

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrada Ponente: Adriana Patricia Díaz Ramírez
Pereira, marzo diez (10) de dos mil veintiuno (2021)
Acta No. 106 de marzo 9 de 2021
Expediente 66001-31-03-002-2017-00113-01
SC-0020-2021

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, el 4 de septiembre de 2019, en el proceso sobre responsabilidad civil extracontractual que instauraron los señores Norbey Rodríguez Restrepo, Luz Nelly Restrepo Jaramillo y Elena Pascal frente a Ramiro Díaz López, Seguros Allianz y Rápido Humadea S.A.S.

ANTECEDENTES

1. Con la acción instaurada pretenden los demandantes se declare la responsabilidad civil solidaria y extracontractual en los demandados, por los daños causados a los actores como consecuencia del accidente de tránsito en el que perdió la vida el menor JUAN SEBASTIÁN RODRÍGUEZ PASCAL y se les condene a pagarles a título de indemnización por concepto de daños morales para cada uno el equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2. Como supuestos fácticos se relataron en la demanda los hechos que admiten el siguiente resumen:

2.1 El día 25 de julio de 2015 aproximadamente a las 16:35 horas, el menor Juan Sebastián Rodríguez Pascal se encontraba en la finca Panorama ubicada en la vía que del sector de Andalucía conduce a la Y de Cerritos, Pereira, a la altura del kilómetro 58+550 mts, en compañía de su padre y abuelo de crianza (José Jesús Montoya Rendón y Jesús Montoya respectivamente) y sus hermanos de crianza Estefanía Montoya Zapata y Juan Felipe Conrado Restrepo, éste último de 12 años de edad.

2.2 A las 16:42 horas Jesús Montoya y la menor Estefanía Montoya Zapata en compañía de Juan Felipe Conrado Restrepo se dispusieron a cruzar las dos calzadas, toda vez que los dos primeros abordarían la ruta a Puerto Caldas y Juan Felipe los acompañaría a tomar el transporte.

2.3 A las 16:45 el menor Juan Sebastián atraviesa la primera calzada en busca de sus familiares quienes se encontraban al otro lado de la vía, cuando el menor Juan Felipe observa a Juan Sebastián, cruza desde la otra calzada hasta el separador para interceptarlo, el menor Juan Sebastián logra cruzar la calzada ubicándose sobre la berma interna de la vía y al extender su mano a Juan Felipe para que lo ayudara a subir al separador, en un instante un camión color blanco invadió la berma con la llanta delantera izquierda atrapando al menor y arrastrándolo pocos metros sobre esta zona peatonal, ocasionándole serias heridas en el tórax, abdomen, glúteos y piernas, las cuales minutos después le provocaron la muerte.

Instantes antes que Juan Sebastián fuese atrapado por el camión, desde el separador Juan Felipe había observado que el vehículo venía a baja velocidad sobre el carril izquierdo de la vía que de Cartago conduce a Pereira; y que su conductor venía hablando por celular, por ello Juan Felipe le había realizado al conductor varias señales con las manos para que se detuviera, sin lograr que éste lo viera y mucho menos frenara.

2.4 El siniestro fue ocasionado por el señor Didier Fredy Díaz Jiménez quien conducía el vehículo tipo camión, marca Chevrolet, color blanco, de placas WBF-282 propiedad del señor Ramiro Evelio Díaz López; afiliado a la empresa Rápido Humadea S.A. y asegurado frente al riesgo de responsabilidad civil extracontractual con la sociedad Allianz Seguros S.A.

2.5 El menor Juan Sebastián Rodríguez Pascal estaba bajo custodia y cuidado de Luz Nelly Restrepo Jaramillo (abuela) y Norbey Rodríguez Restrepo (padre), causándoles la pérdida del menor un profundo dolor y sufrimiento al igual que a su progenitora Elena Pascal, encontrándose seriamente afectados emocionalmente por el fallecimiento de este infante de tan solo dos años de edad.

3. La demanda se admitió por auto del 25 de mayo de 2017.

4. Trabada la relación jurídica procesal, los demandados se pronunciaron.

4.1 La apoderada de la empresa Allianz Seguros S.A. se opuso a cada una de las pretensiones y como excepciones de fondo formuló las que denominó: Rompimiento del nexo causal por la culpa exclusiva de la víctima, la demandante tiene que probar la responsabilidad del asegurado frente al contrato de seguros, genérica o innominada y como excepción subsidiaria, formuló las que denominó: Causalidad Acumulativa o Concurrente y Falta de legitimación de los señores Norbey Restrepo Jaramillo y Elena Pascal para solicitar indemnización de cualquier naturaleza, material o inmaterial.

4.2 El representante de Rápido Humadea S.A.S., se opuso a las pretensiones, formuló como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa e inexistencia de relación de causalidad entre los actos de la sociedad Rápido Humadea S.A.S. y los daños que puedan haber sufrido los demandantes.

