

DAÑO ANTIJURIDICO - Prueba / PERJUICIO MORAL - Parentesco / REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Se infiere

Está demostrado en el proceso que el menor Darwin Alexander Peña falleció el 15 de septiembre de 1996 en el municipio de Pasto (Nariño), según consta en el registro civil de su defunción, en el que se indicó como causa de la muerte “hipertensión endocraneana”; en el acta de diligencia de levantamiento de cadáver No. 015 practicada el 16 de septiembre de 1996 por la Fiscalía Seccional de Pasto; y en el protocolo de necropsia No. 260-96 realizada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses- Seccional Nariño. Igualmente está acreditado que la muerte del menor Darwin Alexander Peña causó daños a los demandantes, quienes demostraron el parentesco que tenían con la víctima, del cual puede inferirse el dolor moral que su muerte les produjo. La demostración del parentesco en el primero y segundo grados de consanguinidad entre la víctima y estos demandantes, unida a las reglas de la experiencia, permite inferir el dolor moral que estos sufrieron con la muerte de aquél.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla en el servicio - FALTA DE MANTENIMIENTO DE UN ELEMENTO DEPORTIVO - Fue la causa de la muerte del menor / CANCHA DE FUTBOL - Al no encontrarse fijada al suelo era previsible que pudiera caerse

En el sub lite la Sala encuentra que se demostró la falla en el servicio atribuida a las entidades demandadas, por cuanto está acreditado que el menor falleció el 16 de septiembre de 1996, cuando se encontraba jugando en un parque cuyo mantenimiento correspondía a éstas, sin que en el cumplimiento de tal función se hubieren adoptado las previsiones necesarias para evitar accidentes como el que causó la muerte del menor. En efecto, en la declaración rendida por Víctor Montenegro, único testigo presencial del hecho, se da cuenta de que el menor Darwin Alexander Peña se subió a la cancha de fútbol para evadir un perro que lo perseguía, pero que como esa cancha “no estaba asegurada, estaba sobrepuerta” se le cayó encima y le golpeó la cabeza. Pero, en todo caso, bien que el niño se cayera desde la cancha y se golpeará contra el piso o bien que la cancha móvil se viniera al piso por no soportar el peso del menor y éste recibiera un golpe en la cabeza con la misma cancha, lo cierto es que el daño le es imputable a la entidad responsable del mantenimiento de ese elemento deportivo, porque lo que queda claro es que la cancha no estaba debidamente asegurada y cayó cuando el menor se colgó de ella. En efecto, las pruebas analizadas dan cuenta de que se trataba de una cancha móvil de microfútbol, como se afirmó en la demanda, y lo confirmó el señor Henry Jojoa Calvache, monitor deportivo del parque infantil, según se consignó en el “informe investigativo previas No. 244”. Estaba destinada a servir como arco móvil para los juegos y generalmente era sacada por los propios niños para su utilización, según la declaración del mismo señor Jojoa Calvache. Es decir que no se encontraba fijada al suelo, por lo que era previsible que pudiera caerse.

HECHO DE UN TERCERO - Debe ser ajeno tanto a la entidad demandada como a la propia víctima / CULPA DE LA VICTIMA - Cuando el hecho es imputable a la persona que tenía el deber de protección y cuidado de la víctima

Cabe aclarar que la Caja de Compensación Familiar de Nariño COMFAMILIAR alegó que el hecho es imputable a la madre de la víctima, por descuido, porque el menor por su edad no era susceptible de culpa. Debe precisarse que para que pueda hablarse del hecho de un tercero para interrumpir la relación causal entre una actuación que se imputa a la Administración y un daño antijurídico, no sólo se

requiere que el causante del daño sea ajeno a la entidad demandada, además se precisa que esa persona sea extraña a la propia víctima, es decir si el hecho es imputable a la persona que tenía el deber de protección y cuidado de la víctima, la causal de exoneración de responsabilidad que se estructura es el hecho de la víctima y no el del tercero. Así, por ejemplo, cuando un menor de edad o una persona que no tenga dominio sobre sus actos en razón de su incapacidad síquica, sufre un daño y ese daño tuviera como causa la actuación de la víctima, como sucede cuando un menor o un demente cruce intempestivamente una vía pública y sea atropellado por un vehículo, el hecho de la víctima puede ser la causa eficiente del daño, aunque esa actuación del menor o del incapaz se hubiera producido por el descuido o negligencia de aquél que tenía el deber de protegerlo.

CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Causa determinante del daño

Por otra parte, para efectos de determinar si el daño sufrido por la víctima le es o no imputable al Estado, importa establecer si su actuación fue o no la causa eficiente del mismo. Es decir, que la entidad estatal podrá ser declarada responsable del daño cuando el mismo haya sido causado por su actuación u omisión, pero cuando la causa del mismo lo sea la actuación de la propia víctima habrá lugar a exonerar a la entidad, al margen de que se trate de un menor, un incapaz o una persona que goce de todas sus facultades y hubiera obrado de manera intencional, culposa o simplemente accidental. En otros términos, no es la voluntariedad del hecho de la víctima lo que determina la causa del daño, por lo tanto, ésta puede actuar de manera involuntaria o aún sin conciencia de lo que hace, su actuación se puede explicar por el descuido de quien tenía su guarda y, sin embargo, ese hecho cuando sea la causa eficiente del daño exonerará de responsabilidad a la entidad demandada.

CONCURRENCIA DE CULPAS - Reducción del quantum indemnizatorio

Vale destacar que tanto el hecho de la víctima como el del tercero, cuando son exclusivos y determinantes en la producción del daño y ajenos a la entidad demandada exoneran a ésta de responsabilidad patrimonial, pero, cuando con la actuación de la Administración concurrió en la producción del daño la de la propia víctima, habrá lugar a la reducción de la indemnización. En cambio, si el daño se produjo como consecuencia de la actuación de la entidad estatal en concurrencia con el hecho del tercero y sólo se demanda a la entidad estatal, ésta, deberá indemnizar a los damnificados con el hecho, aunque quedará habilitada para pretender de ese tercero el reintegro de las sumas, en forma proporcional a su participación en el daño.

