

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE CUNDINAMARCA**

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C. febrero dos de dos mil veintitrés.

Magistrado Ponente	: JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Radicación	: 25386-31-03-001-2020-00040-0 1
Aprobado	: Sala No. 01 del 18 de enero de 2024.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 17 de julio de 2023 por el juzgado civil del circuito de La Mesa.

ANTECEDENTES

1. Martha Sabina Arias Montaña, Ancizar Corredor, Andrés Leonardo Corredor Arias, Harold Steven Corredor Arias, Rosalía Montaña Peña y Myriam Milena Arias Montaña formulan demanda en contra de Gladys Alicia Flórez González pretendiendo se le declare responsable extracontractualmente en condición de propietaria de la finca buena vista, ubicada en la inspección la Paz, sector patio bonito vereda Andalucía municipio de Anapoima, y al pago de los perjuicios previsibles e imprevisible por ellos sufridos, daño emergente, lucro cesante y daño moral como consecuencia del fallecimiento del menor Ismael Enrique Corredor Arias, su hermano, nieto y sobrino, respectivamente.

Relatan que el 2 de septiembre de 2017 el menor Ismael Enrique Corredor Arias y su familia ingresaron a la finca buena vista, inspección la Paz sector patio bonito, vereda Andalucía del municipio de Anapoima en donde se prestaba el servicio de piscina de uso colectivo abierta al público en general y aproximadamente a las 3:20 p.m., Uriel Arias observa que el menor Ismael Enrique no salía de la piscina, por lo que procedió a socorrerlo junto con otras personas que se encontraban en el lugar, pues el establecimiento no tenía personal de rescate o salvavidas para atender cualquier emergencia, lo que hizo la situación más gravosa para el menor, pues las maniobras de rescate fueron realizadas por personas sin la capacitación requerida y al querer trasladar al menor a un centro de salud, se encontró que se encontraba sin signos vitales.

El establecimiento no tenía un botiquín de primeros auxilios, ni flotadores circulares con cuerda y bastón con gancho, no había demarcación de profundidad en la piscina, ni contaba con servicio de teléfono para llamadas de emergencia, como dispone la Ley 1209 de 2008, lo que provocó gran deterioro en su salud física y mental y deterioro en el desempeño de la familia del menor, conformada por los demandantes.

2. Trámite.

La demanda fue admitida el 3 de julio de 2020 y notificada la demandada la contestó y propuso como excepciones de mérito:

- (i) Inexistencia de responsabilidad civil por ausencia de culpa, inexistencia de falla o error de conducta y debida diligencia del demandado. Adujo que su establecimiento si cumple todos y cada uno de los requisitos normativos para su operación y realizó en el caso todas y cada una de las acciones que le eran exigibles, verificó la edad de los jóvenes, su capacidad de nadar presentó y explicó el protocolo de la piscina, solicitó a los adultos estar al pendiente de los jóvenes, observando todas las exigencias de la Ley 1209 de 2008.
- (ii) Inexistencia de nexo causal entre la presunta conducta del demandado y los perjuicios reclamados por los familiares del joven por hecho de un tercero. Pues la piscina cumple todos los requisitos legales para funcionar y no fue la causa eficiente de la muerte del joven, por cuanto

de ser así el mismo hubiere fallecido en esta, como pretenden hacerlo ver los demandantes, y no hubiere sido posible llevarlo con vida al puesto de salud que, por encontrarse cerrado, constituyó la causa determinante de la muerte del menor.

(iii) Culpa exclusiva de la víctima y negligencia en el deber de guarda y custodia. Pues el joven para el momento de los hechos se encontraba bajo la guardia y custodia de su tío Uriel Arias quien en virtud de la figura de posición de garante, por comunidad de vida o relaciones estrechas de comunidad, era el primero llamado a responder por la integridad del joven.

(iv) Caso fortuito. Por la reacción gastrointestinal sufrida por el joven producto de su descuidada inmersión en el agua con posterioridad a haber ingerido alimentos ante el descuido y negligencia de sus acudientes y el inesperado cierre del puesto de salud.

(v) Indebida tasación de perjuicios. Pues se apreció indebidamente en el reclamo el daño emergente al aplicar fórmulas contempladas para daños y perjuicios ciertos, dejados de pagar que generan intereses en el tiempo, es decir, obligaciones existentes en el pasado, que no tienen cabida en este proceso. Asimismo porque el lucro cesante requiere prueba de que sus montos efectivamente iban a ingresar al patrimonio de la víctima y no existe prueba de que el adolescente ejerciera actividad económica alguna. Y el daño moral porque un ciclo normal del duelo, que según los expertos suele durar de 6 meses a un año, el hecho ocurrió en el año 2018.

En sesiones del 16 de septiembre y el 4 de octubre de 2021 se surtió la audiencia inicial, se resolvieron las excepciones previas y agotó el intento de conciliación, se recibieron interrogatorios de parte, fijó el litigio y decretaron las pruebas. En el acto se profirió sentencia anticipada parcial que declaró probada la falta de legitimación en causa activa de Rosalía Montaña Peña, Myriam Milena Airas Montaña, Andrés Leonardo Corredor Arias y Harold Steven Corredor Arias y ordenó continuar el trámite sólo con Martha Sabina Arias Montaña y Ancizar Corredor.

