REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN

Popayán, diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

EXPEDIENTE:	190013333006 2014 00389 00
DEMANDANTE:	CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ Y OTROS
DEMANDADO:	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN – MUNICIPIO DE POPAYÁN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

SENTENCIA No. 267

I. ANTECEDENTES

1. La demanda[1]

Procede el Juzgado a decidir la demanda que por el medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 del CPACA, promueven CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ identificada con C.C. No. 34.566.725, en nombre propio y representación de EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS; ANDRES FELIPE FERNANDEZ GAVIRIA identificado con C.C. No. 76.315.868, en nombre propio y en representación de XILENA GISSEL FERNANDEZ RIASCOS y, CRISTIAN ANDRES FERNANDEZ RIASCOS identificado con C.C. No. 1.061.735.100, a través de apoderado judicial en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – MUNICIPIO DE POPAYÁN, tendiente a que se declare la responsabilidad administrativa por los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a la parte demandante como consecuencia de los hechos ocurridos el 6 de agosto de 2012, donde resultaría lesionada la menor EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS, en la práctica de una actividad académica organizada por la institución educativa a la que se encontraba matriculada, hechos que considera atribuibles a las entidades demandadas.

Como consecuencia de lo anterior, pretende se condene a los demandados a pagar:

Por perjuicios materiales:

[1] Folios 118-129

- La suma de DOCE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS ($12.795.306), equivalente a los gastos en los que ha incurrido la parte demandante como consecuencia de las lesiones de la menor EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS, así como el hecho de ausentarse del trabajo, sumas que solicita se reconozca a favor de la señora CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ.

Igualmente, el daño emergente que se logre demostrar para la rehabilitación de la menor lesionada.

Por perjuicios inmateriales:

Perjuicios morales:

- La suma de CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV) para cada uno de los demandantes.

Perjuicios fisiológicos o perjuicio a la vida de relación:

- La suma de CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV) para cada uno de los demandantes, por las secuelas de la lesión.

La indexación y los intereses comerciales o moratorios que correspondan, desde la fecha de ejecutoria hasta el pago total.

1.1. Hechos que sirven de fundamento

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la parte actora, en síntesis expresó lo siguiente:

EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS se encontraba bajo la responsabilidad de la Institución Educativa José Eusebio Caro y para el día 6 de agosto de 2012 se programó y desarrolló una actividad pedagógica y/o recreativa en el morro de Belalcázar de la ciudad de Popayán, cuando la menor sufrió un accidente por caída de más de dos metros de altura.

Indica que los padres de la menor suscribieron el permiso escrito para que la menor asistiera a la actividad académica en el entendido de la responsabilidad absoluta de los menores a cargo de la Institución, la cual sería dirigida y supervisada por docentes del Colegio.

Refiere que no se establecieron las medidas necesarias de advertencia, prevención y cuidado, en la mencionada actividad. Ni en ningún momento los estudiantes recibieron indicaciones puntuales de prevención y cuidado.

Frente al Ministerio de Educación Nacional, arguye que esta entidad no solamente tiene la competencia de dictar y expedir las políticas de orden educativo, referente a planeación, currículo y administración sino también de inspección y vigilancia para garantizar un eficiente y oportuno servicio educativo y de prevención y seguridad cuando se trate de actividades por fuera del plantel educativo.

En cuanto a las lesiones de la menor, después de la atención de urgencia se diagnosticó fracturas de clavícula, fémur, laceraciones en cara, codos y golpes en la pelvis y piernas, presentando secuelas en brazos y piernas, que a la fecha de la demanda le impiden una marcha normal.

2. Contestación de la demanda

2.1. MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL[2]

Dentro de la oportunidad legal, a través de apoderada judicial se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos:

Señala que no le constan los hechos porque en la demanda se informa que el colegio tiene el carácter departamental por ser aprobado mediante Decreto No. 139 de agosto de 2003, de acuerdo a la certificación de estudios aportada a folio 19.

Se opone a las pretensiones de la demanda pues la Ley 60 de 1993, determinó que la prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo de los recursos del situado fiscal, estarán a cargo de los departamentos y municipios, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán el carácter departamental o municipal respectivamente. La entidad nominadora producto del proceso de descentralización de la educación establecida por la Ley 60 de 1993 y 715 de 2001, ya no es la Nación sino los departamentos y municipios, y es a estas entidades a las que les corresponde decidir de fondo el asunto en litigio.

Asimismo, refiere que el Ministerio de Educación no es la entidad que aprobó el funcionamiento de la Institución Educativa José Eusebio Caro.

Como excepciones formuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues se reitera que por descentralización del servicio educativo, es una competencia a cargo de los municipios, donde a partir de la expedición de la Ley 715 de 2001, se otorgó a las entidades territoriales la competencia de organizar la prestación y administración del servicio educativo en su jurisdicción.

Falta de causa para demandar, toda vez que no se prueba la participación del Ministerio de Educación en ningún hecho vinculante respecto al presunto desconocimiento de derechos que considera el actor como vulnerados.

Así las cosas, no se ajusta a derecho, ni se sujeta a los requisitos exigidos por la ley que permitan acreditar la responsabilidad del Ministerio de Educación, ni se demuestra un hecho irregular, al no ser ésta entidad la encargada de ejercer las labores de inspección, vigilancia y control de las instituciones educativas, sino que dicha función corresponde a las secretarías de educación departamental y municipal, por lo que solicita la desvinculación del proceso.

---

[2] Folios 147-150

MUNICIPIO DE POPAYÁN (fl. 153-159)

A través de apoderado judicial contestó la demanda en los siguientes términos:

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y refiere que no existe responsabilidad del Municipio de Popayán, en el accidente de la menor, por cuanto el actor se limita a realizar una serie de afirmaciones carentes de prueba, es decir, no determina la acción u omisión que conllevaron a la producción del daño y porque no se puede desconocer lo certificado por los padres en el oficio de fecha 9 de octubre de 2012, donde liberan de toda responsabilidad a la profesora Leonor Zúñiga, y como consecuencia de ello, la Institución Educativa y al municipio de Popayán.

Como excepciones formuló las de culpa exclusiva de la víctima al considerar que el hecho está relacionado con el comportamiento activo de la víctima y es causal de exoneración parcial o total de la responsabilidad del municipio en razón a que se presenta una causa extraña eximente de responsabilidad porque el accidente se produjo por juegos de la niña con otras compañeras sin guardar la debida precaución, medidas de seguridad, y de manera imprudente, lo cual fue la causa directa del accidente.

La inexistencia de la responsabilidad estatal ya que no se arrima prueba alguna que permita determinar con certeza que el hecho generador presuntamente del daño, como lo es el accidente de la menor, fue producto de una acción u omisión.

3. Relación de etapas surtidas

La demanda se presentó el 8 de septiembre de 2014[3]; luego de ser inadmitida y corregida, se admitió mediante auto interlocutorio No. 70 del 30 de enero de 2015[4], fue debidamente notificada[5], y se cumplió con las ritualidades propias del proceso según lo preceptuado por el artículo 179 del CPACA, así: se corrió traslado de las excepciones propuestas y una vez fijada la fecha para la celebración de la audiencia inicial, ésta se llevó a cabo el día 7 de marzo de 2017[6], fijándose en ella la fecha para la audiencia de pruebas, la cual se realizó el día 20 de junio de 2017[7], el 8 de agosto de 2017[8], el 12 de junio de 2018[9], el 29 de enero de 2019[10] y el 26 de agosto de 2019[11], se clausuró la etapa probatoria y se dispuso correr traslado a las partes para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión. Se le concedió al Ministerio Público la oportunidad para rendir concepto de fondo.

Alegatos de conclusión:

---

[3] Folio 111 del Cuaderno Principal 1.
[4] Folios 133-134 del Cuaderno Principal 1.
[5] Folios 111 del Cuaderno Principal 1.
[6] Folios 169-171 del Cuaderno Principal 1.
[7] Folios 188-189 del Cuaderno Principal 1.
[8] Folio 195-196 del Cuaderno Principal 1.
[9] Folio 210-211 del Cuaderno Principal 1.
[10] Folio 225 del Cuaderno Principal.
[11] Folio 235-236 del Cuaderno Principal.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (fl. 242-243)

A través de apoderada judicial indicó que no existe causa para demandar y declarar responsable al Ministerio de Educación Nacional toda vez que no se prueba la participación de éste en ningún hecho vinculante respecto al presunto desconocimiento de los derechos que considera el actor como vulnerado. Reitera los argumentos de la contestación de la demanda frente al proceso de descentralización, en consecuencia alega la falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de causa para demandar por lo que se la debe absolver de responsabilidad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fl. 247-256)

La representante del Ministerio Público hace un recuento del proceso y frente a la legitimación en la causa por pasiva alegada en la contestación de la demanda considera que en el presente caso quien tenía a su cargo el manejo de la institución educativa José Eusebio Caro, era el municipio de Popayán, por ser la entidad a la que el Departamento del Cauca, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 60 de 1993, le entregó lo necesario para la prestación de los servicios de educación.

En consecuencia, solicita que se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Ministerio de Educación y se condene al municipio de Popayán porque incumplió con la obligación que le asistía de garantizar la integridad física de los estudiantes de la Institución Educativa José Eusebio Caro, es decir, incurrió en una falla en la prestación del servicio, incumplió su posición de garante frente a los estudiantes.

Ello de conformidad con el artículo 3° de la Ley 60 de 1993, que establece que es función de los departamentos y/o municipios, según el caso, en relación con el sector de educación, ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales, lo que implica asegurarse del cuidado debido con el fin de no generar un riesgo para la población estudiantil en las distintas situaciones en las que se puedan encontrar.

Igualmente, el municipio a través de los docentes no desplegó las acciones necesarias para prevenir o evitar un accidente, no instruyó debidamente a sus alumnos de los riesgos que podía traer la salida pedagógica, no se encontraban ubicados estratégicamente para vigilar a los menores, sino que se ubicaron en grupo, tanto así que no se percataron del momento del accidente.

PARTE DEMANDANTE (fl. 257-259)

El apoderado de la parte demandante considera que se observa el descuido y falta de cuidado en la actividad o jornada pedagógica programada por la Institución Educativa José Eusebio Caro.

Señala que fueron pocos los docentes que estaban a cargo de los estudiantes y no tenían un puntual control de ellos, unido a que se les permitía realizar actividades que rayaban con la actividad peligrosa,

como efectivamente sucedió con la menor EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS.

La omisión de advertencia y la falta de acompañamiento puntual en una actividad externa a las instalaciones, fue la causa determinante para que la menor tuviera el accidente.

Considera que el hecho generador de la falla en el servicio no es otro que la falta de medida preventivas, de seguridad y la falta de acompañamiento y cuidado en el desplazamiento sobre el morro de Popayán, que realizaban con los docentes de la institución educativa. El daño consistió en las graves lesiones físicas y psicológicas de la menor EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS, también para su núcleo familiar, que vieron cómo se afectó el normal desenvolvimiento de la vida familiar.

Así las cosas, solicita se proceda a declarar la responsabilidad de los demandados.

MUNICIPIO DE POPAYÁN

No presentó alegatos de conclusión.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Presupuestos procesales

1.1. Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia

Como se anotó en acápites precedentes, se tiene que las pretensiones de la parte demandante se sustentan en hechos acaecidos el día 6 de agosto de 2012, por lo que los dos años para presentar la demanda de que trata el numeral 2 literal i) del artículo 164 del CPACA iban hasta el 7 de agosto de 2014.

Con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial de fecha 5 de agosto de 2014, se suspendió el término de caducidad hasta el 8 de septiembre de 2014, fecha en la cual se celebró la audiencia y se declaró fallida (fl. 15-17 C. Ppal. 1). La demanda fue presentada el 8 de septiembre de 2014 (fl. 111), es decir, que no operó el término de caducidad.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza del medio de control, la cuantía y el lugar de ocurrencia de los hechos, el Juzgado es competente para conocer del presente asunto en primera instancia conforme lo prevé el artículo 155 numeral 6° de la Ley 1437 de 2011.