LA CULPA DE LA VICTIMA FUE LA CAUSA UNICA O CONCURRENTE DEL DAÑO - Releva la valoración de la subjetividad de la conducta

Cabe reiterar, como lo ha precisado la Sala que en los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser causa única o concurrente del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad, porque si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa. En pocos términos: en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado la valoración

objetiva de la intervención causal tanto de la Administración como de la propia víctima resultan suficientes para determinar si la causa eficiente del daño lo fue la actuación del ente demandado o de la víctima, con el fin de establecer si hay lugar a condenar a aquélla o a absolverla por haberse producido una causal excluyente de responsabilidad, o si ambas concurrieron en la producción del daño y, entonces, reducir el valor de la indemnización en proporción directa a la mayor o menor contribución de la conducta de la víctima en su producción.

CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Procede aún tratándose de menores de 10 años y de dementes / MENORES DE 10 AÑOS Y DEMENTES - No son susceptibles de cometer culpa pero su actuación sí puede exonerar de responsabilidad a la entidad demandada cuando sea causa exclusiva del daño

Estas consideraciones son las que han permitido a la Sala afirmar que la valoración sobre la intervención causal de la víctima se puede declarar aún 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. El aspecto de la culpa tendrá incidencia frente a la reclamación que pueda dirigirse contra los terceros o contra quienes ejerzan su custodia, según el caso.

NOTA DE RELATORIA: acerca de la ausencia de responsabilidad por hechos cometidos por menores de 10 años y dementes, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de abril de 2002, exp. 13.446.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación número: 52001-23-31-000-1998-08834-01(17179)

Actor: BERENICE SERENIA PEÑA Y OTROS

Demandado: DEPARTAMENTO DE NARIÑO, MUNICIPIO DE PASTO, CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 15 de julio de 1999, mediante la cual se negaron las pretensiones, la cual será revocada.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 16 de septiembre de 1997, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la señora Berenice Serenia Peña quien obra en nombre propio y en el de sus hijos menores César Augusto Cano Peña y Susana Neida Peña, formularon demanda ante el Tribunal Administrativo de Nariño, en contra del DEPARTAMENTO DE NARIÑO, MUNICIPIO DE PASTO, CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO, con el objeto de que se declarara patrimonialmente responsable a esa entidad de los daños y perjuicios que sufrieron como consecuencia de la muerte del menor Darwin Alexander Peña por el golpe que recibió en la cabeza con el marco de la portería de hierro del parque infantil de la ciudad de Pasto, debido a que dicha portería no estaba bien asegurada, hechos ocurridos el 15 de septiembre de 1996.

A título de indemnización solicitaron el pago de: (i) por perjuicios morales una suma equivalente a 1.000 gramos de oro a favor de cada uno de los demandantes, y (ii) por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la suma de \$20.000.000 para cada uno de los demandantes en razón a lo que dejaría de producir el occiso, y por daño emergente la suma de \$2.200.000 por los gastos de exequias, de transportes y de honorarios de abogado.

2. Los fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda son, en síntesis, los siguientes: Que el día 15 de septiembre de 1996, el menor Darwin Alexander Peña se encontraba en el parque infantil de la ciudad de Pasto y al tratar de evadir un perro, “se le cayó el marco de la portería de hierro en la cabeza, la cual no estaba debidamente asegurada”. Que ante la gravedad de las lesiones el menor fue trasladado al Hospital San Pedro de Pasto y luego remitido al Hospital Departamental donde falleció debido a la herida causada por dicho golpe.

Que estos hechos son constitutivos de falla del servicio por la imprudencia de las demandadas debido al mal funcionamiento y al no mantenimiento del parque en el que se produjo el accidente.

3. La oposición de los demandados

Previa notificación personal, dentro del término de fijación en lista la Caja de Compensación Familiar de Nariño, se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó que si bien es cierto que el día 15 de septiembre de 1996 falleció el menor Darwin Alexander Peña, ello no se debió a que estuviere corriendo de un perro rabioso, como lo manifestó la parte actora, sino a que el menor se encontraba jugando fútbol en la zona verde del parque y se colgó del marco de la portería y al columpiarse se cayó y se propinó el golpe contra el piso, que así se desprende de la diligencia de levantamiento de cadáver en la que se indicó que el menor se cayó y se golpeó, pero en ningún aparte de dicha diligencia se indicó que fuere un golpe contundente con objeto metálico, como lo sería la cancha de fútbol.

Que en las instalaciones del parque existen unas porterías auxiliares que en algunas ocasiones son utilizadas por los usuarios del parque para jugar los partidos de fútbol, las cuales no son para balancearse porque simplemente son marcos de portería, y que para columpiarse existen barras metálicas que están debidamente aseguradas.

Que fue el menor quien imprudentemente se colgó de la portería, perdió el equilibrio y se cayó, hecho al cual se suma la conducta descuidada de la madre, quien dejó solo a un menor sin la debida custodia y cuidado que debe observarse. Señaló que la muerte del menor se debió a su propia imprudencia y por su condición de menor de edad, la señora Berenice Serenia en su calidad de madre era responsable de su cuidado, toda vez que, en razón de la inmadurez psicológica del menor, éste no era capaz de prever el peligro que encerraba su comportamiento al balancearse del marco de una portería. Sostuvo, además, que desde el punto de vista subjetivo en el que se requiere la calificación de culposo, y teniendo en cuenta que los menores "no son capaces de cometer culpa", puesto que simplemente ejecutan hechos, entonces esa culpa debe recaer en la madre del menor quien descuidó a su hijo.

Señaló que Comfamiliar de Nariño no es la propietaria del parque sino que en virtud de un contrato suscrito con el departamento de Nariño y el municipio de Pasto, tiene la obligación de conservarlo como una obra de ornato y beneficio social" pero que es el Departamento el que tiene la obligación de "conservación y mantenimiento de la capa asfáltica de las vías, ciclovías y canchas deportivas del

parque". Finalmente propuso como excepción la de ilegitimación en la causa por pasiva y falta de jurisdicción y competencia, dado que Comfamiliar de Nariño es una persona jurídica de orden privado, sin ánimo de lucro, y ajena a la connotación de ente público, de manera que los asuntos en los cuales sea parte esta entidad deben ser resueltos por la jurisdicción ordinaria.

