a terceros en desarrollo de las llamadas actividades peligrosas, gobernadas por el artículo 2356 del Código Civil, la imputación recae sobre la persona que en el momento en que se verifica el hecho dañino tiene la condición de guardián, vale decir, quien detenta un poder de mando sobre la cosa o, en otros

⁴⁹ Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Rad. 19001-23-31-000-1996-07003-01(17380)

términos, el que tiene la dirección, manejo y control sobre la actividad, sea o no su dueño.

“En cuanto a la peligrosidad que la construcción de edificaciones entraña, por sí misma, para quienes intervienen en ella y para terceros, tiene dicho la Corte en providencia antañona, pero que conserva todo su vigor, que “el dueño de una cosa puede gozar de ella y darle la destinación que a bien tenga, siempre que consulte varios factores, tales como la naturaleza de dicha cosa, la función social que está llamada a cumplir, la licitud de aquella destinación y el no causar daño a las demás personas...Si la cosa consiste en un inmueble urbano, la función social del mismo radica en aprovecharlo con edificaciones que sirvan para habitación o para el funcionamiento de fábricas, almacenes, oficinas, etc. El propietario de tal inmueble puede y debe levantar sobre éste la construcción o la obra que considere mejor a sus intereses. Esta actividad es normal y lícita y, como es obvio, está sujeta a los reglamentos urbanísticos establecidos en cada ciudad. Sucede, sin embargo, que, aunque la construcción de una casa o edificio o la realización de otras obras, es una actividad lícita, se pueden causar con ella daños a los vecinos y a terceras personas, y de ahí que el dueño o el constructor de la edificación o la obra deban tomar las precauciones necesarias y poner el mayor cuidado en la ejecución de esta para prevenir aquellos perjuicios y para conjurar la responsabilidad civil que tales daños podrían acarrearle” (G.J. t. CXXXIII, pág. 128 y CC, pág. 158; en similar sentido XCVIII, 341; CIX, 128; CXLII, pág. 166; y CLVIII, 50, entre otras)

“...como lo ha reconocido esta corporación, el carácter de propietario, como atributo del dominio, hace presumir el de guardián, mientras no sea ofrecida una prueba inequívoca en sentido contrario, como se echa de menos en este pleito (G.J. t. CXLII, pág. 183; reiterada en CLV, 139; CCLVIII, 374; 20 de junio de 2000, exp. 5617; 12 de febrero de 2002, exp. 6762; entre muchos otros). De acuerdo con el primero de los fallos citados, no puede perderse de vista que “constituyendo el fundamento de la responsabilidad estatuida por el artículo 2356 precitado el carácter peligroso de la actividad generadora del daño, no es de por sí el hecho de la cosa sino en últimas la conducta del hombre, por acción o por omisión, la base necesaria para dar aplicación a esa norma. Es preciso, por tanto, indagar en cada caso concreto quién es el responsable de la actividad peligrosa.

“El responsable por el hecho de cosas inanimadas es su guardián, o sea quien tiene sobre ellas el poder de mando, dirección y control independientes. Y no es cierto que el carácter de propietario implique necesaria e ineludiblemente el de guardián, pero sí lo hace presumir como simple atributo del dominio, mientras no se pruebe lo contrario.

“De manera que si a determinada persona se le prueba ser dueña o empresaria del objeto con el cual se ocasionó el perjuicio en desarrollo de una actividad peligrosa, tal persona queda cobijada por la presunción de ser guardián de dicho objeto —que desde luego admite prueba en contrario— pues aun cuando la guarda no es inherente al dominio, sí hace presumirla en quien tiene el carácter de propietario. O sea, la responsabilidad del dueño por el

hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmesese tener. Y la presunción de ser guardián puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, como el de arrendamiento, el de comodato, etc., o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada” (G.J. t. CXLII, pág. 183).

“En este punto resulta pertinente citar, por venir en forma precisa al caso, el concepto de “guarda compartida” pregonado por la Corte, según el cual, en tratándose de actividades peligrosas, “no es extraña la concurrencia de varias personas que, desde diversos ángulos y en atención a sus propios intereses o beneficios, puedan ejercer al tiempo y a su manera la dirección o control efectivo de aquellas y que a todas les impone el deber jurídico de impedir que se convierta en fuente de perjuicios para terceros...”; ciertamente, se trata de situaciones, como la que muestra este asunto, donde varias personas —GDS Ingenieros Ltda. e Inmuebles Industriales Zeta Ltda.— no permanecen apartadas ni indiferentes al desempeño, funcionamiento y control intelectual de la actividad peligrosa desplegada, actitud que, por fuerza, ha de entenderse asumida en la medida en que de ella se obtiene un lucro o provecho económico evidente, que se torna significativo para poner de manifiesto la existencia de un factor suficiente de atribución de responsabilidad civil (G.J. t. CCXLVI, vol. I, pág. 471; cfr. sentencia de 12 de febrero de 2002, exp. 6762, no publicada aún oficialmente)”⁵⁰. (Resalta la Sala)

En este escenario, es pertinente memorar que el uso de armas de fuego se encuentra concebido en el ordenamiento normativo y jurisprudencial, como una actividad peligrosa, a partir de lo cual se hace necesario, para la declaratoria de responsabilidad derivada de su ejercicio, la acreditación que realice el actor, sobre la existencia del daño y su relación de causalidad con el hecho dañoso.

