

Bogotá D.C, 21 de julio de 2023

Señores:

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA CIVIL, FAMILIA Y AGRARIA**

E. S. D.

CLASE DE PROCESO:	VERBAL - RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
DEMANDANTE:	MARTHA SABINA ARIAS MONTAÑO Y OTROS
DEMANDADO:	GLADYS ALICIA FLÓREZ GONZÁLEZ
RADICADO:	253863103001-2020-00040-00
ASUNTO:	RECURSO DE APELACIÓN

Respetado Magistrado,

NATALIA MANTILLA ARIZA, mayor de edad, domiciliada y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.020.797.068 expedida en Bogotá D.C., abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No 299.767 del C.S.J, actuando como apoderada de la señora **GLADYS ALICIA FLÓREZ GONZÁLEZ**, mayor de edad, identificada con cedula de ciudadanía No. 41.409.437 de Bogotá D.C., demandada dentro del proceso de la referencia, por medio del presente, estando dentro del término legal para ello, me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto frente a la sentencia dictada en estrados el 17 de julio de 2023, por el **Juzgado 01 Civil del Circuito de la Mesa – Cundinamarca** en el marco del radicado de la referencia, con fundamento en los siguientes puntos:

i. OPORTUNIDAD:

Sea lo primero indicar que la sustentación de los motivos de reparo presentados en audiencia del 17 de julio de 2023 es procedente y se encuentra en término de conformidad con lo establecido en el párrafo 2 del numeral 3 del artículo 322 del C.G.P que establece que: *“Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.”* Por lo anterior, siendo que la sentencia se dictó en audiencia del 17 de julio de 2023 la presente sustentación se encuentra en término y debe ser resuelta por el superior.

ii. DE LA AUSENCIA DE PRUEBAS DEL DEMANDANTE, LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA DE LOS TESTIMONIOS

Sea lo primero manifestar al honorable Tribunal, tal y como se hizo ante el a quo, que, la parte demandante **no logró probar** el incumplimiento o la omisión que presuntamente se predica por parte de mi representada.

En efecto, la parte demandante se limitó a manifestar de forma general y abstracta que supuestamente la piscina en cuestión no cumplía con los requisitos contemplados en la ley para su funcionamiento, sin embargo, no logró acreditar dicha afirmación en el proceso judicial. Tanto es así que, no aportó una sola prueba que demostrara la presunta omisión o incumplimiento a los requisitos señalados en

la Ley 1209 de 2008 y el Decreto 0554 de 2015, ni que este fuera determinante en el acaecimiento de los hechos.

Es importante destacar que, conforme lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso: *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*. En el caso en concreto, el deber legal denominado **"CARGA DE LA PRUEBA"** se encontraba en cabeza de la parte demandante, sin embargo, aquella no logró demostrar su dicho y por ende incumplió este deber.

La parte demandante se limitó a manifestar en distintos momentos procesales que la piscina no cumplía con los requisitos contemplados para su funcionamiento. No obstante, no aportó ningún elemento material probatorio que evidenciara o tan siquiera permitiera inferir dicha situación. Así como tampoco logró acreditar que dicha presunta omisión fuera determinante para el acaecimiento del hecho dañoso.

Esta circunstancia fue enunciada en múltiples ocasiones por la parte demandada, pero no fue tomada en cuenta por el *a quo*, quien optó de forma sorpresiva y en contravía de lo establecido por el artículo 167 del Código General del Proceso a realizar una inversión de la carga de la prueba, en sede de lectura del fallo.

Fallo mediante el cual se determinó sin fundamento legal alguno que, a quien correspondía demostrar el cumplimiento de los requisitos de funcionamiento de la piscina en la que acaeció el accidente del menor, era a la demandada y no a los demandantes, concluyendo erróneamente que la demandada no había logrado demostrar el cumplimiento de dichos requisitos.

Lo expuesto por el juzgador de primera instancia, además de vulnerar la normativa expuesta, no se compadece con la práctica probatoria realizada. Pues a pesar de que, como ya se expuso, a quien correspondía demostrar la presunta omisión o negligencia era a la parte demandante. La parte demandada logró acreditar sin lugar a dudas, que cumplió con todos y cada uno de los requisitos.