Por su parte, el Departamento de Nariño alegó que fue la imprudencia de la víctima la que ocasionó el accidente en el cual falleció. Señaló que lo que en verdad sucedió fue que el menor se cayó de la portería y no que el tubo de la cancha le cayera encima. Sostuvo que el Departamento mediante contrato cedió la administración del parque a Comfamiliar de Nariño, razón por la cual esta entidad sería la llamada a responder en caso de una eventual condena.

Propuso las excepciones de: i) Ausencia de falla en el servicio porque no hubo negligencia en el mantenimiento del parque infantil, ii) Falta de legitimación en la causa por activa dado que no aparece el reconocimiento expreso de la madre en los registros civiles de los demandantes que figuran en calidad de hermanos de la víctima, iii) Falta de legitimación en la causa por pasiva, en cuanto la administración del parque está a cargo de Comfamiliar, y iv) Excepción innominada.

De igual manera, el Municipio de Pasto se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que la afirmación de la demandante de que el menor falleció porque se le cayó encima la portería de una cancha que no estaba debidamente asegurada, se contradice con el certificado de defunción en el que consta que el menor murió por caída libre.

Que a la administración municipal no se le puede endilgar responsabilidad alguna porque el municipio no tiene el manejo administrativo del inmueble en el que está ubicado el parque sino que corresponde a Confamiliar de Nariño que es una entidad de carácter privado, y además la Secretaría de Obras Públicas Municipales únicamente se encarga de las labores de mantenimiento de los predios pertenecientes al municipio, por lo tanto el que tenga a su cargo el mantenimiento de este inmueble debe ser el responsable, que en el *sub lite* es el departamento de Nariño. Propuso como excepción la de falta de jurisdicción porque Confamiliar es una entidad privada y como tenía a su cargo el manejo administrativo y de mantenimiento del parque, la jurisdicción competente es la ordinaria.

4. La sentencia impugnada

El *a quo* negó las súplicas de la demanda y para sustentar su decisión señaló que de acuerdo con las pruebas obrantes en el plenario, específicamente con el protocolo de necropsia, se estableció que el menor falleció por “caída libre golpeándose en el cráneo”, es decir que no acreditó la falla del servicio que le imputó a las entidades, por cuanto no demostró que el menor murió cuando trataba de evadir un perro rabioso y el marco de una portería le cayó encima.

Que la actora no probó la acción u omisión atribuible a las entidades demandadas, es decir que no cumplió con la carga de la prueba en conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia no accedió a las pretensiones de la demanda.

5. Lo que se pretende con la apelación.

La parte demandante impugnó la sentencia por considerar que por causas que no le eran imputables, no pudo lograr la comparecencia de los únicos testigos presenciales de los hechos, Víctor Alfonso Montenegro y Daniel Alexander Maigual, por cuanto no tenían la edad requerida para rendir testimonio, pero que como quiera que para el momento de la interposición del recurso ya superaban los doce años de edad, solicitó que se recibiera el testimonio de las citadas personas para acreditar las imputaciones alegadas en la demanda, y que en consecuencia se accediera a sus pretensiones.

6. Actuación ante esta Corporación

6.1. Dentro del término concedido en esta instancia para presentar alegaciones, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

6.2. Mediante providencia de 3 de septiembre de 2008 se decretó como prueba de oficio el testimonio de Víctor Alfonso Montenegro y Daniel Alexander Maigual, señalados en el recurso de apelación como las únicas personas que presenciaron el hecho. Se logró la comparecencia de Víctor Alfonso Montenegro quien rindió su declaración el 1º de junio de 2009.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en proceso de doble instancia, seguido contra el Departamento de Nariño- Municipio de Pasto- Caja de Compensación Familiar de Nariño, en el cual se denegaron las pretensiones formuladas por la señora Berenice Serenia Peña y otros, decisión que habrá de revocarse, por las razones que a continuación se señalarán.

2. El daño sufrido por los demandantes

2.1. Está demostrado en el proceso que el menor Darwin Alexander Peña falleció el 15 de septiembre de 1996 en el municipio de Pasto (Nariño), según consta en el registro civil de su defunción, en el que se indicó como causa de la muerte “*hipertensión endocraneana*” (fl. 31 C. 2); en el acta de diligencia de levantamiento de cadáver No. 015 practicada el 16 de septiembre de 1996 por la Fiscalía Seccional de Pasto (fl. 4 a 6 C. 3); y en el protocolo de necropsia No. 260-96 realizada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses- Seccional Nariño (fl. 22 a 23 C. 3).

2.2. Igualmente está acreditado que la muerte del menor Darwin Alexander Peña causó daños a los demandantes, quienes demostraron el parentesco que tenían con la víctima, del cual puede inferirse el dolor moral que su muerte les produjo, así:

(i) La señora Berenice Serenia Peña demostró ser la madre de Darwin Alexander Peña con el registro civil de nacimiento de la víctima (fl. 18 C 1).

(ii) Cesar Augusto Cano Peña y Susana Neida Peña demostraron ser los hermanos de la víctima, porque son hijos de la misma madre según consta en sus registros civiles de nacimiento (fl. 25 y 26 C. 1).

La demostración del parentesco en el primero y segundo grados de consanguinidad entre la víctima y estos demandantes, unida a las reglas de la

experiencia, permite inferir el dolor moral que estos sufrieron con la muerte de aquél.

3. La imputación del daño al Estado.

De acuerdo con la demanda, el daño es imputable a las entidades demandadas a título de falla del servicio en cuanto se señaló que “*el proceder de las entidades demandadas, por su manera imprudente de actuar encierra grave falla en el servicio, pues es inaceptable desde todo punto de vista, que dichas autoridades, por su negligencia puedan causar la muerte de personas confiadas e inocentes, quienes transitaban tranquilamente por el mencionado parque, confiadas en el buen funcionamiento y mantenimiento del mismo, actuación que compromete necesariamente la responsabilidad de la demandada*”.

Teniendo en cuenta las anteriores imputaciones se procederá a analizar las pruebas que obran en el expediente para establecer si el daño sufrido por los demandantes es o no atribuible a las entidades demandadas a título de falla del servicio.

