

Popayán Cauca, 23 de enero de 2023

Honorable Magistrada:

DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN

Magistrada Sala Civil-Familia
Tribunal Superior de Popayán
Ciudad

Radicado: 2021-00139-01

Asunto: sustentación de recurso de apelación parcial frente a la sentencia de primera instancia.

Cordial saludo.

En síntesis, sobre dos puntos del fallo tengo inconformidad:

1. El Juzgado no hizo una valoración individual adecuada del peso o incidencia de las actuaciones de cada parte en el daño, lo cual lo llevó a concluir, erróneamente, que la víctima había participado en un 50% en su propia muerte.
2. El Juzgado dejó de aplicar, injustificadamente, el precedente jurisprudencial sobre el monto de los perjuicios inmateriales.

Paso a sustentar estos puntos de desacuerdo en los siguientes términos:

1.- Sobre el deber e importancia de valorar adecuadamente la incidencia de las partes en la concreción del daño, en aras de estimar adecuadamente el porcentaje de participación en el mismo

En la sentencia, la señora Juez condenó solidariamente a las partes demandadas. Para tal efecto, consideró que estas tenían posición de garante respecto del menor JEAN PIERRE RODRÍGUEZ CALAMBÁS, obligación que había sido incumplida por ellas. Además, sobre la responsabilidad extracontractual en este tipo de eventos, se apoyó en el Código Civil, el cual regula de manera expresa casos como el planteado.

Sin embargo, también dijo que el menor, al haber ingresado voluntariamente al mar, había incurrido en una actuación peligrosa que lo llevó a la muerte. Con base en este argumento, disminuyó el porcentaje de la indemnización en un 50%.

En relación a ello, considero que la señora Juez tiene toda la razón en cuanto a la existencia de la responsabilidad de los demandados, pero, con todo el respeto, considero que erra al asignar un porcentaje de participación a la víctima del 50% en la concreción del daño.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la víctima era menor de edad, pero, sobre todo, que ella ingresó al mar porque el profesor WILLINTON ORTÍZ había dado instrucciones de que esa actividad estaba permitida. En su declaración, el profesor dijo que había pedido a los estudiantes que estuvieran juntos, lo cual motivó al estudiante a incurrir en la actividad peligrosa. Pero eso no es todo. Téngase en cuenta que el mismo profesor se encontraba en la playa, junto con los estudiantes. Esa conducta fue la que incidió en que JEAN PIERRE ingresara al mar y se ahogara.

Por lo antes expuesto, y las demás actuaciones negligentes de los accionados, en realidad debería considerarse que toda la responsabilidad radica en cabeza de los demandados. No obstante, en mi recurso planteé que, si la víctima tuvo alguna incidencia en su mismo daño, esta no podía calificarse mecánicamente en un 50%, sino que debieron valorarse todas las acciones y omisiones de los responsables de la actividad y qué tanto peso tuvieron en el hecho fatal.

Lo anterior es procedente por aplicación del principio de equidad y porque así lo obliga expresamente el Código Civil, como se muestra a continuación. En aplicación del principio de equidad, para analizar la figura de la co-causación en la responsabilidad extracontractual del Estado, tendrían que *colocarse en la balanza* las conductas de las dos partes (ofensor y víctima). Luego, para mirar hacia qué lado se inclina esta, deberían sopesarse varios aspectos como, por ejemplo, la capacidad de las partes en la toma de decisiones, el número de personas que participan en la causación del daño, el número de actuaciones negligentes y el nivel en que cada actuación pudo incidir en que el daño se materializara, entre otras.

Lo anterior es coherente con lo que regula expresamente el Código Civil en los siguientes términos:

*"ARTICULO 2357. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. **La apreciación del daño** está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente."* (Negrillas fuera de texto).