Esta circunstancia nuevamente fue omitida por el despacho, pues desconoció el relato de las personas que se encontraban en el lugar de los hechos, las fotografías de la época y las demás pruebas arrojadas de las cuales se desprende que la piscina en cuestión cumplía y cumple con todos y cada uno de los requisitos contemplados en la Ley para su funcionamiento.

El honorable despacho realizó una indebida valoración probatoria, **pues omitió analizar los testimonios rendidos por 5 testigos directos** que se encontraban presentes al momento de los hechos y que, al unisonó, de forma libre y espontánea, en presencia del *a quo*, manifestaron que la mencionada piscina sí cumplía con los requisitos legales y que la persona que fungía como salvavidas, pese a no contar con un certificado vigente era idónea para la labor encomendada, al respecto se tiene que los testigos manifestaron:

- **GLADYS ALICIA FLÓREZ**, *"la piscina esta con cerramiento, tiene los requisitos como es el gancho, flotadores, y la persona que tiene que estar cuando hay niños o adultos que se estén bañando. pero allí uno de los requisitos más importantes, es que, si entran menores de edad, debe estar con un acompañante dentro de la piscina, entonces cumple totalmente con todos los requisitos."*
- **ANA CECILIA HURTADO MARTINES**: *"al salvavidas se le entregaron (...) los aros uno negro, había uno rojo también se le dio el gancho y la camilla"*
- **IRMA SÁNCHEZ POVEDA**: *"El frente la piscina hay una camilla. Habiendo salvavidas en ese lado y en el otro extremo había uno negro con pintas blancas hay un botiquín que permanece"*

a un área de la piscina que un día un sobrino mío se cortó el dedo y le curan el dedo tiene medicamentos normales como acetaminofén algodón gasa alcohol no sucedió cosa más grave porque fue solamente una cortada.”

Respecto de la obligación de contar con las medidas de profundidad manifestaron los testigos:

- **GLADYS ALICIA FLÓREZ:** *“Si tenía y tiene todas las medidas escritas a la orilla de la piscina como lo ordena la ley.”*
- **LUIS ALFONSO MARIMON RAMÍREZ:** *“Sí señora (...) tenía marcado eran grandes de color negro la letra está grandes todo, claro, todo escrito bien escrito, ahí estaba todo y eso.”*
- **ANA CECILIA HURTADO MARTÍNEZ:** *“(...) tenía toda su señalización para ese tiempo estaban negras y alrededor está pintada blanca.”*
- **IRMA SÁNCHEZ POVEDA:** *“las letras negras o los avisos instintivos que tienen la piscina estaban redondo a la piscina, hay en varios lados.”*

Respecto de la existencia del botiquín los testigos manifestaron:

- *“Tenía botiquín de primera necesidad lo que exige la ley lo que exige bomberos tabla de salvamento de primeros auxilios el gancho los flotadores cerramiento a la piscina, y las medidas de la piscina estaban escritas en letra negra.”*

Respecto de la experiencia del salvavidas, manifestaron:

- *“Es una persona de experiencia bastante alta siempre había estado digamos durante los dos últimos años conmigo y siempre había demostrado su capacidad para salvavidas es más él se fue de aquí prestar el servicio obligatorio del ejército, y las capacidades instrucciones que recibió allí prácticamente eran las mismas, en ningún momento él es muy reiterativo este tipo de actividad.”*

Testimonios estos que pese a provenir de terceros ajenos a los intereses de las partes y haber sido rendidos de forma espontánea y libre, fueron omitidos por parte del despacho quien sin fundamento probatorio optó por manifestar que no les otorgaría credibilidad. No se explicaron cuáles fueron los motivos o circunstancias que le impidieron valorar sus manifestaciones, en lo que respecta a que la piscina cumplía con los requisitos legales y el personal era idóneo.

Tampoco tuvo en cuenta el honorable despacho que, dicha piscina lleva más de 10 años operando, que cuenta con el correspondiente **REGISTRO NACIONAL DE TURISMO**, atendiendo incluso personal de bomberos, como lo manifestó Gladys Alicia, y que jamás ha sido sancionada o siquiera requerida por algún tipo de incumplimiento a la normativa vigente para la prestación del servicio.