4.3 El señor Ramiro Evelio Díaz López representado inicialmente por curador ad-litem, quien se opuso a las pretensiones, formulando como excepciones de fondo las que denominó: El demandante tiene la carga de probar la responsabilidad del asegurado frente al hecho dañoso; violación al deber objetivo de cuidado, culpa exclusiva de la víctima, concurrencia de culpas, excesiva tasación de perjuicios y genérica o innominada.

5. El curador ad-litem designado para representar al señor Ramiro Evelio Díaz López llamó en garantía a Allianz Seguros S.A. con fundamento en la póliza de 021169267/17506.

6. La llamada aceptó los hechos frente al llamamiento; en cuanto a las pretensiones del llamamiento, dijo que no se opone siempre y cuando se demuestre en el curso del proceso la responsabilidad del asegurado, señor Ramiro Evelio Díaz López. Como excepciones de fondo formuló las que llamó límite valor asegurado, pago por reembolso y el asegurado debe asumir el valor del deducible.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Se dictó el 4 de septiembre de 2019. Se declaró la falta de legitimación por pasiva de la empresa Rápido Humadea S.A.S., (Carpeta 1a instancia, cuaderno No.2, audiencia art. 373 CGP. Alegatos y sentencia, tiempo 0:05:38 a 0:06:38), se desestimaron las pretensiones de la demanda, condenó en costas a la parte actora en favor de la demandada y por último decretó el levantamiento de la

medida cautelar decretada sobre el vehículo de placas WBF-282, al concluir que el hecho de tránsito ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, (Cdno 1a instancia, CDS, instrucción, trámite y juzgamiento 2, tiempo 0:07:34 a 0:29:27).

RECURSO DE APELACIÓN

Lo interpuso el apoderado de la parte demandante (Cdno 1a instancia, instrucción, trámite y juzgamiento 2, tiempo 0:31:09), formulando los reparos concretos en la misma audiencia (Cdno 1a instancia, instrucción, trámite y juzgamiento 2, tiempo 0:33:46 a 0:40:24) y sustentando el recurso dentro del término legalmente establecido (Cdno 2ª instancia, archivo 06, fls 1 a 13). Sus argumentos serán analizados más adelante.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales para dictar sentencia de fondo se hallan satisfechos y no se observa causal alguna de nulidad que pueda afectar la validez de la actuación.

2. En relación con la legitimación en la causa, pese al reproche manifestado por los no recurrentes para que sea analizado, toda vez que el apelante incluyó dicho tema en la sustanciación del recurso cuando el mismo no fue mencionado en los reparos concretos, se hace necesario su análisis en esta sede por ser de carácter oficioso, como lo ha enseñado en su jurisprudencia la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencias No. 051 de 23 de abril de 2003, expediente 76519; del 23 de abril de 2007, en proceso con radicación 1999-00125-01 y en la SC2642-2015 del 10 de marzo de 2015, a cuya lectura se remite.

2.1 Por activa lo están los demandantes. Los señores Norbey Rodríguez Restrepo y Elena Pascal, como padres del menor Juan Sebastián Rodríguez Pascal, víctima directa del accidente, y la señora Luz Nelly Restrepo Jaramillo en su condición de abuela paterna, tal como lo acreditan los documentos de origen notarial que obran a folios 80 a 94 del cuaderno principal, primera instancia digitalizado, y al acudir a reclamar, con esas calidades, los perjuicios inmateriales que sufrieron con su muerte.

2.2 Por pasiva lo está el señor Ramiro Evelio Díaz López propietario del mismo automotor, calidad que se demuestra con el certificado de tradición expedido por la Alcaldía de Manizales y que obra a folio 140 del cuaderno principal, digitalizado.

Y la sociedad Allianz Seguros S.A., con fundamento en el contrato de seguro por responsabilidad civil extracontractual, del que da cuenta la póliza No. 021169267/17506, a que se refirieron los hechos 1 y 2 del llamamiento en garantía, aceptado por la aseguradora al responderlo. La copia de ese documento obra a folios 3 a 42 del cuaderno No. 2 Llamamiento en garantía digitalizado y de él se infiere su vigencia desde las 00:00 horas de 29 de agosto de 2014 hasta las 24:00 horas de 28 de agosto de 2015.

Por lo tanto, acaecido el siniestro objeto de amparo, surgió para las víctimas, por mandato del artículo 1133 del Código de Comercio, la acción directa contra la compañía referida, por ser los beneficiarios del seguro, de conformidad con el artículo 1127 de la misma obra, y por ende, se concluye que también está legitimada por pasiva.