Es decir, si la víctima tuvo alguna incidencia en que el daño se realice, al Juez le corresponde "apreciar", valorar su conducta, y, de acuerdo a ello, establecer qué tanto reduce el monto de la condena. Dicho de otro modo, la reducción de la indemnización no es mecánica, ni debe ser automática en un 50% ante cualquier acto de la víctima, sino que debe estar sometida al análisis jurídico razonable de dichas conductas. Naturalmente, será imposible estimar un porcentaje exacto de participación, pero sí es factible –y obligatorio– sopesar, a partir de las

pruebas, qué tanto incidieron en el daño las acciones u omisiones de las partes.

Existen otras normas del sistema jurídico colombiano que regulan expresamente esta situación; específicamente el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, la cual consagra el proceso de reparación directa. Si bien es una norma no aplicable al presente caso, puede valorarse como doctrina o analógicamente para dar más luces a mi planteamiento.

Dicho artículo expresa lo siguiente:

*"Artículo 140. Reparación directa. (...) En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la **proporción por la cual debe responder cada una de ellas**, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño."* (Negrillas fuera de texto).

Teniendo en cuenta que el caso bajo estudio es bastante similar al que regula esta norma, bien puede servir de ilustración. Como se lee, cuando en la causación del daño intervienen varias partes, el juez debe establecer la "proporción" en que participa cada una, es decir, no es algo mecánico o automático, como ya se dijo. Tampoco existe una ley o argumento según el cual, ante cualquier conducta de la víctima, deba concluirse que su incidencia causal sea del 50%, y que el monto de la reparación deba bajar en ese porcentaje.

Por el contrario, ese monto debe ser el producto del análisis riguroso de muchos factores, como ya se mencionó.

En ese sentido, comedidamente solicito al Honorable Tribunal que analice y sopesese aspectos como:

- El número de integrantes de la parte demandada, en comparación con el número de víctimas que actuaron. En este caso participaron la rectora de la institución, el profesor y el propietario de la empresa de turismo, en relación con una sola víctima directa.
- El número de actuaciones negligentes de los demandados, en relación con las actuaciones de la víctima directa: en este caso, solicito que se valoren las múltiples actuaciones negligentes de la rectora (p. ej. no tomó medidas de precaución para el viaje, no tomó la póliza de seguro para el estudiante, no se percató de si el estudiante podía nadar o no, no se aseguró de que viajen varios adultos responsables –al menos 3- para el grupo de más de 30 estudiantes, no verificó previamente las condiciones de seguridad de la playa a donde iban –existencia de salvavidas, horarios

permitidos de ingreso al mar, ni verificó las actividades prohibidas-). Del dueño de la empresa de turismo: esta persona, cuando llegó al destino final se fue a dormir y no estuvo al tanto de los estudiantes, lo cual impidió que verificara sus condiciones de seguridad.

- El peso o nivel de incidencia de cada una de las actuaciones de las partes: en relación con el anterior ítem, considero que tuvieron mayor peso las acciones y omisiones del Colegio, el Profesor y el dueño de la empresa de turismo, que la actuación del estudiante. Debería valorarse que, frente a estas actuaciones descuidadas, y las demás que se probaron en el proceso, el único acto del estudiante fue ingresar al mar, el cual se hizo bajo el permiso y motivación del profesor.

En conclusión, creo que tienen mayor peso porcentual en la causación del daño las actuaciones del Colegio, el profesor y la agencia de turismo, por su capacidad en la toma de decisiones y la experiencia en la organización de actividades con grupos de estudiantes, que la actuación de un solo estudiante, quien era menor de edad, inexperto, que no conocía el mar y quien actuó por instrucciones del profesor, bajo el cuidado de las demás instituciones.

Por todo lo expuesto, solicito comedidamente que se revoque parcialmente la sentencia en el sentido que se debe condenar exclusivamente a los demandados, esto es, sin declarar la cocausación. En subsidio, comedidamente pido que se tenga en cuenta que la incidencia del acto de la víctima de ingresar al mar tuvo un peso máximo del 10% en la concreción del daño, y que los demandados son responsables en una proporción del 90%.