En sesiones de 26 de junio, 12 y 17 de julio de 2023, se surtió la audiencia de instrucción practicándose en ella las pruebas, oyéndose los alegatos de conclusión y profiriéndose el fallo que puso fin a la instancia.

3. La sentencia apelada.

Tras desechar la configuración de las excepciones de mérito, la jueza accedió a las pretensiones, declaró la responsabilidad civil contractual de Gladys Alicia Flórez González en la ocurrencia de la muerte del menor Ismael Enrique Corredor Arias, identificó que la reclamable era la responsabilidad contractual porque medió contrato de alquiler de piscina que incorporaba los reglamentos y medidas sanitarias y de seguridad propias del uso de piscinas abiertas al público, que imponía tener todos los dispositivos y personal idóneo para afrontar un evento previsible como es el ahogamiento de un usuario.

Consideró la obligación de la contratista era de resultado, garantizar el uso de la piscina con las normas técnicas de seguridad vigentes y no la sola intención de tratar de proveer los mecanismos de seguridad necesarios para el servicio, que su cambio de lectura en el tipo de responsabilidad reclamaba no genera nulidad porque el procedimiento seguía siendo el mismo, ni se violaba el principio de congruencia porque la definición enmarcaba los mismo hechos y pretensiones planteados.

Precisó que el 2 de septiembre de 2017 el joven de 15 años luego de haber nadado unos minutos en la piscina del establecimiento de comercio que funciona en el predio propiedad de la demandada se ahogó sin ser socorrido por un salvavidas autorizado. Acredita encontró una omisión culposa, que la obligación de prestar el servicio recreativo de piscina y garantizar que los bañistas no fallezcan por ahogamiento es una obligación de resultado que debía garantizarse, en uso y disfrute de la piscina en condiciones legales de seguridad.

Que conlleva para quien ofrece estos servicios cumplir celosamente todas las normas técnicas y de salubridad y que no se acreditó que para el día 2 de septiembre de 2017 la piscina tuviese la señalización que es reglamentaria, ni una prueba de sanidad del agua, botiquín, flotadores y bastón, teléfono para emergencias, ni dispositivos de seguridad homologados, ni personal de salvavidas certificado por autoridad competente, capacitado para resucitación cardiopulmonar.

Pues la persona que se señalaba como el salvavidas del lugar admitió que no tenía ningún curso en la materia para adquirir ese conocimiento que lo tenía porque había visto a otras personas que sí habían hecho el curso, y concluyó que la demandada incumplió la obligación de salvaguardar la vida de los bañistas y tener dispuestos todos los dispositivos legales de seguridad de la piscina.

Desestimó las excepciones de causa extraña, pues de la alegación de que el menor no había guardado un reposo debido entre el almuerzo y el ingreso a la piscina no quedó demostrada, no se sabía a qué hora el menor almorzó, ni se probó la falta de diligencia en la guarda o cuidado del menor de sus familiares acompañantes, quien además según la Ley 1209 de 2008 por tener con 15 años y 9 meses de edad, no requería ingresar a la piscina compañía de un adulto.

Y que el cierre del puesto de salud próximo al lugar fue sólo un hecho que unido a una serie de eventos desafortunados impidieron que el menor tuviera una adecuada atención de su emergencia, pero que no exoneraba a la demanda de su responsabilidad.

Que el menor murió a consecuencia de asfixia mecánica por sumersión en medio líquido, como lo dictaminó el Instituto de Medicina legal, situación que tenía relación directa con el uso de la piscina de propiedad de la demandada y acreditado estaba el nexo causal del fallecimiento en el establecimiento que carecía de personal de salvavidas debidamente capacitado y autorizado para la maniobra de rescate.

Resolvió reconocer un daño emergente por el acreditado pago de gastos exequiales por \$135.000 pesos, que actualizados y con rentabilidad equivalían a \$167.690. 92, conforme a la tasación del perito, negó el reclamo del lucro cesante al no existir un perjuicio cierto, pues se trataba de un menor de 15 años en edad escolar y condenó por daño moral, considerando evidente que la pérdida de un hijo causa en toda madre y padre un intenso dolor, arbitrio judicis, los tazó en 60 SMLMV para la madre y 50 SMLMV para el padre.

4. La apelación.

El extremo demandado pide revocar o modificar la decisión, cuestiona la valoración probatoria afirmando que se sentenció sorpresivamente y desconociéndose el art. 167 del C.G.P. se hizo inversión de la carga de la prueba imponiéndole a la demandada probar su teoría, y se pretermitieron las pruebas aportadas, el relato de quienes estaban en la piscina a la hora de los hechos, las fotografías y demás medios de los que afirma se desprendería que la piscina cumplía todos y cada uno de los requisitos legales para funcionar.

Considera vulnerado su derecho de defensa porque el juzgado decidió al sentenciar variar el régimen de responsabilidad y aplicar al reclamo el de responsabilidad contractual, para encontrar responsable a la demandada pese a que la actora no logró demostrar la negligencia o impericia que presuntamente fue determinante.