Con relación a la sociedad Humadea S.A.S., deberá la Sala resolver como primer problema jurídico, si dicha empresa está o no legitimada por pasiva, en atención al reproche formulado en la sustentación del recurso por la parte actora, quien sostiene que contrario a lo expuesto por el juzgador, la misma ejerce todas las actividades necesarias para posibilitar la actividad transportadora, siendo el Código de Comercio quien define el contrato de transporte y no las partes las que tienen la posibilidad de definir los alcances y responsabilidades del mismo, (Carpeta 2ª instancia, archivo 06, fl. 10).

Sobre este punto, el juzgador concluyó que Rápido Humadea no está legitimada porque de acuerdo al caudal probatorio, especialmente el certificado de existencia y representación obrante a fl. 151 y la respuesta suministrada por la misma empresa, así como en el interrogatorio de parte que absolvió su representante legal, no es una empresa que se dedique al ramo del transporte, sino que su función según el objeto social, es la administración de servicios complementarios relativos a la administración de la información en el campo del transporte, (Carpeta 1a instancia, cuaderno No.2, audiencia art. 373 CGP. Alegatos y sentencia, tiempo 0:05:38 a 0:06:38)

La respuesta a ese primer problema jurídico planteado, es que la empresa Rápido Humadea S.A.S., sí está legitimada por pasiva en el presente asunto, por las siguientes razones:

Del certificado de existencia y representación de la sociedad en mención se desprende que su objeto social está asociado con actividades del ramo del transporte. En desarrollo del mismo realiza actividades de vigilancia y control en la ejecución del contrato de transporte, basta con revisar el punto 4 del acápite objeto social, el cual señala expresamente: "4. SEGUIMIENTO Y UBICACIÓN SATELITAL DE VEHÍCULOS AFILIADOS, LA ASISTENCIA DE VEHÍCULOS EN CARRETERA..." (Carpeta 1ª instancia, cdno ppal (2), fls. 382 a 386).

En interrogatorio de parte, rendido por su representante legal reconoció la afiliación del vehículo de placas WBF282 a la empresa Rápido Humadea S.A.S., y aunque dijo que esa afiliación consistía en la vinculación a una base de datos que funciona como un call center, donde las personas interesadas llaman las 24 horas y verifican esos datos, y por tal razón no es una empresa de transporte de carga como tal, puesto que funciona como intermediaria, no tiene licencia de transporte, se dedica a posicionamiento de datos, a información para que las personas sepan con quién contratan, no se tiene relación con los conductores, sino con el propietario del vehículo. (Cdno 1ª instancia, CDS, archivo 05, audiencia instrucción y fallo, tiempo: 1:17:13 a 1:21:13) Lo cierto es que existe o existía para el momento del accidente la vinculación del vehículo de placas WBF 282 con la referida empresa, que valga decirlo se trata de una sociedad mercantil (Sociedad por acciones simplificadas), de ahí que es a penas lógico que dicha vinculación genere para la empresa un beneficio económico, producto de esa actividad peligrosa desarrollada por el automotor.

Igualmente en declaración rendida por el señor Ramiro Evilio Díaz López, propietario del vehículo en referencia, indicó que cuando compró ese vehículo, lo afilió a Rápido Humadea que es una transportadora y después del accidente lo desvinculó y lo pasó a Transoriente, (Cdno 1ª instancia, CDS, instrucción y fallo, tiempo: 1:23:09 a 1:23:52).

Respecto a la teoría de la guarda provecho se ha pronunciado esta Sede Judicial en providencia de fecha 18 de noviembre de 2020, radicado: 2014-203, con ponencia del Dr. Duberney Grisales Herrera:

"Para precisar la negativa del reparo, necesario delimitar que el tema de prueba para el aspecto concreto de la legitimación aquí examinada, es la existencia de la guarda provecho (teoría jursiprudencia explicada de tiempo atrás por la CSJ, (Civil sentencias (i) 26-05-1989, t. CXCVI, núm. 2435, p. 153; (ii) 04-06-1992, t. CCXVI, núm 2455, p. 506; y (iii) SC 5885-2016), en cabeza

de Tractocarga Ltda., es decir la gestión probática hubo de centrarse en acreditar que la actividad peligrosa (conducción de automotores) le reportaba lucro a la transportadora, y que por tal motivo esta ejercía control sobre el vehículo causante del siniestro al momento del evento nocivo; así entonces, se predicaría coautora o copartícipe en la producción del daño (SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, 3a edición, Bogotá D.C. Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 212, p.498; SC5885-2016) reclamado (solidaridad directa (SC-207-2018)), que la habilitaría como codemandada”.

Lo anterior, es suficiente para concluir que esa vinculación del vehículo de placas WBF 282 con la empresa Rápido Humadea S.A.S., la convierte en guardiana del mismo y esa relación jurídica (artículo 983 Código de Comercio), es suficiente para exigir con base en ella la reparación de los perjuicios que se derivan del hecho causante del daño en aplicación del artículo 2347 del Código Civil.