2.- Inconformidad con el monto de los perjuicios inmateriales reconocidos

En la demanda se había pedido condenar a los demandados al pago de las unas sumas de dinero por concepto de perjuicios inmateriales, tanto en la modalidad de perjuicio moral, como en la de daño a la vida de relación.

Establecer una indemnización que repare integralmente el daño derivado de la pérdida de un ser querido es, sencillamente, imposible. No existen ni un *dolorímetro* ni un *justiciómetro* que sirvan como herramienta para establecer, de forma totalmente objetiva, una suma de dinero que repare lo irreparable.

Frente a esta realidad, la opción que hoy se acepta jurídicamente consiste en reconocer una suma de dinero que compense en algo la

pérdida sufrida. No existe en Colombia una regulación legal sobre la materia, pero la Corte Suprema de Justicia ha establecido subreglas jurisprudenciales que orientan a los jueces al momento de tasar este tipo de perjuicios.

Si bien los jueces son autónomos en sus decisiones, dicha autonomía está limitada por los precedentes que establezca la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil – en esta materia. Lo anterior, en aras de garantizar un derecho constitucional fundamental: la igualdad.

A partir de lo expuesto, mis inconformidades puntuales son la siguientes:

- Inconformidad en cuanto a la indemnización por perjuicio moral

En la demanda se pidió una indemnización por perjuicios morales por \$72.000.000, tal como lo ha hecho la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando el daño es la muerte¹. No obstante, sin justificación, el juzgado de primera instancia dejó de aplicar ese precedente, lo cual solicito ser reevaluado por el Honorable Tribunal Superior.

Tampoco se tuvo en cuenta que JEAN PIERRE era único hijo, lo cual, como es natural, incrementó el sufrimiento de sus padres. Un hijo no se reemplaza con otro, pero si tuvieran una familia más numerosa o la posibilidad de concebir, su tristeza estaría un poco apaciguada y se tendría el valor moral de seguir viviendo por los hijos que quedan; sin embargo, esa no es la realidad de JHON FREDDY y MARÍA DEL MAR. Estas personas vieron derrumbada por completo su vida familiar, la cual es imposible de reconstruir porque, debido a la edad de la madre del menor, sencillamente le es imposible tener más hijos biológicos, que era su gran anhelo y se había materializado en la existencia de JEAN PIERRE.

Por ese motivo, en el caso de los padres, pido que la condena sea por \$72.000.000 para cada uno, por perjuicios morales.

Sobre la suma reconocida al tío del menor, solicito que esta sea incrementada, ya que no se valoró el amor especial que existía entre los dos. El señor MILLER no era un tío del común. En el proceso se demostró el especial afecto que existía entre ellos, al punto que compartían momentos especiales y él estaba muy pendiente de su sobrino, incluso de sus estudios y de su vida personal para brindarle apoyo cuando lo necesitaba.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, MARGARITA CABELLO BLANCO, Magistrada ponente, SC5686-2018, Radicación n.º 05736 31 89 001 2004 00042 01, (Aprobado en sesión de veintiuno de febrero de dos mil dieciocho), Bogotá, D. C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

Respetuosamente considero que estos hechos no se valoraron por la señora Juez al momento de estimar los perjuicios morales reconocidos al tío de la víctima, aspecto que considero ser reevaluado y se profiera la condena en un monto más cercano a lo pedido en la demanda.

- Inconformidad respecto a la indemnización por daño a la vida de relación

Mi inconformidad sobre este tema radica en dos aspectos: el monto reconocido a la señora MARÍA DEL MAR CALAMBÁS y la negación de la reparación por este concepto a los demás demandantes.