Desdice de la impuesta obligación contractual de resultado, afirmando que en la atención médica, salvo para los asuntos estéticos, se generan obligaciones de medio y no de resultado, de forma tal que el fundamento de la decisión de que la demandada debía garantizar el resultado de atención médica favorable al menor no encuentra respaldo en el ordenamiento.

En tercer lugar, invocó una debida valoración de las eximentes de responsabilidad por el comportamiento de los familiares, al ignorar que el tío Uriel Arias estaba bajo los efectos del alcohol, como lo evidenciaron las personas que estaban en el lugar, y que este omitió su obligación de custodio del menor e impidió que se le prestaran los primeros auxilios y que se

probó un inesperado cierre del puesto de salud más cercano, al que el menor llegó con vida y consciente, circunstancia que por su imprevisibilidad no le es imputable a la demandada.

Considera que no debió reconocerse el daño moral al padre que estaba totalmente desentendido de su hijo y no tenía un lazo afectivo, pues desconocía donde estudiaba, donde lo hacía, el grado que cursaba, su desempeño o si tenía problemas de salud.

Frente a la condena en costas procesales se opuso porque el extremo actor inició la acción con amparo de pobreza y asumió el trámite sin costo alguno y porque como las pretensiones prosperaron sólo parcialmente puede el juez no imponer esa condena, a más de que ya se había dictado sentencia anticipada excluyendo a varios de los demandantes.

CONSIDERACIONES

1. El análisis se inicia con observancia de las restricciones que la ley procesal le impone al juez *ad quem*, derivadas del contenido del artículo 320 del C.G.P. que señala que el recurso de apelación “tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”, y que, conforme lo dispone el artículo 328 del C.G.P., el juez de segunda instancia tiene una competencia limitada a la definición de la alzada, dado que éste “deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio”.

2. La solución del recurso comporta un análisis de la variación del régimen de responsabilidad invocado al demandar que se hizo al resolver los reclamos de la demanda y concluirá que aunque la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, *prima facie*, no encuentra reparo en que pueda definirse un reclamo de responsabilidad civil extracontractual por la vía de la responsabilidad civil contractual o viceversa bajo ciertos parámetros de interpretación de la demanda, en este caso no era viable el cambio efectuado, que por tratarse de un evento que encuadra en el ejercicio de actividades peligrosas que se gobierna por un sistema sujeto a una reglas especiales en la determinación de la responsabilidad civil extracontractual que por la variación efectuada se dejó de aplicar y descontextualizó su alcance para la definición del caso.

2.1. En efecto, sabido es que nuestro Código Civil recogió en sus artículos 1494 y 2303, en redacción del artículo 34 de la Ley 57 de 1887, la tradicional exposición de las fuentes de las obligaciones que consagró el Código de Napoleón, vale decir, que aquellas podrían originarse en el Contrato, en el Cuasicontrato, en el Delito, en el Cuasidelito, y en la Ley; y sin adentrarnos en las discusiones de los anti-causalistas, o en las modernas posturas de quienes ven en la ley la fuente única de las obligaciones, lo cierto es que, el que ha inferido injuria o daño a otra persona debe indemnizarla.

Se genera así el campo de la responsabilidad civil extracontractual, denominada responsabilidad aquiliana, diferenciada en un todo de la responsabilidad contractual, que se afianza en fuente diferente de las obligaciones. Responsabilidad civil extracontractual que puede presentarse por el hecho propio, por el hecho ajeno, o, por el hecho de las cosas (animadas o inanimadas), según quien fuere su causante y su relación con la persona llamada a responder.

2.1.1. La Corte Suprema, refiere a los sistemas que gobiernan la responsabilidad civil extracontractual, señalando que la misma se divide en tres grandes grupos. *“El primero, constituido por los artículos 2341 y 2345 que contienen los principios “directores” de la responsabilidad delictual y cuasidelictual por el hecho personal; el segundo formado por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 que regulan lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro, y el tercero, que comprende los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad por los hechos de las cosas animadas e inanimadas, y ofrece a su turno dos variantes según que las cosas sean animadas o inanimadas, doctrinariamente denominadas responsabilidad por causa de los animales o por causa de las cosas inanimadas, que respectivamente tienen su fundamento legal en los artículos 2353 y 2354 para aquella, y 2350, 2351, 2355 y 2356 para ésta ...”* (G.J. Tomo CLXXII, pág. 76)

Ahora bien, cuando entre el agente del daño y el afectado existe una relación negocial, de la cual han surgido obligaciones o cargas prestaciones que pueden resultar inobservadas por uno o ambos contratantes y su incumplimiento conlleva una afectación a los intereses subjetivos del acreedor de la obligación inobservada, se está en presencia de una responsabilidad contractual, regulada en los artículos 1602 y siguientes del Código Civil.

Son varios los aspectos en lo que se distingue uno y otro tipo de reclamo de responsabilidad, como sus elementos estructurantes, la regulación de la prescripción y las excepciones de mérito que pueden blandirse en uno u otro evento.

2.1.2. Se hablado entonces de la existencia de una prohibición de opción o imposibilidad de coexistencia respecto de un mismo hecho dañoso de imputación paralela de responsabilidad fundada en ambas tipologías; que cuando se dan los supuestos de una responsabilidad extracontractual, no es procedente analizar y eventualmente atribuir un deber resarcitorio fundado en la responsabilidad contractual o viceversa.