Al respecto, es pertinente hacer referencia a la conceptualización que, de tiempo atrás, se ha realizado desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁵¹ en los siguientes términos:

“Empero, cuando la fuente del daño es una actividad susceptible de ser calificada como peligrosa, la jurisprudencia patria, con sustento en el artículo 2356 del Código Civil y guiada por el propósito de hacer efectivo el principio de equidad, ha estructurado de tiempo atrás un régimen conceptual y probatorio propio, habida cuenta que el ejercicio de aquellas coloca a los asociados en inminente riesgo de ser lesionados, así su autor la ejecute con la diligencia que ella exige. Busca, pues, este sistema “favorecer a las víctimas de aquellos accidentes en que el hombre, utilizando en sus propias labores fuerzas de las que no puede tener siempre absoluto control y por tanto capaces de romper el equilibrio antes existente, de hecho había colocado a los demás asociados bajo el riesgo inminente de recibir lesión aunque la actividad de la que se trate, caracterizada entonces por su peligrosidad, se llevare a cabo con pericia y observando toda la diligencia que ella exige” (sentencia del 4 de junio de 1992, G.J. No. CCXVI, pág. 395).

⁵⁰ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 13 de mayo de 2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01

⁵¹ Sentencia del 20 de enero de 2009.

El aludido régimen especial consagra, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, una presunción de culpa que opera en favor de la víctima de un daño causado en ejercicio de una actividad que por su naturaleza puede calificarse como peligrosa; es decir, que la releva de aportar la prueba, con frecuencia difícil, de la imprudencia o descuido del causante del perjuicio, quien con su obrar creó el riesgo que deben afrontar las demás personas. Por tanto, al lesionado sólo le basta probar el daño y la relación de causalidad existente entre ese menoscabo y el proceder de su autor, para que éste sea declarado responsable de su producción.

En tales condiciones, la defensa del demandado que pretenda exonerarse, para que resulte exitosa, debe plantearse en el terreno de la causalidad, esto es que le corresponde destruir el aludido nexo causal demostrando que en la generación del suceso medió una causa extraña, vale decir, un caso fortuito o fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el de un tercero.

3. Las precedentes reflexiones vienen al caso, pues, como se verá, el daño cuya indemnización se reclama tuvo ocurrencia en el ejercicio de una actividad peligrosa - “disparar imprudentemente un arma de fuego” (artículo 2356 del C. Civil) - y, por tal motivo, según se desgaja de lo expuesto, el actor está amparado por la presunción de culpa, incumbiéndole probar para la prosperidad de su pretensión únicamente el perjuicio y la relación de causalidad de éste con el hecho dañino; a su vez, el demandado sólo podrá ser eximido de la responsabilidad debatida si destruye el nexo causal acreditando que este fue el fruto de una causa extraña en la producción del daño.”

Visto lo anterior, es evidente que en el presente asunto concurre prueba efectiva sobre la ocurrencia del daño, consistente este en la muerte del menor Steven Danilo Acosta Hurtado, como consecuencia del impacto de bala producido en su cabeza. A su vez, en relación con las circunstancias en las que se produjo dicha lesión, obran elementos a partir de los cuales es posible inferir que, su causación devino del actuar del señor Fredy Aldemar Vallejos Jurado, quien fungía para la fecha de los hechos – 5 de octubre de 2013 – como vigilante de guardia al servicio del parque recreacional Chapalito, de conformidad con el contrato suscrito entre Comfamiliar de Nariño y la empresa Seguridad del Sur Ltda.

Así, de conformidad con la jurisprudencia citada, y en aplicación del régimen de culpa presunta aplicable en el presente asunto como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, es claro que se encuentran demostrados los elementos configurativos de responsabilidad, esto es, el daño y nexo causal, misma que, como se explicará más adelante, al tenor de las previsiones consagradas en la jurisprudencia civil, resultan imputables a Comfamiliar, como entidad encargada de la operación del establecimiento recreativo y el consecuente deber de garantizar la seguridad de los visitantes, misma que delegó por vía contractual - sin subrogarla o desprenderse de ella - en la empresa Seguridad del Sur Ltda., esta última, a su vez, empleadora del señor Vallejos Jurado.

Bajo este escenario, no se encuentran elementos aportados por los llamados por pasiva, indicativos de la existencia de circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el de un tercero, y que fuesen susceptibles de

eximir de responsabilidad. Se encuentra que las argumentaciones tendientes a desvirtuar la existencia de responsabilidad, se fincan en la inexistencia de la intención de causar daño por parte del señor Fredy Aldemar Vallejos Jurado, así como en la ocurrencia de un evento no previsible, como el denominado *efecto bola de billar* establecido en el informe de balística recaudado por policía judicial; a su vez, se alude a la responsabilidad de los padres de la víctima y a esta misma.

Al respecto corresponde anotar que el hecho en el cual se finca la configuración de responsabilidad, corresponde al uso mismo del arma de fuego asignada al señor Vallejos Jurado, siendo entonces necesario que, para derribar tal presupuesto, se demostrase la ocurrencia de una causa extraña en función de tal conducta.

En este orden, se tiene que, conforme las probanzas recaudadas durante el juicio penal seguido en contra del señor Fredy Aldemar Vallejos Jurado, si bien se establece a manera de conclusión, la ocurrencia del citado efecto *bola de billar* - consistente en el choque del proyectil, contra otro, desviando así su trayectoria-, tal supuesto no resulta suficiente para erigirse como un evento de fuerza mayor o caso fortuito, pues, el conocimiento y formación técnica que detentaba el citado ciudadano, en su rol de guarda de seguridad asignado por la empresa Seguridad del Sur, llevan a descartar el elemento de imprevisibilidad del efecto derivado de un disparo en torno a su peligrosidad o, inclusive su posible aleatoriedad, sin perjuicio de cuál hubiese sido su objetivo, siendo exigible una actuación más precavida, sobre todo en el contexto de la persecución iniciada en contra de menores de edad que, según las pruebas allegadas, no portaban armas o elementos que representaran alguna amenaza.

Bajo similares consideraciones es posible descartar la concurrencia del hecho de la víctima, pues la edad con la que contaba para el momento de los hechos, 12 años⁵², era insuficiente para que tuviera la capacidad de reconocer el peligro que representaba la quema de cartones que, según se demostró, se encontraba llevando a cabo con sus amigos, sin que exista evidencia de la presencia de señalización o información de cualquier tipo, que hubiese prevenido o disuadido a los menores de llevar a cabo tal conducta.