4. El hecho causante del daño

Precisa la Sala en primer lugar que en relación con todos los aspectos de la controversia planteada, se tendrán en cuenta las pruebas documentales auténticas aportadas por las partes al expediente en las oportunidades legales correspondientes¹, y las testimoniales rendidas en este proceso por los señores María Luzberta Angulo Castillo y Víctor Alfonso Montenegro.

El acervo probatorio así constituido, permite tener por demostrado los siguientes hechos:

4.1. Que el 15 de septiembre de 1996 falleció el menor Darwin Alexander Peña, por “*hipertensión endocraneana*” como se indicó en el registro civil de defunción.

¹ No se valoraran las copias informales por carecer de valor probatorio en los términos del artículo 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil, dado que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. de P. Civil antes citado.

Que el menor tenía la edad de 10 años, y su muerte se produjo de manera accidental por “caída libre”. Así consta en el protocolo de necropsia No. 260-96 practicado y remitido en copia auténtica por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses- Seccional Nariño, en el que se indicó:

“Conclusión: Menor escolar que fallece por hipertensión endocraneana secundaria a trauma cráneo encefálico severo con fractura severa de cráneo.

Mecanismo de muerte: Hipertensión endocraneana.

Causa de la muerte: Trauma cráneo encefálico severo con fractura craneal.

Manera de muerte: Accidental caída libre” (fl. 22 a 23 C. 3).

(ii) Sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrió el hecho, obra en el plenario el acta de levantamiento de cadáver practicado por la Fiscalía General de la Nación- Seccional Nariño, en el “anfiteatro de Medicina Legal”, en la cual consta bajo el título “recolección de datos y testimonios” que: “*El día domingo a las 3:00 pm, salió a jugar al parque infantil y allá en la cancha se encontraba un perro que pretendía morderlo, ante lo cual tuvo que trepar en una barra del marco de la cancha de baloncesto, la cual parece que se rompió o se desprendió, cayendo al piso y se golpeó. Fue trasladado hasta el hospital el día 15-09-96 y fallece a las 21:35 horas*”. En el acta no se señaló quien suministró esa versión (fl. 5 y 6 C. 3).

Igualmente obra un “informe investigativo previas No. 244” rendido por el Investigador Judicial I de la Unidad Investigativa Especial de la Fiscalía General de la Nación que hace parte de la indagación penal que se adelantó con ocasión de estos hechos, y que fue allegado por la Fiscalía como prueba documental (fl. 4 C. 3).

Se precisa que ese documento fue suministrado en consideración a que no le fue posible a la Fiscalía rendir el informe que le solicitó el a quo, en cuanto a que especificara la manera en la que había sido encontrado el cadáver del menor en el lugar del accidente, por cuanto la diligencia de levantamiento de cadáver no se practicó en el lugar de los hechos sino en el anfiteatro de medicina legal del Hospital Departamental.

En ese “informe investigativo previas No. 244” consta que, de acuerdo con la información suministrada por los hermanos de la víctima, éstos se enteraron que al menor lo perseguía un perro y que al huir se subió a la cancha de fútbol y se cayó; así mismo, se indicó que de conformidad con la versión de los menores Fredy Giovanny y Víctor Alfonso Montenegro, quienes se encontraban con Darwin Alexander Peña para el momento del insuceso, todos estaban molestando a un perro el cual intentó morder a la víctima quien para favorecerse se subió a una cancha de microfútbol, y como ésta no estaba fijada al piso “se le vino encima, golpeándose la cabeza”. En dicho informe también se dijo:

“En visita ocular practicada a las dependencias del parque infantil, lugar donde obtuve información del señor Henry Jojoa Calvache (...) quien se desempeña como monitor de deportes en el parque infantil, manifiesta que la cancha de microfútbol con la que se produjo el accidente, es móvil, y generalmente es sacada sin autorización por los niños, de la bodega donde generalmente se guardan, informa que el accidente se produjo en el prado, en la parte inferior del parque, lugar que me fue indicado y realmente no se evidencia presencia de piedra o parte cementada en dicho sector.

Comenta el referido funcionario que ocho días después de este accidente, las canchas móviles fueron fijadas al piso y pegadas con cemento sobre la cancha de voleibol existente y unos metros hacia arriba del lugar de los hechos. En esta visita pude igualmente constatar que no se trataba de una cancha múltiple, sino de una sencilla y con un tubo de aproximadamente dos pulgadas” (fl. 7 a 8 C. 3).

En cuanto a las circunstancias en las cuales sucedió el hecho, obra la declaración rendida en esta instancia por Víctor Montenegro, quien se encontraba con el menor para el momento del accidente y presenció la ocurrencia del mismo, y quien manifestó que:

“Fuimos al parque infantil, donde siempre solíamos ir a jugar fútbol, entonces estábamos jugando, de pronto apareció un perro, nosotros nos asustamos, él se colgó de la cancha, y como ésta no estaba asegurada y en un terreno un poco inclinado, lo que hizo que al momento de colgarse, ésta se le viniera encima y la barra de la portería le golpeó la cabeza (...). Preguntado: Manifieste como estaba construida y ubicada la portería que según usted le cayó encima a Darwin Alexander Peña. Contestó: La portería estaba construida de un tubo metálico, y estaba ubicada inclinada, el terreno no era plano, y no estaba asegurada, estaba sobrepuerta” (fl. 36 a 37 C. ppal).

Una vez establecidas las circunstancias de hecho que fueron probadas en el proceso, la Sala adoptará la decisión para el *sub exámine*.

5. Sobre la responsabilidad de las entidades demandadas

En el *sub lite* la Sala encuentra que se demostró la falla en el servicio atribuida a las entidades demandadas, por cuanto está acreditado que el menor falleció el 16 de septiembre de 1996, cuando se encontraba jugando en un parque cuyo mantenimiento correspondía a éstas, sin que en el cumplimiento de tal función se hubieren adoptado las previsiones necesarias para evitar accidentes como el que causó la muerte del menor.