Debe resaltarse que los controles con respecto a esta actividad se realizan en enero o febrero de cada año y conforme a la evaluación exitosa de los mismos, el registro nacional de turismo ha sido constantemente actualizado, siendo pre requisito para ello la correspondiente inspección visual que realiza la secretaria de Turismo y Sectores Económicos del Municipio de Anapoima con el objetivo de verificar el cumplimiento de la normatividad vigente.

En el mismo sentido, el despacho optó por desconocer sin fundamento alguno el dicho de los más de 5 testigos que se encontraban en el lugar en ese momento y que manifestaron al unisonó que al menor se le prestaron los primeros auxilios, lo que le permitió que aquel saliera de la finca consciente y con vida hasta llegar al puesto de salud más cercano, sin embargo, el puesto de salud se encontraba cerrado, situación que es totalmente ajena a la señora Gladys Alicia y sus empleados, quienes lograron

incluso que fuera revisado por personal médico, pese a la intromisión del señor Uriel Arias. Al respecto los testigos fueron claros al manifestar:

- **GLADYS ALICIA FLÓREZ:** *“Aquí el centro de salud estaba lamentablemente cerrado una vez que esto está cerrado llaman a una enfermera y la enfermera le toma el pulso dice acaba de morir. Entonces no tuvimos el momento ambulancia llegará de inmediato y el centro de salud estaba abierto.*

Y a renglón seguido:

“yo vi que sacaban al joven, en la tabla de primeros auxilios lo sacaron mis empleados al sitio del centro médico lamentablemente no estaba abierto.”

Por su parte:

- **LUIS ALFONSO MARIMON RAMÍREZ:** *Yo lo saqué con vida de la piscina. Lo sacamos afuera llegamos al puesto de salud y el muchacho estaba vivo.*

Llega una doctora y cuando la doctora llega le alza la mano y dice lamentablemente no puedo hacer nada.

El puesto de salud estaba cerrado y como estaba cerrado, llamamos a una doctora que estaba por ahí y ella llegó, pero ella no estaba en el puesto de salud, ella se encuentra (sic) en su casa.”

Igualmente resulta sorprendente para esta defensa que el juzgado manifieste que no se probó que el menor había ingerido alimentos antes de ingresar a la piscina, en contraposición a lo que fue demostrado a través de los testimonios, el acta de levantamiento y el dictamen de medicina legal, los cuales concuerdan en establecer que había ingerido alimentos y que dicha situación contribuyó efectivamente al acaecimiento del lamentable deceso, al respecto el informe de medicina legal concluyó:

“ANÁLISIS Y OPINIÓN PERICIAL

(...).

*Al examen interno se evidencia (...) ... **bronquios ocupados por contenido alimentario, (...) ... contenido gástrico con abundante líquido (...) ... alimentario (...)...***

Como mecanismo fisiopatológico de la muerte asfixia mecánica, (como causa de muerte principal).

Circunstancia que fue corroborada por los interrogatorios y testimonios de las personas que se encontraban en el lugar de los hechos los cuales manifestaron:

GLADYS ALICIA FLÓREZ: *Toda la comida que yo vi en la terraza de la piscina donde él fue sacado tenía pedazos de pollo pedazos de carne papá y yuca había dentro de eso (...)*

MIRIAM MILENA ARIAS MONTAÑO (tía del menor): *Ese día se almorzó, arroz unas lentejas, un pedazo de plátano, una papa y un pedacito de yuca y carne*

En el mismo sentido omitió el despacho el análisis de los testimonios y evidencias presentadas que demuestran que el familiar del menor **URIEL ARIAS**, quien tiene vigente una denuncia por maltrato

en contra de sus familiares y para la fecha de los hechos no mantenía ningún tipo de relación con la madre, se encontraba en estado de alicoramiento al momento de los hechos, lo que ocasionó que este último impidiera la prestación efectiva de los primeros auxilios al menor, circunstancia que tuvo profundas implicaciones en la muerte del mismo, como se analizará unas líneas más adelante.

iii. **VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE OPCIÓN**

Coetáneo a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, de forma sorpresiva y violatoria del derecho de defensa de la demandada, el honorable despacho optó, en sede de lectura de fallo, por variar el régimen de responsabilidad aplicable al caso en concreto, de un régimen de responsabilidad extracontractual a un régimen de responsabilidad contractual, desconociendo el principio de prohibición de opción y los derechos de defensa y contradicción de la demandada.