En esta misma línea, téngase en cuenta que, la edad con la que contaba el menor Steven Danilo, indica que se trataba de un incapaz absoluto, como se desprende del contenido del artículo 34 del Código Civil, que precisa que es impúber aquel que no ha cumplido los 14 años, y del artículo 1504 *ejusdem*, que indica que son absolutamente incapaces, entre otros, los impúberes. De ahí que para la Sala resulte un contrasentido jurídico sostener que hay culpa exclusiva de la víctima, cuando el sujeto es un impúber incapaz absoluto que está limitado en sus derechos y en las responsabilidades derivadas de sus actos (sean o no capaces para realizarlos materialmente). En otras palabras, el menor Steven Danilo Acosta Hurtado estaba eximido de la responsabilidad de sus actos, los cuales no se le podían imputar jurídicamente debido a su falta de capacidad cognitiva y volitiva para actuar, que se presume por la ley civil.

Al respecto, es del caso recordar que, la Ley 12 de 1991 aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en la cual se destacó la necesidad de proporcionar al niño la protección especial ya proclamada por las declaraciones de Ginebra de 1924 y la de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959.

⁵² Pdf 001, fl. 37

En dicha convención, la Asamblea General resalta que «[...] el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, [...]»⁵³ Y además, que «[...] Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración, [...]»⁵⁴, razones por las cuales en su artículo 3.º prescribe lo siguiente:

“Artículo 3.º:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

*3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o **la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.**” (Negrilla fuera del texto)*

Por tanto, la Sala considera que en el caso *sub examine*, no es de recibo analizar si la conducta del menor contribuyó al daño, puesto que su condición de impúber, desde la perspectiva legal y la natural condición de su desarrollo psicológico, excluye todo razonamiento que conduzca a reducir la responsabilidad de la Administración por este motivo.

A su turno, se advierte que, en relación con la omisión de cuidado que se reclama en cabeza de los padres del menor, tal presupuesto no se erige como un hecho exclusivo y determinante en la producción del daño, con la entidad suficiente para desvirtuar o disminuir la responsabilidad a cargo de la demandada.

Así, téngase en cuenta que el daño materia del presente litigio, se circunscribe al deceso del menor Steven Danilo Acosta, mismo que encuentra su origen exclusivo en la herida causada por arma de fuego activada por el señor Vallejos Jurado, quien fungía como guarda de seguridad del parque recreacional, actuación que, más allá de la conducta que se hubiese desplegado por el menor o sus padres, se presenta como la concreción del riesgo propio del uso de armas de fuego que, aún en el marco de la prestación del servicio de seguridad en el centro recreacional a cargo de Comfamiliar, y conforme lo demostrado en este proceso, se vislumbra como una reacción evidentemente desproporcionada frente a la conducta de la víctima quien, de acuerdo con lo acreditado, no representaba una amenaza para el agente de seguridad, ni para la preservación de la seguridad del centro recreacional, pues, sin perjuicio de la quema de cartones que, se adujo, realizaba la víctima, no se

⁵³ Texto que en la Convención se cita del Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

⁵⁴ Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

demostró la ocurrencia de afectaciones materiales en el parque o sus visitantes con una entidad tal que hiciese factible una respuesta de la envergadura de la que finalmente se ejecutó. Bajo ese entendido, se considera que no se presenta ni aun considerándose imputable al menor, contribución de su parte con el alcance de culpa de la víctima ni siquiera para reducción.

De esta manera, y acudiendo a los preceptos de la teoría de la causalidad adecuada, según la cual *solamente las circunstancias fácticas, con vocación o relevancia para la generación del daño han de tenerse en cuenta como causa del mismo*⁵⁵, no resulta factible considerar la exoneración o disminución de responsabilidad que se endilga a Comfamiliar como entidad a cargo de la administración y funcionamiento del centro recreacional, en virtud de la conducta desplegada por la víctima y/o sus padres.

En línea con lo anterior, y en punto con la alegación sobre la existencia de una cláusula de indemnidad consagrada en el contrato de prestación de servicios suscrito entre Comfamiliar y Seguridad del Sur, es preciso destacar que, desde el Consejo de Estado 56, de tiempo atrás, se ha explicado el alcance de este tipo de estipulaciones, recordando que su ámbito de aplicación se contrae entre las partes del acuerdo, no siendo factible extender sus efectos ante terceros. Al efecto el alto tribunal explicó, *in extenso*, lo siguiente:

Si bien la jurisprudencia ha sido constante en señalar que este tipo de cláusulas denominadas “de indemnidad” tienen un estricto alcance inter partes, dada su inoponibilidad frente a terceros que no hicieron parte en la relación contractual, lo anterior, principalmente, para efectos de determinar la conformación de la legitimación en la causa por pasiva y, por ende, la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de demandas de responsabilidad extracontractual en tratándose de servicios u obras prestadas por un contratista del Estado, lo cierto es que en el presente caso ello no se altera ni se desconoce puesto que dicha cláusula contractual gira en torno a las obligaciones generadas en punto a la responsabilidad extracontractual por daños causados a terceros, lo cierto es que su alcance se estudia, precisamente, en el marco del contrato celebrado entre ECOPETROL y HELITEC S.A., y sus efectos y aplicación sólo se predicen entre las partes del mencionado contrato.