En efecto, en la declaración rendida por Víctor Montenegro, único testigo presencial del hecho, se da cuenta de que el menor Darwin Alexander Peña se subió a la cancha de fútbol para evadir un perro que lo perseguía, pero que como esa cancha “no estaba asegurada, estaba sobrepuerta” se le cayó encima y le golpeó la cabeza.

En relación con esta declaración, debe tenerse en cuenta que fue rendida en esta instancia, en diligencia que se llevó a cabo el 1° de junio de 2009, es decir, trece años después de ocurrido el accidente. Cabe precisar que el sólo transcurso del tiempo no excluye el valor probatorio de la prueba testimonial, dado que su relato resulta verosímil y coherente, sin que sea extraño o anormal que el testigo recuerde lo ocurrido por tratarse de un hecho traumático y porque para el momento de los hechos tenía la edad de 10 años, edad, en la que se considera que estaba en condiciones de interpretar lo sucedido (fl. 159 C. ppal).

Por otra parte, su versión coincide con lo consignado en el acápite de “*recolección de datos y testimonios*” del acta de levantamiento de cadáver, documento conforme al cual el menor fallecido salió corriendo para huir de un perro por lo que se subió a la cancha y ésta se volteó y el menor se golpeó.

Además, obra en el expediente la declaración de la señora María Luzberta Angulo, quien manifestó ser amiga de la señora Berenice Peña, madre de la víctima, y según la cual se enteró de las circunstancias en las cuales falleció el menor Darwin Alexander, porque la misma madre del niño se lo contó: “*me dijeron que al niño lo trotó un perro y como él le tenía miedo a los perros, el niño corrió y se había lindó (sic) y se le había ladeado y le cayó encima al niño y un señor que levanto al niño estaba echando sangre y lo llevaron al hospital*” (fl. 51 a 53 C. 2).

Debe destacarse que el valor de este testimonio de oídas deriva de su concordancia con las demás pruebas que integran el acervo probatorio.

Finalmente, de acuerdo con la afirmación contenida en el protocolo de necropsia, la causa de la muerte fue accidental por “caída libre”, es decir, que de acuerdo con la conclusión del legista, la muerte no se produjo por el golpe recibido por el menor con la barra, sino por la caída desde la altura de la misma.

Pero, en todo caso, bien que el niño se cayera desde la cancha y se golpeara contra el piso o bien que la cancha móvil se viniera al piso por no soportar el peso del menor y éste recibiera un golpe en la cabeza con la misma cancha, lo cierto es que el daño le es imputable a la entidad responsable del mantenimiento de ese elemento deportivo, porque lo que queda claro es que la cancha no estaba debidamente asegurada y cayó cuando el menor se colgó de ella.

En efecto, las pruebas analizadas dan cuenta de que se trataba de una cancha móvil de microfútbol, como se afirmó en la demanda, y lo confirmó el señor Henry Jojoa Calvache, monitor deportivo del parque infantil, según se consignó en el “informe investigativo previas No. 244” (fl. 7 a 8 C. 3). Estaba destinada a servir como arco móvil para los juegos y generalmente era sacada por los propios niños para su utilización, según la declaración del mismo señor Jojoa Calvache. Es decir que no se encontraba fijada al suelo, por lo que era previsible que pudiera caerse.

Y era tal el riesgo que representaba ese artefacto, que conforme lo narró el testigo Jojoa “*ocho días después de este accidente, las canchas móviles fueron fijadas al piso y pegadas con cemento sobre la cancha de voleibol existente y unos metros hacia arriba del lugar de los hechos*”.

En síntesis, bien porque el menor se hubiera golpeado contra el piso al caer la cancha móvil a la cual se subió, o bien que el golpe que le causó la muerte al menor lo hubiera sufrido al caerle la cancha encima, el daño es imputable a quien tenía el deber de mantenimiento de ese parque, toda vez que el hecho de que el arco no estuviere asegurado fue la causa para que la víctima al subirse a la portería sufriera el accidente que le produjo su muerte.

6. Sobre la incidencia del hecho de las víctimas en la causación del daño.

Cabe aclarar que la Caja de Compensación Familiar de Nariño COMFAMILIAR alegó que el hecho es imputable a la madre de la víctima, por descuido, porque el menor por su edad no era susceptible de culpa.

Debe precisarse que para que pueda hablarse del hecho de un tercero para interrumpir la relación causal entre una actuación que se imputa a la Administración y un daño antijurídico, no sólo se requiere que el causante del daño sea ajeno a la entidad demandada, además se precisa que esa persona sea extraña a la propia víctima, es decir si el hecho es imputable a la persona que tenía el deber de protección y cuidado de la víctima, la causal de exoneración de responsabilidad que se estructura es el hecho de la víctima y no el del tercero.

Así, por ejemplo, cuando un menor de edad o una persona que no tenga dominio sobre sus actos en razón de su incapacidad síquica, sufre un daño y ese daño tuviera como causa la actuación de la víctima, como sucede cuando un menor o un demente cruce intempestivamente una vía pública y sea atropellado por un vehículo, el hecho de la víctima puede ser la causa eficiente del daño, aunque esa actuación del menor o del incapaz se hubiera producido por el descuido o negligencia de aquél que tenía el deber de protegerlo.

Por otra parte, para efectos de determinar si el daño sufrido por la víctima le es o no imputable al Estado, importa establecer si su actuación fue o no la causa eficiente del mismo. Es decir, que la entidad estatal podrá ser declarada responsable del daño cuando el mismo haya sido causado por su actuación u omisión, pero cuando la causa del mismo lo sea la actuación de la propia víctima habrá lugar a exonerar a la entidad, al margen de que se trate de un menor, un incapaz o una persona que goce de todas sus facultades y hubiera obrado de manera intencional, culposa o simplemente accidental.

En otros términos, no es la voluntariedad del hecho de la víctima lo que determina la causa del daño, por lo tanto, ésta puede actuar de manera involuntaria o aún sin conciencia de lo que hace, su actuación se puede explicar por el descuido de quien tenía su guarda y, sin embargo, ese hecho cuando sea la causa eficiente del daño exonerará de responsabilidad a la entidad demandada.