Entonces ante una reclamación que bajo el orden legal vigente correspondía elevarse bajo un régimen particular de responsabilidad cuya formulación o reclamo judicial se encuadró indebidamente en un régimen distinto al que correspondía, se imponía para el juzgador la emisión de una decisión inhibitoria, pues se consideraba improcedente que el juez analizara un fenómeno presentado a la luz de una regulación, bajo una dogmática distinta.

Sin embargo, en su desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia a restringido el alcance de la prohibición de opción señalando que ella es exigible al juez y no a las partes, pues al funcionario le corresponde conocer y aplicar el derecho al caso concreto bajo la égida del principio *iura novit curia*:

“Este elemento integrador para cualificar la conducta orientada por institutos jurídicos es el criterio jurídico del juez; el aspecto evaluativo o calificativo de la conducta orientada por normas corresponde al juez, pues sólo él está facultado para dictar el significado de los institutos jurídicos.

El conocimiento o creencia de las partes no puede interferir en los criterios apreciativos que permiten calificar el instituto jurídico. Las normas se aceptan y se cumplen a pesar de que pudieran ser interpretadas de otra manera. Las personas pueden creer que tienen la razón y que el significado de los institutos y conceptos jurídicos es el que ellas les dan; si no fuera así no insistirían en defender judicialmente intereses o derechos de los que no siempre son titulares. Por ello, lo que ellas piensen que es jurídicamente correcto es irrelevante para el sistema de derecho privado. El aspecto cognitivo que los usuarios poseen acerca de los institutos jurídicos no tiene que coincidir con el aspecto evaluativo que está en cabeza del juez (...)

Al juez le está prohibido denegar administrar justicia por silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (artículo 48 de la Ley 153 de 1887). No se permite una no-decisión. Y una forma de esa denegación se realiza cuando el funcionario no decide el fondo de la controversia por desplazar a las partes su obligación de interpretar los hechos y pretensiones para inferir de ellos el instituto jurídico que rige el caso.

Siempre existirán problemas de interpretación de las normas y “texturas abiertas”, pero ello no es un asunto que deba solucionar el usuario de la justicia. La ambigüedad del significado de las normas tiene que ser solucionada con el cerramiento significativo que hace el juez al momento de decidir la controversia.

Ha quedado demostrado que la prohibición de opción entre los distintos regímenes de la responsabilidad es una restricción dirigida al juez y no a las partes, quienes no pueden sufrir las consecuencias adversas de esa prohibición”¹

Lo que significa que si al juez se ha presentado una reclamación como un evento de una tipología de responsabilidad que en verdad corresponde a otro, no podría abstenerse de fallar alegando una indebida selección del régimen jurídico aplicable, pues le corresponde, superando la falencia con una especial interpretación de la demanda, analizar el asunto bajo la reglamentación legal que le resulte apropiada, respetando las garantías mínimas del debido proceso de las partes.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC780 del 10 de marzo de 2020, Rad. 18001-31-03-001-2010-00053-01. MP. Ariel Salazar Ramírez.

Pues precisa la jurisprudencia que: *“En consecuencia, la interpretación que el juez hace de la demanda con la finalidad de calificar el tipo de acción sustancial que rige el caso, ejerciendo la potestad del iura novit curia para elaborar los **enunciados calificativos** que orientarán la solución del litigio, es distinta de la interpretación de las pretensiones (en sentido procesal) y de la causa petendi, que servirán para la conformación de los **enunciados fácticos**, la cual sí está limitada por las alegaciones de las partes. Se trata de dos funciones perfectamente diferenciables.*

Tal es el significado exacto del numeral 5° del artículo 42 del Código General del Proceso, cuando impone al juez el deber-obligación de ‘interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto’, con la restricción de que ‘esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia» de las sentencias’.”²

No existe entonces prohibición de opción ni violación del principio de congruencia en el ejercicio del deber del juez de interpretar la demanda para adecuar el régimen jurídico aplicable al evento concreto objeto de análisis, cuando venía el reclamo encuadrado indebidamente con las señaladas limitaciones en ese ejercicio.

2.1.2. Precisado lo anterior, son cuestionados en el recurso de apelación que el análisis y definición que del asunto se hizo por la égida del régimen de responsabilidad contractual y dentro de él la consideración de que en la prestación del servicio de piscina se está frente a la generación de una obligación de resultado y no de medio.

Desde el antecedente reseñado, resulta claro que lo que es determinante en la interpretación de la demanda, en el propósito al que la doctrina jurisprudencial refiere, es que no puede ser modificado el fundamento de hecho del reclamo, que la variación en el sentenciamiento del régimen de responsabilidad invocado no configura en sí mismo una afectación al debido proceso y en la decisión apelada su base fáctica no se alteró, se partió del fallecimiento del menor Ismael Corredor mientras hacía uso de la piscina administrada por la demandada.

La jueza interpretó que más allá de la invocación de la demanda a la responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas y la existencia de una regulación legal de las exigencias que deben cumplirse para la prestación del singular servicio de piscina abierto al público en cuyo desarrollo se dan los hechos, había un reclamo de responsabilidad contractual por la existencia de un pago para el disfrute de la piscina y que generaba para el contratante una obligación de resultado.