Atendiendo el principio de la autonomía de la voluntad, resulta evidente que las partes pueden configurar el negocio jurídico según sus propias necesidades, para que las estipulaciones contractuales cumplan con su cometido, esto es producir efectos jurídicos. Sin embargo, también constituye una realidad que la autonomía de la voluntad encuentra límites claros en el ordenamiento jurídico; así pues la voluntad de las partes debe ante todo respetar la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Por lo anterior, la cláusula de indemnidad no puede ser entendida como una disposición mediante la cual una de las partes asume de manera irrestricta o únicamente parcial, según sea el caso, la obligación de responder frente a la otra por los eventos de

⁵⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de julio de 2001, rad. 05001-23-31-000-2011-00229-01 52998

56 Sentencia del 2 de mayo de 2013. Rad. 52001-23-31-000-1997-08832-01(24603)

responsabilidad extracontractual que ocurran durante la vida del contrato, puesto que lo cierto es que es la misma ley la que en muchas hipótesis define la responsabilidad que debe asumir alguna de ellas; es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad del propietario del edificio que amenaza ruina (artículo 2450 del C.C.), o la responsabilidad del dueño de la cosa por los perjuicios que ésta cause, o la responsabilidad por el hecho de los animales; agréguese a lo anterior lo normado en el artículo 1522 del Código Civil, el cual es claro al señalar que “[l]a condonación del dolo futuro no vale”, por lo cual no resultaría válido acudir a la cláusula de indemnidad para que una de las partes asuma la responsabilidad extracontractual derivada de la conducta dolosa o gravemente culposa de la otra.

Ahora bien, puede resultar que el objeto mismo del contrato sea el de mantener indemne patrimonialmente a una de las partes, como ocurre típicamente en los contratos de seguros; también es posible que se presenten casos en los cuales una de las partes se compromete a asumir los riesgos derivados de la ejecución de sus propias obligaciones, en el marco de un determinado negocio jurídico, razón por la cual las llamadas cláusulas de indemnidad en los contratos distintos a los de seguros deben entenderse como la obligación que asume una de las partes en el contrato de responder frente a la otra por los perjuicios que la actividad para la cual fue contratado pueda generar a terceros, todo con el fin de dejar indemne su patrimonio respecto de los perjuicios que cause la ejecución de las prestaciones a su cargo, lo cual resulta diferente por completo de aquellas hipótesis en las cuales se pretende limitar la responsabilidad del contratista o incluso eximirlo de responder por sus propios riesgos contractuales, entendimiento éste último que, sin duda, obligaría a examinar la validez de esas estipulaciones en el campo de las cláusulas abusivas.

En el presente caso concreto, la Sala no avizora elemento alguno en la referida cláusula que permita entender que por su virtud se haya generado una situación abusiva a favor de alguna de las partes en la relación contractual; al contrario, lo que se evidencia es que mediante el numeral 12 de la cláusula 4 en comento, HELITEC S.A., asumió de manera libre, voluntaria y expresa los riesgos propios de la actividad para la cual fue contratada; en otras palabras, HELITEC S.A., en virtud de su libertad contractual vertida en el Contrato DCS-142-97, asumió, entre muchas otras obligaciones, tanto el cumplimiento del objeto contractual –actividades de transporte de personas y cosas por la vía aérea y complementarias de apoyo a la seguridad (cláusulas 1 y 2)– como la eventual responsabilidad extracontractual que pudiere derivarse, precisamente, de los daños que pudiere producir a terceros la ejecución de la prestación principal a cargo de HELITEC S.A., para lo cual fue contratada por ECOPETROL (cláusula 12.4).

En conclusión, teniendo en cuenta que los daños por los cuales se instauró la demanda que ahora se decide en segunda instancia se produjeron con ocasión y como consecuencia de la actividad riesgosa que ECOPETROL, en virtud del contrato DCS-142-97, le encomendó a HELITEC S.A., y que esta última asumió contractualmente la responsabilidad extracontractual a la que hubiera lugar por los daños que se produjeran precisamente en virtud de la ejecución de su

actividad, la Sala confirmará la sentencia del Tribunal a quo, mediante la cual se declaró que HELITEC S.A., en su calidad de llamada en garantía, se encuentra obligada a responder frente a ECOPETROL por los perjuicios causados a los demandantes.”

En línea con lo expuesto, puede concluirse válidamente, que, encontrándose a cargo de Comfamiliar de Nariño la operación del parque recreacional, y con ella el despliegue de las actividades necesarias para ese efecto, como lo es la implementación de servicios de seguridad o vigilancia privada, emerge diáfana la posibilidad de imputar responsabilidad en su cabeza, como consecuencia del daño en cuestión, como en efecto se concluye, sin que resulte válido considerar la exoneración de responsabilidad con base en un pacto - cláusula de indemnidad – que no cuenta con la virtualidad de surtir efectos más allá de las mismas partes que lo acordaron, con lo cual se abre paso, no la inexistencia de responsabilidad por parte de la entidad encargada de la prestación del servicio, sino la posibilidad de ordenar el reembolso de lo que aquella deba erogar en virtud de la actuación desplegada por, en este caso, la empresa de vigilancia, conforme las precisiones que se realizarán en acápite relativo a llamamientos en garantía.

4.3. Tasación de perjuicios:

Habiéndose corroborado la configuración de responsabilidad a cargo de la entidad demandada, procede la sala a verificar los perjuicios pasibles de reconocimiento, así como su *quántum*.

Perjuicios inmateriales.

- **Daño moral.**

En pronunciamiento de unificación⁵⁷ el Consejo de Estado señaló que, en lo sucesivo, se indemnicen de manera semejante los perjuicios morales reclamados por muerte de una persona, y estableció cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas; así:

“2.1 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE

Para la reparación del daño moral, en caso de muerte, se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv).

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este

⁵⁷ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: Ana Rita Alarcón Vda. de Gutiérrez y otros. Demandado: Municipio de Pereira.

nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

GRAFICO No. 1					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Así las cosas, 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, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.”