Vale destacar que tanto el hecho de la víctima como el del tercero, cuando son exclusivos y determinantes en la producción del daño y ajenos a la entidad

demandada exoneran a ésta de responsabilidad patrimonial, pero, cuando con la actuación de la Administración concurrió en la producción del daño la de la propia víctima, habrá lugar a la reducción de la indemnización. En cambio, si el daño se produjo como consecuencia de la actuación de la entidad estatal en concurrencia con el hecho del tercero y sólo se demanda a la entidad estatal, ésta, deberá indemnizar a los damnificados con el hecho, aunque quedará habilitada para pretender de ese tercero el reintegro de las sumas, en forma proporcional a su participación en el daño.

Cabe reiterar, como lo ha precisado la Sala que en los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser causa única o concurrente del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad, porque si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa.

Ahora bien, cuando la intervención de la víctima incide en la causación del daño, pero no excluye la intervención causal del demandado, habrá lugar a la reducción de la indemnización establecida en el artículo 2357 del Código Civil, conforme al cual “*La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente*”.

Sin embargo, cabe advertir que esa noción culpabilista que se proyecta en dicha norma no puede ser trasladada al campo de la responsabilidad patrimonial del Estado, habida consideración de que el criterio de imputación que rige esa responsabilidad, en los términos del artículo 90 de la Constitución, se construye a partir de la verificación de la antijuridicidad del daño y del vínculo causal entre ese daño y la actuación u omisión de la Administración.

Luego, si de la atribución de responsabilidad al Estado están ausentes, como requisito para su estructuración, los criterios subjetivos de valoración de la conducta del autor, tales criterios no pueden ser exigidos cuando se pretenda reducir el valor de la indemnización por la intervención causal relevante de la propia víctima. En pocos términos: en el campo de la responsabilidad patrimonial

del Estado la valoración objetiva de la intervención causal tanto de la Administración como de la propia víctima resultan suficientes para determinar si la causa eficiente del daño lo fue la actuación del ente demandado o de la víctima, con el fin de establecer si hay lugar a condenar a aquélla o a absolverla por haberse producido una causal excluyente de responsabilidad, o si ambas concurrieron en la producción del daño y, entonces, reducir el valor de la indemnización en proporción directa a la mayor o menor contribución de la conducta de la víctima en su producción.

Por lo tanto, cuando se pretende reducir el valor de la indemnización que deba pagar la entidad con fundamento en la intervención de la víctima en la causación del daño, habrá de tenerse en cuenta la relevancia de esa intervención en el resultado y no la intensidad de la culpa en la que aquélla hubiera incurrido.

Estas consideraciones son las que han permitido a la Sala afirmar que la valoración sobre la intervención causal de la víctima se puede declarar aún 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. El aspecto de la culpa tendrá incidencia frente a la reclamación que pueda dirigirse contra los terceros o contra quienes ejerzan su custodia, según el caso². Ha dicho la Sala:

“Se advierte que si bien es cierto los menores no incurren en culpa según el artículo 2346 del Código Civil, tal previsión lo es para efectos de definir la responsabilidad frente a ellos, caso en el cual la responsabilidad recae en quien detente su custodia, pero su conducta si puede ser analizada para considerarla como exonerante de responsabilidad. Es decir, que se examina la actuación del menor para verificar si incidió en el resultado y en qué grado, frente a la actividad de los demás posibles causantes del daño.

Sobre el tema la Sala ya tuvo la oportunidad de pronunciarse:

“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

² “La culpa del tercero tendrá importancia para efectos de una posterior demanda, bien sea por parte del demandante inicial, quien fracasó en el primer proceso contra el demandado que alegó y probó el hecho del tercero, o bien por parte del demandado que al pagar a la víctima se subroga contra los coautores”. Javier Tamayo Jaramillo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II. Bogotá, Ed. Legis, 2007, 2^a. ed., págs. 131-132.

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. Al respecto, ha sido reiterada la jurisprudencia³.

“No sobra insistir, por lo demás, en que, en el caso planteado, no puede reconocerse el hecho de la víctima, como causal de exoneración de responsabilidad y tampoco como causal de reducción de la obligación de indemnizar, pero no por la incapacidad del menor de cometer delito o culpa, sino porque, conforme a lo explicado antes, es claro que la circunstancia alegada no podría ser considerada, de ninguna manera, como causa eficiente del resultado”⁴⁵.

Por lo tanto, si bien es cierto que los menores de 10 años y los dementes no son susceptibles de cometer culpa, conforme a 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. La culpa tendrá incidencia frente a la reclamación que pueda dirigirse contra aquellos que ejerzan su custodia, según el caso⁶. 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 padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa, pero, se insiste, esa responsabilidad se predica frente a las víctimas de los daños causados por las personas que estuvieren bajo el cuidado de otras y no frente a los daños que sufren los menores.

En pocos términos, en materia de responsabilidad estatal, para que la decisión sea favorable a los intereses de la parte demandante no es suficiente con verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar el daño padecido, para que surja el derecho a la indemnización, pues, además, se requiere

³ Ver, entre otras, sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 15 de marzo de 1941, G.J. L, p. 787; 29 de noviembre de 1946, G.J. LXI, p. 677; 8 de septiembre de 1950, G.J. LXVIII, p. 901.

⁴ Sentencia del 25 de mayo de 2000, Exp. 11.253.

⁵ Sentencia de 18 de abril de 2002, exp. 13.446.

⁶ “La culpa del tercero tendrá importancia para efectos de una posterior demanda, bien sea por parte del demandante inicial, quien fracasó en el primer proceso contra el demandado que alegó y probó el hecho del tercero, o bien por parte del demandado que al pagar a la víctima se subroga contra los coautores”. Javier Tamayo Jaramillo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II. Bogotá, Ed. Legis, 2007, 2^a. ed., págs. 131-132.

que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo y no cuando dicha causa lo sea el hecho de la víctima, sin importar la capacidad o incapacidad de ésta para incurrir en culpa.

En ese orden de ideas, en principio, la sola edad de la víctima no es razón suficiente para imputar el daño a la Administración, dado que lo que importa establecer es el hecho que constituya su causa determinante. No obstante, dicho factor sí tendrá incidencia para efectos de establecer la responsabilidad patrimonial del Estado cuando su desconocimiento hubiere propiciado el daño, como ocurre en los eventos en los cuales encomienda a personas sin madurez ni capacidad, el ejercicio de actividades peligrosas.