2.1.3. Pero ocurre que hay una clara doctrina de la Corte Suprema de Justicia que pregona que en casos como el presente ha de primar el reclamo por una responsabilidad civil extracontractual, aun existiendo una relación contractual, en éste evento para acceder a la piscina, que *“No basta la simple existencia del vínculo jurídico previo, particular y concreto para que la obligación sea de carácter contractual. Es necesario, además, que la prestación que se demanda haya tenido su origen en las previsiones de la convención privada o, a falta de éstas, en las que conforman el régimen supletivo del derecho de los contratos; es decir que la indemnización pueda ser materia de regulación privada. El hecho de que el daño se produzca en razón o con ocasión del desarrollo del objeto del contrato no es suficiente para dar a la relación jurídico-sustancial el carácter de contractual cuando la indemnización escapa a la fuerza obligatoria de ese vínculo.*

*Por ejemplo, cuando un visitante de un parque de diversión o de cualquier lugar de recreación privado sufre un accidente con ocasión del disfrute de la atracción, puede no haber duda de la existencia del contrato celebrado entre las partes; sin embargo, ese vínculo jurídico no tiene la fuerza obligatoria suficiente para desconocer las previsiones del régimen general de la responsabilidad extracontractual porque el guardián de la actividad peligrosa no puede eximirse de responsabilidad aduciendo que pactó en el contrato una causal eximente de responsabilidad en caso de accidente, pues tal estipulación sería inocua. Tampoco estaría facultado para alegar un término de prescripción menor al del régimen extracontractual o para aducir que la obligación no es solidaria. En tal caso el régimen aplicable es el de la responsabilidad por actividades peligrosas, por mucho que los daños sufridos por la víctima se hayan producido con ocasión de la ejecución de un contrato.”*³

² Ibidem.

³ Ibidem.

Esto es, al igual que lo que acontece en el evento al que refiere la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, prestar el servicio de piscina abierto al público es una actividad peligrosa, reglamentada en la ley que impone que los reclamos por los daños en su ejercicio causados no puedan estar sujetos a la autonomía de la voluntad de una regulación contractual privada, pues la creación de ese riesgo del que se beneficia el empresario pero que genera en el peor de los casos peligro de muerte, está sujeto en protección de la sociedad en general, a una regulación especial de la responsabilidad derivada de su ejercicio, régimen particular de creación jurisprudencial que beneficia a quien resulta víctima en desarrollo.

En efecto, es doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia en la responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio de actividades peligrosas, a partir del artículo 2356 del Código Civil según lo expuesto en sentencia de abril 30 de 1976, G.J. CLII., reiterada en fallos de 26 de agosto de 2010 y diciembre 18 de 2012, sentencia SC12994 del 15 de septiembre de 2016 y SC665-2019 del 7 de marzo de 2019, entre otras, que cuando el hombre utiliza en su trabajo una fuerza extraña que aumenta la suya y rompe el equilibrio que existiría sin ella entre el autor del accidente y su víctima, colocando a los coasociados en una situación de inminente peligro de recibir lesión, es responsable del perjuicio con ella causado aun cuando la actividad sea desarrollada con la mayor diligencia.

“6. En compendio, la doctrina de la Corte en torno de la responsabilidad civil por actividades peligrosas ha estado orientada por la necesidad de reaccionar de una manera adecuada ante los daños en condiciones de simetría entre el autor y la víctima, procurando una solución normativa, justa y equitativa.

En un comienzo, consideró que la responsabilidad por actividades peligrosas del artículo 2356 del Código Civil, comportaba una presunción de responsabilidad en contra del autor; después, dijo que de ésta dimanaba una presunción de culpa; luego una presunción de peligrosidad, pasando a un sistema de responsabilidad por “riesgo” o “peligrosidad” de la actividad, para retornar a la doctrina de la “presunción de culpa”.

En todas estas hipótesis, es decir, presunción de responsabilidad, presunción de peligrosidad y presunción de culpa, la Corte, sin embargo, ha sido reiterada, uniforme y convergente, en cuanto a que la exoneración sólo puede obtenerse con prueba del elemento extraño, esto es, la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención exclusiva de un tercero o de la víctima, más no con la demostración de la diligencia exigible, o sea, con la ausencia de culpa”.

Por ello, no era viable analizar el asunto bajo el régimen de responsabilidad contractual así existiese una relación contractual con el pago de un precio por el acceso a la piscina, pues prestar el servicio de piscina abierto al público genera un riesgo que impone a quien del mismo se lucra el verse sometido al régimen de responsabilidad civil extracontractual por el ejercicio de esa actividad peligrosa.

Pues el legislador que no puede evitar la existencia del riesgo, lo regula imponiendo la observancia de medidas de seguridad que minimizan la ocurrencia del evento dañino, como en el transporte en vehículos automotores, la construcción de obras civiles o la transmisión de energía eléctrica, catalogadas también de actividades peligrosas.