Para el caso concreto, atendiendo a la demostración del vínculo de consanguinidad acreditado entre los demandantes y la víctima directa – Stiven Danilo Acosta Hurtado, se corrobora que la tasación efectuada en primera instancia corresponde a los lineamientos establecidos en sede de unificación por el Consejo de Estado, salvo la precisión que se realiza más adelante frente a la señora Rosa Cabrera. Ahora bien, en atención a la solicitud de incremento que reclama la parte actora, debe decirse que la jurisprudencia a avalado tal posibilidad siempre que se evidencie la presencia de circunstancias excepcionales y de una entidad tal, que signifiquen una vulneración grave a los principios que rigen el ordenamiento jurídico, tales como lesiones a derechos humanos, y que, en todo caso demuestren suficientemente, la existencia de una intensidad mayor del daño moral, en contraste con los parámetros aplicados, supuesto que, sin desconocer las circunstancias propias del presente asunto, no logran verificarse.

A su vez, debe aclararse frente a la manifestación realizada por el Departamento de Nariño – sin perjuicio de la absolución ya decantada – en relación con la demostración de la relación de parentesco de los señores Guillermo Hurtado Obando y Rosa Cabrera, que obran en el expediente, el registro civil de nacimiento de la señora Ginna Paola Hurtado Cabrera -madre de la víctima-, cuyos padres resultan ser los señores Jaime Guillermo Hurtado Obando y Rosa Cabrera Bastidas, logrando derivarse de ello, la connotación de abuelos que detentaban frente a Steven Danilo Acosta, y en consecuencia, la posibilidad de reconocer la indemnización por el concepto bajo examen en favor del primero del señor Hurtado Obando.

Por su parte, encuentra la Sala que no es factible efectuar reconocimiento alguno en favor de la señora Rosa Cabrera Díaz identificada con cédula No. 30.724.886, quien concurre como demandante aduciendo su calidad de abuela del menor víctima, ello comoquiera que no obra evidencia de su vínculo. En cambio, se verifica que el registro civil de nacimiento antes referenciado, alude, como se señaló, a la señora Rosa Cabrera **Bastidas** identificada con cédula No. 30.787.886, datos que, claramente, difieren de aquellos presentados por quien acudió como accionante.

En igual medida, se verifica la viabilidad de acceder al reconocimiento de perjuicios reclamados en favor de la sucesión de Steven Danilo Acosta Hurtado, bajo el entendido de que tal pretensión se formuló en ejercicio del *iure hereditario*. En relación con dicha figura, de tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido:

“En veces, no obstante, un sujeto está legitimado para reclamar la reparación no solo de su propio daño sino del ocasionado a otro, entre otras hipótesis, con la muerte de la víctima, por la cual sus herederos adquieren ope legis legitimación para pretender la indemnización inherente al quebranto de sus derechos.

Más exactamente, los herederos de una persona fallecida, obtienen interés sustancial mortis causa en la acción de su causante por el daño infligido a su esfera jurídica, que ejercen por, en su lugar y para la herencia, en cuyo caso, el titular de los intereses conculcados es el de cuius, la reparación concierne a éste y su fallecimiento comporta la transmisión per ministerium legis de su derecho (artículos 1008, 1011, 1040, 1045, 1155, Código Civil).

Se trata de la acción correspondiente a la víctima transmitida por la muerte a sus herederos para resarcir el daño por el detrimento de sus derechos, valores e intereses jurídicamente protegidos, diferente a la personal por el menoscabo directo, propio e individual experimentado por un sujeto a consecuencia de la defunción del causante, respecto de cuya indemnización tiene legítimo interés.”⁵⁸

Asimismo, por el Consejo de Estado también se ha hecho eco de esta posibilidad, aduciendo la viabilidad de la acción hereditaria, así:

“En Colombia no hay duda con respecto a la transmisibilidad del derecho de acción a los herederos, con el fin de reclamar la reparación de un daño, dado que, por un lado, no afecta su carácter personalísimo, y, por el otro, este derecho tiene un carácter pecuniario que permite su estimación económica y entra a formar parte de los bienes sucesorales. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica al señalar que una persona puede comparecer al proceso y estar legitimada tanto desde su derecho propio (iure proprio), como desde su derecho como heredero (iure hereditatis)”⁵⁹.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de julio de 2010. Rad. 11001-3103-035-1999-02191-01

⁵⁹ Dicha posibilidad ha sido explicada por el Consejo de Estado en sentencia del 22 de noviembre de 2021, rad. 13001-23-33-000-2015-00007-01(65212). Sobre el tema, también se encuentra sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 9 de julio de 2010, rad. 11001-3103-035-1999-02191-01.

No obstante, debe precisarse que el reconocimiento efectuado en favor de la víctima directa, deviene de las lesiones padecidas el día de los hechos – 5 de octubre de 2013 –, y que posteriormente llevaron a su deceso el 14 de octubre del mismo año. En tal medida, se observa que los parámetros a tener en cuenta para este efecto, corresponden a los fijados por el Consejo de Estado en relación con lesiones⁶⁰, sin perjuicio de lo cual, se estima factible mantener el monto reconocido por la primera instancia, atendiendo a la manera y gravedad que caracterizó la lesión padecida por el menor.

En línea con lo anterior, y para mayor claridad, se esquematiza los reconocimientos a efectuar por cuenta del perjuicio moral, así:

Demandante	Calidad acreditada	Monto a reconocer (smlmv)
Sucesión de Steven Danilo Acosta Hurtado	Víctima directa	100
Segundo Raúl Acosta Pantoja	Padre	100
Ginna Paola Hurtado Cabrera	Madre	100
Jaime Guillermo Hurtado Obando	Abuelo	50
Luz María Pantoja de Acosta	Abuela	50
Evelin Caterine Acosta Hurtado	Hermana	50
Jessica Paola Acosta Hurtado	Hermana	50

• **Daño a la vida de relación:**

En relación con este concepto, se tiene que, el otrora llamado daño a la vida de relación y ahora denominado “daño a la salud”, ha sido comprendido como una afectación psicofísica de la persona⁶¹, respecto al cual, la jurisprudencia ha explicado que se erige como una categoría autónoma de daño y se dirige a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud, la integridad corporal y en general, la órbita sicofísica del sujeto.