Y es que pese a no se aportarse al proceso el contrato de vinculación como prueba conducente para para probar la responsabilidad solidaria de la empresa, el reconocimiento que de dicha vinculación hizo su representante legal en el interrogatorio de parte, junto con los demás medios de prueba señalados anteriormente llevan a la conclusión de que Rápido Humadea S.A.S., en el presente caso está legitimada para asumir la responsabilidad solidaria a voces del artículo 2344 del C.C.

Al punto la CJS, CS12994-2016, indicó:

“La decisión del *a quo* entendió, que de acuerdo con lo expuesto por el representante legal de la empresa convocada en el interrogatorio de parte (folio 95), al manifestar que el vehículo de placas USC-220 causante del siniestro se encontraba afiliado a ella, “*mediante contrato de vinculación (...) lo convierte igualmente en guardián de la cosa*”, debiendo, por tanto, contribuir en la reparación reclamada.

(...)

Por ende, la empresa RÁPIDO HUMADEA S.A, como profesional en el ramo del transporte según dimana del certificado de existencia y representación legal aportado a los autos y afiliadora del vehículo involucrado en el accidente que sufrió DIANA LINARES junto a su acompañante, debe asumir la responsabilidad e indemnizar los

daños causados en forma solidaria con el propietario y al mismo tiempo conductor del vehículo, señor JOSÉ FRANCISCO TOVAR LÓPEZ, como lo entendió el fallador singular, máxime cuando, en su calidad de guardián del automotor en virtud a la vinculación del mismo, existe una presunción de culpa, no desvirtuada, teniendo la carga procesal de hacerlo, no siendo suficiente la manifestación planteada en el escrito impugnativo, el que por tratarse de un servicio de transporte de carga, la reseñada presunción no era aplicable.

Habida cuenta de lo discurrido en ese aspecto, el fallo controvertido no será alterado”.

En posterior decisión la CSJ- SC5885-2016, manifestó:

“El contrato de afiliación del propietario del taxi con la Cooperativa de Transportadores Cúcuta Limitada, al aceptarse el hecho correspondiente al contestar el libelo genitor, ninguna discusión abriga, y del mismo modo, deviene válida la convocatoria de la transportadora. Ahora, la celebración y existencia de aquél acto jurídico la convierte en vigilante de la actividad generadora del daño.

En palabras de la Corte *«(...) el vínculo que liga a la empresa demandada con el causante del accidente, emerge del contrato de afiliación suscrito entre el propietario del vehículo (...), y la empresa transportadora, por lo cual cabe afirmar que esa relación jurídica es suficiente para exigir con base en ella la reparación de los perjuicios que se derivan del hecho causante del daño»*.

Así las cosas, se tiene que, contraria a la intelección de primer grado, se encuentra acreditada la legitimación por pasiva de la empresa codemandada Rápido Humadea S.A.S., en el presente asunto.

3. Superado este escollo, en cuanto al primer problema jurídico planteado, se ocupa la Sala seguidamente de resolver si revoca la sentencia de primera instancia para acceder a las pretensiones de la demanda como lo solicita el recurrente o si por el contrario debe confirmarse.

3.1. El apelante tanto en el momento de precisar los reparos concretos (Cdno 1a instancia, archivo CDS, instrucción, trámite y juzgamiento 2, tiempo 0:33:46 a 0:40:24), como en la sustentación del recurso (Cdno 2ª instancia, archivo 06, fls 1 a 13), ha planteado como primer punto la vulneración al debido proceso que ha fundamentado en la decisión del juzgador de no tener en cuenta el dictamen aportado con la demanda por la no comparecencia del perito a la audiencia, decisión que adoptó en aplicación a lo dispuesto en el artículo 228 del CGP (Cdno 1a instancia, CDS, instrucción y fallo, tiempo 00:12:01 a 0:13:28), la que fue recurrida en reposición y en subsidio apelación por el apoderado de la parte actora. (Cdno 1a instancia, CDS, instrucción y fallo, tiempo 00:13:37 a 0:17:03).

Al no prosperar el recurso de reposición, el juzgador difirió la decisión de la procedencia del recurso de apelación al momento de finalizar la audiencia tal como lo señala el numeral 1º del art. 322 ibídem (Cdno 1a instancia, CDS, instrucción y fallo, tiempo 00:25:04 a 0:25:14). En efecto luego de proferirse la sentencia, el juzgador decidió declarar improcedente el recurso de apelación atrás interpuesto por considerar que no se encuadraba alguna de las causales taxativamente previstas para ello, estando regido ese medio de impugnación por el principio de taxatividad. (Cdno 1a instancia, CDS, instrucción, trámite y juzgamiento 2, tiempo 00:31:32 a 0:33:18).