En efecto la ley 1209 de 2008 “Por medio de la cual se establecen normas de seguridad en piscinas” impone a “La persona o las personas, tanto naturales como jurídicas, o comunidades, tengan o no personería jurídica, que ostenten la titularidad en propiedad o en cualquier relación jurídica que pueda comportar la tenencia o explotación de la piscina, será responsable del cumplimiento de esta ley y se someterá a las sanciones que la misma establece en caso de incumplimiento.”

La actividad debe ser autorizada por la entidad municipal o distrital y está bajo su inspección y vigilancia, corresponde al Gobierno Nacional reglamentar las medidas de seguridad que deben ser cumplidas por los responsables de las piscinas y se imponen al empresario privado o a la autoridad que asuma su prestación la observancia de ciertas obligaciones, en su artículo 11:

“En todo caso, toda persona natural o jurídica, pública o privada, que preste el servicio de piscina, deberá acatar obligatoriamente las siguientes normas mínimas de seguridad: a) No se debe permitir el acceso a menores de doce

(12) años sin la compañía de un adulto; b) Deberá mantenerse permanentemente el agua limpia y sana, cumpliendo los requisitos higiénico-sanitarios establecidos por la respectiva autoridad sanitaria. El tratamiento de desinfección química debe cumplir las condiciones que establezca el reglamento para proteger la salud de los usuarios; c) Se deberá tener un botiquín de primeros auxilios con material para curaciones; d) Deberán permanecer en el área de la piscina por lo menos dos (2) flotadores circulares con cuerda y un bastón con gancho; e) Se deberá escribir en colores vistosos y en letra grande, visible con claridad para cualquier persona la profundidad máxima de la piscina; f) Deberá haber en servicio las veinticuatro (24) horas del día en el sitio de la piscina un teléfono o citófono para llamadas de emergencia; g) Es obligatorio implementar dispositivos de seguridad homologados, como son: barreras de protección y control de acceso a la piscina, detectores de inmersión o alarmas de agua que activen inmediatamente un sistema de alarma provisto de sirena y protección para prevenir entrapamientos.

Y relevante en el caso, según su artículo 14 *“Queda prohibido el acceso a las áreas de piscina a menores de doce (12) años de edad sin la compañía de un adulto que se haga responsable de su seguridad. Esta medida no exime a los responsables de los establecimientos que tengan piscina o estructuras similares de tener el personal de rescate salvavidas suficiente para atender cualquier emergencia. En todo caso, dicho personal de rescate salvavidas no será inferior a una (1) persona por cada piscina y uno (1) por cada estructura similar. El personal de rescate salvavidas deberá tener conocimientos de resucitación cardio-pulmonar y deberá estar certificado como salvavidas de estas calidades por entidad reconocida. El certificado no tendrá ningún costo.”*

Por ello, en la administración de un cuerpo de agua estancada para el disfrute y recreación del público, potencial fuente de riesgo, los daños que en ella se ocasionen como el ahogamiento que lamentablemente se dio en el evento demandado, es un riesgo que varía en su intensidad en función del tipo de persona que acceda al cuerpo de agua, de sus calidades físicas y de su pericia para desplazarse en medio acuático, entre otros y de las condiciones en que el servicio se presta.

2.2. Entonces ante el ejercicio de la actividad peligrosa basta probar la ocurrencia del daño y el nexo causal de este con el ejercicio de esta, pues se presumirá la culpa en cabeza del responsable de la actividad, en el evento del dueño del negocio que de ella se lucra, quien no podrá invocar para exonerarse que observó a cabalidad las exigencias establecidas en la ley para su ejercicio, pues sólo lo eximirá de la responsabilidad presunta el hecho de un tercero que rompa el nexo causal.

Por ello en el caso, aunque la jueza de instancia con un esfuerzo argumentativo impuso a la contratante la observancia de obligaciones de resultado en la ejecución del contrato que encontró incumplidas, por no atender las exigencias legales para el desarrollo de la actividad, primordialmente, el carecer de un salvavidas con formación especializada para el ejercicio de esa labor como lo manda el artículo 14 de la ley 1209 de 2008.

Lo cierto es que tal conclusión sólo afianza la presunción de responsabilidad en la empresaria demandada derivada de la actividad peligrosa que desarrolla, que lejos de probar la existencia de un eximente de responsabilidad que rompiera el nexo causal, como la culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero, no pudo siquiera acreditar que cumplía a cabalidad las exigencias legales para que su piscina operara.

Lo que permite concluir que los reparos fundados en una supuesta inversión de carga de la prueba y de indebida valoración probatoria deben desestimarse, pues el análisis del reclamo por el régimen de responsabilidad que correspondía, aun cuando se llega a la misma conclusión del juzgador de instancia, genera que en la determinación de la responsabilidad se pase de una culpa derivada del incumplimiento de una obligación contractual, a una presunción de culpa en el daño que se ocasiona en el ejercicio de actividades peligrosas.

Lo mismo sucede respecto de las pruebas que la recurrente invoca como indebidamente apreciadas, pues el único hecho que se relaciona directamente con la tragedia, como lo era la falta de formación para desempeñarse como salvavidas en quien para la época fungía como tal, es inobjetable, y el cumplimiento o no de los demás deberes que impone la ley al administrador del establecimiento para el ejercicio de esa actividad resulta inocuo en la medida en que, atendidos o no, no cambian el resultado.