Circunstancia que desconoce a todas luces la diferenciación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, que ha imperado en nuestro sistema y los rasgos distintivos esenciales de cada uno de estos regímenes, lo que impide el monismo o la unicidad de regímenes. La dualidad de regímenes no obedece al capricho del juez, sino a diferencias estructurales en temas del daño, la culpa y su presunción, la prescripción, la solidaridad e incluso el nexo de causalidad que deben ser analizadas por un profesional capacitado formado en derecho al momento de interponer una demanda y sus pretensiones.

Demanda y pretensiones que fijan el derrotero del litigio y por ende de la misma contestación y defensa de la parte contra la cual se pide, la cual articula sus esfuerzos argumentativos, jurídicos y probatorios en función de los argumentos, pretensiones y pruebas elevados por el peticionario y que se ve sometido a argumentos nuevos que son esbozados no por la parte que pretende, sino por el despacho en sede de lectura del fallo, momento para el cual la preclusión de las oportunidades probatorias le impide reaccionar adecuadamente, y ejercer el derecho de defensa que le asiste frente a una variación fundamental de las condiciones del litigio.

Es ampliamente conocido que la estrategia de defensa frente a una demanda de responsabilidad civil extracontractual y una demanda de responsabilidad contractual difieren diametralmente, no siendo acorde con los postulados de buena fe, debido proceso y lealtad procesal variar en sede de lectura de fallo la totalidad del régimen jurídico en el cual se fundamenta un litigio, máxime cuando ello representa modificaciones sustanciales en la interpretación del nexo causal, las obligaciones de las partes, las pruebas, y lo que es más grave la presunción de la culpa, la cual para el despacho en tratándose de una responsabilidad contractual se presumía (min 55:17) con el mero incumplimiento de una disposición legal, mientras que en el régimen de la responsabilidad extracontractual bajo el cual se llevó el proceso debía ser demostrada, circunstancia frente a la cual no tuvo oportunidad de defenderse la parte demandada.

El honorable despacho no solo varió de forma sorpresiva el régimen de responsabilidad aplicable esbozado por la parte demandante y presumió la culpa, sino también presupuso la existencia de un contrato y unas obligaciones que no fueron probadas y frente a las cuales no se dio ningún debate a lo largo del proceso, impidiendo a ésta parte realizar cualquier tipo de manifestación respecto de esas obligaciones.

Según el dicho del *a quo* se trataba de un contrato bilateral, sinalagmático y que entre otras obligaciones según la lógica del despacho también generaba obligaciones para la parte demandante, entre ellas, acatar el reglamento de la piscina e ingresar con al menos 2 horas de reposo con posterioridad a la ingesta de alimentos a la piscina y estar en compañía de un adulto responsable, obligaciones que en el caso en concreto fueron incumplidas por la parte demandante, circunstancia que contribuyó a la causación del daño y que tampoco fue observada por el despacho.

En el mismo sentido, el despacho al modificar el régimen de responsabilidad aplicable presupuso la existencia de un supuesto contrato con obligaciones de resultado consistentes en garantizar que los bañistas no fallezcan en la piscina (min 57:00), obligación que no solo se cumplió por cuanto el menor no falleció dentro de las instalaciones -llegó con vida al puesto de salud-, sino que tampoco se encuentra dispuesta en ninguna norma legal o cláusula contractual, pues la misma, equivaldría a pactar un resultado imposible de garantizar por la parte y que se encuentra por fuera de sus capacidades, dadas las multiplicidades de causas extrañas que pueden afectar a una persona que se encuentra en una piscina y que pueden ocasionar que como en el caso en concreto pese a que se le suministren todos los medios posibles ésta fallezca, máxime cuando las obligaciones de salvamento son de medio y no de resultado como se expondrá más adelante.

Circunstancias estas que evidencian una transgresión al principio de congruencia que en palabras de la Corte Suprema – Sala de Casación Civil consiste en:

*“es un límite al poder decisorio del fallador, que impone que haya correspondencia entre lo resuelto y **lo que oportunamente plantearon los litigantes como materia de la controversia**, sin perjuicio de las facultades oficiosas atribuidas por normas especiales.*

Así lo establecen los artículos 305 del Código de Procedimiento Civil y 55 de la ley 270 de 1996, en su orden: «fija sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley»; y «las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales».