Frente a esa decisión de declarar improcedente el recurso de apelación, no se interpuso el recurso de queja (arts. 352 y 353 CGP), quedando así debidamente ejecutoriada, razón por la cual está vedado en esta sede judicial pronunciarse sobre dicho asunto.

3.2. Otro de los reparos que el recurrente plantea y que desarrolla en la sustentación está relacionado con la valoración indebida de las pruebas:

3.2.1. Señala que dicha falencia se da en el análisis que se hace del testimonio del conductor del vehículo Didier Fredy Díaz Jiménez para considerar el juzgador que no se acreditó el elemento axiológico que se refiere al nexo causal, sostiene el recurrente que en la declaración rendida por éste manifestó que venía hablando por celular con amigo y aunque dijo estar usando el dispositivo de manos libres, este hecho, sumado a venir transitando por el carril izquierdo como también lo aseveró, con dichas conductas violó los artículos 55 y 68 de la Ley 769 de 2002, poniendo en riesgo a los peatones. (Cdno 2ª instancia, archivo 06, fl 5)

Dicho argumento no es válido porque la responsabilidad en tratándose del ejercicio de actividades peligrosas como en el presente asunto, se juzga en el terreno de la causalidad y no de la culpabilidad, para que se estructure la responsabilidad, el daño debe ser el resultado o la consecuencia del hecho, es decir, que independientemente de que se haya infringido normas de tránsito como lo resalta el recurrente, lo que se debe analizar es si ello fue la consecuencia del resultado, en esta caso la muerte del menor.

Como de antaño ha manifestado la CSJ:

"...el nexo causal entre la conducta que se le atribuye al demandado y el daño debe estar debidamente acreditado porque el origen de la responsabilidad gravita precisamente en la atribución del hecho dañoso al demandado. Este aspecto ha ocupado anteriormente la atención de la Corte, a cuyo propósito ha dicho que "la causalidad basta para tener por establecida la culpa en aquellos casos en que, atendida la naturaleza propia de la actividad y las circunstancias precisas en que el hecho dañoso se realizó, la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de la persona de quien se demanda la reparación..., su defensa entonces no puede plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad. (G.J. CCXXXIV, p. 260 sent., cas, civ., de 5 de mayo de 1999, reiterad en cas. Civ. de 25 de noviembre de 1999, Exp. No. 5173).

En decisión más reciente la CSJ SC12994-2016 dijo:

"De donde, se reitera, con fundamento en el sistema de imputación de culpa presunta contemplado en el artículo 2356 de C.C, por su puesto diferente del de culpa probada del canon 2341 ejusdem, solo le es posible al convocado desvirtuar la responsabilidad atribuible, demostrando cualquiera de las causas extrañas referidas en precedencia. (Fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima)".

Acertó el juzgador cuando al inició de la decisión disertó sobre el régimen aplicable e indicó: *"...El régimen bajo el cual debe analizarse el asunto que ha sido puesto a consideración de esta judicatura es de la responsabilidad civil con atribución o factor de atribución subjetiva, que media la referida presunción de culpabilidad en cabeza del agente causante del daño y que los medios exonerativos son los que se mencionaron, todos relacionados con el plano de la causalidad. Es entonces en el plano de la causalidad y no de la culpabilidad en el que corresponde analizar las circunstancias que se han aducido como*

exonerantes de responsabilidad, en este caso la culpa exclusiva de la víctima.

(Cdno 1a instancia, CDS, instrucción, trámite y juzgamiento 2, tiempo 00:09:19 a 0:10:12)

De ahí entonces que luce desacertado el argumento del recurrente al pretender configurar una indebida valoración del testimonio del conductor del vehículo, por no haberse valorado la aceptación que en su declaración hizo de venir hablando por celular utilizando el dispositivo de manos libres y transitando por el carril izquierdo como conductas configurativas de la violación de normas de tránsito, pues como se dejó sentado en líneas anteriores, ello corresponde al plano de la culpabilidad y no de la causalidad que es el régimen aplicable al análisis de la responsabilidad, cuando de actividades peligrosas se trata.

3.2.2. Reprocha igualmente la valoración que se hace del testimonio del señor Didier Fredy Díaz Jiménez respecto a la visibilidad, sostiene que las condiciones de la vía de acuerdo con el informe del investigador de campo – FPJ11 de agosto 27 de 2015 no presentaba obstáculos de visión, por lo que tenía la oportunidad de observar al menor de edad desplazarse por la vía, resultando contradictorio cuando en la declaración afirma que no vio al menor porque salió de adentro corriendo y él venía concentrado en la vía. Sostiene que, de acuerdo con las pruebas documentales como el dibujo topográfico, el análisis de las lesiones descritas en el informe de necropsia y la declaración rendida por el menor Juan Felipe Conrado Restrepo, el conductor tuvo tiempo de visualizar al menor de edad en el recorrido que hiciera caminando de 7 mts., que es lo que suman los dos carriles (izquierdo y derecho). (Cdno 2ª instancia, archivo 06, fls 6 a 8).