En cuanto a lo primero, considero que el monto es muy bajo. La Corte Suprema de Justicia ha reconocido sumas por encima de los 100 millones de pesos por este daño, pero en este caso se habían solicitado solo 50 millones de pesos para los padres y 30 millones para el tío. Nótese como se hizo un ejercicio autónomo de proporcionalidad razonable para pedir lo que se consideraba justo, pero en la sentencia se estimó una cifra que no está acorde con el daño sufrido y con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil. En ese sentido, pido que se reconozcan las sumas pedidas en la demanda.

Respecto a lo segundo, de forma respetuosa considero que también debió reconocerse una indemnización por daño a la vida de relación respecto de su padre y su tío. El *a quo* solo reconoció este perjuicio a la señora MARÍA DEL MAR, porque consideró que era la única que había sido afectada psicológicamente, según la historia clínica, pero es que el daño a la vida de relación no se configura solamente por afectaciones psicofísicas.

Esta categoría de perjuicio se refiere a la afectación sobre aquellas posibilidades o facultades que una persona tenía para realizar ciertas actividades en sociedad, bien sea cotidianas o placenteras, lo cual no depende solamente de una limitación psicofísica. En el presente caso, el daño a la vida de relación se configuró porque los padres de JEAN PIERRE dejaron de participar en muchas actividades sociales por la pérdida de su hijo.

Los testigos narraron, por ejemplo, que la señora MARÍA DEL MAR y el señor JHON FREDDY eran personas muy activas socialmente, que se integraban a las actividades del barrio donde vivían, que eran muy proactivas en la comunidad, pero que todo eso cambió como consecuencia de la muerte de su hijo JEAN PIERRE.

También dijeron que estas personas salían con frecuencia con su hijo a realizar distintas actividades recreativas en familia, que los miraban salir con frecuencia a caminar y a compartir juntos en distintos eventos en

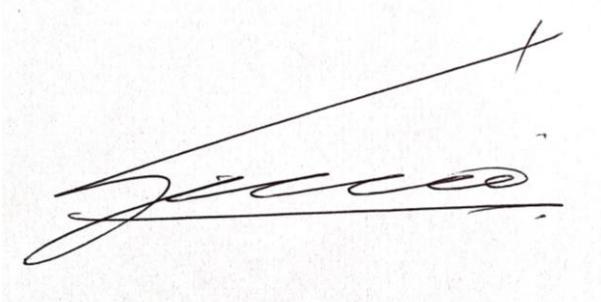
sociedad, pero que todo eso simplemente desapareció por la muerte de su hijo. Se trata de actividades de una vida de relación en sociedad que ya no van a poder efectuar, no solo por la tristeza que experimentan, sino que, físicamente, esa persona con quien podían realizarlas, ya no está.

Es decir, también está plenamente demostrado el daño a la vida de relación en cabeza del señor JHON FREDDY, y no solo de su esposa. Solicito, en consecuencia, que este perjuicio sea reconocido para él, en un monto al menos cercano al pedido.

Finalmente, se pide reconsiderar el hecho de no haber reconocido el perjuicio a la vida de relación para el señor MILLER CALAMBÁS, tío de la víctima. Esto, por razones similares a las que se argumentaron para los padres. Se demostró en el proceso que la vida del tío de JEAN PIERRE también se vio afectada porque los dos compartían una vida social muy activa, que salían a pasear, a divertirse, y eso ya no lo podrá nunca más disfrutar su tío. Es decir, estaba demostrado el perjuicio a la vida de relación para este familiar, pero el Despacho no lo reconoció; tema que pido reconsiderar en la segunda instancia por el Honorable Tribunal Superior de Popayán.

De esta forma, he sustentado el recurso de apelación parcial frente a la sentencia de primera instancia.

De Usted, Honorable Magistrada, con respeto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'W. Henzcer', with a long, sweeping horizontal stroke extending to the right and a small cross-like mark at the end.

WILLIAM HENZCER GÓMEZ GÓMEZ
CC. 12.747.768
TP. 236.517 del CSJ