*Máxima explicable por la naturaleza de los asuntos que se discuten en materia civil y comercial, que **por regla general son patrimoniales y de libre disposición**, por lo que en ellos predomina **el principio dispositivo**, según el cual las partes tienen la iniciativa de la acción, el impulso del proceso, la fijación de los límites de la decisión, la formulación de los recursos e, incluso, los efectos de la cosa juzgada.*

Bien conocido es el brocárdico «ne eat iudex ultra petita partium» -la sentencia ha de atenerse a las pretensiones de las partes-, utilizado desde antaño para reconocer el señorío de los litigantes sobre la causa y, por esta vía, impedir que la actividad jurisdiccional se desvíe hacia puntos no planteados en los escritos de demanda y oposición, so pena de incurrir en exceso de poder o en defecto del mismo.”¹

Así las cosas, con la mencionada variación del régimen de responsabilidad aplicable al caso en concreto, el despacho vulneró el derecho de defensa de mi prohijada, el principio de congruencia y presupuso su culpa y unas obligaciones inexistentes en el marco del litigio, lo que la llevó a encontrar responsable a mi prohijada pese a que la parte demandante no logró demostrar la negligencia o impericia que presuntamente fue determinante y fundamentaba sus pretensiones.

En gracia de discusión y sin que esto implique una aceptación sobre la variación del régimen de responsabilidad hecha por el despacho, resulta injusto, que al momento de realizar el análisis de la conducta y el cumplimiento o no de los “deberes contractuales”, esta solo se haya hecho respecto de la demandada, sin tener en cuenta el incumplimiento de las obligaciones y deberes “contractuales” por parte del menor y su núcleo familiar, en el marco del supuesto contrato, situación determinante en el fatídico evento, todo lo cual, va en contravía de los derechos de defensa y contradicción de mi representada.

¹ Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil (2020), Sentencia de casación del 09 de noviembre de 2020. M.P: AROLDI WILSON QUIROZ MONSALVO, expediente: 11001-31-03-041-2010-00514-01

iv. **INDEBIDA VALORACIÓN DEL COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA Y SUS FAMILIARES AUSENCIA DE ANALISIS DE LOS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD**

En el mismo sentido, el honorable despacho optó por desconocer, sin fundamento alguno la intervención activa que tuvo el señor **URIEL ARIAS**, quien se encontraba bajo los efectos de alcohol, **circunstancia que fue evidenciada por todos los presentes en el acaecimiento de los hechos, pues este no solo omitió sus obligaciones como custodio del menor, sino que impidió que se le prestaran efectivamente los primeros auxilios al mismo, retardando deliberadamente su llegada al puesto de salud más cercano**, al respecto fueron coherentes todos los testigos en manifestar:

GLADYS ALICIA FLÓREZ: (...) ... el joven fue sacado con vida, el joven fue sacado, y de inmediato se le iban a dar los primeros auxilios, los familiares no lo permitieron, y de inmediato se llevó al centro de salud, mientras tanto yo estaba llamando a la ambulancia, para que llegara allí y lo recogiera.

(...) ... Ana Cecilia y Marimon querían darle primeros auxilios (...). y la persona que estaba con él, cómo era el señor Uriel no permitió se lo diera no lo permitía por ningún lado.

En el mismo sentido el señor Marimon manifestó:

LEO ALFONSO MARIMON RAMÍREZ: La compañera mía, lo empujó para bajarlo (refiriéndose a Uriel), cogemos la camilla y lo llevamos a un puesto de salud. Cogimos la camilla entre mi compañero y mi persona para llevarle un puesto de salud, porque el tío (Uriel) no lo dejaba darle los primeros auxilios, se levantaba arriba lo presionaba y no le hacía nada, le estaba diciendo y una compañera lo empujó cogimos la camilla y lo llevamos al puesto de salud.

Por su parte Ana Cecilia Hurtado Martínez manifestó:

ANA CECILIA HURTADO MARTINES: (...) le di los primeros auxilios entonces cuando vamos a darle respiración boca a boca qué es lo correcto, el tío del niño no quiso.