No se vislumbra indebida valoración probatoria de los pruebas documentales referidas con el testimonio del conductor, pues de tales documentales no se desprende que el menor haya recorrido caminando 7 mts., y que por ello el conductor haya tenido el tiempo suficiente para haberlo visto como lo ha sostenido el recurrente desde los reparos formulados a la sentencia, recordemos que quien afirma que el menor salió caminando del lugar donde se encontraba en busca de sus familiares, fue el menor Juan Felipe Conrado Restrepo, testimonio que fue valorado por el sentenciador como carente de espontaneidad particularmente en lo que se refiere al tema: **“...los testimonios los señores Didier Fredy Díaz Jiménez conductor del vehículo causante del hecho de tránsito y el menor Juan Felipe Conrado Restrepo, sobre este último debe indicarse que su declaración careció por instantes de espontaneidad, particularmente en la que se refiere a la manera como el menor Sebastián cruzó la vía. Cuando se iba a referir a ese hecho, el testigo**

dudo antes de señalar que lo había hecho corriendo, rectificó su versión en dos ocasiones, para decir que fue caminando y no corriendo.” (Cdnº 1ª instancia, CDS, instrucción, trámite y juzgamiento 2, tiempo 00:20:29 a 0:21:19)

Adicionalmente las pruebas documentales referidas fueron contrastadas con lo afirmado por el conductor permitiéndole concluir al fallador: ***“Adicionalmente lo que indica el conductor Didier Fredy Díaz Jiménez con respecto a las circunstancias en que ocurrió el hecho de tránsito denota, no que no vio al menor, como se alegó por la parte actora, sino que lo vio cuando estaba en el centro del carril y fue en ese momento que adoptó la maniobra evasiva que no podía ser otra que virar el camión hacia el lado contrario del cual venía el menor, es decir, hacia el lado izquierdo y frenar como en efecto lo hizo, ahí quedó evidenciado en el informe al que se ha hecho referencia que hay una huella de arrastre y no de frenado, que el menor no presenta lesiones en el cráneo por lo que el vehículo redujo la velocidad de manera ostensible al punto que al hacer contacto con el menor no le causó ningún daño”*** (Cdnº 1ª instancia, CDS, instrucción, trámite y juzgamiento 2, tiempo 00:21:27 a 0:22:25).

Recordemos que a la pregunta que hiciera el apoderado de la parte actora al conductor del vehículo, ¿A qué velocidad iba usted aproximadamente?, éste respondió: “La verdad no recuerdo, hace 4 años y seguidamente le pregunta: ¿Puede decir si iba rápido?, respondió: “No, no iba tan duro porque si hubiera ido demasiado rápido, imagínese como hubiera sido el accidente. (Cdnº. 1ª instancia, CDS, instrucción y fallo, tiempo 00:58.20). De ahí entonces, resulta lógico que en el acta de inspección técnica a cadáver no se registre una huella de frenado, porque de la explicación del mismo conductor no venía a mucha velocidad, sin que ello genere duda en su dicho de que frenó en el mismo momento en que advirtió la presencia del menor en la mitad de la calzada.

Más adelante concluyó el juzgador:

Y no se trata que el menor haya recorrido 7 metros como se indicó en las alegaciones de conclusión por la parte demandante, se reitera que de acuerdo a lo que refleja tanto el testimonio del señor Didier Fredy Díaz, como el informe de policía judicial en el componente del dibujo topográfico, particularmente en el sentido vehículo peatón, se describe un trayecto de 1.5 correspondiente a la berma y 3.5 correspondiente a uno de los carriles de la calzada, el testimonio hace alusión a que fue en

ese punto donde logró percibir al menor e intentó la maniobra de evasión. (Cdno 1a instancia, CDS, instrucción, trámite y juzgamiento 2, tiempo 00:23:12 a 0:24:18)

Conclusiones que no resultan antojadizas ya que son el producto de la valoración conjunta de las pruebas documentales como el Acta No. 352, Inspección técnica a cadáver- FPJ-10 fecha 25-07-2015, que describe: III. *Descripción del lugar de la diligencia...* "...También se encuentra una huella de arrastre corporal producto de la fricción del cuerpo del menor contra la rueda izquierda de 2.32 metros..." (folios 99 a 103 cuaderno ppal. expediente digitalizado); Informe pericial de necropsia, en el cual se aprecia: principales hallazgos de necropsia: *Choque hemorrágico enolitrauma contundente y por arrastramiento en accidente de tránsito.-Lesiones múltiples en piel.-Abulsión de glúteos y región lumbar de predominio izquierdo.-Contusión pulmonar bilateral. -Fractura hepática-Hemoperitoneo. -Hemotorax...*(fls. 99 a 103 cuaderno ppal. expediente digitalizado); *Dibujo topográfico* (fls. 107 y 108 cdno. Ppal.), con el testimonio del conductor del vehículo Didier Fredy Díaz, testimonio que valoró el juzgador como espontáneo, responsivo.