En el caso concreto, considera la Sala que el daño no le es imputable a la propia víctima, quien utilizó un bien cuya función era la de servir de cancha de microfútbol transportable, tan liviana, que los mismos niños podían fácilmente transportarla de un lugar a otro (como se observa del “informe investigativo previas No. 244” (fl. 7 a 8 C.3), pero al subirse a la misma no pudo con el peso y bien sea que el menor cayó y se golpeó contra el piso o que la barra lo golpeó en la cabeza, ese hecho le es imputable a la entidad encargada del mantenimiento del parque, por cuanto la cancha no estaba debidamente asegurada para evitar que se cayera y causara este accidente.

De esta manera como la conducta del menor no contribuyó eficazmente a la producción del daño, ni de manera eficiente ni concurrente, sino que el hecho que puede considerarse como causa generadora del accidente fue que la cancha no estaba asegurada al suelo, y, por lo tanto, representaban un riesgo latente, se concluye que el daño es solamente imputable a las entidades demandadas. Por lo tanto, se revocará la sentencia impugnada.

7. El departamento de Nariño, el municipio de Pasto y la Caja de Compensación Familiar de Nariño COMFAMILIAR tenían bajo su responsabilidad el cuidado y mantenimiento del parque en el que se produjo el accidente.

La Caja de Compensación Familiar de Nariño adujo que de acuerdo con el contrato suscrito con el departamento de Nariño y el municipio de Pasto, su

obligación solamente era la de conservar el parque “como una obra de ornato y beneficio social”, pero que era el departamento el que tenía bajo su cargo la obligación de “conservación y mantenimiento de la capa asfáltica de las vías, ciclovías y canchas deportivas del parque”. Por su parte, el Departamento de Nariño sostuvo que mediante contrato cedió la administración del parque a Comfamiliar de Nariño, razón por la cual esta entidad sería la llamada a responder en caso de una eventual condena.

Así mismo, el municipio de Pasto señaló que a la administración municipal no se le podía endilgar responsabilidad alguna porque el municipio no tenía el manejo administrativo del inmueble en el que estaba ubicado el parque sino que correspondía a Confamiliar de Nariño, y que además la Secretaría de Obras Públicas Municipales únicamente se encargaba de las labores de mantenimiento de los predios pertenecientes al municipio, por lo tanto el encargado del mantenimiento de este inmueble era el departamento de Nariño.

En el expediente obran pruebas que permiten afirmar que todas las entidades demandadas son responsables del mantenimiento del parque y, por lo tanto, deben responder de manera solidaria por los daños causados con no haber asegurado debidamente las canchas de fútbol al suelo o, al menos prevenir a los usuarios del parque del riesgo que implicaba la utilización de esas canchas móviles. Y si bien no existe prueba que permita determinar cuál de las entidades demandadas era la propietaria del parque infantil, lo cierto es que de acuerdo con el contrato de comodato celebrado entre éstas, se puede inferir que todas las demandadas son responsables por su cuidado de manera solidaria.

En efecto, el departamento de Nariño y el Municipio de Pasto celebraron con la Caja de Compensación Familiar de Nariño en su calidad de contratista, un contrato de comodato en el año de 1992, vigente para la época de la ocurrencia del hecho, el cual tiene como objeto:

“El departamento y el municipio, entregan al contratista en calidad de comodato o préstamo de uso, las instalaciones del parque infantil, para que el contratista asuma la dirección y administración de dicho parque y proporcione recreación dirigida y educación a la comunidad” (fl. 51 a 53 C. 1)

El contratista tiene la obligación de “*conservar el parque como una obra de ornato y beneficio social, a nombrar el personal capacitado para la administración,*

educación y recreación, para el desarrollo de los programas previstos, a coordinar con otras entidades públicas o privadas programas para la incentivación de la recreación de la comunidad”.

Igualmente, el municipio se compromete a “*suministrar ocho (8) trabajadores para el servicio de mantenimiento y conservación del parque. A enviar cada tres días un carro recolector de basura a las instalaciones del parque infantil*”.

Por su parte, el departamento de Nariño tenía como obligación la de “*conservación y mantenimiento de la capa asfáltica de las vías, ciclovías y canchas deportivas del parque*”, pero esta cláusula fue modificada en el año de 1994, y se señaló que el departamento se comprometía “*a disponer y mantener los servicios de ocho (8) parqueros y seis (6) vigilantes permanentes para obtener un buen mantenimiento del parque*” (fl. 54 C. 1). Razón por la cual, para la época de la ocurrencia del hecho (1996), el departamento de Nariño ya no tenía bajo su cargo la conservación y mantenimiento de las canchas de fútbol, como lo adujo Comfamiliar de Nariño en su defensa, sino que le correspondía contratar funcionarios encargados del mantenimiento del parque.

En este sentido, la administración, mantenimiento y conservación del parque infantil, correspondía tanto al departamento de Nariño y al municipio de Pasto, como a la Caja de Compensación Familiar de Nariño, de conformidad con lo estipulado en el citado contrato, por lo que concluye la Sala que la responsabilidad sobre el cuidado del parque le corresponde a todas las entidades demandadas, y en tal virtud se declaran administrativa y solidariamente responsables.

8. Indemnización de perjuicios

8.1. Perjuicios morales

Como se señaló antes, los demandantes acreditaron el parentesco que tenían con la víctima en el primero y segundo grados de consanguinidad, hecho que unido a las reglas de la experiencia le permite a la Sala inferir el perjuicio moral que sufrieron con la muerte de Darwin Alexander Peña. Por lo tanto, se reconocerá la indemnización.

Se advierte, que para establecer el valor de la indemnización a reconocer a título de perjuicios morales, la Sala tendrá en cuenta los criterios establecidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13.232 y 15.646, en la cual fijó tal indemnización en cien salarios mínimos legales mensuales vigentes el valor del perjuicio moral, en los eventos de mayor intensidad, abandonando así el criterio de aplicación extensiva de las normas que sobre la materia se habían adoptado en el Código Penal, por considerarlo improcedente y para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 178 del Código Contencioso Administrativo, que ordenan la reparación integral y equitativa del daño y la tasación de las condenas en moneda legal colombiana, respectivamente.