Finalmente, Harold Hurtado quien manifestó:

HAROLD HURTADO MARTÍNEZ: El tío no dejó que le dieran los primeros auxilios boca boca no dejó. El muchacho no dejó.

Testimonios que son consistentes en establecer que el señor Uriel Arias, en su estado de alicoramiento, impidió activamente que se le prestaran los primeros auxilios al menor, circunstancia que el honorable despacho desconoció sin que mediara fundamentación alguna al momento de proferir su fallo, basándose única y exclusivamente en el interrogatorio de la tía del menor, persona con claro interés en las resultas del proceso y cuyo interrogatorio fue desvirtuado por todos y cada uno de los demás elementos y testimonios recogidos en el marco de la practica probatoria.

Se puede afirmar que de haberse analizado correctamente esta situación el despacho hubiera llegado a la conclusión de encontrar probado, sin lugar a dudas, el eximente de responsabilidad de culpa de un tercero, **URIEL ARIAS**, o en su defecto la concurrencia de culpas atenuante de la responsabilidad imputada a la mi representada. Temas que no fueron objeto de pronunciamiento alguno por parte del despacho, pese a ser una circunstancia que se logró probar.

v. **INDEBIDA CALIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE SALVAMENTO COMO UNA OBLIGACIÓN DE RESULTADO**

En el mismo sentido, el honorable despacho de forma sorpresiva y en un claro desconocimiento de la jurisprudencia vigente optó por calificar la actividad de salvamento, asimilable a la del médico, como una actividad de resultado y no de medio, al respecto la doctrina y la jurisprudencia han establecido:

*“se entiende que el médico no se obliga a realizar el hecho preciso y determinado consistente en el resultado de sanar al enfermo (causa final), pero sí se obliga a realizar y aún garantiza otros hechos, no menos precisos y determinados, a saber, la sucesión de actos en que consiste un tratamiento médico, con miras a obtener el resultado deseado, **que él no garantiza ni constituye la prestación objeto de su obligación.**”*

*El médico se compromete, entonces, a aplicar todos los medios que consagra la ciencia médica al servicio de un fin, curar al enfermo, pero **no se obliga necesariamente a obtener dicho fin.** Así, el médico, en principio, no está facultado para asegurar un determinado resultado, pues la curación no se puede asegurar en su totalidad, **ni siquiera en aquellos eventos que corresponden a intervenciones médicas simples,** pues para la jurisprudencia “el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece el cliente o de la no curación” .*

*Esta determinación se explica por la presencia de factores imprevisibles en la actuación médica, por los cuales se estima que el hombre no debe responder, es decir, el principio común de las obligaciones de medios radica en el alea que afecta el resultado. En efecto, **dado que toda terapia es aleatoria porque la incertidumbre en cuanto a la curación es inherente a la asistencia médica, la responsabilidad del médico únicamente se puede comprometer si él comete una culpa cuya prueba debe aportar el enfermo.***

Debe tenerse en cuenta que en el caso de la medicina existen un gran número de sucesos impredecibles y de circunstancias y variables incontrolables, entre otras, la propia anatomía del hombre, las distintas reacciones fisiológicas, la multicausalidad de las enfermedades y lesiones, la variabilidad interpersonal. El organismo vivo, elemento material de la medicina, reacciona de modo autónomo, pues tiene su propia dinámica. El alea está siempre presente y esa dosis de incertidumbre que envuelve todavía la ciencia, impide que el médico garantice un resultado concreto”²

Así las cosas la jurisprudencia ha sido clara al establecer que la obligación de atención médica, salvo para los asuntos estéticos es una obligación de medio y no de resultado de forma tal que el fundamento de la decisión del honorable despacho en virtud de la cual la señora Gladys debía garantizar el resultado de la atención medica favorable al menor, no encuentra respaldo en el ordenamiento jurídico, pues si no le es exigible a un médico garantizar el resultado deseado en una atención médica, mucho menos lo es para un salvavidas, menos cuando se evidencia la existencia de una causa externa imputable a la negligencia del acudiente del menor que en su estado de alicoramiento impidió la correcta prestación de los servicios de primeros auxilios por parte del personal de la piscina.