De ahí entonces que el reproche que se hace respecto a la valoración probatoria está destinado al fracaso, pues contrario a lo expuesto por el recurrente quien desde los reparos concretos manifestó que su tesis ha sido que el conductor al transitar por el lado izquierdo tenía que haber visto al menor y no lo vio porque se encontraba distraído hablando por celular, análisis que construye acompasado con el dictamen pericial que no puede tenerse en cuenta por las razones anteriormente expuestas.

3.2.3. Como último reparo plantea el recurrente la concurrencia de culpas, que debe entenderse como la concausalidad o coparticipación causal, como bien lo ha analizado esta Sala en decisiones anteriores, entre estas, en la proferida el 16 de febrero de 2018, radicado: 2012-00240-01, M.P. Dr. Duberney Grisales Herrera.

Sea lo primero indicar, que es posible el análisis de la concausalidad o coparticipación causal planteada en esta Sede, por cuanto no riñe con el principio de congruencia, toda vez que se trata de una fundamentación de derecho, correspondiéndole al funcionario judicial definir la norma aplicable para la resolución del caso. (Sent. octubre 10 de 2020, Rad: 2019-00117-01, M.P. Dr. Duberney Grisales Herrera, Tribunal Superior de Pereira, Sala Civil Familia).

Sostiene el recurrente que era deber del juez analizar las conductas individuales de ambas partes para verificar el grado de responsabilidad que le asistía a cada uno de los involucrados en el accidente, situación que estuvo ausente en el fallo de primera instancia, pues reconoce que el menor ingresó a la vía sin el acompañamiento de un adulto, pero el conductor incrementó el riesgo de su actividad peligrosa cuando: (i) Estaba hablando por celular; (ii) No advierte a un menor con camiseta roja caminando por espacio de más de 7 metros; (iii) Solo advierte la presencia del menor cuando se produce el atrapamiento; (iv) Se trataba de una recta de doble calzada; (v) No había elementos que impidieran su visibilidad; y, (vi) Otro menor en el sardinel intentó sin éxito avisar al conductor sobre la presencia del menor, pero era tanta la desconcentración del conductor que tampoco atendió su llamado.

Como en el presente asunto se plantea la causal exonerativa de la culpa o hecho exclusivo de la víctima, es necesario analizar la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho por ella provocado.

Sobre los presupuestos de imprevisibilidad e irresistibilidad, se ha pronunciado esta Sala en decisiones anteriores, recientemente en sentencia de 18 de noviembre de 2020, Rad. 2014-00203, M.P. Duberney Grisales Herrea, en la que indicó:

Los presupuestos fundamentales, que son concurrentes, para considerar la liberación de responsabilidad por la fuerza mayor o el caso fortuito, son: (i) Imprevisibilidad; (ii) Irresistibilidad; y, (iii) Ajenidad o exterioridad al demandado. La doctrina jurisprudencial reciente (SC1230-2018): *"(...) refiriéndose ellas, en esencia, a acontecimientos anónimos, imprevisibles, irresistibles y externos a la actividad del deudor o de quien se pretende lo sea, demostrativos en cuanto tales, del surgimiento de una causa extraña, no atribuible a aquel. Por tanto, para poder predicar su existencia, se impone establecer que el citado a responder estuvo en imposibilidad absoluta de enfrentar el hecho dañoso, del cual él es ajeno, debido a la aparición de un obstáculo insuperable. (...)"* (Resaltado extratextual).

La imprevisibilidad se define como: *"(...) aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia."*, en palabras de la CSJ (SC1230-2018 que reitera lo dicho en sentencias de: (i) 06-08-2009, No.2001-00152-01; y (ii) 14-04-2008, No.2001-

000082-01), concepto acogido, incluso, por el mismo CE (Sección 3ª, subsección C. Sentencia del 10-05-2016, CP: Sánchez L., No.42762), son parámetros referenciales comunes para determinar: "1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo."

La irresistibilidad "(...) atañe a la imposibilidad objetiva absoluta de evitar el suceso imprevisto y sus consecuencias, no obstante los medios empleados para contrarrestarlo o sobreponerse a él y a su desenlace, o en otros términos, cuando en las mismas condiciones del demandado y atendiendo la naturaleza del hecho, ninguna otra persona hubiera podido enfrentar sus efectos perturbadores (...)".

