

TEMA: PARQUES ACUÁTICOS- Obligación de seguridad de resultado. La existencia y alcance de esa obligación estará supeditada a acuerdo entre las partes, imposición legal o el tipo de negocio jurídico existente entre las personas. Luego, caso a caso, debe evaluarse si la obligación de seguridad es de medio, como la de un centro médico de evitar que el paciente contraiga infecciones intrahospitalarias; o de resultado, como la de las empresas prestadoras del servicio público domiciliario de energía eléctrica de mantener en perfecto estado las redes e instalaciones a través de las cuales prestan el servicio.

HECHOS: El 13 de junio de 2018, Norbey de Jesús Montoya Castro sufrió un grave accidente en el tobogán amarillo del Acuaparque Ditaires, operado por Comfenalco Antioquia, por lo que solicitó la declaración de responsabilidad civil y extracontractual de Comfenalco Antioquia y La Previsora S.A. Compañía de Seguros, y la indemnización por perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales. En audiencia de 19 de septiembre de 2023 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín dispuso desestimar las pretensiones de la demanda invocadas por la parte demandante, al no probarse la totalidad de los presupuestos axiológicos de la acción de RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL y de RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL invocadas. El problema jurídico central de esta providencia gira en torno a la obligación de seguridad en el contexto de parques acuáticos y la determinación de si dicha obligación es de medio o de resultado.

TESIS: Es pacífico en el proceso que las pretensiones de Norbey de Jesús Montoya Castro se rigen por la responsabilidad contractual que tiene fuente en los artículos 1602 a 1604 del C. Civil, que implica, al igual que en la extracontractual, la existencia de un hecho dañoso, la ocurrencia de un daño o perjuicio y la relación de causalidad entre ambos.(...) De otro lado, frente al incumplimiento contractual demandado, aceptó la a quo la presencia de obligaciones de seguridad o deberes de protección, lo que significa que el deudor “está obligado a cuidar de la integridad corporal del acreedor o la de las cosas que éste le ha confiado.”² Es “aquella en virtud de la cual una de las partes en la relación negocial se compromete a devolver sanos y salvos –ya sea a la persona del otro contratante o sus bienes– al concluir el cometido que es materia de la prestación a cargo de dicha parte estipulada, pudiendo tal obligación ser asumida en forma expresa, venir impuesta por la ley en circunstancias especiales, o, en fin, surgir virtualmente del contenido propio del pacto a través de su entendimiento integral a la luz del postulado de la buena fe que consagran con notable amplitud los artículos 1501 y 1603 del Código Civil”(…)La censura es reiterativa en alegar que se estaba a la vez en presencia de una obligación de resultado y debe recordarse que cuando el deudor está en capacidad de asegurar y garantizar la producción de un resultado determinado en beneficio del otro acreedor, el resultado se identifica con la prestación misma.(…) Puestas las cosas en los términos del artículo 1604 del C. Civil, (...) En las de resultado existe una modificación puesto que se presume la responsabilidad, debiendo el deudor probar causa extraña que le impidió el cumplimiento, caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima.(…) La Corte atribuyó a la obligación de seguridad, el carácter de obligación de resultado, indicando que envolvía la garantía de que no se provocará el siniestro que materializa el riesgo, y si este se presentaba lo asume el deudor, salvo la mediación de una causa extraña, en ciertos escenarios, este tipo de obligación apenas comporta el despliegue de actos de diligencia y cuidado general respecto a un evento específico.(...) la existencia y alcance de esa obligación estará supeditada a acuerdo entre las partes, imposición legal o el tipo de negocio jurídico existente entre las personas. Luego, caso a caso, debe evaluarse si la obligación de seguridad es de medio, como la de un centro médico de evitar que el paciente contraiga infecciones intrahospitalarias (SC2202-2019); o de resultado, como la de las empresas prestadoras del servicio público domiciliario de energía eléctrica de mantener en perfecto estado las redes e instalaciones a través de las cuales prestan el servicio (SC1819-2019).(…) En el

asunto que convoca al Tribunal se observa que la actividad desplegada por Comfenalco Antioquia en su sede Acuparque Ditaires, se ajusta a la descripción de Parque Acuático que incluye la Ley 1225 de 2008. En esta norma, se analizan las diversas actividades lúdicas que pueden ofrecerse bajo la modalidad de parques de diversiones, centros de entretenimiento y similares y hace una detallada relación de las condiciones de seguridad que debe gestionar quien ofrezca una labor de ese tipo.(...) De ahí que, mediante la Resolución 0958 de 20 de abril de 2010 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo – MINCIT –,se reglamentaron los estándares mínimos generales de seguridad que debían ofertarse previo y durante la operación de un parque acuático(...)Por lo anterior, al integrar ese conjunto de normas sí se concluye que los parques acuáticos tienen una obligación de seguridad de resultado, y por ello no solo se espera de ellos que mantengan las condiciones mínimas exigidas por el ordenamiento para conjurar todos los riesgos derivados de su funcionamiento, sino además que asumen las afectaciones que sufran las personas en el uso de sus atracciones.(...) de Jesús Montoya Castro (acreedor) quedó físicamente bajo el control del operario de la atracción; sin ese control imposible cumplir la prestación, control que se dio en el desarrollo del contrato, como que ingresó al Acuparque Ditaires y con la vestimenta adecuada para ello, subió la escalera hasta la plataforma de lanzamiento del Tobogán amarillo. Luego, era necesario, por la naturaleza de la prestación y para su cabal cumplimiento, mantener la seguridad del usuario. Comfenalco se comprometió a evitar que Norbey de Jesús sufriera cualquier accidente en el cumplimiento del contrato, que lesionara su persona y como ocurrió el daño se presume su culpa, por lo que si quiere exonerarse de responsabilidad debe acreditar alguna de las causales relativas a la ausencia de nexo causal. (...) No aparece en el proceso, ni en la pericia, la incidencia que la posición de las piernas haya tenido en la causación del accidente. Era prueba a cargo de la accionada ya que corresponde a ella, según el estudio previo del tribunal, la carga de demostrar la causa extraña, a lo que se suma el comportamiento del operario que permitió el lanzamiento sin verificar el acatamiento de esa instrucción. Por lo demás, el perito dejó claro que la exigencia de cruzar las piernas no aparece en el aviso a que hace referencia el artículo 42 de la Resolución.(...) Detállese el número 4, da cuenta de posición de brazos tocando los codos, que es aquella a la que se refirió el apoderado de Comfenalco al cuestionar al perito, pero es evidente que esa postura no es la que exige la normatividad para toboganes que tengan deslizamientos.(...) No se acreditó la culpa exclusiva de la víctima, o su intervención, siquiera en una mínima parte en la causación del resultado; a lo que se agrega que no se encontró prueba sobre el cumplimiento de cabal de todas y cada una de las normas que le imponía la normatividad que rige, en especial el uso del tobogán.(...)

MP. JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO

FECHA: 26/03/2025

PROVIDENCIA: SENTENCIA

ACLARACIÓN DE VOTO: MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA TERCERA CIVIL DE DECISIÓN

Medellín, veintiséis (26) de marzo de dos mil veinticinco (2025)

Proceso:	Verbal responsabilidad civil contractual y extracontractual
Radicado:	05001310300220210011102 (2023-108)
Demandante	Norbey de Jesús Montoya Castro y otros
Demandado:	Comfenalco Antioquia y la Previsora Compañía de Seguros
Providencia:	Sentencia No. 005 de 2025
Tema:	Parques Acuáticos. Obligación de seguridad de resultado. En providencias más más recientes señaló que la obligación de seguridad puede ser: a) De medio, y en ese orden el titular del deber sólo tiene un débito de emplear la mayor diligencia y cuidado para tratar de alcanzar el fin cuya seguridad se obliga a prestar [...]; o b) De resultado, en cuyo caso la exigencia será de conjurar todo riesgo, y asumirlo en caso de llegar a ocurrir. No obstante, la existencia y alcance de esa obligación estará supeditada a acuerdo entre las partes, imposición legal o el tipo de negocio jurídico existente entre las personas. Luego, caso a caso, debe evaluarse si la obligación de seguridad es de medio, como la de un centro médico de <i>evitar que el paciente contraiga infecciones intrahospitalarias</i> (SC2202-2019); o de resultado, como la de las empresas prestadoras del servicio público domiciliario de energía eléctrica de mantener en perfecto estado las redes e instalaciones a través de las cuales prestan el servicio (SC1819-2019). Así las cosas, cuando se aborda un asunto enmarcado en la responsabilidad civil contractual, es necesario determinar si media una obligación de seguridad y, en caso afirmativo, para establecer si ésta comporta apenas un deber genérico de diligencia o, por el contrario, incluye también la exigencia de conjurar todo riesgo y asumirlo en caso de llegar a ocurrir, se podrá acudir a cualquiera de las pautas fijadas por la jurisprudencia civil, según las particularidades de cada caso concreto.
Decisión:	Revoca
Ponente:	Juan Carlos Sosa Londoño

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por Norbey de Jesús Montoya Castro, Andrea del Pilar Trujillo Arango, en nombre propio y en representación de su hijo menor Luis Ángel Montoya Trujillo; Derly Catherine y

Daniela Montoya Trujillo frente a la sentencia de 19 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín instaurado por Norbey de Jesús en el proceso que promovieron en contra de la Caja de Compensación familiar Comfenalco Antioquia y la Previsora S.A. Compañía de Seguros.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitó la parte demandante que, se hagan las siguientes declaraciones:

“...PRIMERA: Declarar civil y contractualmente responsable a la Caja de Compensación Familiar – Comfenalco Antioquia, en calidad de operador del Acuaparque Ditaires de la ciudad de Itagüí, por el accidente ocurrido el día 13 de junio del año 2018, en el que resultó gravemente herido Norbey de Jesús Montoya Castro.

SEGUNDA: Declarar civil y extracontractualmente responsable a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR – COMFENALCO ANTIOQUIA, en calidad de operador del Acuaparque Ditaires de la ciudad de Itagüí, respecto de ANDREA DEL PILAR TRUJILLO ARANGO, DERLY CATHERINE MONTOYA TRUJILLO, DANIELA MONTOYA TRUJILLO Y LUIS ÁNGEL MONTOYA TRUJILLO, por el accidente ocurrido el día 13 de junio del año 2018, en el que resultó gravemente herido el señor NORBEY DE JESÚS MONTOYA CASTRO

TERCERA: Declarar que La Previsora S.A. Compañía de Seguros, en calidad de compañía aseguradora de la Caja de Compensación Familiar – Comfenalco Antioquia y en virtud del contrato de seguros suscrito, es responsable del pago de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales directos, personales y ciertos causados a mis representados.

CUARTA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la Caja de Compensación Familiar – Comfenalco Antioquia y a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, a esta última en calidad de compañía aseguradora y hasta la concurrencia de la suma asegurada, al tenor de los plasmado en los artículos 1079 y siguientes del Código de Comercio, al pago de la indemnización por los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales directos, personales y ciertos causados a mis representados y que ascienden a la suma de trescientos veintisiete millones ochocientos cincuenta y cuatro mil ochocientos once pesos (\$327’854.811), por los conceptos que se discriminarán a continuación o los más que se llegaren a probar dentro del proceso:

Demandante	Lucro Cesante	Perjuicio Moral	Daño a la vida en relación
Norbey de Jesús Montoya Castro	\$121’452.051	\$30’378.240	\$54’511.560
Andrea del Pilar Trujillo Arango		\$30’378.240	
Luis Ángel Montoya Trujillo		\$30’378.240	
Derly Katerine Montoya Trujillo		\$30’378.240	
Daniela Montoya		\$30’378.240	

Trujillo			
----------	--	--	--

QUINTA: Que las sumas mencionadas anteriormente sean indexadas al momento de la Sentencia de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el Banco de la República.