2. Lo probado en el proceso

De conformidad con el litigio fijado durante el trámite de la audiencia inicial y de las pruebas oportunamente arrimadas al expediente, el Despacho destaca aquellas que guardan utilidad y pertinencia para fallar.

- El Coordinador y Rector de la Institución Educativa José Eusebio Caro, certificaron que la estudiante EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS para el periodo lectivo 2012, se encuentra matriculada en el grado quinto de educación básica primaria (fl. 18-19).

- Copia de la historia clínica del Hospital Universitario San José de Popayán de la menor EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS con fecha de ingreso 8 de junio de 2013 y fecha de egreso el 11 de junio de 2013 (fl. 20-

  El día de los hechos se realizó:

  Radiografía de fémur izquierdo: fractura desplazada y cabalgada del tercio proximal de la diáfisis femoral (fl. 21)

  Radiografía de pelvis: No hay alteraciones óseas traumáticas y las relaciones articulares están conservadas (fl. 22)

  Radiografía de tórax: fractura desplazada y cabalgada de la clavícula izquierda (fl. 23).

  Radiografía columna cervical: se observa listesis anterior grado I de C2 sobre C3.

  06/08/2012:

  Enfermedad actual: paciente que hoy a las 10:30 am aproximadamente estando en un paseo del colegio jugando con unos compañeros en el morro se resbala y rueda 3 metros aproximadamente sin pérdida del conocimiento, sin amnesia del evento, presentando escoriaciones en cara, brazos, dolor en cuello y en región de clavícula izquierda, edema, dolor y deformidad en 1/3 proximal de muslo izquierdo... (fl. 29).

  13/08/2012:
  Diagnósticos de ingreso presuntivos confirmados y relacionados:
  Politraumatismo.
  Diagnósticos de egreso principales y relacionados confirmados: fractura de clavícula, fractura de fémur, reducción cerrada + osteosíntesis.

  Datos clínicos del ingreso: Paciente que ingresa a este servicio porque sufre caída de +/- 3 mts sin pérdida del conocimiento. Presenta trauma en hemicuerpo izquierdo al ingreso a este nivel se documenta fractura de clavícula izquierda y fémur izquierdo, es valorada por ortopedia quien ordena inmovilizador (fl. 25).

  Valoración inicial paciente traumatizado: caída mientras se deslizaba en un cartón desde una loma (fl. 27).

  8/8/2012: Salas pediatría: Paciente femenino, 11 años de edad con Dx i) Politraumatismo, ii) TCE leve, iii) Fractura fémur izq., iv) Fractura de clavícula izquierda, actualmente está recibiendo tratamiento

analgésico... al examen físico encuentro paciente decúbito supino algico deformidad en miembro inferior izquierdo a nivel de fémur... limitación funcional para la movilidad, dolor a la movilización y palpación... (fl. 37).

Fl. 51: Resonancia magnética simple de pelvis – cadera izquierda simple y contrastada: hallazgos:

... se observan imágenes redondeadas hipointensas en todas las secuencias que podrían corresponder a calcificaciones...

También se observan imágenes puntiformes, hipointensas que podrían corresponder a vacío de señal y están relacionadas con estructuras vasculares... la medula ósea no presenta alteraciones que sugieren proceso traumático, inflamatorio o proliferativo, relaciones articulares conservadas sin aumento en la cantidad de líquida articular...

Fl. 56 vuelto: 17/02/14: limitación para la marcha, dolor a la palpación en articulación de fémur izquierdo, pulsos distales...

Paciente con antecedente de fractura de fémur izquierdo hace 2 años con QX con material de osteosíntesis e injertos óseos, el día de hoy presenta caída desde propia altura con trauma en pierna izquierda asociado a dolor, por lo que se considera valoración por traumatología y RX para descartar fractura y definir conducta.

Enfermedad actual: paciente quien a las 9:30 pm presenta caída. Refiere dolor y dificultad para la marcha. Madre refiere que hace 2 años la niña se fracturó el fémur de pierna izquierda. Realizan QX con material de osteosíntesis que requiere injerto porque no sella rápidamente (fl. 57).

17/02/14: RX FÉMUR IZQUIERDO: No se identifican fracturas. Hay acentuado engrosamiento cortical excéntrico en el tercio proximal de la diáfisis femoral, observándose además una pequeña imagen radiotransparente de 3mm de diámetro, que puede corresponder a fractura antigua consolidada (en el diagnóstico diferencial considerar osteoma osteoide. Correlacionar con hallazgos clínicos (fl. 59).

- Informe pericial de Clínica Forense de fecha 10 de abril de 2017, practicado a EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS, con las siguientes anotaciones:

"Aspecto general: Examinada hoy después de los hechos. Mujer de 15 años, con adecuada presentación, contextura media en buen estado general, ***marcha normal...***
Miembros superiores: sin limitaciones funcionales con hombro izquierdo.
Miembros inferiores: tres cicatrices quirúrgicas hipercromicas en cara lateral del muslo izquierdo así: dos de 5 centímetros en dos tercios

proximales y otra de 3 cm en tercio distal ostensibles en su conjunto, ***AMAS sin alteraciones.***

ANALISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES: Femenina de buen aspecto general, ingresa por sus propios medios, marcha normal, contexto de caída de su propia altura, mientras se encontraba en actividades estudiantiles, fractura de clavícula y fémur, esta última requirió de procedimiento quirúrgico y posteriormente desbridamiento de tejidos perilesionales a sitio de fractura, hoy a 4 años + 8 meses + 4 días de los hechos con cicatrices ostensibles en el muslo y arcos de movimiento articular en miembro inferior izquierdo, sin alteraciones. Mecanismo traumático de lesión: contundente. Incapacidad médico legal DEFINITIVA CIENTO CUARENTA (140) DÍAS. SECUELAS MÉDICO LEGALES. Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente."

- Fl. 160: Memorial de fecha 2 de agosto de 2012 suscrito por el Coordinador de la Institución Educativa José Eusebio Caro de Popayán, para autorización de los docentes ILDA DAZA, LEONOR ZÚÑIGA, GERARDO CHILITO y GENTIL PEREZ, para asistir con estudiantes de diferentes grados (5°) a la salida pedagógica que tiene como objetivo conocer algunos sitios turísticos de la ciudad de Popayán:

  INFORMACIÓN DE LA SALIDA: Pueblito Patojo, Belén y el Morro.
  Fecha: agosto 6 de 2012.
  Grados: 2°-01, 4°-01, 4°-02 y 5°-01.

- Fl. 14 C. Pruebas: El Coordinador de la Institución Educativa José Eusebio Caro de Popayán, autorizó a los docentes ILDA DAZA, LEONOR ZUÑIGA, GERARDO CHILITO y GENTIL PEREZ, para realizar salida pedagógica.

- Fl. 161: Aparece autorización firmada por padre de familia a la estudiante EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS, para que asista a salida pedagógica para el 6 de agosto de 2012.

- Fl. 162: Oficio de fecha 9 de octubre de 2012, suscrito por Andrés F. Fernández G. y Carmen Ruth Riascos, quienes manifiestan haber recibido ayuda de niños, padres de familia y docentes de la Institución Educativa José Eusebio Caro e indicaron que la directora de grupo, LEONOR ZUÑIGA, en ningún momento la consideraron responsable de lo sucedido a la niña.

- La Subdirección de Fomento de Competencias del Ministerio de Educación allegó las siguientes Directivas (fl. 181-182-183-184):

  Directiva Ministerial 8 del 12 de junio de 2009 para orientaciones para la planeación, desarrollo y evaluación de las salidas pedagógicas dirigida a las secretarías de educación y establecimientos educativos, en la que se señala:

"El establecimiento educativo deberá informar a los padres de familia o acudientes con la debida antelación sobre cada salida pedagógica y contar con su autorización escrita para la participación de sus hijos.
El rector o director rural deberá informar a las autoridades respectivas el lugar de la salida pedagógica, el número de estudiantes participantes y las actividades que llevarán a cabo...
El establecimiento educativo será responsable de la seguridad e integridad de los estudiantes que asistan a la salida pedagógica durante todo el tiempo de su realización."

Directiva Ministerial No. 30 del 31 de diciembre de 2009, dirigida a los secretarios de educación, directivos docentes y docentes:

"El rector o director rural del establecimiento educativo deberá informar a la secretaría de educación, al inicio de año escolar, la fecha, nombre de participantes, duración y lugar donde se realizarán las salidas pedagógicas programadas."

- El Secretario de Educación del municipio de Popayán comunicó que de acuerdo con el contenido del artículo 10 de la Ley 715 de 2001, los rectores, como representantes legales, de las Instituciones Educativas, son totalmente autónomos en la administración de las mismas, por lo tanto de ellos depende la autorización para salidas pedagógicas de los estudiantes (fl. 17 C. Pruebas).

3. Legitimación en la causa por pasiva en la responsabilidad por daños sufridos por alumnos de Instituciones Educativas

El artículo 67 es el fundamento constitucional de la educación como derecho de la persona y como servicio público cumple una función social. Asimismo, indica que, el Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año preescolar y nueve de educación básica.

Igualmente, *"Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.*

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley".

La norma en comento contiene un aspecto operacional al encomendar al Estado la suprema inspección y vigilancia del mismo; el cual verificará el proceso educativo, el cubrimiento del servicio y su permanencia en el tiempo. Finalmente, indica que la participación en la prestación de este servicio y la dirección del mismo, será realización conjunta entre la Nación

y las entidades territoriales, en los términos señalados en la constitución y la Ley.

En la Constitución Política de 1991, se consolidó la descentralización del servicio de educación pública en sus niveles de básica primaria y secundaria; se estableció la distribución de recursos y el reparto de competencias en relación con la prestación los servicios públicos de educación a cargo del Estado, entre la Nación, los departamentos y los municipios, teniendo en cuenta para ello los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (artículo 288) y en los artículos 356 y 357 de la Carta, se estableció el giro de recursos por parte de la Nación a las entidades territoriales para, entre otras cosas, sufragar los gastos de los servicios de educación, mediante el establecimiento del situado fiscal a favor de los departamentos y distritos y la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación.

Conforme al proceso de descentralización administrativa que se consolidó con la expedición de la Constitución de 1991, con fundamento en la regulación prevista en la Ley 60 de 1993, *"Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.*[12]*", y en materia de educación, hubo una radicación de funciones a cargo de los Municipios y Departamentos. Y en lo que respecta a los municipios, se estableció:*

> *"ARTICULO 2o. Competencias de los Municipios. Corresponde a los Municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:*

1. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:

- Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media. - Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento, y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.

- Ejercer la inspección y vigilancia, y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales."

De esta manera, a los departamentos se les atribuyó la dirección y administración directa y conjuntamente con los municipios de los servicios

[12] Publicada en el Diario Oficial 40987 del 12 de agosto de 1993. fue derogada por la Ley 715 de 2001.

de educación y los docentes dejaron de ser nacionales y nacionalizados, para denominarse del orden nacional, departamental, distrital o municipal, según el caso.

De conformidad con el artículo 16 de la misma normativa, el proceso de descentralización no tuvo vigencia automática ni inmediata, sino gradual y sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos fijados por la misma Ley y el reglamento, para efectos de la certificación que habilitaría al ente territorial para prestar el servicio educativo en su jurisdicción.