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SALA PLENA - Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ - Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014) - Radicación número: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172) - Actor: GONZALO CUELLAR PENAGOS Y OTROS - Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL - Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA Resuelve la Sección Tercera, el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 10 de diciembre de 2004, por medio de la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en los procesos acumulados de la referencia. La Sala unificará su posición jurisprudencial en torno al reconocimiento de perjuicios morales en eventos de lesiones personales.

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN (E) - Bogotá, D. C., veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015) - Radicación número: 76001-23-31-000-1999-01664-01(31498) - Actor: LIGIA ESTHER GARZÓN PINZÓN y OTROS - Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - APELACIÓN DE SENTENCIA.

Ahora bien, teniendo en consideración la existencia de pruebas⁶² que indican la existencia de las lesiones padecidas por el menor Steven Danilo Acosta, así como su gravedad, y con ello, la marcada alteración fisiológica que padeció desde el día de los hechos – 5 de octubre de 2013- y el momento de su deceso; es factible reconocer este perjuicio a título de *iure hereditario*, conforme los lineamientos atrás referidos sobre esta figura.

Así las cosas, y en atención a la gravedad de las lesiones padecidas por la víctima, y que posteriormente llevaron a su deceso, se tasa este perjuicio en 100 smlmv que serán reconocidos en favor de la sucesión de Steven Danilo.

5. De los llamamientos en garantía

5.1. De Comfamiliar de Nariño frente a Seguridad del Sur Ltda.

La caja de compensación formuló llamamiento ante la empresa de seguridad con base en las obligaciones pactadas en el contrato 667 de 2012 suscrito entre aquellas, con el objeto de obtener la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada de los bienes muebles e inmuebles de la contratante, incluyendo entre aquellos, el parque recreacional Chapalito ubicado en esta ciudad.

Con base en dicho acuerdo, y en consonancia con las demás probanzas arrimadas al expediente, puede establecerse que, en virtud de la actuación desplegada por el vigilante adscrito a la empresa de seguridad, corresponde a esta, reembolsar a Comfamiliar, el valor total que corresponda como producto de la indemnización a reconocer en favor de la parte demandante dentro del presente proceso, ello en virtud de la relación contractual que les unía a las citadas entidades para el momento de los hechos, y en todo caso, partiendo del supuesto que el ejercicio de la actividad peligrosa que motiva la condena a imponer, correspondía contractualmente, a la empresa de vigilancia llamada en garantía.

5.2. De Comfamiliar de Nariño frente a Mapfre Seguros S.A.

En la medida en que se ordenó el reembolso total de los valores que resultaran por cuenta de la presente decisión, a cargo de la empresa Seguridad del Sur Ltda., no se afectará la póliza No. 1912312000003, pues de ordenarse así, se promovería un doble reconocimiento por un mismo supuesto de hecho.

5.3. De Seguridad del Sur Ltda. frente a Axa Colpatria Seguros S.A.

Atendiendo a los amparos cubiertos con cargo a la póliza No. 8001004476, y habida cuenta de las razones que llevan concluir la existencia de responsabilidad a cargo de Comfamiliar de Nariño, y con ello, la carga impuesta en cabeza de la empresa Seguridad del Sur Ltda para el reembolso total de los valores pagados por este proceso; se advierte que el siniestro que motivó la citada obligación a la asegurada, es susceptible de ser asumido con cargo a la póliza base del llamamiento en garantía, tomando en consideración – claro está – el límite asegurado y el deducible establecidos en la misma.

⁶² Informe técnico médico legal del 9 de octubre de 2013, formulario único de atención de Pasto Salud del 5 de octubre de 2013, y registros de atención surtida ante el Hospital Infantil Los Ángeles.

Asimismo, previa la autorización correspondiente por parte de Seguridad del Sur Ltda., la aseguradora podrá efectuar el reembolso aquí ordenado, directamente ante la Caja de Compensación Familiar de Nariño, siempre que el pago por esta última se encuentre plenamente verificado.

6. Costas. Criterio objetivo.

Considerando que, a la fecha, existen posturas disimiles al interior del Consejo de Estado, la Sala se pronuncia acerca de la condena en costas, de la manera que sigue⁶³:

Las costas procesales son aquellos gastos en que incurren las partes por razón del proceso, comprenden tanto las expensas como las agencias en derecho. Las expensas abarcan los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso, se trata de erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado. Así por ejemplo, las sumas destinadas a obtener la producción de determinada prueba como el pago de peritos o los honorarios de los auxiliares de la justicia (secuestres), el valor de las notificaciones, los aranceles, los gastos de publicación de emplazamientos, pólizas, copias, entre otros, constituyen ejemplos de expensas. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por apoderamiento dentro del proceso que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora, atendiendo a los criterios previstos en el artículo 366 del Código General del Proceso, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado.

Sobre las costas procesales, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena de las mismas, de conformidad con el Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso, norma que establece un criterio objetivo⁶⁴.

El artículo 365 del C.G.P., dispone de igual manera un criterio eminentemente objetivo, siendo suficiente ostentar la condición de parte vencida en el proceso, independientemente de si es el demandante o demandado.