Pues el agente causante del daño en una actividad peligrosa debe, con el fin de exonerarse de responsabilidad en el daño que en ella se ocasiona, acreditar no sólo una ausencia de culpa, sino primordialmente derruir el nexo causal y ello supondría necesariamente partir de un cabal cumplimiento de las medidas de seguridad que ordena la ley, acreditar que fue el hecho de un tercero lo que generó que, no obstante su diligencia debida, se hubiese presentado el siniestro que no le será ya atribuible.

Se concluye en el punto que un análisis del reclamo bajo el esquema de responsabilidad que le era aplicable conduce igualmente a la declaratoria de responsabilidad en cabeza de la demandada y frente a esta conclusión se pasa a analizar los restantes reparos del apelante, su cuestionamiento de haberse ignorado la conducta de los demás involucrados.

2.3. Inicialmente, debe recordarse que, conforme a la prueba obrante en el expediente, la causa de la muerte del menor la describe el informe pericial de necropsia del 23 de octubre de 2017, cuando señala que *“es posible determinar como mecanismo fisiopatológico de la muerte asfixia mecánica, secundaria a sumersión en medio líquido”*, esto, asociado a la evidencia de *“tráquea y bronquios ocupados por contenido alimentario y líquido transparente, petequias subgaleales, trauma vascular cerebral de aspecto congestivo, edema cerebral, aumento de fluidez sanguínea, contenido gástrico de abundante líquido transparente y alimentario”*.

Entonces, determinado está el nexo causal del daño producido y la actividad riesgosa ejercida por la demandada en la que se presentó la muerte, pues su causa eficiente de la muerte fue la asfixia mecánica secundaria a sumersión en medio líquido, agua y residuos alimentarios que obstruyeron la capacidad del menor para respirar.

Luego presumida se tiene la culpa en su ocurrencia en quien desarrolla la actividad quien no pudo acreditar la existencia de una causa extraña que rompiese el nexo causal, por el contrario, se acreditó que en el ejercicio de la actividad riesgosa de la demandada administradora esta no contaba con las medidas de seguridad señaladas en la ley, concretamente que carecía de una persona que hiciese la labor de salvavidas de esa piscina, con una capacitación especial como lo exige la norma citada en procura de que este tipo de riesgos se minimice.

2.4. La alegación del recurrente de que en el hecho fatídico ocurrieron una serie de acontecimientos que incidieron en su causación y que no le son atribuibles aunque acertada no alcanza el propósito de reducción de la condena que reclama.

En efecto, los testigos declararon que el tío del adolescente señor Uriel Arias de alguna forma obstruyó la prestación a la víctima de los primeros auxilios una vez retirado de la piscina que le brindaba una persona del establecimiento y que se imposibilitó una atención especializada del joven momentos después de recibir los primeros auxilios, pues el centro de salud próximo a la piscina, al que se afirma llegó aún con vida el menor, estaba cerrado.

Pero estas circunstancias no pueden ser imputadas a los sujetos procesales beneficiarios de la condena, esto es, aunque las declaraciones recibidas afirman que el tío no colaboró en la forma debida para que el menor fuera atendido y que el menor seguía con vida cuando salió del establecimiento y la atención en el centro de salud habría podido evitar su muerte.

A más de ser meramente especulativos los efectos de uno y otro evento, la intervención del tío y el cierre del centro hospitalario, aun dando por acreditado que tuviesen ellos una marcada incidencia en la ocurrencia de la muerte, lo cierto es que no provienen de quienes son las víctimas que resultaron beneficiadas con la indemnización reconocida en la sentencia emitida, sus padres, y mal podría accederse al reconocimiento de una compensación de culpas de quienes no tuvieron en los hechos, en los que ni siquiera estuvieron presentes, un comportamiento que pueda calificarse de culposos en la generación del daño.

En efecto, prevé el artículo 2357 del Código Civil que *“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”* y, con atención a esta norma, se ha instituido la

figura de la reducción de la indemnización por concurrencia de culpas o, en últimas, de antecedentes causales del hecho dañoso:

“En otras palabras, para que el interpelado pueda liberarse plenamente de la obligación indemnizatoria, se requiere que el proceder de la víctima reúna los requisitos de toda causa extraña, esto es, “que se trate de un evento o acontecimiento exterior al círculo de actividad o de control de aquel a quien se le imputa la responsabilidad”, como causa exclusiva del reclamante o de la víctima.

Y de otro, según lo preceptúa el artículo 2357 del Código Civil, cuando en la producción del daño participan de manera simultánea agente y lesionado, circunstancia que no quiebra el “nexo causal”, indiscutiblemente conduce a una disminución proporcional de la condena resarcitoria impuesta eventualmente al demandado, la cual, se estimará dependiendo el grado de incidencia del comportamiento de la propia víctima en la realización del resultado lesivo.