La Sala reconocerá la indemnización por perjuicios morales en favor de las demandantes, así: un valor equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la madre del fallecido y de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada uno de los hermanos.

8.2. Indemnización por perjuicios materiales

8.2.1. Daño emergente

En el *sub lite*, la parte demandante pidió que se les pagara lo que cancelaron por las exequias de Darwin Alexander Peña, y los gastos de transporte y de honorarios de abogado, los cuales estimaron en la suma de \$2'200.000. Sin embargo no aportaron ninguna prueba tendiente a acreditar que incurrieron en esos gastos, razón por la cual se negarán.

8.2.2. Lucro cesante

La parte actora solicitó que se condenara por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en favor de todos los demandantes por las sumas que dejaría de producir el occiso.

En relación con el reconocimiento del lucro cesante a favor de los padres, la jurisprudencia ha dicho que en tratándose de la muerte de un menor de edad no hay lugar a reconocer el lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, por tener carácter de eventual, salvo que se acreditara con grado de certeza la obtención futura de estos ingresos. En efecto, en sentencia de 10 de agosto de 2001, Exp. No. 12555, se estableció:

"Así el daño sea futuro debe quedar establecida la certeza de su ocurrencia, no puede depender de la realización de otros acontecimientos⁷. Cuando de la muerte de un niño se trata, la Corporación ha negado, tradicionalmente, la indemnización de un daño futuro, consistente en el reconocimiento de lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, por tener carácter de eventual⁸. En efecto, en estos casos el daño futuro esta sometido a una doble incertidumbre, por una parte que el menor llegara a obtener algún ingreso y, que de cumplirse la primera condición, este se destinaría al sostenimiento de sus padres y hermanos, y no, por ejemplo, que se dedique al sostenimiento propio o a la formación de un nuevo hogar⁹".

En el caso concreto, Darwin Alexander Peña tenía para la fecha de su fallecimiento 10 años de edad, conforme a su registro civil de nacimiento (fl. 18 C. 1), es decir que era menor de edad, y no se aportaron pruebas que dieran cuenta de que el menor desempeñara alguna actividad económica por la cual debiera obtener unos ingresos, ni se acreditó que en el futuro llegara a percibirlos, como tampoco la dependencia económica para que esos eventuales ingresos se dedicaran al sostenimiento de los padres, razón por la cual, frente a la incertidumbre del daño y toda vez que no se acreditó esta modalidad indemnizatoria, habrá de negarse.

⁷ "En cambio, daño eventual es aquel cuya existencia dependerá de la realización de otros acontecimientos extraños al hecho ilícito en cuestión, que concurren con éste a la formación del perjuicio. A diferencia del daño eventual, tanto el daño actual como el futuro deben ser ciertos, entendiéndose por ello la existencia de los mismos debe constar de manera indubitable mediante la comprobación de la vulneración de un derecho subjetivo del demandado y no depender esta vulneración de otros acontecimientos que puedan o no producirse con posterioridad.

"Si el juez indemniza las consecuencias futuras de un daño es por que se halla capacitado para apreciar, partiendo de la existencia cierta de un agravio, en forma más o menos exacta, las repercusiones que el hecho occasionará más adelante, cálculo que, en cambio, no puede en manera alguna efectuar, a menos de entrar en el terreno movedizo e incierto de las conjetas, cuando la existencia del agravio depende de la producción de una serie de hechos contingentes y extraños al hecho ilícito en cuestión.

"De lo expuesto se infiere que el momento que debe tenerse en cuenta para apreciar si el ciclo de consecuencias se ha cerrado, es el de la sentencia y que, por tanto, será daño futuro el que se configure por las consecuencias posteriores al fallo que razonablemente deben ocurrir, y que el juez deberá estimar por ser cierto el daño.

"Cuando se habla de daño cierto, entonces, no se alude a una clase especial de daño, sino que se quiere expresar que el agravio debe poseer una determinada condición de certeza para que origine efectos jurídicos, condición sobre la que no se hace necesario hacer mayor hincapié, puesto que todo hecho, para ser tenido en cuenta y surtir consecuencias debe estar comprobado.

"Afirmar que el daño debe ser cierto, es lo mismo, en realidad, que expresar que el daño debe existir para que se origine el derecho a que se origine un resarcimiento, lo que por no merece siquiera afirmarse."Roberto H. Brebbia, "Daños Patrimoniales y daños morales", en José N. Duque Gómez, *Del Daño*, Editora Jurídica de Colombia, s.l., 2001. págs. 53 y 54.

⁸ Ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, sentencia de 20 de agosto de 1997, expediente: 10427, actor: Humberto Cobo Delgado. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, sentencia de 12 de febrero de 1992, expediente: 6182, actor: Alfonso Dorado y otros. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, sentencia de 11 de septiembre de 1997, expediente: 11764, actores: Olimpo Arias Cedeño y otros.

⁹ Ver Javier Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil, Tomo IV, De los perjuicios y su indemnización*, Temis, Bogotá, 1999, págs. 54 y 55.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCASE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Nariño, el 15 de julio de 1999, la cual quedará así:

PRIMERO. DECLARASE que el DEPARTAMENTO DE NARIÑO, EL MUNICIPIO DE PASTO y LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO COMFAMILIAR, son patrimonial y solidariamente responsables de la muerte de DARWIN ALEXANDER PEÑA, ocurrida el 15 de septiembre de 1996, en el municipio de Pasto (Nariño).

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, CONDENASE al DEPARTAMENTO DE NARIÑO, al MUNICIPIO DE PASTO y a LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO COMFAMILIAR, a pagar a los demandantes los perjuicios morales por ellos sufridos, así:

1. Para BERENICE SERENIA PEÑA, el valor equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por perjuicios morales, y para CESAR AUGUSTO CANO PEÑA y SUSANA NEIDA PEÑA el valor equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno, por perjuicios morales.

TERCERO. NIEGANSE las demás pretensiones.

CUARTO. EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO, EL MUNICIPIO DE PASTO y LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO COMFAMILIAR, darán cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de

1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SEXTO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUELVASE el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR