



República de Colombia
Departamento del Valle del Cauca
Rama Judicial del Poder Público
DISTRITO JUDICIAL DE CALI
TRIBUNAL SUPERIOR

SALA DE DECISIÓN CIVIL

*

Magistrado Ponente

Dr. **HERNANDO RODRÍGUEZ MESA**

PROCESO:	VERBAL R.C.E
RAD:	760013103014-2017-00320-02
DEMANDANTE:	María Antonia Gutiérrez Montealegre, Francisco Javier Gutiérrez Echeverri y Margarita Rosa Montealegre
DEMANDADO:	Valencia y Soto S.A., propietaria de Karens Pizza # 8.
MOTIVO:	Apelación sentencia

Santiago de Cali, siete (7) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión Civil, según Acta No. 125 de fecha.

1.- OBJETO DE LA DECISIÓN.

Surtido el traslado de la sustentación del recurso de apelación y de éste al no apelante en la forma y términos indicados en el inciso 3º del artículo 14 del Decreto 806 de 2020 que modificó temporalmente el artículo 327 del C. G. del P., procede la Sala a resolver la alzada y definir en consecuencia lo que en derecho corresponda.

2.- ANTECEDENTES.

En lo fundamental, el extremo activo – parientes entre sí – promovió la acción aquiliana para que previa declaración, la empresa moral

demandada, le indemnice el daño infligido (patrimonial y extrapatrimonial) a raíz de la lesión que la menor – en el momento del suceso, hoy es mayor de edad – padeció – fractura de clavícula – con ocasión del accidente que sufrió mientras usaba un juego recreativo – canopy o tirolesa – dentro de las instalaciones del establecimiento de comercio Karens Pizza # 8

Según la versión de los actores, el imponderable tuvo lugar por la falta de cuidado de las personas a cargo de la mencionada atracción ya que, por un lado, no le hicieron las amonestaciones para el buen uso del juego, por otro, no le proporcionaron los elementos de seguridad del caso (casco y guantes), sumado a que fue arrojada con demasiada fuerza y la persona receptora no estaba en condiciones físicas de recibirla por el estado de gravidez en que aparentemente se encontraba; en suma, achaca imprudencia, impericia, descuido y negligencia en la operación de la entretención por parte de las operarias.

El incidente le truncó a la joven, desarrollar a plenitud su carrera como deportista de alto nivel – el dicho factual indica que era practicante de salto con garrocha con buen suceso –, amén de hacerle perder un año de bachillerato y por ello, tuvo una afección psicológica que mereció atención profesional; de ahí el pedimento de resarcir el daño moral

3. CONTESTACIÓN Y TRÁMITE.

El juzgado que conoció el asunto en primera instancia, admitió la demanda por auto del 13 de febrero de 2018 – fl. 61 –; ese proveído se le notificó personalmente al convocado a través de su representante legal – fl. 64 – quien oportunamente resistió las pretensiones de la demanda; en dicho cometido, planteó su tesis partiendo de la aceptación de la lesión de la menor en el establecimiento de comercio, pero dejando en tela de juicio que haya

sido producto del descuido de las operarias del canopy; indica que el uso de tal instrumento de diversión se hizo con las medidas de seguridad habida cuenta que se usó cinta y arnés y fue atendido por personal calificado; precisa que la empresa asumió el costo de la atención médica en la Clínica Imbanaco; desdice de la responsabilidad achacada, pues en su sentir, la operación del juego se hizo con todas las condiciones de seguridad, por ello, dice, el accidente se debió a una causa extraña, caso fortuito o acaso culpa de la menor; indica que el daño es inexistente pues pese a fracturarse la clavícula ello no incidió en el desarrollo personal de la joven; planteó varias excepciones de fondo en la intención de derruir las aspiraciones litigiosas de su contendor – fls. 80 a 91 .

La petición de llamamiento en garantía que hizo el pasivo fue aceptado, según auto del 13 de junio de 2018 – fl. 64, Cdno. 2 –, de ahí la intervención en el proceso de Seguros Generales Suramericana S.A., quien se opuso tanto a la prosperidad de la declaración responsabilidad civil, como a lo atinente al llamamiento – fls. 95 a 108, Cdno. 2 –.

4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

A vuelta de subsumir el caso en la responsabilidad civil *extracontractual*, explicó los elementos que la componen y cuya demostración son imperativos para su éxito: culpa, daño y nexo causal entre otros; señaló que la actividad desplegada de canopy es peligrosa y por ende el régimen aplicable al caso es el previsto en el artículo 2356 del C.C. que favorece a la víctima a partir de la presunción de culpa del demandado; señaló que la atracción instalada en el establecimiento de comercio Karens Pizza # 8 es de suyo peligrosa habida cuenta la velocidad que se alcanza, el hecho de estar suspendido el cuerpo en altura y el impacto en el extremo de llegada, lo cual exige rigurosos elementos de seguridad a efectos de minimizar

un posible accidente o lesión; indicó que con los medios probatorios recaudados, se puede comprobar que a la joven no se le proporcionó elementos que le aseguraran un adecuado disfrute de la actividad tales como casco y guantes; tal anomalía, en sentir de la juzgadora, fue determinante en la causación del daño (fractura de la clavícula), amén que no se probó la instrucción o capacitación de los recreacionistas, sumado a que el demandado no derruyó la presunción de culpa que se cierne sobre él; al hallar los elementos para la prosperidad de la acción civil extracontractual accedió a las pretensiones, declaró no probadas las excepciones y como consecuencia, condenó al pago de perjuicios morales, no así los materiales al no haberse probado

5.- DEL RECURSO DE APELACION.

El apoderado judicial de **Karens Pizza**. i) señala que la responsabilidad en estudio es contractual y no extracontractual; ii) acusa de incongruente la valoración probatoria al no advertirse la contradicción en la versión de los testigos y los interrogatorios de parte, a más de no valorar la declaración del tercero que llamó y conoce de primera mano lo atinente al juego de canopy; iii) rechaza el excesivo monto del daño moral impuesto a favor de la joven porque en su sentir pese a la lesión continuó desarrollando su vida cotidiana.

La abogada de **Suramericana Compañía de Seguros S.A.** i) Apoya la postura de estar en el seno de una responsabilidad contractual y no extracontractual; ii) igualmente reprocha la valoración probatoria ya que en su sentir existe suficiente material demostrativo que da cuenta la diligente y adecuada atención de la atracción; iii) se une a la réplica sobre la tasación del daño moral.

6-. CONSIDERACIONES.

6.1.- PRESUPUESTOS PROCESALES

Tiene sentado la jurisprudencia y la doctrina que, para proceder a definir un proceso civil, debe previamente el fallador comprobar que están reunidos los requisitos indispensables para la constitución regular de la relación jurídico procesal, o sea los llamados presupuestos procesales y en este evento no se observa omisión o defecto alguno en cuanto a su concurrencia. Se tiene entonces que el juez *A quo* y esta instancia son competentes para conocer este tipo de litigios, tanto por la cuantía como por la vecindad de las partes y el factor funcional; tanto demandante, como demandado, tienen plena capacidad de comparecencia habida cuenta su rol en el evento del que se pretende extraer responsabilidad civil, amén de concurrir al proceso conforme a la ley; por su parte, la demanda satisface las exigencias necesarias para emitir la decisión que en derecho corresponda.

6.2.- PRESENTACION DEL CASO.

En este proceso civil se demandó la declaratoria de responsabilidad derivada de la parte demandada como propietaria del establecimiento de comercio Karens Pizza # 8, por la lesión que sufrió la joven María Antonia Gutiérrez (fractura de clavícula) al usar el canopy o tirolesa y chocarse aparatosamente con la pared en el punto de llegada; se indicó como elemento concluyente a ese hecho lesivo la imprudencia, negligencia y falta de cuidado de las personas encargadas del manejo de la atracción como quiera que ni impartieron las instrucciones para el adecuado uso del juego, ni tampoco facilitaron los elementos de seguridad necesarios (casco y guantes); por su parte el demandado niega la responsabilidad del suceso porque contrario al dicho de los actores, el uso del juego se hizo bajo las condiciones de seguridad necesarias, además de prestarse por personal capacitado; culpa del accidente a la propia víctima por asumir imprudentemente el riesgo; la señora jueza que resolvió la primera instancia, a partir de subsumir el

asunto en la responsabilidad extracontractual y catalogar como actividad peligrosa el uso del canopy, desligó de probar la culpa a los demandantes (al presumirse) y como en sentir de la falladora se probó el daño y el nexo de causalidad, accedió al *petitum*, disponiendo reconocer y pagar el daño moral en la cuantía señalada en la sentencia; conforme con lo anterior, debe entonces la Sala entrar a examinar si efectivamente, para el caso sub examine, hay lugar o no a declarar la responsabilidad pedida por el extremo activo o si por el contrario, tal como lo propone el apelante, existe plena prueba que en el incidente, hubo una activa participación de la víctima.

6.3. PROBLEMA JURIDICO.

De cara al anterior marco fáctico, el estudio de este asunto se limita a determinar si está plenamente consolidada la responsabilidad civil por la lesión de la joven por parte del extremo pasivo; antes de darle respuesta a esa situación, debe la Sala como primera medida, por ser uno de los puntos sobre los que está afincada la apelación contra la decisión judicial, confirmar si tal como lo anunció la Juez de primer grado, el escenario en el que se mueve el asunto es la responsabilidad civil extracontractual o la contractual, virtud al *contrato* implícito por uso de un servicio dentro del establecimiento de comercio (Karens Pizza # 8); en caso de determinarse el segundo evento – responsabilidad contractual – las implicaciones en punto de la demostración de los presupuestos axiales - contrato válido, daño, culpa y nexo causal –; finalmente, habrá espacio para afirmar si el contexto fáctico en que se desarrolló éste conflicto jurídico, permite comprobar el proloquio de los apelantes (son coincidentes tanto la persona moral demandada directa como la compañía de seguros) que hay una infravaloración probatoria en el sentido que todo apunta a la temeridad de la en ese momento adolescente, como fuente del daño, caso en cual, se rompe el nexo causal y por consiguiente, socava la responsabilidad pretendida.

6.4. DESARROLLO DEL CASO PLANTEADO.

Como se anotó, uno de los puntos de discusión versa sobre la calificación sustantiva que hizo la falladora de primer grado al asunto, al estimar que el caso debía solucionarse por la línea del artículo 2341 del C.C., (responsabilidad extracontractual), amén de agregarle un aditamento más: responsabilidad por actividades peligrosas (art. 2356 *ibídem*); frente a la primera, a lo largo de la lectura del fallo no hay una argumentación suficiente (menos convincente) que justifique la subsunción de éste caso en esa especie de declaración civil, simplemente precisa escuetamente, que al no existir un contrato formal en lo que atañe al uso del juego recreativo, las consecuencias de su imperfecto uso por falta de garantías y de instrucción deben ser analizadas bajo el cariz de la responsabilidad común por las culpas.

Al contemplar holísticamente el asunto (demanda, *litis contestatio*, pruebas y decisión judicial) entiende la Sala que en la razón de la señora Juez, medió una inexistente escisión entre el servicio de restaurante y cafetería, y la del uso del deporte extremo, ambos ofrecidos en el establecimiento de comercio Karens Pizza # 8; no otra explicación lógica pudiera entenderse, máxime que en la argumentación nada se advirtió sobre el hecho probado (según dicho de las partes en el interrogatorio respectivo y los testigos de cargo – ver dvds., fl. 126 y 152 – , además de no ser punto de discusión) que los demandantes en compañía de algunos parientes, departieron una velada en el sitio en mientes y que mientras estos interactuaban, sus hijos (primos, entre ellos la lesionada) decidieron recrearse en los juegos allí dispuestos, particularmente, la tirolesa; es decir, la falladora de instancia, comete el yerro de desligar la acción de entretenimiento de la joven, de aquella que responde al objeto social de la demandada (servicio de restaurante), cuando ciertamente hacen parte de un mismo paquete de servicios; esa inexplicable división hace que ligue el asunto específico

de la actividad recreativa en el campo de la responsabilidad *aquiliana* al no advertir la existencia de un contrato matriz (servicio de restaurante) y prevalida además del brocárdico que emana del artículo 2341 del C.C., consistente en que aquél que comete un daño por culpa debe salir a su indemnización, oriente la solución del caso por esa vía.

En ese orden de ideas, brota diamantina la equivocación en la subsunción normativa del caso por parte de la señora Juez de primera instancia, ya que, insístase, estando en el campo de la responsabilidad contractual por el hecho del consumo en el establecimiento de comercio para cuya prosperidad supone algunas particularidades que más adelante se precisarán sobre todo en lo concerniente a la obligación de seguridad, aplicó de manera equivocada normas sustantivas que no guardan consonancia con el contexto del caso y que la llevaron a hacer un raciocinio igualmente desenfocado; es más, en parecer de la Sala, la señora Juez se dejó llevar por la proposición normativa que se le hizo en la demanda, más allá del respaldo factual, sin hacer un adecuado análisis de los pormenores en que se desarrolló el imponderable del accidente para comprender que si tal se presentó con ocasión de la prestación de un servicio, el radio de acción sustantiva es el que ofrece la responsabilidad contractual, por ser la convención o acuerdo de voluntades perfeccionado en el consumo por el servicio de restaurante, el que entraría a regir esa relación comercial.

En el estadio de un proceso judicial, el conocedor del derecho es el Juez – *iura novit curia* – por ello, al margen del plexo de hechos que sirvan de sustento a la pretensión o aquellas declaraciones contenidas en la réplica que sin duda marcan los linderos decisionales y que obligatoriamente debe atender el fallador, la subsunción o escogencia normativa para la resolución del asunto es una potestad exclusiva del Juez, sin que al alterar aquellos preceptos o mandatos propuestos por las partes suponga una incongruencia, ya que, recálquese, los mojones de la decisión judicial, fundamentalmente están determinados por los

hechos, pretensiones y excepciones, pero la dogmática decisonal es del resorte del operador judicial; estas reflexiones resultan de la más elemental importancia y trascendencia, porque de haberse hecho una adecuada tipificación de asunto, no se hubiese aventurado a tratar temáticas que son absolutamente inaplicables en éste caso, v.g., la responsabilidad extracontractual y más llamativo aún lo atinente a las actividades peligrosas (esto porque como se dijo anteriormente, para la señora Juez al tomarse como referencia esa especie de responsabilidad, la parte demandante se libra de probar el elemento de culpa).

Sobre lo dicho, la H. Corte Suprema de Justicia en un muy reciente pronunciamiento, explicó¹:

“...Lo anterior significa que la actividad de los juzgadores no es irrestricta o absoluta. Se encuentra delimitada por las pretensiones y las excepciones probadas o alegadas cuando no aplica el principio inquisitivo (prescripción, compensación y nulidad relativa). Igualmente, por los hechos en que unas y otras se fundamentan...Conforme al precepto transcrito, los confines del litigio lo demarcan las partes. El problema surge cuando el juez los desborda o malinterpreta. Si los extralimita, incurre en incongruencia objetiva (atinente al petitum) o fáctica (relacionada con la causa petendi). Y si los tergiversa, en error de hecho al apreciar la demanda o su contestación. La subsunción normativa de esos parámetros, en cambio, es tarea exclusiva del juzgador. Esto explica las razones por las cuales los errores de adjetivación en que incurran las partes, inclusive su omisión, para nada inciden en la definición del litigio. En sentir de la Corte, el tipo de juez técnico que reconoce el sistema procesal vigente en Colombia, que lo presume conocedor de la ley (...), le impone el deber de aplicar la que corresponda al caso concreto, haciendo

¹ Sentencia de Casación Civil SC3729-2020 del 5 de octubre de 2020, MP. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona

un ejercicio adecuado de subsunción. Así lo guían los principios "narra mihi factum, dabo tibi ius" e iura novit curia". Por su virtud, los vacíos de adecuación típica o la equivocación de las partes, deben ser colmados o corregidos por los jueces. Precisamente, por ser estos, no los litigantes, quienes están llamados a definir el derecho en el caso controvertido...".

Así pues, tiene entonces el Juez la obligación no sólo de decidir en derecho el caso, sino previamente, hacer la adecuación típica para su efectiva resolución, siendo materia prima para dicho menester, los hechos, las pretensiones, la contestación del libelo incoativo, las excepciones y por supuesto, las pruebas recaudadas, todo sumado, permite ver en contexto la problemática y su fuente para obtener la solución más ajustada posible a la realidad legal y fáctica; en el caso *sub examine*, es pacífico que el suceso en el que la joven Gutiérrez Montealegre padeció la fractura de clavícula se dio con ocasión del uso y goce de un juego recreativo (canopy o tirolesa) ofrecido como complemento al servicio de restaurante en Karens Pizza # 8, es decir, entiende la Sala, que dentro del portafolio de servicios de ese establecimiento comercial, además del comedor, está el de la entretención, pues se infiere – según las declaraciones rendidas en el expediente por los demandantes, el representante legal de la demandada y los testigos de cargo, dvds. fls. 126 y 152 –, que el hecho del consumo del restaurante, supone el uso de los juegos recreativos especialmente destinados a contener la atención de niños y adolescentes; si ello es así, como en efecto lo es(itérese, realmente no hay discusión sobre el particular, es más, es aceptado por el extremo pasivo, al punto de valerse de ello para afincar su hipótesis de responsabilidad contractual) no puede existir duda o confusión, en punto que si la familia Gutiérrez Montealegre (en la época de los hechos, hoy día al parecer tal núcleo está segmentado) acudió al susodicho establecimiento a hacer uso de los servicios ofertados (incluido el de juegos, entre otros, la pared de escalada y el canopy) se está ante el

panorama de relación contractual y por consiguiente, cualquier reproche en punto del servicio a la mesa o el concernido al uso de las atracciones mecánicas, necesariamente ha de analizarse, sopesarse y decidirse por cuenta de tal cariz, esto es, el del incumplimiento o inobservancia del contrato que allí quedó erigido.

Desde de esa óptica, es claro que erró la Juez de primera instancia al subsumir el presente caso civil dentro del esquema de la responsabilidad extracontractual, ya que, como recién acaba de explicarse, el consumo de alimentos dentro del local comercial de Karens Pizza lleva consigo el uso de los elementos recreativos allí dispuestos para la entretención, por ello, si tal como está comprobado en este expediente, el accidente de la joven sucede en el interior del establecimiento y con ocasión de un servicio ofrecido – tirolesa –, el suceso no puede ser encasillado o enmarcado como algo extraño o exógeno al servicio de restaurante, pues insístase, tanto este como aquél hacen parte de un mismo paquete ofertado por el extremo pasivo, lo que supone que cualquier contingencia con ocasión de alguno de los productos en mientes, debe ser entendido *prima facie*, como defecto en el cumplimiento contractual y de acreditarse los elementos de esa especie de responsabilidad, hacer las declaraciones a que haya lugar; en suma, para la Sala, el caso debió atenderse y solucionarse por la senda de la responsabilidad contractual, pues recálquese, el evento por el que la en ese entonces menor de edad, padeció la fractura de la clavícula está bajo la cobertura de la relación contractual que nació a raíz del consumo en el establecimiento de comercio Karens Pizza # 8, sin que haya motivo válido para atemperar el asunto en la *aquiliana*, sumado al hecho inexplicable por demás, que la falladora de instancia no emitió un argumento serio, juicioso y fundado para alinderar el caso por aquella senda, más allá de dejarse llevar por la imprecisión normativa aludida en el libelo incoativo.

No obstante el evidente yerro de subsunción sustantiva por parte del a quo, en lo que atañe a la decisión o declaración judicial afirmativa de las pretensiones no tiene visos de modificación o variación porque contrario a lo que plantean los recurrentes (demandada y compañía de seguros, fincan su oposición a la decisión judicial a partir de argumentos parecidos), están dados todos los presupuestos axiológicos para asignar responsabilidad de índole contractual en la sociedad demandada como pasará a explicarse a renglón seguido; es decir, pese a la equivocación advertida, la decisión en todo caso es la misma.

Para el éxito de la responsabilidad contractual es imperativo que se demuestre a ciencia cierta y más allá de toda duda, los elementos axiales: el contrato, la mora del demandado, el incumplimiento de las obligaciones, un daño y una relación de causalidad; sobre el particular, nuestro superior funcional se refirió en los siguientes términos:

*“Lo primero indica la inejecución de las obligaciones contraídas en el contrato; lo segundo, vale decir el daño, se concreta con la prueba de la lesión o detrimento que sufrió el actor en su patrimonio, porque no siempre el incumplimiento de uno de los extremos del contrato ocasiona perjuicios al otro, pues eventos se dan en que no se produce daño alguno, es por lo que precisamente se tiene cuando se demanda judicialmente el pago de los perjuicios, **le incumbe al actor demostrar el daño cuya reparación solicita y su cuantía**, debido este último aspecto a que la condena que por este tópico se haga, no puede ir más allá del detrimento patrimonial sufrido por la víctima, carga de la prueba en cabeza del demandante que la establece el artículo 1757 del Código Civil que dispone que incumbe probar las obligaciones a quien alega su existencia. (Se destacó)*

“En numerosa jurisprudencia la Corte ha sostenido lo dicho anteriormente, entre ellas en la sentencia del 13 de octubre de 1949 en la que dijo “En verdad esta Sala ha estimado estrictamente lógico que

para condenar a indemnización de perjuicios, el juzgador debe tener ante sí la prueba de que el reo se los ha causado al actor, pues ellos son la sujeta materia de la condena, y sabido es, por otra parte, que, aunque el incumplimiento es culpa y ésta obliga en principio a indemnizar, bien puede suceder que no haya dado lugar a perjuicios, que no se los haya causado a la otra parte, y no sería lógico condenar a la indemnización de perjuicios inexistentes”. Además del incumplimiento del contrato y del daño ocasionado, existen otros elementos que deben demostrarse, como son entre otros, el nexo de causalidad entre dicho incumplimiento y el agravio sufrido por la víctima, esto es, que lo segundo es consecuencia de lo primero. (Cursiva del texto)

“Sin embargo, como todos los elementos del incumplimiento que estructuran la responsabilidad, son autónomos, vale decir, que cada uno tiene existencia por sí mismo y no depende de los demás, se hace indispensable, entonces, la demostración de todos ellos.

“2. Luego, consecuencia de lo expuesto es que en la acción de resarcimiento en materia contractual, indispensable es demostrar todos los elementos que estructuran la responsabilidad, es decir, la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (daño emergente y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inejecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. (..)”² (subraya la Sala).

Estos criterios si se quiere de vieja data cobran vigencia frecuentemente en asuntos de similares contornos como el presente, porque realmente esos socorridos parámetros son claves para determinar la materialización de la responsabilidad contractual o no;

² C. S. de J. Sala Civil. Sent. Marzo 14 de 1996 M. P. Dr. Pedro Lafont Pianetta.

en una decisión un poco más reciente, el Tribunal de Casación³, sobre la institución a que se viene haciendo alusión, precisó lo siguiente:

“...1. La responsabilidad contractual presupone la existencia y validez de un pacto jurídico ajustado entre dos o más sujetos de derecho; una desatención -total o parcial- de los compromisos adquiridos por uno de los extremos; así como la presencia de un detrimento derivado de tal acontecer; y el nexo causal entre tal omisión y su resultado.

Ello es así porque los contratos válidos son ley para las partes (art. 1602 C.C.) quienes desde el momento de su perfección quedan compelidas a honrar las prestaciones asumidas y de no hacerlo tienen que salir a resarcir los daños que de su apartamiento unilateral deriven para quien sí cumplió o, cuando menos, se acercó a acatar sus deberes en la forma y términos pactados.

Al respecto, en CSJ SC18476-2017, se recordó que

(...) la responsabilidad civil contractual está edificada sobre los siguientes pilares axiológicos: a) la preexistencia de un vínculo jurídico entre las partes; b) su incumplimiento relevante por quien es demandado; c) la generación de un perjuicio significativo para el actor; y d) la conexión causal entre la referida insatisfacción de los deberes convencionales y el correspondiente daño irrogado...”.

En el presente asunto no hay duda alguna respecto de la existencia del contrato del que se pretende ligar la responsabilidad, ya que, tal como se anotó anteriormente, el suceso – uso del *canopy* sin medidas de seguridad adecuadas, sumado a la lesión que por dicha circunstancia padeció la joven María Antonia – se dio con ocasión del servicio de restaurante que ofrece la sociedad demandada – ver objeto social en el certificado de cámara y comercio, fl. 17 vto –, en ello coinciden sin mayor discusión, los antagonistas de este juicio, lo que

³ C.S. de J, Sala Civil, Sent. SC 5585-2019, M.P. Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

permite asentir sobre la existencia de una relación contractual previa – prestación del servicio de restaurante y cafetería –, máxime que la controversia no giró propiamente en torno ni a su existencia, ni tampoco a sus efectos jurídicos; entiéndase que sobre el negocio jurídico vinculante – contrato de prestación del servicio de restaurante – la parte actora aspira al reconocimiento del daño padecido – así en la demanda haya aludido normativamente aspectos de la responsabilidad extracontractual – pues nada distinto es posible inferir al hecho que el reclamo se yergue en el consumo que se hizo en Karens Pizza el 30 de marzo de 2013 – fl. 1, Cdno. 1 –, en tanto que la parte demandada a lo largo de su intervención en el proceso, usó como estrategia de contención el que por cuenta del consumo se esté en la esfera de lo contractual – lo reiteró como motivo de reparo –; por ello, para la Sala, al menos el requisito de la preexistencia del vínculo, contrato, negocio jurídico o acuerdo de voluntades, está plenamente acreditado y consolidado según lo dicho, agregando lo que al respecto se dijo en los interrogatorios de ambas partes y los testigos de cargo – dvds. fls. 126 y 152, Cdno. 1 –; evidentemente, el *thema decidendum* estriba en el *incumplimiento contractual* con entidad de generar detrimento en el contratante cumplido, a lo que éste juez *ad quem* le agregaría la demostración inexcusable del daño a más del nexo causal entre éste y la inobservancia de la prestación.-

Partiendo de la existencia de la relación contractual acorde a lo dicho ampliamente en los párrafos anteriores, la acreditación de los restantes presupuestos que da cabida a la responsabilidad contractual están igualmente presentes en el asunto; en efecto, no fue tampoco materia de discusión ni el daño, ni el nexo de causalidad, pues frente a ellos hay una claridad suficiente y necesaria en el proceso, en el entendido que no hay una negación acerca ni de la lesión que sufrió la joven María Antonia, ni que tampoco tal evento se haya dado en el uso del canopy; además, sobre el punto, basta con mirar la documentación obrante en el expediente, fundamentalmente, la historia clínica que da

cuenta de la fractura de clavícula – fls. 23 a 36 –, las fotografías tomadas inmediatamente se produjo el suceso – fls. 21 y 22, Cdno. 1 –, más la declaración del representante legal de la sociedad demandada en el interrogatorio de parte quien reconoció que la atención médica en la Clínica Imbanaco corrió por cuenta suya y que además hizo presencia en el local comercial una vez se enteró del hecho; es decir, la prueba es contundente en punto a confirmar la presencia de los presupuestos de la existencia del *daño y nexo de causalidad*, reiterando que, no fueron discutidos, ni negados por el extremo pasivo.-

Donde sí hay controversia es en lo atinente al ingrediente de la *culpa*, pues mientras la parte demandante la encuentra en la falta de instrucción para el adecuado uso de la atracción y la ausencia de elementos de seguridad (casco y guantes), el demandado, afirma que se dio culpa de la víctima la no usar el juego con prudencia y moderación, sumado a que contrario a lo afirmado por el actor, sí existían los implementos para minimizar el riesgo, amén que la operación corrió por cuenta de personas altamente capacitadas; sobre el punto es importante recalcar el escenario en el que se presentó el accidente: dentro del establecimiento de comercio Karens Pizza # 8 por cuenta de la prestación del servicio de restaurante que demandaron los actores, si ello es así, la circunstancia del accidente de la joven permite concebir sin ambages, la *presunción* de culpa en cabeza del operador, pues ciertamente el ofrecer como complemento, la entretención a través de la práctica deportes extremos (canopy y muro de escalada) es indicativo que pone al servicio un producto adicional en el que campea sin duda, una adenda más: la *obligación de seguridad*, entendida básicamente, como aquella función de garante de la guarda de la persona o cosa durante la prestación de un servicio y que nace virtud a una relación negocial, “...*De acuerdo con*

ellas, el deudor se obliga a garantizar la integridad de la personas o las cosas que en virtud del contrato quedan bajo su cuidado...”⁴ .

La trascendencia de este implícito elemento – seguridad y cuidado –, la explicó el tratadista acabado de citar, así:

“...En efecto, en la ejecución de algunos contratos, el acreedor puede sufrir daños en su integridad física, daños que en principio no significarían el incumplimiento de la obligación contractual principal. Así, por ejemplo, las lesiones o muerte producidas a un espectador durante la presentación de un espectáculo no se derivan de la inejecución de la obligación principal, sino que se producen con ocasión de su ejecución y, por tanto, la muerte o lesiones del espectador generarían responsabilidad extracontractual del deudor. Sin embargo, esa evolución doctrinal y jurisprudencial a que nos hemos referido considera que en el ejemplo propuesto, así nada se diga en el contrato, el organizador del espectáculo tiene adicionalmente la obligación contractual subyacente de brindarle seguridad a la vida y a la integridad personal del espectador. Generalmente solo se habla de obligaciones de seguridad en relación con los contratos que comportan la integridad física de una de las partes del contrato...”⁵.

Si la en ese momento adolescente, María Antonia, antes de usar la tirolesa estaba en óptimas condiciones físicas, se espera que al salir se encuentre en la misma situación, porque precisamente, al ofrecer un producto en el que de alguna manera está en riesgo la integridad física de la persona hay una asunción de garantía de seguridad y cuidado; esas especiales circunstancias, permiten colegir la presunción de culpa en caso de acaecer algún imprevisto porque se parte de la tesis irrefragable que la lesión es producto de la falta al

⁴ “Tratado de Responsabilidad Civil”, Dr. Javier Tamayo Jaramillo, Tomo I, Ed. Legis, 2007, pág. 81.

⁵ Autor citado 4.

deber de seguridad; por supuesto, en caso de darse éste último supuesto (que finalmente se dio en el *sub lite*) tiene el deudor como para liberarse probar, no sólo decirlo, una causa extraña, culpa exclusiva de la víctima o una situación de fuerza mayor o caso fortuito que, dígase desde ya, no se comprobaron en el expediente.-

En el seno de la responsabilidad contractual con garantía de seguridad como el atañadero, ante la probanza del contrato fuente, el padecimiento de una lesión, automáticamente se le añade la presunción de culpa, aspecto que favorece a la víctima, restándole probar la conexión entre la lesión y el obrar del agente; por ello, cuando el recurrente insiste que este caso se decida en el seno de la responsabilidad contractual, debió además considerar el nada despreciable hecho que en su contra pesa al menos tres de los cuatro elementos necesarios para la prosperidad de la acción – relación contractual, daño y culpa presunta – y según lo contemplado en el proceso – ya explicado anteriormente – un nexo de causación plenamente acreditado; luego, para liberarse de semejante carga, no le quedaba opción distinta que probar la incidencia de la víctima en el hecho, que ciertamente no se demostró, pues muy a pesar que haga hincapié en los elementos de seguridad para el uso del canopy y que al parecer medió algún tipo de imprudencia de la joven, ni aquél, ni este, están probados; sobre lo dicho, los testigos de cargo – Daniela Londoño, Nicolás Londoño y Mónica Londoño, dvd. fl 152 – señalaron que estuvieron el día del incidente en el establecimiento de comercio y que al igual que su prima- María Antonia – utilizaron el juego en mención; criticaron el hecho que no había elementos de seguridad y que en su sentir las personas encargadas de operar la atracción no tenían la suficiente formación para ello; por su parte el declarante de descargo – Juan Guillermo Hoyos, dvd. fl 152 – señaló que fue el encargado de la asesoría y manejo del canopy, que allí no se adquiere una velocidad mayor de los 15km/hora y que la manera adecuada de usar el aparato es con los pies hacia adelante para evitar golpes

bruscos que puedan generar algún tipo de lesión; al contrastar estas versiones prontamente advierte la Sala que no se probó que la joven haya incidido de alguna manera en la producción de la lesión, pues aunque el juego no produzca una alta velocidad, ello *per se no* descarta la posibilidad de un accidente como finalmente ocurrió, por otro lado, no se complementó la versión del señor Guillermo Hoyos en el sentido de verificarse la plena idoneidad de los operarios de la atracción, sumado que si bien el experto en deportes extremos cuya versión se oyó en el proceso – testigo de descargo – anotó que para ese tipo de juegos no se requiere el uso de casco y guantes (lo que sugiere que definitivamente no se usaron), en sentir de la Sala, la lógica y sentido común indica que para la protección de menores y adolescentes no hay que escatimar ningún tipo de prevención, máxime si tal como se aprecia en las fotografías aportadas – fl. 21 –, entre la cuerda que sostiene a los usuarios del canopy y las paredes hay un mínimo espacio de interacción (que supone un riesgo adicional para sufrir golpes), lo mismo sucede con el techo que está prácticamente pegado a la cuerda, lo que deja en riesgo latente de ocasionar golpes en la cabeza, sin mencionar que la postura de la colchoneta es cuando menos insegura en la función de evitar contusiones a los usuarios de ese juego.

Ahora, la Sala no puede pasar por alto la afirmación del representante legal de la sociedad demandada cuando en el interrogatorio – ver dvd. fl. 126 – sostiene que la joven María Antonia, tenía algún grado de emotividad o hiperactividad por el hecho del uso del canopy, si tal fue cierto, con mayor veras debió redoblar las condiciones de seguridad para evitar lesiones o accidentes indeseables como a la postre ocurrió; en conclusión, no se probó por el demandado como lo sugirió, la culpa de la víctima pues insístase, su comportamiento no fue determinante en el hecho dañoso, más allá de la excitación que puede producir la práctica espontánea de un deporte extremo, según se explicó anteriormente; fue la indebida operación del producto (por falta de

elementos de seguridad, aunado a una mejor instrucción para el uso del canopy) lo que incidió en el accidente, lo que deja al extremo pasivo en la posición de reparar el daño causado.

Entonces, dicho lo anterior, es claro que la sociedad demandada debe responder por la lesión de la joven demandante pero no en el seno de una acción de responsabilidad aquiliana como equivocadamente lo entendió la señora Juez de primera instancia, sino en la contractual según anotaciones anteriores, ello supone la comprobación del perjuicio irrogado que, ahí si como lo anotó la falladora de primer grado, en el caso del daño patrimonial no hay soporte para su concesión – entre otras cosas, se dice en la demanda que hubo la necesidad de hacer varios viajes entre las ciudades de Armenia (Quindío) y Cali (Valle) para exámenes, citas y terapias, sin embargo los propios demandantes manifestaron en la diligencia de interrogatorio de parte que lo concerniente al proceso de recuperación o rehabilitación se dio en Armenia, sin ser posible determinar a ciencia cierta si se viajó o no a Cali.