En este punto es importante establecer que el señor Marimon manifestó que realizó las mismas labores que posteriormente en virtud de su experiencia en el Ejército reforzó, reiterando que las actividades desplegadas fueron las adecuadas para la prestación de primeros auxilios, sin que la parte demandante lograra demostrar lo contrario.

² Responsabilidad Medica en la Especialidad Civil (2019), Consejo Superior de la Judicatura en: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m2-4.pdf>

En esencia, ni la parte demandante ni el despacho presentaron un solo argumento y/o prueba tendiente a demostrar que los primeros auxilios prestados por el señor Marimon implicaran una mala praxis que resultara en la muerte del menor. Tanto así, que los demandantes tenían conocimiento de que el actuar del señor Marimon no fue la causa de la muerte del menor, tanto así que se limitaron a realizar reclamaciones civiles y no penales que implicaran el análisis de la conducta del salvavidas a efectos de declarar su responsabilidad penal, un indicio que no fue analizado por el despacho.

vi. INDEBIDA VALORACIÓN DEL CASO FORTUITO COMO CAUSAL EXONERATIVA DE LA RESPONSABILIDAD.

Tal y como se manifestó a lo largo de la actuación procesal y como fue reconocido por el despacho (min 1:22:27), los sucesos acontecidos en el lamentable fallecimiento del menor se encuadran efectivamente en una causa extraña, denominada por la doctrina como “CASO FORTUITO” pues en el caso en concreto se evidencio y probó el inesperado cierre del puesto de salud más cercano, al cual el menor llegó con vida y consiente, cierre el cual debido a su imprevisibilidad no es imputable a mi prohijada, circunstancia que si bien es reconocida por el despacho, el mismo omite deliberadamente darle su alcance como una causal exonerativa de responsabilidad o cuanto menos como una causal atenuadora de la misma.

Como bien establece la jurisprudencia, la irresistibilidad no radica en que se trate de una situación que escapa al alcance del ser humano, basta con que apreciada la situación en concreto la misma resulte imposible de resistir a la luz de la sana crítica y las reglas de la experiencia. Situación que se predica a la perfección dentro de nuestro caso, en el cual la única persona capacitada para prestar la atención medica requerida por el joven una traqueotomía hubiere sido un médico, el cual debido al imprevisto cierre del establecimiento medico no se encontraba presente al momento de los hechos, tornando irresistible los efectos para el resto de los individuos incluyendo el salvavidas.

Téngase en cuenta en este punto que la imprevisibilidad se reputa no del hecho del ahogamiento del menor sino del cierre del establecimiento medico al cual fue llevado el mismo con vida y consiente, yerra el a quo al establecer que no se configuran los elementos del caso fortuito por cuanto el ahogamiento del menor no era un hecho imprevisible, cuando lo argumentado por esta parte y demostrado a lo largo del proceso fue que contrario a la sana crítica y a la normalidad el único establecimiento de salud del área se encontraba cerrado, circunstancia que no puede ser imputada a la señora Gladys quien cumplió con los protocolos contemplados para este tipo de situaciones y ante la complejidad del asunto procedió a llevar al menor a un lugar donde pudieren prestarle los servicios que requería.

vii. DE LA AUSENCIA DE PRUEBA DE DAÑO MORAL DEL PADRE DEL MENOR QUIEN SE EVIDENCIO NO CONVIVÍA CON EL MISMO Y NO TENIA LAZO AFECTIVO

Se reprocha al *a quo*, que pese a evidenciar y encontrar demostrado que el padre de la víctima no convivía con el menor y no tenía ningún tipo lazo afectivo, al punto de que desconocía si tenía o no pareja, si estudiaba o no, en qué lugar lo hacía, en que grado iba y si era buen o mal estudiante, si tenía problemas de salud física o mental, el honorable despacho procediera a decretarle un reconocimiento por daño moral a este individuo, pues si bien existe un vínculo de consanguinidad entre este y el menor fallecido, de la lectura de la historia clínica del mismo y el interrogatorio surtido al padre se desprende que no existía convivencia entre estos, al punto de que el mismo no solo desconocía la vida en general del menor, sino que jamás lo acompañó a ningún tipo de cita médica.