Consagra además que la condena debe hacerse en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella. Adicionalmente, precisa que, si la demanda prospera parcialmente, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

63 Ver, por ejemplo: Sentencia del 31 de agosto de 2023, rad. (4496-2022). C.P. Gabriel Valbuena y, por otra parte, sentencia del 11 de octubre de 2021 rad. (63217). C.P. Fredy Ibarra Martínez

64 Al respecto en la sentencia del 7 de abril de 2016 del Consejo de Estado, expediente 1291-14, sostiene que las normas en las que se evidencia que se acogió un régimen objetivo en cuanto a la condena en costas, son las siguientes:

- i. El artículo 178 que se refiere a condena en costas en casos de desistimiento tácito
- ii. El artículo 188 que regula la condena en costas cuando se trate de sentencias, salvo en los procesos en los que se ventile un interés público.
- iii. El artículo 267, regula que en caso de que fuere desestimado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, se condenará en costas al recurrente.
- iv. El artículo 268, regula la condena en costas en caso de que alguno de los recurrentes desista del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, salvo que se interponga ante el Tribunal antes de haberse enviado al Consejo de Estado. No obstante, anuncia el Tribunal que dicho criterio no es uniforme al interior del Consejo de Estado, en la medida en que algunas providencias de las subsecciones de la Sección Segunda, verbigracia, la **sentencia 25000234200020120056102 (03722017) del 2 de febrero de 2018. C.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez, señala que se deben observar factores como la temeridad, mala fe, así como la existencia de pruebas sobre el particular, donde el juez debe ponderar y sustentar la decisión**, existiendo un margen de apreciación limitado.

Así entonces, el juez no puede realizar un juicio de valor respecto al comportamiento procesal de la parte vencida en el proceso, para establecer si condena o no en costas, porque basta con advertir que se trata de la parte vencida en el debate procesal para imponerle condena en costas.

Cabe destacar que el anterior precepto fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013⁶⁵, en la que de manera tácita también se refirió al criterio objetivo de la norma, en los siguientes términos:

(...) La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. (...).

De otra parte, se colige que uno es el momento en el que se profiere la condena y otro, la fase procesal en la que se liquida, la suma concreta que debe ser pagada por quien previamente ha perdido el proceso o el recurso.

En efecto, para tasar las costas es necesario verificar de forma objetiva los gastos acreditados en el proceso, tales como: copias, desgloses, certificaciones, autenticaciones, notificaciones y similares (cuyos valores se atienen a la regulación que sobre el arancel judicial determine el Consejo Superior de la Judicatura).

Frente a las agencias en derecho, para su fijación deben aplicarse los Acuerdos 1887 de 2003 o PSAA16-10554 –vigente a partir del 5 de agosto de 2016–, según sea el caso.

Los referidos acuerdos autorizan al juez, en algunos procesos, a moverse dentro de los parámetros que allí se fijan; además, si se trata de establecer un parámetro mínimo y máximo debe acudirse a lo dispuesto en el numeral 4º del art. 366 del CGP, cuando establece que el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

La fijación de agencias en derecho que haga el magistrado sustanciador o juez (según corresponda), se hará, aunque la parte hubiera litigado sin apoderado (art. 366 numeral 3º del CGP).

Como se dijo, la tasación de agencias en derecho no puede hacerse en la sentencia, pues de lo contrario, se desconocería de plano el derecho de contradicción de las mismas, toda vez que la tasación que se haga en sentencia de segunda instancia no podría ser impugnada, tal como lo autoriza el artículo 366 del CGP, según el cual, las agencias en derecho se impugnan a través de los recursos de reposición y apelación frente al auto que las aprueba.

⁶⁵ Sentencia que fue citada por el Juez Cuarto Administrativo, para imponer costas, de acuerdo a un criterio objetivo.

Al respecto, no se puede olvidar que la tasación de agencias en derecho, corresponde al juez de primera instancia mediante auto, lo anterior en obediencia a la sentencia que impone costas y conforme a las reglas jurídicas ya enunciadas (art. 366 numeral 3º del CGP), así que, una vez fijadas las agencias en derecho por parte del juez, el Secretario procederá a liquidar las costas – incluyendo el monto por concepto de agencias en derecho-, luego de lo cual, le compete al juez su aprobación mediante auto, el cual es pasible del recurso de apelación, según lo establecido en el numeral 5º del art. 366 de la normatividad citada.

- **Costas de primera instancia**

Con base en lo anterior, y en la medida en que se revocará parcialmente la decisión de primera instancia, se impondrá condena en costas, así:

- En favor de la parte demandante integrada por Segundo Raúl Acosta Pantoja, Ginna Paola Hurtado Cabrera, Jaime Guillermo Hurtado Obando, Luz María Pantoja de Acosta, Evelin Catherine Acosta Hurtado y Jessica Paola Acosta Hurtado; y a cargo de Comfamiliar de Nariño y su aseguradora llamada en garantía – Axa Colpatria Seguros S.A..
- A cargo de la señora Rosa Cabrera Díaz, en favor de las accionadas departamento de Nariño y Comfamiliar de Nariño.
- En favor del departamento de Nariño y a cargo de los demandantes Segundo Raúl Acosta Pantoja, Ginna Paola Hurtado Cabrera, Jaime Guillermo Hurtado Obando, Luz María Pantoja de Acosta, Evelin Catherine Acosta Hurtado y Jessica Paola Acosta Hurtado.

Las cuales serán liquidadas por el despacho de primera instancia, de acuerdo con el artículo 366 del CGP.

- **Costas de segunda instancia**

Teniendo en cuenta la prosperidad del recurso propuesto por el departamento de Nariño, la parte demandante⁶⁶ (parcialmente) y Mapfre Seguros S.A., no se impondrá condena en costas de segunda instancia a su cargo.

Por su parte, ante la no prosperidad de la alzada formulada por Comfamiliar de Nariño, Seguridad del Sur Ltda y Axa Colpatria S.A., se impondrá condena en costas a su cargo y en favor de la parte demandante⁶⁷.

A su vez, ante la no prosperidad de la apelación interpuesta por la señora Rosa Cabrera Díaz, se impondrá condena en costas a su cargo, y en favor de las accionadas y llamadas en garantía.

Las costas a que se alude aquí, deberán liquidarse por el despacho de primera instancia, conforme los artículos 365 y 366 del CGP.