El punto del que debe ocuparse la Sala es en lo atinente al daño moral al ser motivo de reparo por el demandado y la llamada en garantía, dado que en su sentir, al no existir una honda afectación emocional de la joven y sus padres, la tasación es excesiva; en términos generales comparte este juez *ad quem*, la queja de los recurrentes, pues si el menoscabo extrapatrimonial es aquella afectación interior del ser, psíquica, emocional producto de la angustia, zozobra y aflicción por un daño infligido, ciertamente, en el caso *sub examine*, tales presupuestos intrínsecos de la persona de presentarse fueron momentáneos al punto que hoy día han sido superados, pues baste con oír la declaración de la afectada – María Antonia Gutiérrez, dvd. fl. 126 – para comprender en su real dimensión que hoy día no existe la angustia por el accidente aquí referido; es más, ella misma indicó que prosiguió su carrera de deportista después de la lesión y que incluso

alcanzó una medalla de bronce en una justas atléticas celebrada en la ciudad de Bogotá D.C., que terminó su bachillerato y al momento del interrogatorio, vive independiente en la ciudad de Manizales (Caldas) donde funge como representante de ventas de Bavaria S.A., y a punto de empezar una carrera universitaria, de donde se infiere sin hesitación alguna, que el accidente no tuvo un mayor impacto en el proyecto de vida de la actora, más allá de una momentánea afectación psicológica, por lo que, tal como lo reprochan los apelantes, es necesario reevaluar la tasación para ajustarla a su real dimensión.

La H. Corte Suprema de Justicia, en punto de la cuantificación del daño moral, precisó acerca de la imperiosa necesidad de auscultar las reales condiciones de la víctima al momento de imponer la condena⁶:

“...En estos eventos, para que la indemnización sea completa, se deben tener en cuenta las condiciones particulares en que se halla el damnificado y la magnitud del daño resarcible tal como se encuentre al momento de dictar sentencia y no simplemente en la fecha en que se produjo el menoscabo, toda vez que es factible que entre uno y otro instante la materialización del perjuicio sufra alguna variación o que sus efectos se extiendan en el tiempo.

Lo anterior por cuanto los efectos de los daños a la salud, por lo general, no son inmutables sino que pueden aumentar o disminuir su intensidad. Luego, si esa especie de perjuicio es susceptible de variación en el tiempo, entonces la valoración que el juez haga de ella no puede limitarse a como se manifestó al momento de su causación, sino que debe tener en consideración todas las consecuencias directas que alcancen a preverse al momento de dictar sentencia.

Es posible que el autor haya causado con su hecho culposo un

⁶ Sentencia de Casación Civil del 18 de diciembre de 2012, Exp. 05266-31-03-001-2004-00172-01, M. P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

grave detrimento a la salud de la víctima y que al momento de proferir el fallo la afección haya mermado o que el lesionado logre recuperarse totalmente.

En tal caso, si el acervo probatorio indica que el daño resarcible es inferior al que se alegó en los hechos y que la indemnización que se requiere es menor a la que se solicitó en las pretensiones –sea porque el perjuicio disminuyó o desapareció en el lapso que existe entre su producción y el momento de dictar sentencia, o bien porque se haya pedido más de la justa proporción–, entonces el juez deberá atemperar la condena al monto que alcance el quebranto en la fecha en que se profiere el fallo, pues así lo dispone el tercer inciso del artículo 305 de la ley adjetiva: “Si lo pedido por el demandante excede lo probado, se le reconocerá solamente lo último...”. (subraya la Sala).

Como quiera que por fortuna la demandante María Antonia Gutiérrez Montealegre, en un altísimo grado superó las afecciones tanto físicas como psicológicas que le dejó la fractura de la clavícula, justo es reconocerle por concepto de daño moral – siguiendo el *arbitrium judicis* – la suma de \$ **10.000.000.00.**, y para sus padres, Francisco Gutiérrez Echeverry y Margarita Rosa Montealegre, la suma de \$ **2.000.000.00**, para cada uno.

Finalmente, en punto de la apelación del auto que decretó pruebas en el que la Juez decidió negar la declaración del representante legal de la sociedad demandada, pedida por su apoderado judicial y abstenerse de ratificar unos documentos aportados en fotocopia en la demanda, debe la Sala indicar que por sustracción de materia se abstiene de emitir pronunciamiento al respecto al tenor de lo dispuesto en el inciso 7º del numeral 3º del artículo 323 del C.G.P.; además, porque tales medios de convicción de disponer su práctica, no tendrían mayor incidencia o efecto en la decisión judicial que en esta

providencia toma la Sala.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

7.- RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la sentencia # 038 del 16 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Catorce Civil de Circuito de Cali, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión de segunda instancia.

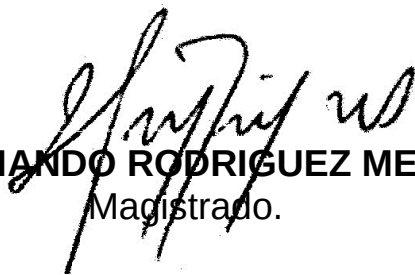
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo del fallo apelado, en el sentido de tasar el perjuicio moral a los demandantes, de la siguiente manera:

- a)** María Antonia Gutiérrez Montealegre la suma de \$ **10.000.000.00.**
- b)** Margarita Rosa Montealegre la suma de \$ **2.000.000.00.**
- c)** Francisco Gutiérrez Echeverry, la suma de \$ **2.000.000.00.**

TERCERO: CONDENAR en costas de esta instancia a los apelantes, para tal efecto, se fijan como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$**1.000.000.** Liquídense.

CUARTO: Devolver el expediente a su lugar de origen.-

NOTIFÍQUESE.



HERNANDO RODRÍGUEZ MESA
Magistrado.



CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ
Magistrado



HOMERO MORA INSUASTY
Magistrado