Circunstancia que acompasada del hecho de que no se aportó ningún tipo de prueba de su aflicción en términos de “congoja, sufrimiento o tristeza”, debieron indudablemente obligar al honorable despacho a negar cualquier tipo de indemnización por concepto de daño moral.

Recuérdese que no basta con la mera enunciación de haberse causado un daño moral, se requiere que el mismo sea determinable y cuantificable, teniendo como baremo la jurisprudencia y la sana crítica, es así que:

“quien pretende reclamar la indemnización por daño moral de un pariente cercano deberá demostrar plenamente (i) la existencia del evento lesivo (hecho), (ii) la relación del evento lesivo con alguna conducta del supuesto autor (nexo de causalidad) y, (iii) el parentesco y vínculo estrecho con la víctima directa del daño y la intensidad de la afectación sufrida (daño).”³

No siendo posible presumirlo cuando de la lectura de los medios probatorios y la sana crítica se evidencie que no existe vínculo estrecho con la víctima y afectación en términos de congoja, sufrimiento o tristeza. No es menor para esta defensa advertir el comportamiento que tuvo el señor Ancizar a lo largo del proceso, particularmente en las audiencias en las que incluso se le llamo la atención por su comportamiento burlesco y despreocupado mientras se relataban las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que falleció su hijo.

viii. IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS.

Finalmente, se reprocha al honorable despacho encontrar configurada la existencia de costa alguna en favor de la parte demandante, **recuérdese que en el caso en concreto la parte actuó a través de un amparo de pobreza**, circunstancia que le permitió a la misma afrontar el proceso judicial sin incurrir en ningún costo o gasto procesal, al punto que también fue determinante para exonerarse de las distintas multas que le fueron impuestas a lo largo del trámite procesal, de forma tal que no se evidencia cuáles fueron los costos, gasto o agencias que se reconocen a título de condena en costas, recuérdese que el número 8 del artículo 365 del C.G.P, establece:

“Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el mismo sentido, el mencionado artículo dispone que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas, circunstancia que ocurrió en el caso de marras, en el cual no solo las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente, si no que previamente había sido proferida por el despacho una sentencia anticipada parcial que determinó la inexistencia de derecho de varios de los peticionarios, de forma tal que para el caso en concreto no solo **NO** se demostraron sino que existe una disposición legal que establece que el juez podrá abstenerse de condenar cuando la sentencia no prospere en su totalidad.

PETICIÓN

De conformidad con los argumentos de hecho y derecho esgrimidos se solicita respetuosamente al honorable Tribunal:

1. Se revoque en su integridad el fallo de primera instancia proferido por el **Juzgado 01 Civil del Circuito de la Mesa – Cundinamarca, el 17 de julio de 2023**, mediante el cual encontró demostrada la responsabilidad de la señora Gladys Alicia Flórez y se acceda a las excepciones de mérito invocadas en la contestación de la demanda, por encontrarse

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Magistrada: **MARGARITA CABELLO BLANCO**, sentencia del 19 de diciembre de 2018. Rad: 05736 31 89 001 2004 00042 01.

demostradas las excepciones de “culpa exclusiva de la víctima”, “Culpa de un tercero” y “Caso fortuito”.

En subsidio se solicita:

2. Se modifique el fallo de primera instancia proferido por el **Juzgado 01 Civil del Circuito de la Mesa – Cundinamarca, el 17 de julio de 2023**, mediante el cual encontró demostrada la responsabilidad de la señora Gladys Alicia Flórez y se establezca que existió una concurrencia de culpas con los efectos que ello implica en la tasación de perjuicios.
3. Se modifique el fallo de primera instancia proferido por el **Juzgado 01 Civil del Circuito de la Mesa – Cundinamarca, el 17 de julio de 2023**, mediante el cual encontró demostrada la responsabilidad de la señora Gladys Alicia Flórez y se establezca que no existen elementos jurídico y facticos para reconocer suma alguna por concepto de daño moral al señor **ANCIZAR CORREDOR**, dado que se demostró que no convivía con la víctima y no tenía ningún tipo de lazo afectivo con el menor.

Cordialmente,

Respetuosamente,



NATALIA MANTILLA ARIZA

C.C. 1.020.797.068

T.P. 299.767