Esta distribución de competencias quedó sujeta a desarrollo legal, mediante la Ley 115 de 1994, por la cual se expidió el Estatuto General de Educación, que estableció:

> *"Artículo 147°.- Nación y entidades territoriales. La Nación y las entidades territoriales ejercerán la dirección y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución Política, la Ley 60 de 1993, la presente Ley y las demás que expida el Congreso Nacional."*

"Artículo 148°.- Funciones del Ministerio de Educación Nacional. El Ministerio de Educación Nacional, en cuanto al servicio público educativo, tiene las siguientes funciones:

> *"1. De Política y Planeación:*
> *a. Formular las políticas, establecer las metas y aprobar los planes de desarrollo del sector a corto, mediano y largo plazo, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política.*
> *b. Diseñar los lineamientos generales de los procesos curriculares.*
> *c. Proponer el ajuste del situado fiscal, conforme a la evaluación anual de recursos financieros;*
> *d. Establecer los indicadores de logros curriculares y en la educación formal, fijarlos para cada grado de los niveles educativos;*
> *e. Fomentar las innovaciones curriculares y pedagógicas;*
> *f. Promover y estimular la investigación educativa, científica y tecnológica;*
> *g. Evaluar y controlar los resultados de los planes y programas educativos;*
> *h. Elaborar el Registro Único Nacional de docentes estatales,*
> *i. Proponer los programas de inversión del sector educativo que se deben desarrollar a través del Fondo de Inversión Social FIS y coordinar su ejecución.*
>
> *"2. De Inspección y Vigilancia:*
> *a. Velar por el cumplimiento de la ley y de los reglamentos sobre educación;*

b. Asesorar y apoyar a los departamentos, a los distritos y a los municipios en el desarrollo de los procesos curriculares pedagógicos;
c. Evaluar en forma permanente la prestación del servicio educativo;
d. Fijar los criterios para evaluar el rendimiento escolar de los educandos y para su promoción a niveles superiores, y
e. Cumplir y hacer cumplir lo establecido por el Escalafón Nacional Docente y por el Estatuto Docente, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

"3. De Administración:
a. Dirigir la actividad administrativa en el sector educativo y ejecutar la ley;
b. Coordinar a través de las Secretarías de Educación, o de los organismos que haga sus veces, la ejecución de los planes de desarrollo educativo en los departamentos, distritos y municipios;
c. Establecer el sistema descentralizado de información para la adecuada planeación y administración de la educación y para ofrecer información oportuna a la sociedad y a los padres de familia para que puedan elegir la mejor educación para sus hijos, y
d. Coordinar todas las acciones educativas del Estado y de quienes presten el servicio público en todo el territorio nacional.

"Parágrafo.- El Ministerio de Educación Nacional podrá delegar en las secretarías de educación departamentales y distritales las funciones administrativas de expedición de la tarjeta profesional del secretariado, la expedición y registro de los títulos de bachiller por desaparición de la institución educativa y los procedimientos que se relacionan con el otorgamiento de personería jurídica para las asociaciones de padres de familia de las Instituciones educativas, previa evaluación que permita establecer la eficacia, economía y celeridad para el cumplimiento de estas funciones, por dichos entes territoriales."

"(...)
"Artículo 150°.- Competencias de asambleas y consejos. Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, respectivamente, regulan la educación dentro de su jurisdicción, en los términos de la Ley 60 de 1993 y la presente Ley.
"Los gobernadores y los alcaldes ejercerán, en relación con la educación, las facultades que la Constitución Política y las leyes les otorgan."

ARTÍCULO 152. Funciones de las secretarías de educación municipales. Las secretarías de educación municipales ejercerán las funciones necesarias para dar cumplimiento a las competencias atribuidas por la Ley 60 de 1993, la presente ley y las que le delegue el respectivo departamento.

En los municipios donde no exista secretaría de educación municipal, estas funciones serán ejercidas por el alcalde, asesorado por el Director del Núcleo respectivo.

ARTÍCULO 153. Administración municipal de la educación. Administrar la educación en los municipios es organizar, ejecutar, vigilar y evaluar el servicio educativo; nombrar, remover, trasladar, sancionar, estimular, dar licencias y permisos a los docentes, directivos docentes y personal administrativo; orientar, asesorar y en general dirigir la educación en el municipio; todo ello de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, el Estatuto Docente y en la Ley 60 de 1993."

Las disposiciones que anteceden constituyen, en gran medida, el marco de acción y de dirección legal del servicio de educación, sujeto a un proceso de radicación de funciones a nivel territorial, para un control más inmediato, distribuido y orientado al mejoramiento de su prestación, por lo cual, una vez certificadas estos establecimiento educativos, pueden ejercer la función educativa.

Implementado el proceso de descentralización en educación, y con el fin de fortalecer su desarrollo, se expidió la Ley 715 de 21 de noviembre de 2001, la cual en una competencia similar a la de Ley 60 de 1993, se dictaron igualmente normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 181, 288, 356 y 357 de la Constitución Política.

En vigencia de la citada ley, lo que se pretendió fue la municipalización de la educación que había quedado en manos de los Departamentos y Distritos certificados conforme a la Ley 60 de 1993.

Es así como, los artículos 34 y 38 de la Ley 715, establecieron expresamente el procedimiento a seguir para incorporar las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, antes Situado Fiscal, el cual se debía llevar a cabo a más tardar el 21 de diciembre de 2003, para ello, previo estudio técnico se tenían que fijar las plantas de personal docente, directivo docente y administrativos de los planteles educativos, y luego proceder a la provisión de dichos cargos en la plantas de personal adoptadas por las entidades territoriales para la prestación del servicio educativo, incorporándolos a las mismas.

Obsérvese como, la municipalización de la educación igualmente se cumplió mediante un proceso de incorporación y homologación de cargos, que para el caso del personal administrativo del servicio educativo, generó costos derivados del estudio técnico que involucraba el grado de remuneración que correspondía a las funciones que debían cumplir, los requisitos exigidos para el cargo conforme a las necesidades del servicio, y

a los elementos estructurales del empleo, amparados en criterios de igualdad y equivalencia, frente al personal que laboraba en las plantas de las entidades municipales.

Ahora, analizando el caso en concreto se encuentra que deberá declararse la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, en atención a que esta entidad no está llamada a defender el interés jurídico que se debate en el proceso, por desbordar la órbita de las competencias establecidas por la Constitución y la Ley para la Nación-Ministerio de Educación, porque fue en cumplimiento de la Ley 715 de 2001 que se expidió el Decreto No. 139 del 6 de agosto de 2003 en virtud del cual se aprobó la Institución Educativa José Eusebio Caro de la ciudad de Popayán.

4. Responsabilidad del estado por el deber de vigilancia y custodia en los planteles educativos

La Constitución Política consagra los medios de protección a los niños y a los jóvenes y su derecho al servicio de educación. En relación con los derechos de los niños, el artículo 44 de la Constitución Política establece:

> *"ARTÍCULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no se separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*
>
> *La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.*
>
> *Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás"* – se destaca-.

En ese contexto, es pertinente analizar el alcance del deber de custodia de los establecimientos educativos y la posición de garante que ostentan

los mismos respecto de los alumnos. Ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado[13]:

> *"El artículo 2347 del Código Civil, establece que "toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado".*
>
> *Así los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso."*
>
> *La custodia ejercida por el establecimiento educativo debe mantenerse no sólo durante el tiempo que el alumno pasa en sus instalaciones, sino también durante el que dedica a la realización de otras actividades educativas o de recreación promovidas por éste, incluyendo paseos, excursiones, viajes y demás eventos tendientes al desarrollo de programas escolares.*
>
> *El deber de cuidado surge de la relación de subordinación existente entre el docente y el alumno, pues el primero, debido a la posición dominante que ostenta en razón de su autoridad, tiene no sólo el compromiso sino la responsabilidad de impedir que el segundo actúe de una forma imprudente.*

Sobre este tema, la doctrina ha dicho:

> *"Para encontrarse en condiciones de reprochar una falta de vigilancia al demandado, la víctima debe probar que aquél soportaba esa obligación de vigilancia en el momento preciso de la realización del daño... La obligación de vigilancia se extiende incluso a las horas consagradas al recreo y a los paseos; comienza desde que el alumno queda autorizado para entrar en los locales destinados a la enseñanza y cesa desde el instante en que sale de ellos, a menos que el profesor se encargue de la vigilancia de los alumnos durante el trayecto entre el colegio y la casa; subsiste también aunque no sea ejercida efectivamente, si el profesor se ausenta sin motivo legítimo"[14].*
>
> *Agréguese a lo dicho que si bien dentro de las nuevas tendencias pedagógicas, la educación que se imparte en los colegios debe respetar ciertos parámetros de libertad y autonomía, ello no obsta*

---

[13] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Exp. 14.869. M.P.: Nora Cecilia Gómez Molina.

[14] MAZEAUD TUNC. *Responsabilidad Civil Delictual y Contractual.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1977, primer tomo, volumen II, pág. 545.

para que se adopten las medidas de seguridad necesarias con el fin de garantizar la integridad física de los alumnos, respetando desde luego la independencia que se les otorga.

Este deber encuentra su fundamento en la protección que debe brindarse al alumno, no sólo respecto de los daños que éste pueda causarse a sí mismo, sino también de los que pueda ocasionar a los demás.

El centro educativo se erige en garante y adquiere la obligación de responder por los actos del educando que pudieran lesionar derechos propios o ajenos, es decir, que la obligación de cuidado de los maestros con respecto a los alumnos origina responsabilidad de los centros educativos y de los mismos maestros por cualquier daño que los alumnos puedan llegar a causar o sufrir, aunque aquellos pueden exonerarse de responsabilidad si demuestran que actuaron con absoluta diligencia o que el hecho se produjo por fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima.

Así lo establece el inciso final del artículo 2347 del Código Civil: "Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho".

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

No obstante, sin consideración a la edad de los alumnos, las entidades educativas responderán por los daños que se generen como consecuencia de los riesgos que ellas mismas creen en el ejercicio de las actividades académicas, sin que le sea exigible a los alumnos y padres asumir una actitud prevenida frente a esas eventualidades, en razón de la confianza que debe animar las relaciones entre educandos, directores y docentes. Así por ejemplo, los establecimientos educativos y los docentes responderán por los daños que se cause en ejercicio de una práctica de laboratorio,

cuando el profesor encargado de la clase confunda sustancias químicas y ocasione una explosión en la que muere o resulta lesionado el alumno que las manipulaba. En este caso, es evidente la responsabilidad de la institución educativa y del docente, pues es éste quien posee la instrucción académica necesaria para hacer seguras dichas prácticas, sin que sea exigible a los alumnos y padres cerciorarse previamente de la corrección de tales prácticas.

En oportunidades anteriores, la Sala ha deducido la responsabilidad de los centros educativos por la falta de vigilancia sobre los alumnos, aún en la realización de actividades recreativas, cuando no se extreman las medidas de seguridad para evitar el peligro que éstos puedan sufrir. No obstante, en esas decisiones se ha reconocido que, inclusive en relación con alumnos menores de edad hay lugar a analizar si su conducta contribuyó igualmente a la realización del daño, para disminuir el valor de la indemnización" – Se destaca-.

En similares términos, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 23 de agosto de 2010, señaló:

"La responsabilidad de los centros educativos puede resultar comprometida a título de falla cuando se producen accidentes que afectan la integridad física de sus alumnos, por hechos originados como consecuencia de un descuido o negligencia de los directores o docentes encargados de custodiarlos, situación que puede ocurrir no sólo dentro de las instalaciones del plantel educativo sino fuera de él, como por ejemplo durante el tiempo destinado a la realización de otras actividades educativas o de recreación promovidas como parte del desarrollo integral de programas escolares. Es indudable que el deber de vigilancia y cuidado se origina en el ámbito de la relación de subordinación existente entre el docente y el alumno, toda vez que el primero, debido a la posición dominante que ostenta en razón de su autoridad, tiene no sólo el compromiso sino la responsabilidad ineludible de impedir que el segundo actúe de una forma imprudente y alejado de los patrones normales de comportamiento que debe observarse en todo momento, de tal suerte que el centro educativo se convierte en garante y adquiere la obligación de responder por los actos del estudiantado que pudieran lesionar derechos propios o ajenos.

"En relación con este aspecto, la Sala, de tiempo atrás, ha tenido oportunidad de pronunciarse en otras ocasiones, para reafirmar que a las autoridades educativas les asiste un deber de protección y cuidado de los alumnos que se encuentran a su cargo, de tal suerte que se garantice su seguridad y se vigile su comportamiento con miras a evitar la producción de daños propios o ajenos, deber que surge simple y llanamente porque los estudiantes se encuentran bajo

la tutela de los directivos y docentes durante su permanencia en las instalaciones educativas o con ocasión de su participación en actividades afines de tipo académico, cultural o recreativo organizadas por sus directivas, dentro o fuera de las mismas (...)"[15].

Lo anterior, pone de presente que los establecimientos educativos deben responder por los daños causados a quienes se encuentran bajo su dirección y cuidado. Esta directriz se hace extensible a los daños que se producen en el desarrollo de las actividades académicas exigidas a los estudiantes, que tengan lugar por fuera del establecimiento educativo.

En pronunciamientos similares, relacionados con accidentes ocurridos en actividades escolares, la Sala ha deducido la responsabilidad de los centros educativos por la falta de vigilancia sobre los alumnos, aún en la realización de actividades recreativas, cuando no se extreman las medidas de seguridad para aminorar los riesgos y así prevenir los daños[16].

Siendo así, puede concluirse la responsabilidad de los establecimientos educativos por fallar al deber de custodia y cuidado, siempre que los menores resulten afectados en el marco de una actividad a cargo de docentes y directivos del plantel, en la medida en que supone el desconocimiento del contenido obligacional a su cargo.

En este orden de ideas, la Institución Educativa José Eusebio Caro, dirigido y administrado por el municipio de Popayán, tenía a cargo la vigilancia y seguridad de los estudiantes, dentro sus instalaciones y fuera de ella cuando se encuentren en la realización de actividades creativas y/o académicas, y en efecto ese deber de custodia se desprende de la relación de subordinación existente entre los docentes y los alumnos; de allí que los daños causados a estos últimos le son imputables al centro estudiantil, lo cual es extendido al ente territorial demandado, en tanto, se insiste, es garante[17] de la vida e integridad de los estudiantes a su cargo.

---

[15] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de agosto de 2000, expediente 18.627, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez.

[16] Así, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2002, expediente 14081, se condenó a la entidad demandada por la muerte de un alumno que se ahogó durante la realización de un paseo programado por el colegio, por considerar que no se tomaron las medidas preventivas necesarias para garantizar la seguridad de los alumnos y que a pesar de que los profesores les habían prohibido nadar en el río, no había lugar a reducir la responsabilidad de la entidad porque el daño no se produjo como consecuencia de la desatención de la orden, sino porque "*La administración al desarrollar su labor educativa, olvidó que simultáneamente debía garantizar la seguridad en la salida pedagógica, ya que no incluyó el apoyo en la vigilancia del grupo para evitar que se pusiera en peligro la vida de los alumnos*", como tampoco había previsto los riesgos a los cuales se exponía a los alumnos al llevarlos al lugar donde ocurrieron los hechos. "*evento que por ser organizado y autorizado por las autoridades educativas debía presumirse brindaba las mínimas condiciones o garantías para una estadía libre de riesgos*". En igual sentido, sentencias de 13 de febrero de 1997, Exp. 11.412 y de 20 de febrero de 2003, Exp. 14144.

[17] "Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho...

"Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue

5. El caso concreto

5.1. El daño antijurídico

De acuerdo con el artículo 90 de la Carta Política, "*el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*". Al respecto, esta Corporación ha precisado que, aunque el ordenamiento no prevé una definición de daño antijurídico, éste hace referencia a "*la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho*[18]".

De la historia clínica y de la valoración por el Instituto de Medicina Legal, se observa que la menor EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS, el día 6 de agosto de 2012, ingresó al Hospital Universitario San José de Popayán porque a las 10:30 de la mañana estando en una actividad del colegio se cayó en el sitio conocido como "el morro" en la ciudad de Popayán, presentando escoriaciones en cara, brazos, dolor en cuello y región de clavícula izquierda, edema, dolor y deformidad en 1/3 tercio proximal de muslo izquierdo (fl. 29), igualmente, se realizaron radiografías y arrojaron los siguientes resultados: (fl. 21 y s.s.): fractura desplazada y cabalgada del tercio proximal de la diáfisis femoral, en la pelvis no hay alteraciones óseas traumáticas y las relaciones articulares están conservadas, fractura desplazada y cabalgada de la clavícula izquierda y en radiografía columna cervical se observa listesis anterior grado I de C2 sobre C3. Asimismo, en el informe de Clínica Forense de fecha 10 de abril de 2017, se anotó que ingreso con marcha normal, con contexto de caída de su propia altura mientras se encontraba en actividades estudiantiles, fractura de clavícula y fémur, esta última requirió de procedimiento quirúrgico y posteriormente desbridamiento de tejidos perilesionales y a la fecha del dictamen, con cicatrices ostensibles en el muslo y arcos de movimiento articular en miembro inferior izquierdo, sin alteraciones y con deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.

Se colige entonces que de las pruebas que obran en el expediente, que la menor EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS para el día de los hechos, tenía 11 años de edad y se encontraba matriculada en el grado quinto de educación básica primaria en la Institución Educativa José Eusebio Caro, quien luego del accidente presentó deformidad a nivel clavicular izquierda, deformidad en muslo derecho y limitación funcional. Sin

---

desconocida." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de octubre de 2007, expediente 15.567, C.P. Enrique Gil Botero.

[18] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de marzo de 2000, expediente 11945, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Acerca del contenido y alcance del concepto de daño antijurídico en la teoría jurisprudencial colombiana, es posible consultar, también las siguientes providencias proferidas por esta misma Sección: Sentencias de 8 de mayo de 1995, exp. 8118; 5 de agosto de 2004, exp. 14.358 y, 7 de diciembre de 2005, exp. 14.065.

embargo, se resalta que para el día 17 de febrero de 2014, la menor FERNANDEZ RIASCOS presentó caída de su propia altura sobre la pierna izquierda, posteriormente con dolor y dificultad para la marcha.

5.2. La imputación del daño al Estado

El día 2 de agosto de 2012, los docentes ILDA DAZA, LEONOR ZUÑIGA, GERARDO CHILITO y GENTIL PEREZ, solicitaron la autorización para asistir con los estudiantes de los grados 2°.01, 5°.01, 4°.02 y 4°.01, a una salida pedagógica con el fin de conocer algunos sitios turísticos de la ciudad de Popayán y el fortalecimiento de valores como la convivencia, la tolerancia y la solidaridad (fl. 13 C. Pruebas); oficio en el que indicó como lugares de visita: el pueblito patojo, Belén y El Morro, para el día 6 de agosto de 2012. Solicitud que fue autorizada por el Coordinador de la Institución Educativa José Eusebio Caro, HERNANDO TOSSE COLLAZOS (fl. 14 C. Pruebas). Igualmente, a folio 15 se encuentra autorización suscrita por padre de familia de la estudiante EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS para que asista a la salida pedagógica.

A pesar de que a folio 162 del cuaderno principal obra memorial suscrito por ANDRES F. FERNANDEZ G. y CARMEN RUTH RIASCOS, en calidad de padres de la menor EDNA JANNINE, como se verifica de su registro civil de nacimiento (fl. 5 C. Ppal.), en el que señalan que no consideran que la directora de grupo profesora LEONOR ZUÑIGA, en ningún momento es responsable de lo sucedido a la niña FERNANDEZ RIASCOS (fl. 162 C. Ppal.).

Sin embargo, ello no es una razón que exonere la responsabilidad de la entidad demandada, la cual la parte actora imputa al municipio de Popayán habida consideración que no se establecieron las medidas necesarias de advertencia, prevención y cuidado en la actividad pedagógica realizada por la Institución Educativa José Eusebio Caro y dirigida y supervisada por los docentes de esta institución que por la falta de vigilancia que contribuyó a que la menor cayera de la montaña y resultara lesionada.

Así las cosas, la responsabilidad de los centros educativos resulta comprometida a título de falla en el servicio cuando se producen accidentes que afectan la integridad física de sus alumnos, por hechos originados como consecuencia de un descuido o negligencia de los directores o docentes encargados de custodiarlos, situación que puede ocurrir no solo dentro de las instalaciones del plantel educativo sino fuera del mismo en cualquier actividad académica, pedagógica o recreativa a cargo de esta. En este caso, no les es exigible a los padres ni a los alumnos una actitud prevenida frente a esas eventualidades, en razón a la confianza que debe animar las relaciones entre educandos, directores y docentes, es decir que sobre estos recae una obligación de intervención en su posición de garante sobre sus estudiantes, entonces en su labor

educativa deben garantizar la seguridad y vigilancia del grupo para evitar que se ponga en peligro la integridad física o la vida, prever los riesgos y brindar las mínimas condiciones o garantías para una salida libre de riesgos.

Adicionalmente, según lo manifestado por el Secretario de Educación del municipio de Popayán, los rectores y representantes legales de las instituciones educativas, son totalmente autónomos en la administración de las mismas, por tanto de ellos depende la autorización para salidas pedagógicas de los estudiantes (fl. 17 C. Pruebas).

Es así como a través de la Directiva Ministerial No. 8 del 12 de junio de 2009 (fl. 18 C. Pruebas), el Ministerio de Educación Nacional otorgó a las secretarías de educación y establecimientos educativos, orientaciones para la planeación, desarrollo y evaluación de las salidas pedagógicas e indicó que le corresponde al establecimiento educativo informar a los padres de familia o acudientes, con la debida antelación sobre cada salida pedagógica y contar con su autorización escrita para la participación de sus hijos, igualmente informar a las autoridades respectivas el lugar de la salida pedagógica, el número de estudiantes participantes y las actividades que llevarán a cabo, comprobar que los sitios cuenten con adecuadas condiciones de seguridad y salubridad, así como verificar el transporte.

Así las cosas, frente a los hechos ocurridos el día 6 de agosto de 2012, existen varias versiones una la consignada en la historia clínica, versión que vale la pena advertir fue suministrada en primer lugar por el padre de la menor, quien no estuvo en el lugar de los hechos y la segunda versión la recaudada en audiencia de pruebas llevada a cabo el día 26 de agosto de 2019, se recibieron declaraciones de los menores MAROLY CAMILA CERON y CARLOS EDUARDO LOPEZ, quienes para esa fecha, eran compañeros de estudio de EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS, es decir que eran alumnos de la Institución Educativa José Eusebio Caro y asistieron a la salida pedagógica en la cual se presentó el accidente. Al respecto señalaron:

MAROLY CAMILA CERON:

"PREGUNTADO: ¿Informe si conoce a la menor Edna Yanina Fernández? CONTESTO: Si la conozco porque estudiamos la primaria juntas desde transición hasta el año quinto, ya no estudiamos juntas, más o menos en el año 2003 al 2012. PREGUNTADO: ¿Informe en qué colegio estudiaban ustedes? CONTESTO: En el colegio José Eusebio, la sede Chune, en la jornada de la mañana, de 7 a 12 y media, el director de curso para la fecha de los hechos era Leonor Zúñiga. PREGUNTADO: ¿Informe todo lo que sepa sobre los hechos que ocurrieron el día 6 de agosto de 2012? CONTESTO: Tuvimos una salida pedagógica, recuerdo que fue un lunes, la

salida era al morro y al pueblito patojo, cuando estábamos en el morro fue el accidente de ella, estábamos jugando con unos cartones y de un momento a otro ***Edna se dirigía hacia al piso e iba corriendo****, yo trate de ayudarle, pero fue imposible, la velocidad que ella llevaba para el piso,* ***ella estaba de pie, ella iba corriendo a una velocidad fuerte.*** *PREGUNTADO: ¿Dice que estaba jugando con cartones explique? CONTESTO: Cogíamos los cartones en el piso y nos tirábamos, estaba Edna, otra compañera Michelle y yo, nos acompañaban tres docentes, los tres directores de grupo, nuestra directora Leonor, el profesor Gentil y el profesor Gerardo, salimos 5 salones y por salón éramos más o menos treinta. Estábamos jugando a la mitad del morro donde había una parte plana y lugares donde nos podíamos resbalar. PREGUNTADO: ¿Cuál era el objeto de la salida? CONTESTO: Eran salidas y actividades normales del colegio nos sacaban a piscina y a conocer. PREGUNTADO: ¿Cuáles eran las instrucciones que le dieron los docentes? CONTESTO: Solo nos decían que tuviéramos cuidado. PREGUNTADO: ¿Explique que la vio corriendo y a velocidad describa lo que vio después? CONTESTO: Yo recuerdo que estábamos anteriormente tirándonos, y cuando yo voltee a ver ella estaba de pie corriendo, cuando todos empezaron a gritar la mire y cuando bajamos, estaba tirada en la carretera, empezamos a gritarle a los profesores mientras le hacíamos sombra, los docentes estaban en la parte donde está situada la estatua. PREGUNTADO: ¿Quién vino a auxiliar a la menor? CONTESTO: Nuestra directora de grupo se demoró mucho en bajar, primero llegaron los chicos, y llego de primero el profesor Gentil y ya nadie más. PREGUNTADO: ¿En qué se trasladó a la menor al hospital? Contesto: la verdad no recuerdo. PREGUNTADO: ¿Indique como era el clima del día? CONTESTO: Había demasiado sol, en el espacio que cayó Edna, había mucho sol, cuando yo volví a verla ya estaba en un lugar con sombra la habían corrido. PREGUNTADO: ¿Usted estuvo hasta que se la llevaron? CONTESTO: Si, yo estuve ahí, la directora de grupo llego después. PREGUNTADO: ¿Se puede decir que, en la caída, fue por pérdida de equilibrio? CONTESTO: Yo creo que ella perdió el equilibrio, ella no sabía qué hacer, no creo que ella estuviera corriendo para la carretera, fue una pérdida del equilibrio. PREGUNTADO: ¿A ustedes se les permitió llevar los cartones para deslizarse? CONTESTO: Antes de salir solo nos dijeron que tuviéramos cuidado, y si lleváramos cartones que no hubiera mucho peligro. PREGUNTADO: ¿Ellos expresamente mencionaron la palabra cartones dentro de las recomendaciones? CONTESTO: Yo creo que si, en algún momento le mencionamos si los podíamos llevar ella dijo que sí. PREGUNTADO: ¿Cuántos profesores los estaban vigilando? CONTESTO: Eran tres, directores de grupos, eran los grupos cuartos y quintos, cuartos habían 2, creo que había un grado tercero y nosotros, aproximadamente 4 grupos. PREGUNTADO: ¿Estando en el sitio del morro, recibieron alguna otra advertencia o recomendación? CONTESTO: No solamente nos dijeron que tuviéramos cuidado y nada más. PREGUNTADO: ¿Del momento del accidente estaba todo el grupo en el mismo sitio o estaban regados en todo el morro? CONTESTO: Si estábamos distribuidos en el momento del*

accidente habíamos pocos, los demás estaban comiendo o con los profesores no estaban con nosotros. PREGUNTADO: ¿Usted puede informar si la niña Edna, con ocasión del accidente faltó a clases? CONTESTO: Si fue mucho tiempo que no asistió, y cuando iba fue en silla de ruedas. PREGUNTADO: ¿Usted puede observar que la niña ha tenido alguna alteración física? CONTESTO: Yo pienso que problemas como eso afecta el crecimiento y afecta su caminar."

CARLOS EDUARDO LOPEZ RAMOS

"PREGUNTADO: ¿Usted conoce a JANNINE FERNANDEZ RIASCOS? CONTESTO: Es una ex compañera del colegio Chune, la conozco durante el tiempo que cursamos juntos, como 3 años, tercero, cuarto, quinto. PREGUNTADO: ¿Usted sabe lo que paso el día 6 de agosto de 2012, donde resultó lesionada Edna? CONTESTO: No me encontraba presente donde ocurrió el accidente, estaba en otro lugar del morro, solo vi cuando estaba en la parte del suelo y mucha gente tratando de socorrerla, la socorrió solo la agente, algunos profesores. PREGUNTADO: ¿Sabe quién la llevo hasta el hospital? CONTESTO: No, me quedé hasta que llego una ambulancia la cual se demoró mucho. PREGUNTADO: ¿Qué era la actividad que ocurría el día 6 de agosto de 2012? CONTESTO: Fue una salida pedagógica del colegio, no recuerdo cuantos cursos íbamos, pero no recuerdo cuantos cursos iban. PREGUNTADO: ¿Cuántos profesores habían a cargo de ustedes? CONTESTO: Unos 2 o tres, solo recuerdo el nombre de nuestra directora la profe Leonor, yo estaba en el mismo curso de Edna. PREGUNTADO: ¿Qué estaba haciendo en su caso, momentos previos al accidente? CONTESTO: Recreándonos, jugando, estaba en la parte donde se encuentra la estatua en la parte de arriba. PREGUNTADO: ¿Cómo era el clima ese día? CONTESTO: Había mucho sol. PREGUNTADO: ¿Les dijeron que tuvieran medidas de precaución? CONTESTO: Lo de siempre, que tuviéramos cuidado de jugar brusco y no jugar en ciertas partes. PREGUNTADO: ¿Les permitían llevar objetos para jugar? CONTESTO: No recuerdo, lo único que recuerdo es que nos dejaban llevar la lonchera. PREGUNTADO: ¿Además de docentes había padres de familia? CONTESTO: Creo que no. PREGUNTADO: ¿Cuántos años tenía para la fecha de los hechos? CONTESTO: Unos 10 supongo. PREGUNTADO: ¿La salida del colegio había sido avisada a los padres de familia? CONTESTO: Si, teníamos permiso de los padres. PREGUNTADO: ¿Usted en el momento del accidente, con cuántos estudiantes se encontraba? CONTESTO: No recuerdo muy bien, pero si estábamos muchos compañeros. PREGUNTADO: ¿Con ustedes estaban profesores? CONTESTO: Donde yo estaba no, ellos estaban pendientes donde estaba la bajada, estaban donde la mayoría de los estudiantes, donde yo estaba podía observar a los profesores, pero estábamos algo alejados. PREGUNTADO: ¿En el grupo qué ustedes estaban, usaron cartones para deslizarse, o recibieron advertencias por parte de los profesores? CONTESTO: Sí, pero no nos dijeron nada."

Es preciso resaltar que la jurisprudencia nacional[19] ha reconocido la existencia de cuatro causales que impiden la imputación de responsabilidad a la administración, a saber: fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero y hecho de la víctima. En efecto, los aludidos eventos "dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo"[20]

El hecho de la víctima es, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado. Tales elementos han sido definidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado en los siguientes términos:

En primer lugar, la irresistibilidad alude a la *"imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados."*[21]

La irresistibilidad no supone que la mera dificultad se erija en imposibilidad total, no obstante, *"ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano". Así, en cada caso el Juez deberá interpretar "La imposibilidad de ejecución (...) de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida"*[22]

Por su parte, la imprevisibilidad de la causa extraña alude a la condición de imprevista de la misma, con lo cual será requisito indispensable que se trate de *"de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia"*[23]. En este sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que *"resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o*

---

[19] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de ENRIQUE GIL BOTERO a la sentencia de 19 de septiembre de 2007. Exp. 16010.
[20] Ibidem.
[21] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 16.530, y Sentencia de 26 de mayo de 2010, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 18800.
[22] Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, Les responsabilites, Bruselas, 1981, pág. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de responsabilidad civil, cit., pág. 19.
[23] 2 Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, pág. 21.

repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia"[24]

A su vez, en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha reconocido que procede la declaratoria del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad aun tratándose de menores de edad y dementes. En este sentido, la Sección Tercera ha señalado que *"la valoración sobre la intervención causal de la víctima se puede declarar aun tratándose de menores de 10 años y de los dementes, quienes si bien no son susceptibles de cometer culpa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2346 del Código Civil, su actuación puede exonerar de responsabilidad a la entidad demandada cuando sea causa exclusiva del daño"*[25]

Ese mismo entendimiento se reiteró así[26]:

"A más de advertirse, conforme a lo ya dicho, la insuficiencia del argumento para efectos de construir un nexo de causalidad entre la conducta de la madre del niño y el daño causado, encuentra la Sala otra inconsistencia en el planteamiento del a quo, fundada en la interpretación equivocada del artículo 2.346 del Código Civil. En efecto, es claro que, dado el carácter objetivo del nexo causal, como elemento de la responsabilidad, poco importa que el hecho de la víctima que da lugar a la producción del daño sea culposo o no. Por la misma razón, es claro que la norma citada se refiere a hechos ilícitos considerados fuentes de obligaciones, por lo cual se aplica al menor que causa daño, mas no al que lo sufre."

Recientemente, la Subsección precisó que el artículo 2346 del Código Civil sí impide predicar dolo o culpa de los menores de 10 años y dementes en cualquiera de los escenarios de responsabilidad. Lo anterior, en tanto es imposible extender tales juicios a quienes carecen del desarrollo psicológico y físico necesario para el efecto. En todo caso, insistió en la irrelevancia de calificar la conducta para efectos de determinar el hecho de la víctima, en tanto lo importante de este es su imprevisibilidad e irresistibilidad. Al respecto, se dijo[27]:

---

[24] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 16.530.
[25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de febrero de 2010, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Exp. 17179, entre otras
[26] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 2005, exp. 14.681, M.P. Alier Hernández Enríquez. Reiteración de la sentencia de la misma Sección del 25 de mayo de 2000, expediente 11.253, del mismo ponente.
[27] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de noviembre de 2016, exp. 34.639, M.P. Danilo Rojas Betancourt. En el mismo sentido y de la misma Subsección, ver: sentencias del 30 de octubre de 2013, exp. 28.796 y del 20 de febrero de 2014, exp. 29.723, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

"130. Al respecto, advierte la Sala que, efectivamente, el artículo 2346 del Código Civil ha dispuesto que "Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiera imputárseles negligencia".

131. Si bien es cierto que dicha norma se refiere únicamente a la responsabilidad que tienen los menores frente a terceros, no lo es menos que dicha lógica es aplicable en otros ámbitos de la responsabilidad, pues no se le puede exigir a una persona que aún no ha completado su desarrollo psicológico y fisiológico conocer las normas y actuar de conformidad con lo que ellas señalan.

132. Por ello, resulta impropio calificar la conducta del menor como dolosa o culposa, puesto que hacerlo implica realizar un juicio de valor sobre su comportamiento, sin tener en cuenta que, por su edad, aún se encuentra en una etapa formativa con miras a asumir las cargas, deberes y responsabilidades que implica vivir en sociedad, siendo mientras tanto objeto de especial protección constitucional. En el mismo sentido, es improcedente hacer un juicio de su comportamiento en materia de responsabilidad civil, en la medida en que no es posible comparar su actuación con los estándares de conducta que prevé el Código Civil, por cuanto estos son propios de un adulto.

Sin embargo, esa circunstancia no significa que la conducta que el menor hubiere desplegado en el acaecimiento del daño sea insignificante, puesto que fenomenológicamente hablando esta puede ser la causa material que llevó a la producción del resultado dañino."

De esta manera, en los casos donde se analiza el hecho de la víctima de un menor de 10 años no es determinante la calificación de su conducta, sino simplemente la verificación de que ese comportamiento fue imprevisible e irresistible, de tal manera que se convierte en la causa exclusiva y determinante del daño causado.

El Consejo de Estado ha sido pacifico en su postura de la posición de garante de los colegios respecto de los estudiantes. Sin embargo también ha dicho que puede existir causales que eximan la responsabilidad de las instituciones educativas, como lo es la fuerza mayor y el caso fortuito.

Respecto de la culpa de la víctima, si bien es cierto considera que es un exonerante de la responsabilidad, no hay tesis unánime frente a cuales son los requisitos o elementos de la culpa de la víctima, pues como se vio en

precedencia considera que deben confluir la imprevisibilidad e irresistibilidad. No obstante otro sector de la jurisprudencia considera que la imprevisibilidad y la irresistibilidad son necesarias para que se configure la fuerza mayor; pero no para que el hecho de la víctima sea una causa liberatoria de la responsabilidad. Al respecto el salvamento de voto indicó:

> *Por lo tanto, desde mi perspectiva, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero como causales eximentes de la responsabilidad no pueden ser reconducidas por la doctrina y jurisprudencia nacional, con miras a someter bajo un mismo prisma los requisitos y elementos que gobiernan a la fuerza mayor, so pena de desdibujar los entornos delimitantes que existen entre uno y otro evento de los diversos que componen el concepto genérico de "causa extraña.*

En dicha sentencia se aclaró que lo realmente relevante a efecto de relevar de responsabilidad a la entidad, es " *acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación.*

"Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis."(negrillas y cursivas del original - subrayado adicional).

Posición que comparte plenamente el despacho, como quiera que lo realmente importante es determinar qué produjo el daño, es decir, el análisis de la imputación exige examinar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico.

Así en el presente caso no cabe duda según la prueba testimonial de la menor MAROLY CAMILA CERON, única declarante quien dijo presenciar los hechos en donde se produjo el accidente de EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS, indicó que estando en la montaña denominada el Morro de la ciudad de Popayán en el marco de una actividad *pedagógica avalada por el Colegio José Eusebio Caro, se encontraban jugando con unos cartones; la menor Edna iba corriendo montaña abajo y se dirigía hacia el piso. Dijo que trató de ayudarla, pero que le fue imposible por la velocidad que ella llevaba hacia la parte baja de la montaña y cae al piso. Si bien es cierto la deponente señala que estaban jugando a resbalarse con unos cartones, de su declaración se extrae que en el*

momento en que se presenta el accidente la menor Edna, no se estaba resbalando en los cartones sino que corría a gran velocidad de la parte alta de la montaña y se diría hacia abajo cayendo estrepitosamente contra la vía publica

De las declaraciones de los menores arriba enunciados el despacho concluye que en el momento en que se presentó el accidente la menor Edna no estaba siendo vigilada por ninguno de los maestros que estaban a cargo de la salida pedagógica lo cual denota una falla en el servicio.

Cabe anotar que el personal a cargo de la actividad no era suficiente ni calificado, como quiera que asistían los alumnos de al menos 4 grupos cada uno con treinta estudiantes, por tanto el grupo total eran ciento veinte educandos, bajo el cuidado y vigilancia de tres maestros.

Si bien es cierto que los menores que declararon en el proceso señalan que la menor fue advertida de tener cuidado, dichas instrucciones fueron vagas e imprecisas. Se echa de menos de menos, entonces, las medidas de planeación y prevención que las directivas y docentes estaban obligadas a tomar, acordes con la actividad a realizar, teniendo en cuenta la cantidad de alumnos que participaron en el paseo, sus distintas edades y el sitio donde se iba a desarrollar, que por ser una cuesta o montaña advertía según las reglas de la experiencia riesgos previsibles, por tanto denota una falla que los tres docentes a cargo de la actividad estuvieran en la parte alta del cerro sin tener visibilidad sobre dicho grupo, es decir, se dejó sin vigilancia al grupo que estaba en la parte media del Morro, pese a que tenían cartones y estaban jugando a resbalarse y corrían montaña abajo.

Ahora sobre el análisis de la conducta de la víctima, también el Consejo de Estado ha dicho como quedó visto en precedencia que a los menores de 10 años no es posible hacerles un reproche sobre la conducta dolosa o culposa. En otras oportunidades la edad del menor superior a los 10 años tampoco es posible trasladarle la culpa de su conducta, cuando se precisa la falla por la falta de planeación y prevención de la actividad, independientemente que superen los diez años de edad28

En estas condiciones, considera el despacho que no es posible imputarle a la víctima ni siquiera parte del daño, como quiera que la falta de planeación, prevención, vigilancia y cuidado de las autoridades del plantel educativo fueron determinantes en la ocurrencia del accidente de la menor Edna. Pues como se pudo establecer pese a que los menores tenían cartones y se encontraban corriendo en la parte media de la

---

[28] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil once (2011) radicación: 73001-23-31-000-1999 00265-01(19548) Actor: Pedro Alejandro Gualtero Mendoza y otros demandado: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Urbano- Instituto Nacional de Adecuación de Tierras -INAT-

montaña y resbalándose cuesta abajo, no desplegaron un estricto y claro llamado de atención a los menores, toda vez que todos los docentes se encontraban en la parte alta de la montaña, tanto es así que cuando la niña se accidentó, hubo demora de los docentes para bajar a socorrerla, es decir descuidaron la obligación de supervisión de quienes estaban a cargo. Precisamente la osadía de la menor de correr cuesta abajo y de los demás educandos de estar resbalándose montaña abajo tenía que haber llamado la atención, para poner sobre ella mayor vigilancia.

No era la víctima sino el plantel educativo el que tenía la dirección y control de la actividad, sino los docentes a cargo de la actividad, no se puede pretextar el permiso de los padres aminore la responsabilidad de vigilancia, guarda y cuidado a cargo del establecimiento educativo, por tanto se condenará al Municipio de Popayán.

6. Perjuicios

Está acreditado que los señores CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ y ANDRES FELIPE FERNANDEZ GAVIRIA, son padres de EDNA JANNINE, XILENA GISSEL y CRISTIAN ANDRES FERNANDEZ RIASCOS, según los registros civiles de nacimiento que obran a folios 5, 10 y 13.

6.1. Perjuicios inmateriales

6.1.1. Perjuicios morales

La parte demandante solicita el reconocimiento de estos perjuicios de la siguiente manera:

La suma equivalente a CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES para cada uno de los demandantes.

Declaración del señor JOHN JAIRO CUBILLOS

"PREGUNTADO: ¿Conoce usted a la menor Edna? CONTESTO: Si porque tengo una amistad con el papa de ella hace aproximadamente 13 años. PREGUNTADO: ¿Es usted familiar de la menor de alguien de su núcleo familiar? CONTESTO: No. PREGUNTADO: ¿Indique por quienes está integrado el núcleo familiar de la menor? CONTESTO: Vive con la mamá, tiene un hermano, otra hermana y el papá. PREGUNTADO: ¿Sabe usted como son las relaciones familiares entre ellos y como le consta? CONTESTO: Buenas, porque visito mucho la casa de ellos. PREGUNTADO: ¿Sabe usted algo sobre los hechos, sobre los cuáles resultó afectada la menor Edna? CONTESTO: Si, sé que la niña salió a la actividad, y ahí sufrió un accidente según me comento mi compañero Felipe. PREGUNTADO: ¿Informe, que consecuencias trajo para la familia de la menor este accidente?

CONTESTO: Mucha confusión, debido a que es la menor de los tres hermanos, muchas citas médicas, fue muy traumático para ellos. PREGUNTADO: ¿Cómo le consta que ha sido traumático? CONTESTO: Trabajo en la clínica la estancia hace 8 años, ahí me di cuenta que llevaban a la niña a terapias, cuando me comento lo sucedido, me puse a disposición de él y ha sido a través mía que han podido sacar las citas médicas, ya que es muy difícil sacar esas citas en la estancia. PREGUNTADO: ¿Qué otras consecuencias de tipo emocional o económico ha traído para la familia de la menor el accidente? CONTESTO: Hay dos cosas, para lo psicológico ha sido duro porque uno como padre no espera que a un hijo le pase esto es duro y saber que un hijo está fracturado, saber que no se puede mover, saber que toca llevarla a terapias, renunciar a trabajos, él trabaja en construcción y también es árbitro, para ellos fue muy duro."

Respecto de este tipo de perjuicios, el Consejo de Estado dictó sentencia de unificación[29] para la reparación de perjuicios morales en caso de lesiones, según el grado de consanguinidad/afinidad de los demandantes con la víctima directa, planteando lo siguiente:

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

Respecto del daño moral, el H. Consejo de Estado ha referido:

> *"Al respecto, es preciso resaltar que la jurisprudencia y doctrina nacionales han reiterado al unísono que hay lugar a predicar daño moral siempre que se cause aflicción, congoja, afectación o padecimiento en la esfera interna de los sujetos. En tales términos, independientemente de que dicha aflicción se cause por lesiones personales, pérdida de un ser querido o afectaciones a bienes, se predicará daño moral siempre que el individuo experimente en su fuero interno la referida congoja o padecimiento. Así las cosas, sin*

[29] Sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 31.172.

importar la causa que determine el padecimiento moral, resultará procedente su reconocimiento e indemnización siempre que éste resulte acreditado en el expediente, junto con los demás elementos del juicio de responsabilidad."[30]

En consideración a que la víctima no tiene fijado un porcentaje de pérdida de capacidad laboral para efectos de cuantificar la indemnización, el Juzgado considera que se debe hacer uso también para los casos puntuales del *arbitrio juris,* sobre el cual se ha disertado en la jurisprudencia, precisando que:

"(...) la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona.
(...)
El arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley."[31]

Explicado el presente perjuicio, se reconocerá a la afectada principal y a los demás demandantes, teniendo en cuenta el parentesco o las calidades demostradas con las cuales acudieron al presente trámite, los siguientes montos:

Que EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS en calidad de víctima directa no tenga una pérdida de capacidad laboral, no significa que no haya resultado afectada su salud a raíz de los hechos del 6 de agosto de 2012.

Según la copia de la historia clínica del Hospital Universitario San José, se consignó:

---

[30]Consejo De Estado. C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación número: 68001-23-15-000-1997-00807-01(22377).

[31] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012). Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02279 01(21861)B.

Copia de la historia clínica del Hospital Universitario San José de Popayán de la menor EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS con fecha de ingreso 8 de junio de 2013 y fecha de egreso el 11 de junio de 2013 (fl. 20-

"Radiografía de fémur izquierdo: fractura desplazada y cabalgada del tercio proximal de la diáfisis femoral (fl. 21)
Radiografía de pelvis: No hay alteraciones óseas traumáticas y las relaciones articulares están conservadas (fl. 22)
Radiografía de tórax: fractura desplazada y cabalgada de la clavícula izquierda (fl. 23).
Radiografía columna cervical: se observa listesis anterior grado I de C2 sobre C3.

06/08/2012:
Enfermedad actual: paciente que hoy a las 10:30 am aproximadamente estando en un paseo del colegio jugando con unos compañeros en el morro se resbala y rueda 3 metros aproximadamente sin pérdida del conocimiento, sin amnesia del evento, presentando escoriaciones en cara, brazos, dolor en cuello y en región de clavícula izquierda, edema, dolor y deformidad en 1/3 proximal de muslo izquierdo... (fl. 29).

13/08/2012:
Diagnósticos de ingreso presuntivos confirmados y relacionados:
Politraumatismo.
Diagnósticos de egreso principales y relacionados confirmados: fractura de clavícula, fractura de fémur, reducción cerrada + osteosíntesis.

Datos clínicos del ingreso: Paciente que ingresa a este servicio porque sufre caída de +/- 3 mts sin pérdida del conocimiento. Presenta trauma en hemicuerpo izquierdo al ingreso a este nivel se documenta fractura de clavícula izquierda y fémur izquierdo, es valorada por ortopedia quien ordena inmovilizador (fl. 25).

Fl. 56 vuelto: 17/02/14: limitación para la marcha, dolor a la palpación en articulación de fémur izquierdo, pulsos distales...

Paciente con antecedente de fractura de fémur izquierdo hace 2 años con QX con material de osteosíntesis e injertos óseos..."

Informe pericial de Clínica Forense de fecha 10 de abril de 2017, practicado a EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS, con las siguientes anotaciones:

"Aspecto general: Examinada hoy después de los hechos. Mujer de 15 años, con adecuada presentación, contextura media en buen estado general, ***marcha normal...***
Miembros superiores: sin limitaciones funcionales con hombro izquierdo.
Miembros inferiores: tres cicatrices quirúrgicas hipercromicas en cara lateral del muslo izquierdo así: dos de 5 centímetros en dos tercios

proximales y otra de 3 cm en tercio distal ostensibles en su conjunto, AMAS sin alteraciones.

ANALISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES: Femenina de buen aspecto general, ingresa por sus propios medios, ***marcha normal****, contexto de caída de su propia altura, mientras se encontraba en actividades estudiantiles, fractura de clavícula y fémur, esta última requirió de procedimiento quirúrgico y posteriormente desbridamiento de tejidos perilesionales a sitio de fractura, hoy a 4 años + 8 meses + 4 días de los hechos con cicatrices ostensibles en el muslo y arcos de movimiento articular en miembro inferior izquierdo, sin alteraciones. Mecanismo traumático de lesión: contundente. Incapacidad médico legal DEFINITIVA CIENTO CUARENTA (140) DÍAS. SECUELAS MÉDICO LEGALES. Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente."*

El despacho no pasa por alto que en el grupo familiar de la menor existieron para la fecha de los hechos y en forma posterior, otros factores que producen angustia y dolor como lo es la violencia intrafamiliar situación por lo cual según la historia clínica fue necesario a juicio de la IPS donde atendían la menor, colocar en conocimiento del ICBF a efecto de restablecer cualquier derecho de la menor[32]. Sin embargo dicha angustia dolor y desasosiego no será tenida en cuenta para efecto de la graduación de los perjuicios morales, como quiera que no proviene ni siquiera de forma indirecta de los hechos por los cuales se demanda en el presente proceso.

Aclaro lo anterior, se tiene que todas esas afectaciones a la salud que padeció la menor dan pie para inferir que se causó congoja a EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS (víctima directa) y a CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ, ANDRES FELIPE FERNANDEZ GAVIRIA, en calidad de padres de la víctima y a XILENA GISSEL y CRISTIAN ANDRES FERNANDEZ RIASCOS, en calidad de hermanos de EDNA JANNINE. Por ende, sí hay lugar a la indemnización de perjuicios morales pero como no hay un parámetro para ubicarse en los baremos especificados por el Consejo de Estado que van de acuerdo al porcentaje ha unificado los valores a reconocer dependiendo del porcentaje de afectación[33], es del caso, hacer uso del *arbitrio juris*.

Teniendo en consideración los parámetros citados y los datos extraídos del material probatorio aportado al expediente, este Despacho reconocerá las siguientes sumas:

- ✓ A favor de EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS (víctima directa), la suma equivalente a CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (40 smlmv) –.

---

[32] Folio 40 del cuaderno principal

[33] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 31.172.

- ✓ A favor de CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ y ANDRES FELIPE FERNANDEZ GAVIRIA en calidad de padres de la víctima directa, la suma equivalente a CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (40 smlmv).

- ✓ A favor de XILENA GISSEL y CRISTIAN ANDRES FERNANDEZ RIASCOS en calidad de hermanos de la víctima directa, la suma equivalente a VEINTE 20 smlmv

6.1.2. Perjuicios fisiológicos o a la vida de relación

La parte demandante solicita el reconocimiento de CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, para cada uno de los demandantes, en especial por el defecto permanente tanto en el brazo como en la pierna y que perdurará para toda la vida de la víctima.

El daño a la salud según la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, es la categoría autónoma que resulta adecuada para indemnizar los perjuicios cuando el daño provenga de una lesión corporal, toda vez que dicha denominación comprende toda la órbita psicofísica del sujeto y está encaminado a resarcir económicamente una lesión o alteración a la unidad corporal de las personas[34], desplazando a las demás categorías del daño inmaterial, como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia – antes denominado daño a la vida de relación o fisiológico-, concluyendo que los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

A partir de las sentencias de unificación del Consejo de Estado[35], se consideró:

"Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros),

---

[34] Consejo De Estado, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicación numero: 88001-23-31-000-1998-00026-01(24133), sentencia del seis (6) de junio de dos mil doce (2012). [35]Radicados 38222 y 19031 ambas del 14 de septiembre de 2011.

[35]Radicados 38222 y 19031 ambas del 14 de septiembre de 2011.

siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud...

...Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material. "[36]

La Alta Corporación en cuanto a la forma de tasar el perjuicio, unificó lo siguiente:

"En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, derivado de una lesión a la integridad psicofísica de LUIS FERNEY ISAZA CÓRDOBA, solicitado en la demanda, la Sala reitera la posición acogida en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011 (...) en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado. (...) Para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

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

[36] Sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, Exp. 19031 y 38222, proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa. M.P. Enrique Gil Botero.

(...)"[37]

El H. Consejo de Estado también ha unificado el criterio respecto de la indemnización por daño a la salud, indicando que éste no se limita a la ausencia de enfermedad, por cuanto en el mismo se encuentran la alteración del bienestar psicofísico y bien puede constituirse, en un momento dado, en la respuesta fisiológica o psicológica normal a un evento o circunstancia que no tenía por qué padecerse, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma[38]:

"En primer lugar, es necesario aclarar que, a la luz de la evolución jurisprudencial actual, resulta incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje certificado de incapacidad, esto es, a la cifra estimada por las juntas de calificación cuando se conoce. Más bien se debe avanzar hacia un entendimiento más amplio en términos de gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano."[39]

En tal sentido se han fijado por la misma Corporación en pro a determinar la afectación a la salud, unas variables *"para lo cual se deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima"*[40].

Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto[41]:

La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente). La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental. La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano. La reversibilidad o irreversibilidad de la patología. La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria. Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria. Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado. Los factores sociales, culturales u ocupacionales. La edad. El sexo. Las que tengan

---

[37] Consejo de Estado. Sentencia de unificación jurisprudencial, del 28 de agosto de 2014, expediente 31170, M.P. Enrique Gil Botero.

[38] Consejo de Estado, Sala Plena, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, 28 de agosto de 2014, radicación numero: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804).

[39] Ibid.

[40] Ibid.

[41] Ibid.

relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima. Las demás que se acrediten dentro del proceso.

En este sentido, el Despacho observa que se encuentra demostrado dentro del plenario la lesión sufrida por EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS, el día 6 de agosto de 2012, mientras se encontraba en una actividad pedagógica desarrollada por la Institución Educativa José Eusebio Caro, sin que se encuentre acreditado que se haya presentado una pérdida de capacidad laboral como consecuencia de la lesión que afectara el desempeño y comportamiento dentro de sus actividades rutinarias y roles.

Sin embargo, en el informe de medicina legal se concluyó que a 4 años y 8 meses de los hechos, presentó cicatrices ostensibles en el muslo y arcos de movimiento articular en miembro inferior izquierdo e incapacidad médico legal definitiva de 140 días con deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, que tuvo que asistir a muchas citas para su rehabilitar su marcha la cual al principio se vio limitado y cojeaba, pero que para el año del 2017 no presente ninguna alteración en la marcha tal como lo indicó el dictamen de medicina legal.

En virtud de lo anterior, el daño a la salud a reconocer se estima en la suma de CUARENTA (40) SMLMV, únicamente a favor de la víctima directa EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS.

6.2. Perjuicios materiales

6.2.1. Daño emergente

La parte demandante solicita que a título de daño emergente pasado se reconozca a favor de la madre de EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS, la suma equivalente a $12.795.306, que corresponden a los gastos de salud en la EPS CAPRECOM, servicios de transporte para llevar a EDNA JANNINE a la terapias y atenciones médicas y lo dejado de percibir por la señora CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ, en su labor en el restaurante en el puesto de control de Translibertad.

Como daño emergente futuro solicita el reconocimiento de lo que se logre demostrar en el proceso, de conformidad con la atención integral que sea necesaria para completa rehabilitación de la menor EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS.

Declaración del señor JHON JAIRO CUBILLOS:

"PREGUNTADO: ¿A qué se dedica la mama de la menor Edna? CONTESTO: Ella es ayudante de cocina, trabaja con la hermana, ella ayuda en cocina en un establecimiento, la conozco de vista y trato, trabajaba en el

restaurante de Translibertad, pero no sé si sigue trabajando hay, no sé cuánto tiempo trabajo allá. PREGUNTADO: ¿Sabe cuál fue la causa de su renuncia? CONTESTO: No su señoría. PREGUNTADO: ¿Sabe qué gastos ha tenido que asumir la familia de la menor? CONTESTO: Que no ha pagado la E.P.S., transportes, cuánto no se su señoría. PREGUNTADO: ¿Sabe cuánto se ganaba la señora Carmen Ruth? CONTESTO: No. PREGUNTADO: ¿Sabe si además de la señora Carmen, alguien más ayuda con los gastos del hogar? CONTESTO: Si, el señor Felipe su señoría. PREGUNTADO: ¿Sabe cómo es la contratación del señor Felipe? CONTESTO: En construcción, él es empleado a veces o a veces independiente eso es variable, y trabaja como árbitro por contrato de prestación de servicios."

Declaración del señor PATRICIO MIRANDA:

"PREGUNTADO: ¿Usted conoce a la señora Carmen Ruth Riascos? CONTESTO: Si la conozco porque ellos viven casi diagonal donde yo vivo. PREGUNTADO: ¿Desde hace cuánto? CONTESTO: Desde unos 22 años que yo compre por ahí. PREGUNTADO: ¿Indique si lo sabe cuáles son los nombres de los hijos de la señora Carmen Ruth Riascos? CONTESTO: La niña Edna la afectada y Cristian y la otra se me fue la grande. PREGUNTADO: ¿Cómo se le dijo al principio de la presente diligencia usted fue solicitado por la señora Carmen Ruth para que declarara sobre los hechos relacionados con el accidente sufrido por la señorita Edna Jannine Fernández el 6 de agosto de 2012. De acuerdo a lo anterior tiene usted conocimiento de dichos hechos? CONTESTO: El conocimiento mío es, yo tengo un carro particular, de la cual después de haber pasado el accidente ellos necesitaban llevarla a rehabilitar, me pidieron el favor de transportarlos, porque la niña está muy enfermita, yo les dije que bueno, y que me pagaran cuando ellos pudieran, y que los esperaba por la comodidad del carro, es lo único que yo he hecho, he llevado a la niña. PREGUNTADO: ¿Puede especificar al juzgado, cuántos meses o días usted traslado a la menor? CONTESTO: En un promedio de dos meses, no tengo presente los días, pero un promedio de dos meses de lunes a viernes. PREGUNTADO: ¿Precise cuál fue el medio de transporte? CONTESTO: El carro mío. PREGUNTADO: ¿Usted recuerda qué meses de qué año usted la transportó? CONTESTO: Eso fue en agosto y septiembre de 2012. PREGUNTADO: ¿En qué consistía su servicio, trasladarla de qué parte a qué parte de la ciudad? CONTESTO: De la casa de ella a rehabilitar. PREGUNTADO: ¿En qué barrio queda la casa de ella? CONTESTO: 31 de marzo, y en el barrio San José viven los abuelos. PREGUNTADO: ¿Puede especificar como fue pactado el pago de las carreras? CONTESTO: Ellos me pagaban a la semana, o cuando tenían al día al día. PREGUNTADO: ¿Cuánto costaba el día? CONTESTO: 8. PREGUNTADO: ¿Actualmente ya le han pagado la totalidad de sus servicios? CONTESTO: Si ya me pagaron. PREGUNTADO: ¿Teniendo en cuenta que usted indica, que acompaño diariamente durante dos meses, a la menor a llevar a rehabilitar; qué hacia la menor en rehabilitar, cuál era el objeto de sus transportes?

CONTESTO: El objeto del transporte era llevarla y devolverla cómodamente, ella entraba y yo esperaba en el carro no se hay más. PREGUNTADO: ¿Durante el tiempo que tuvo contacto con la menor, en relación con la recuperación de la niña como observo su estado anímico. CONTESTO: Ella estaba muy decaída. PREGUNTADO: ¿Quién lo contrató a usted y quién le pagó? CONTESTO: El papá Felipe, me pagó Felipe. Más que todo me pagó Felipe. PREGUNTADO: ¿Precise si 8 que usted cobraba eran 8 que, y si eran por viaje o cómo era? CONTESTO: 8000 pesos por viaje ida y vuela 4000 y 4000. PREGUNTADO: ¿Los padres de la niña Edna a qué actividad laboral se dedican? CONTESTO: Ella trabaja y él también trabaja en construcción en lo que le salga. La señora trabaja vendiendo comidas. PREGUNTADO: ¿Usted se dio cuenta si los padres les toco suspender su trabajo para atender a la niña? CONTESTO: Sí, al papa le tocó duro porque, le tocaba atender la niña y no podía trabajar. PREGUNTADO: ¿Usted se enteró si los padres tuvieron inconvenientes de orden laboral o económico familia? CONTESTO: Económico sí, laboral también porque el no pudo seguir trabajando, en familia no sé. Aclara que el carro no es de él, sino de su esposa. PREGUNTADO: ¿Usted celebró algún tipo de contrato con los padres? CONTESTO: No, ellos me dijeron que los esperara porque ellos eran amigos, yo los esperaba, pero contrato no. PREGUNTADO: ¿Cuando ellos le pagaban a usted, usted les daba algún tipo de recibo? CONTESTO: Si yo les daba recibo, yo creo que ellos lo tienen."

Declaración de la señora LUZ AIDA RIASCOS PEREZ:

"PREGUNTADO: ¿Conoce a la señora Carmen Ruth Riascos? CONTESTO: Sí, es mi hermana y trabajamos juntas. PREGUNTADO: ¿Dónde trabaja? CONTESTO: En un restaurante, en el restaurante de Translibertad. PREGUNTADO: ¿Indique como está constituido el núcleo familiar de la señora Carmen Ruth Riascos? CONTESTO: Por el papá, Andrés Felipe Fernández, la mamá Carmen Ruth Riascos Pérez, el hijo Cristian Andrés Fernández Riascos, Silena Yisell Fernández, Edna Jannine Fernández. PREGUNTADO: ¿Todos ellos viven bajo el mismo techo? CONTESTO: Sí, pero Cristian por cuestiones de trabajo no vive ahí. PREGUNTADO: ¿Cómo es la relación familiar de ellos? CONTESTO: Ellos tienen sus percances, pero es buena la relación, pero pues como vivo aparte no se más. PREGUNTADO: ¿Para el día de los hechos usted donde vivía? CONTESTO: Vivía con ellos, pero hace ya muchos años, vivo aparte. PREGUNTADO: ¿El restaurante donde trabaja su hermana de quién es? CONTESTO: Ese restaurante lo manejo yo, es mío. PREGUNTADO: ¿Con ocasión del accidente de Edna, la madre, tuvo que pedir permisos para ausentarse, del restaurante? CONTESTO: Si, ella tuvo que ausentarse varias ocasiones, ella por ser familiar mío yo le colabore con los permisos, no asistió durante bastante tiempo, yo creo que se ausento unos 2 meses, se retiraba bastante. PREGUNTADO: ¿Cuándo se ausentó variaba o no variaba la remuneración? CONTESTO: Me toco colaborarle porque siempre había mucho gasto, le ayudaba en forma de dinero, cuando ella no asistía yo no le pagaba, yo le daba dinero

era por tener el percance, le daba para los transportes. PREGUNTADO: ¿A qué se dedicaba para la fecha de los hechos, el padre de la menor? CONTESTO: Tengo entendido que hacía oficios varios, en construcción o en otras cosas, como moto ratón, de arreglar cosas. PREGUNTADO: ¿Cuánto devengaba la señora Carmen de acuerdo a las labores que desempeñaba y si usted realizaba aportes a seguridad social o cajas de compensación? CONTESTO: Ella es empleada y le pagaba el salario mínimo para la fecha, no hacía aportes a seguridad social ni cajas de compensación."

Respecto a la tacha del testigo llamado por la parte demandante, LUZ AIDA RIASCOS PEREZ, sostiene el apoderado del municipio de Popayán, que no existe imparcialidad del testigo, alega cierto parentesco con la menor y qué hay muchas contradicciones y además tiene interés en el resultado del proceso.

Al respecto, el artículo 211 del C.G.P., norma aplicable en el presente asunto, dispone que:

"Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales y otras causas. La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo a las circunstancias de cada caso".

La tacha es un cuestionamiento que se realiza respecto del testigo, bien por sus calidades personales, bien por sus relaciones afectivas o convencionales con las partes, de modo que su declaración pueda estar influenciada por elementos ajenos a su simple percepción, lo que lo torna en "sospechoso".

Son fundamentos de la tacha, i) la inhabilidad del testigo, las relaciones afectivas o comerciales, iii) la preparación previa al interrogatorio, /y) la conducta del testigo durante el interrogatorio, y) el seguimiento de libretos, vi) la inconsonancia entre las calidades del testigo y su lenguaje y vii) la incongruencia entre los hechos narrados.

La tacha se formulará en la audiencia respectiva y se resolverá en sentencia, a menos que se trate de una inhabilidad, caso en el cual se deberá resolver inmediatamente.

Al respecto el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de enero de 2012, indico que los motivos de la tacha del testigo se analizaran en la sentencia, sin embargo, la tacha no implica que la recepción y valoración de esta prueba se torne improcedente, *"sino que exige del juez un análisis más*

severo para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria"[42].

En el presente asunto se tiene que la señora LUZ AIDA RIASCOS PEREZ fue citada a la audiencia de pruebas como testigo, siendo hermana de la señora CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ y por ende tía de la víctima directa, EDNA JANNINE RIASCOS FERNANDEZ. Indicó ser propietaria de un restaurante donde laboraba su hermana y que como consecuencia del accidente del 6 de agosto de 2012, con el fin de atender las terapias y atenciones médicas requeridas por la menor EDNA JANNINE RIASCOS FERNANDEZ, tuvo que ausentarse en varias ocasiones del restaurante. Sobre este aspecto, el testigo PATRICIO MIRANDA, refirió en audiencia de pruebas que la señora CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ trabajaba vendiendo comidas y por el accidente de su hija en varias ocasiones tuvo que ausentarse del mismo al igual que el padre de la menor. Igualmente el testigo JHON JAIRO CUBILLOS indicó que la señora CARMEN RUTH trabajaba en un restaurante de Translibertad.

Así las cosas, a juicio del Despacho la declaración de la señora LUZ AIDA RIASCOS PEREZ no puede ser tachada de sospechosa, en razón a que su declaración no se contradice ni se demuestra que su declaración éste más allá de la realidad o acontecimiento que fueron consecuencia del accidente del 6 de agosto de 2012.

Sin embargo el despacho, de acuerdo con los principios de la sana critica, dará mayor crédito probatorio a los aspectos que fueron mencionados por los testigos que declararon en las audiencias de pruebas que se llevaron a cabo en el presente asunto.

Con las presiones anotadas, no prospera la tacha por sospecha del testimonio rendido por la señora LUZ AIDA RIASCOS PEREZ.

El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad para el afectado de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración.

En el presente caso, obra a folios 29 a 36 del cuaderno de pruebas unos comprobantes de pago por diferentes valores que fueron efectuados por el señor ANDRES FELIPE FERNANDEZ y CARMEN RUTH RIASCOS, por concepto de transporte para los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2012 y otros meses de 2013 y 2014.

---

[42] Sentencia del 17 de enero de 2012. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodriguez. Radicación No. 110010315000 201100615 00.

Lo anterior, de acuerdo a la declaración del señor PATRICIO MIRANDA quien fue que realizó el servicio de transporte de la menor EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS, se prestó dicho servicio por dos meses diariamente por un valor de $8.000 pesos diarios. Es decir que se pagó por esos 2 meses, la suma de $480.000 pesos. La declaración rendida en audiencia de prueba difiere a lo plasmado en la constancia que obra folios 96 del expediente en cuanto al tiempo en que se prolongó el servicio de transporte. Por ello juzgadora dar prevalencia a lo manifestado bajo la gravedad del juramento por el señor Patricio Miranda como quiera que explico claramente la ciencia der sus dicho, su declaración fue clara y espontanea en narrar como sucedieron los hechos. Efectuada esta precisión.

La suma de 480.000 será actualizada conforme la siguiente formula:

R= Rh X Índice final (111.34)
Índice inicial (77.73)

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que corresponde al valor del servicio de transporte diario por dos meses, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha de los hechos: agosto de 2012).

De acuerdo a lo anterior, la suma correspondiente al daño emergente por los gastos que incurrió la parte demandante por concepto de servicio de transporte será reconocido en una cuantía de SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS ($687.549), a favor del señor CRISTIAN ANDRES FERNANDEZ RIASCOS, quien fue el que realizó el pago por tal concepto.

Frente a la sesiones de terapia y gastos médicos, en el expediente no existe prueba de que se hubieren efectuado erogaciones por dicho concepto.

Ahora bien, frente a los salarios dejados de percibir por parte de la señora CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ, no puede catalogarse como una modalidad del daño emergente, sino de lucro cesante. Este último corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima. Esto último es lo que ocurre con el no pago de los salarios y prestaciones.

Teniendo en cuenta que la señora CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ dejó de laborar por unos meses, que de acuerdo a la declaración de quien dijo ser la propietaria del restaurante, LUZ AIDA RIASCOS PEREZ, dejó de laborar por 2 meses, mismo tiempo que el señor PATRICIO MIRANDA quien transportó a la menor para sus terapias y atenciones médicas. En consecuencia, se

acudirá a la presunción contenida en la jurisprudencia del Consejo de Estado que considera que a falta de prueba se presume que al menos percibía el salario mínimo incrementado en un 25% por concepto de prestaciones.

Así, pues, la liquidación del lucro cesante para la señora CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ es:

AÑO 2012:

$$Ra = Rh\ (\$566.700)\ x\ \frac{\text{índice final – Nov/19 (103.54)}}{\text{Índice inicial – Ago/12 (77.73)}}$$

Ra = $ 754.870

Dado que el salario mínimo del año 2012 con su respectiva actualización a la fecha es inferior al del año en curso, el despacho por principio de equidad se tomará el valor del salario mínimo legal mensual vigente para determinar la base de liquidación.

Ingresos (SMLMV 2019): $828.116, más el 25% de prestaciones, lo cual da un salario base de liquidación de: $1.035.145

$$S = \frac{Ra\ (1+i)^n - 1}{i}$$

Donde "i" es una constante y "n" corresponde al número de meses transcurridos sin trabajar dado que estuvo acompañando a su hija a las terapias y atenciones médicas, para un total de 60 días, es decir 2 meses.

$$S = \$1.035.145 * \frac{(1+0.004867)^2 - 1}{0.004867}$$

S = $2.075.328

Por tanto se reconocerá a la señora CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ, la suma de DOS MILLONES SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO PESOS ($2.075.328), por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

7. De la condena en costas

Según lo previsto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia deberá disponer "sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su vez, el artículo 365 del CGP señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Así las cosas, la parte accionada fue vencida en juicio, por lo cual se le condenará en costas según las preceptivas antes mencionadas. Para tales efectos se dispondrá que por Secretaría se liquiden las costas y agencias en derecho las que se fijaran en el 0,5 % de las pretensiones negadas en la sentencia lo dispuesto en el artículo 366 del CGP y el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYAN, administrando Justicia en el nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN.

SEGUNDO.- DECLARAR administrativamente responsable al MUNICIPIO DE POPAYÁN por los daños ocasionados a la parte demandante como consecuencia de las lesiones de EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS que se materializaron el 6 de agosto de 2012, en una salida pedagógica a cargo de la Institución Educativa José Eusebio Caro, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- CONDENAR al MUNICIPIO DE POPAYÁN, a pagar a la parte demandante,

Por concepto de perjuicios morales:

- ✓ A favor de EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS (víctima directa), la suma equivalente a CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (40 smlmv).

- ✓ A favor de CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ y ANDRES FELIPE FERNANDEZ GAVIRIA en calidad de padres de la víctima directa, la suma equivalente a CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (40 smlmv).

- ✓ A favor de XILENA GISSEL y CRISTIAN ANDRES FERNANDEZ RIASCOS en calidad de hermanos de la víctima directa, la suma equivalente a VEINTE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (20 smlmv).

Por concepto de daño a la salud:

- ✓ La suma de CUARENTA (40) SMLMV, únicamente a favor de la víctima directa EDNA JANNINE FERNANDEZ RIASCOS.

Por concepto de daño emergente:

- ✓ La suma correspondiente al daño emergente por los gastos que incurrió la parte demandante por concepto de servicio de transporte será reconocido en una cuantía de SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS ($687.549), a favor del señor ANDRES FELIPE FERNANDEZ RIASCOS.

Por concepto de lucro cesante:

- ✓ La suma de DOS MILLONES SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO PESOS ($2.075.328), por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, a favor de la señora CARMEN RUTH RIASCOS PEREZ.

CUARTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- El MUNICIPIO DE POPAYAN dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 y 195 del CPACA.

SEXTO.- CONDENAR en costas a la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. Liquídense por secretaría. FÍJENSE las Agencias en derecho en la suma equivalente Al 0,5 % de las pretensiones que se acceden en la sentencia, las cuales se tendrá en cuenta al momento de liquidar las costas.

SÉPTIMO.- NOTIFICAR esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de Lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso.

OCTAVO.- ARCHIVAR el expediente previa cancelación de su radicación, una vez esté ejecutoriada esta providencia. Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza,

MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