Empero, para establecer si hay concurrencia de causas, las mismas pueden ser anteriores, coincidentes, concomitantes, recíprocas o posteriores, al punto de que el perjuicio no se causaría sin la pluralidad de fenómenos causales, pues de lo contrario, dicho instituto no tendría aplicación.”⁴

En esa medida, no puede considerarse existente una compensación de culpas, pues los también demandantes tío y demás parientes distintos de los padres fueron excluidos del extremo actor al sentenciarse anticipadamente que carecían de legitimación en causa para reclamar, en decisión que cobró ejecutoria.

2.5. Frente al reparo encaminado a cuestionar la procedencia del daño moral a favor del padre de la víctima, baste con decir que, probada como está la relación de parentesco, no se avizora falla alguna en inferir por ese solo hecho que la muerte de su hijo le causó al demandante una afectación en su esfera íntima y que no puede quedar completamente desvirtuada por la evidencia de una relación no tan cercana como la que tenía la madre con su hijo.

En todo caso, esa relación más o menos cercana con los descendientes, apenas natural en padres separados, no la ignoró la juzgadora, pues sobre esa base determinó que la condena reconocida por este rubro a favor del padre fuese inferior en lo cuantitativo a la que se le reconoció a la madre, todo lo cual se enmarca en el *arbitrium judicis* del que goza el operador judicial al enfrentarse al análisis de la producción de daño moral.

Finalmente, frente a la costas, cierto es que el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que *“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”* y, como efectivamente los demandantes se beneficiaron del amparo de pobreza y estuvieron eximidos de todo tipo de expensas procesales, queda excluida toda condena en costas distintas a las agencias en derecho, que corresponderían al apoderado en los términos del artículo 155 del estatuto procesal.

No obstante, ante la negativa parcial de las pretensiones, pues en sentencia anticipada se negaron las pretensiones de cuatro de los seis demandantes iniciales por falta de legitimación en causa, y no se accedió frente a los restantes actores a su pretensión de reconocimiento de perjuicios materiales por lucro cesante, procedente se encuentra el suprimir toda condena por costas.

2.6. La jueza de primera instancia tasó hasta el día de proferimiento de su decisión -17 de julio de 2023- las condenas por daño emergente para cada uno de los demandantes en valor de \$83.845,47, suma que, al ser actualizada de acuerdo con el IPC hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, como lo establece el inciso segundo del artículo 283 del C.G.P., ascendió a \$96.783,15, para cada uno de ellos, conforme a la siguiente liquidación:

Daño Emergente Actualizado al 31 de enero de 2024-Fecha en que se profiere esta sentencia de segunda instancia.

Martha Sabina Arias

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil. Sentencia SC2107 del 12 de junio de 2018, Rad. 11001-31-03-032-2011-00736-01. MP Luis Armando Tolosa Villabona.

Fecha inicial	Fecha Final	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Capital	Valor actualizado
		(A)	(B)	(F)=(B/A)	(C)	(C*F)
17-jul-23	31-ene-24	119,31	137,72	1,1543	\$83.845,47	\$96.783,15

Ancizar Corredor.

Fecha inicial	Fecha Final	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Capital	Valor actualizado
		(A)	(B)	(F)=(B/A)	(C)	(C*F)
17-jul-23	31-ene-24	119,31	137,72	1,1543	\$83.845,47	\$96.783,15

En conclusión, aunque con los fundamentos expuestos, en gran medida la sentencia apelada será confirmada con la única modificación de la condena en costas que será negada en ambas instancias procesales y la actualización de la suma que en primera instancia se reconoció como perjuicios materiales, daño emergente, a la fecha de proferimiento de este fallo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala de decisión Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley.

RESUELVE

CONFIRMAR por las razones aca expuestas la sentencia proferida el 17 de julio de 2023, por el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa, **modificando** para actualizar las condenas por daño emergente y suprimir la condena en costas procesales, los numerales tercero y quinto de su resolutive que para mayor claridad quedarán así:

Tercero: Condenar a GLADYS ALICIA FLORES GONZALEZ a la indemnización de perjuicios que se deriva del hecho dañoso, a favor de MARTHA SABINA ARIAS MONTAÑO y ANCIZAR CORREDOR en calidad de padres del menor fallecido así:

A favor de MARTHA SABINA ARIAS MONTAÑO por daño emergente \$96.783.15, más los intereses moratorios del 6% anual a partir de la fecha de ejecutoria de esta sentencia y hasta cuando se verifique el pago. Por concepto de daños morales, 60 smlmv que a la fecha equivalen a \$69.600.000 pesos, o la cantidad que resulte al momento de efectuar el pago, teniendo en cuenta que se tasa en salarios mínimos.

A favor de ANCIZAR CORREDOR, por daño emergente \$\$96.783.15, más los intereses moratorios del 6% anual a partir de la fecha de ejecutoria de esta sentencia y hasta cuando se verifique el pago. Por concepto de daños morales, 50 smlmv que equivalen a \$ 58.000.000 a que corresponda al momento del pago.

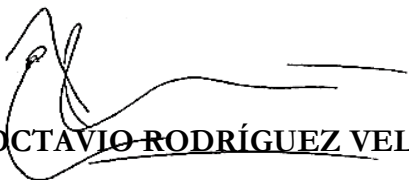
Quinto: Sin condena en costas en ninguna de las instancias.

Notifíquese y Cúmplase.

Los magistrados,


JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS


JAIME LONDONO SALAZAR


GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