En este caso concurrieron dichos presupuestos, pues el menor Juan Sebastián Rodríguez Pascal irrumpe desde el costado de la vía cuando corre a cruzarla en busca de sus familiares que se encontraban al otro costado. Mientras el menor Juan Felipe Conrado Restrepo estaba haciendo señas al costado izquierdo de la vía, el menor cruzaba corriendo desde el costado derecho, y es en la mitad de la calzada que logra ser observado por el conductor, por lo que no tiene otra opción que frenar y virar el camión hacia el lado contrario de donde vio correr a Juan Sebastián, esto en una vía nacional con una velocidad permitida de 80 Km/h, (Informe policial de Accidente de Tránsito, folios 109 a 114 cuaderno principal digitalizado), lo que per se, genera una serie de riesgos no solo para los menores de edad, sino para cualquier peatón que decida cruzarla, constituyéndose en un hecho repentino e irresistible.

Como bien lo concluyó el juzgador:

"La manera súbita e imprevista como el menor irrumpió en una carretera que valga decirlo es una vía nacional que tiene previsto un límite de velocidad de 80 K/h, hacen que sea su comportamiento el que mayor incidencia o el que incidencia exclusiva tenga en la causación del resultado, sin que quepa reproche alguno al conductor del vehículo" (Código 1a instancia, CDS, instrucción, trámite y juzgamiento 2, tiempo 00:22:31 a 0:22:59)

Juan Sebastián Rodríguez Pascal se encontraba sin la supervisión de un adulto que pudiera prever los riesgos y alejarlo de los peligros que esa vía conlleva para la seguridad de cualquier persona.

Respecto a las obligaciones de los padres para con sus hijos menores, tenemos que el Código de Infancia y Adolescencia que en su artículo 23, dispone:

"ARTÍCULO 23. CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales."

La normatividad que precede impone a los padres y terceros que ejerzan la custodia y el cuidado personal del menor una posición de garantes frente a sus hijos, que los coloca en la obligación de intervenir para evitar la concreción de los daños y peligros a los que se encuentran expuestos los menores.

"La posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable."

Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante."

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido"[Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de julio de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.].

Al respecto puede agregarse que el numeral 1º del artículo 25 de Ley 599 de 2000, en sus numerales 1º y 2º estableció como constitutivas de la posición de garante, aquellas situaciones en las que se asuma voluntariamente la protección real de una persona o en las que existe una estrecha comunidad de vida entre personas, como es el caso de las relaciones entre padres e hijos.

De los anteriores conceptos, se logra establecer que tanto la abuela paterna de Juan Sebastián Rodríguez Pascal, Luz Nelly Restrepo Jaramillo, quien ostentaba el cuidado y custodia del menor, otorgada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, (documentales obrantes a folios 80 a 94 cuaderno ppal. digitalizado), como los progenitores de éste y demás miembros que integraban su familia, quienes ostentaban la posición de garantes respecto del menor fallecido, actuaron de manera despreocupada y negligente a la hora de proteger la vida e integridad del niño, máxime si se tiene en cuenta que éste, para la fecha de

ocurrencia de los hechos, contaba con dos años de edad, según registro civil de nacimiento. (folios 72 y 73 cuaderno ppal. digitalizado).

En este entendido, la Sala comparte los argumentos de la *quo*, toda vez que encuentra ostensible que la despreocupación de los cuidadores de Juan Sebastián Rodríguez Pascal fue determinante para romper el nexo causal entre la producción del daño y el ejercicio de la actividad peligrosa, razón por la cual no es posible imputarle responsabilidad a los demandados, por los hechos que dieron origen al fallecimiento del menor.

Puestas de este modo las cosas, la sentencia objeto de apelación debe ser confirmada.

La parte demandante será condenada a pagar las costas causadas en esta instancia, las que serán liquidadas por el juzgado de primera sede, de acuerdo con el artículo 366 del Código General del Proceso. Las agencias en derecho se fijarán por auto posterior.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, frente a la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2019, en el proceso sobre responsabilidad civil extracontractual que instauraron los señores Norbey Rodríguez Restrepo, Luz Nelly Restrepo Jaramillo y Elena Pascal, frente a las sociedades Rápido Humadea S.A.S. y Allianz Seguros S.A. y el señor Ramiro Evelio Díaz López.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al recurrente en favor de los demandados, las que serán liquidadas por el juzgado de primera sede, de acuerdo con el artículo 366 del Código General del Proceso.

Notifíquese,

Los Magistrados,

ADRIANA PATRICIA DÍAZ RAMÍREZ

DUBERNEY GRISALES HERRERA

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

SIN NECESIDAD DE FIRMA.
(Arts.7º, Ley 527 de 1999, 2º Decreto 806 de 2020 y 28 del Acuerdo PCJA20-11567 del C.S.J)