DECISIÓN

⁶⁶ integrada por Segundo Raúl Acosta Pantoja, Ginna Paola Hurtado Cabrera, Jaime Guillermo Hurtado Obando, Luz María Pantoja de Acosta, Evelin Catherine Acosta Hurtado y Jessica Paola Acosta Hurtado

⁶⁷ integrada por Segundo Raúl Acosta Pantoja, Ginna Paola Hurtado Cabrera, Jaime Guillermo Hurtado Obando, Luz María Pantoja de Acosta, Evelin Catherine Acosta Hurtado y Jessica Paola Acosta Hurtado

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Nariño, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia del 18 de diciembre de 2017, emitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pasto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

“PRIMERO.- DECLARAR PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en favor del departamento de Nariño.

SEGUNDO.- DECLARAR patrimonial y extracontractualmente responsable a la Caja de Compensación Familiar de Nariño, por los perjuicios padecidos como consecuencia de las lesiones y posterior deceso del menor Steven Danilo Acosta Hurtado, por hechos ocurridos el 5 de octubre de 2013 en el parque Chapalito de la ciudad de Pasto.

TERCERO.- CONDENAR a la Caja de Compensación Familiar de Nariño a pagar a los siguientes demandantes, las siguientes sumas y conceptos:

- Perjuicio moral

<i>Demandante</i>	<i>Calidad acreditada</i>	<i>Monto a reconocer (smlmv)</i>
<i>Sucesión de Steven Danilo Acosta Hurtado</i>	<i>Víctima directa</i>	<i>100</i>
<i>Segundo Raúl Acosta Pantoja</i>	<i>Padre</i>	<i>100</i>
<i>Ginna Paola Hurtado Cabrera</i>	<i>Madre</i>	<i>100</i>
<i>Jaime Guillermo Hurtado Obando</i>	<i>Abuelo</i>	<i>50</i>
<i>Luz María Pantoja de Acosta</i>	<i>Abuela</i>	<i>50</i>
<i>Evelin Catherine Acosta Hurtado</i>	<i>Hermana</i>	<i>50</i>
<i>Jessica Paola Acosta Hurtado</i>	<i>Hermana</i>	<i>50</i>

- Daño a la salud

En favor de la sucesión de Steven Danilo Acosta Hurtado, el equivalente a 100 smlmv.

CUARTO.-NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- ORDENAR a la empresa Seguridad del Sur Ltda. que efectue el reembolso del total de las condenas impuestas a cargo de Comfamiliar de Nariño por cuenta del presente proceso, en virtud de la relación contractual existente entre dichas entidades con base en el contrato No. 667 de 2012.

SEXTO.- ORDENAR a la aseguradora Axa Colpatria Seguros S.A., al reembolso del total de los valores erogados por Seguridad del Sur Ltda en acatamiento al numeral inmediatamente anterior, en observancia de lo previsto en la póliza No. 8001004476, atendiendo a los límites y deducibles señalados en el contrato de seguro que le dio origen.

Prevía autorización por parte de la empresa de vigilancia, Axa Colpatria podrá efectuar el reembolso de que trata este ordenamiento, ante la Caja de Compensación Familiar de Nariño.

SÉPTIMO.- Sin lugar a imponer obligaciones en cabeza de Mapfre Seguros S.A., de acuerdo con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO.- CONDENAR en costas de primera instancia, así:

- En favor de la parte demandante integrada por Segundo Raúl Acosta Pantoja, Ginna Paola Hurtado Cabrera, Jaime Guillermo Hurtado Obando, Luz María Pantoja de Acosta, Evelin Catherine Acosta Hurtado y Jessica Paola Acosta Hurtado; y a cargo de Comfamiliar de Nariño y su aseguradora llamada en garantía – Axa Colpatria Seguros S.A..
- A cargo de la señora Rosa Cabrera Díaz, en un 50%, en favor de las accionadas departamento de Nariño y Comfamiliar de Nariño.
- En favor del departamento de Nariño y a cargo de los demandantes Segundo Raúl Acosta Pantoja, Ginna Paola Hurtado Cabrera, Jaime Guillermo Hurtado Obando, Luz María Pantoja de Acosta, Evelin Catherine Acosta Hurtado y Jessica Paola Acosta Hurtado

Todas las cuales deberán liquidarse de acuerdo con lo previsto en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

NOVENO.- Para el cumplimiento de la sentencia se dará aplicación a lo previsto en los artículos 189 y 192 del CPACA.

DÉCIMO.- Ejecutoriada la presente providencia, se archivará el expediente, previa cancelación de la radicación. Secretaría devolverá al interesado el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso, si lo hubiere, dejándose constancia de dicha entrega.

Desde ahora se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del Código General del Proceso”

SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas de segunda instancia al departamento de Nariño, la parte demandante⁶⁸ y Mapfre Seguros S.A.

TERCERO.- CONDENAR en costas de segunda instancia, así:

- A cargo de Comfamiliar de Nariño, Seguridad del Sur Ltda y Axa Colpatria S.A., en favor de la parte demandante⁶⁹.

⁶⁸ integrada por Segundo Raúl Acosta Pantoja, Ginna Paola Hurtado Cabrera, Jaime Guillermo Hurtado Obando, Luz María Pantoja de Acosta, Evelin Catherine Acosta Hurtado y Jessica Paola Acosta Hurtado

⁶⁹ integrada por Segundo Raúl Acosta Pantoja, Ginna Paola Hurtado Cabrera, Jaime Guillermo Hurtado Obando, Luz María Pantoja de Acosta, Evelin Catherine Acosta Hurtado y Jessica Paola Acosta Hurtado

- A cargo de la señora Rosa Cabrera Díaz, en un 50%, en favor de las accionadas y llamadas en garantía.

CUARTO.- En firme la presente providencia, se devolverá el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor en el sistema de información respectivo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Sentencia discutida y aprobada en sesión de Sala de fecha.



SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY
Magistrada



ANA BEEL BASTIDAS PANTOJA.
Magistrada
(Con salvamento de voto)



PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA
Magistrado