SEXTA: Que se condene a los demandados al pago de las costas y agencias en derecho, de conformidad con lo probado dentro del proceso...”

2. Como sustrato de sus pedimentos se compendian los siguientes supuestos fácticos:

a) El 13 de junio de 2018, Norbey de Jesús Montoya Castro asistió, en compañía de sus familiares, al establecimiento Comfenalco Antioquia – Sede Acuaparque Ditaíres-, con el fin de compartir un día de sol, hacer uso de las piscinas, toboganes y demás atracciones del parque.

b) A eso de las 14:55 horas, ocurrió un incidente en el que se vio involucrado Norbey de Jesús, al momento de descender del tobogán “amarillo”, el que dice, acaeció al ingresar a la piscina de aterrizaje y sus extremidades inferiores alcanzaron el suelo, sufriendo impacto de gran magnitud en su pie derecho, debido a que este tobogán es el que presenta mayor inclinación y, por lo tanto, es en el que más velocidad se alcanza previo al aterrizaje.

c) Narra la demanda que Norbey de Jesús cumplió a cabalidad con las indicaciones brindadas antes del uso del tobogán, es decir, mantuvo su cuerpo en posición recta, sujetó ambos brazos detrás de su cabeza y permaneció inmóvil durante todo el trayecto; refiriendo que, la velocidad del desplazamiento, la fuerza de la caída y el consecuente impacto con el piso de la piscina fueron consecuencia del diseño y mecánica del uso de la atracción, sin que su comportamiento hubiese podido influir de manera alguna en la ocurrencia del suceso.

d) La lesión sufrida ocasionó deformidad, dolor, impotencia funcional y marcha antiálgica. Dada la gravedad, fue trasladado al Hospital San Rafael del municipio de Itagüí, y después de realizar exámenes se observó fractura de peroné, fractura metafisaria de la tibia distal con compromiso articular, con conminución medial y anterior; por lo que le fue ordenado TAC de pierna para definir manejo médico. El diagnóstico emitido fue fractura de la epífisis inferior de la tibia.

e) El TAC mostró como resultado fractura de epífisis inferior de tibia con dos trazos intraarticulares y depresión a nivel de la articulación tibio-astragalina. Se ordenó tratamiento quirúrgico.

f) El 30 de junio de 2018 se llevó a cabo procedimiento quirúrgico de osteosíntesis de platillos tibiales o planfont tibial sin injerto. La indicación médica fue, entre otras, no apoyar el pie y usar muletas. Al realizar revisión el 16 de julio de 2018, el paciente refirió mucho dolor en el tobillo y edema residual. El médico tratante ordenó la realización de 20 sesiones de fisioterapia, revisión que continuó por varios meses dado el dolor y las múltiples molestias causadas. El 14 de noviembre de 2019 le fue ordenada la realización de cirugía reconstructiva múltiple de pie y tobillo con artroplastias, osteotomías, transferencias miotendinosas y material tornillos, la cual fue realizada el 10 de diciembre siguiente, con hallazgos de artrosis tibio talar severa derecha postraumática con placa medial, secuela de fractura de pilón tibial e imbalance tendinoso. El procedimiento realizado fue reconstrucción múltiple de pie, osteotomías de retropié o medio pie o antepié con fijación interna, intervención de tendones o articulaciones o ligamentos.

g) Durante el tratamiento médico, le han expedido incapacidades médicas por los siguientes períodos: 14 de junio a 28 de junio 2018 (15 días) de 29 de junio a 30 de junio (2 días), de 30 de junio de 2018 a 29 de julio de 2018 (30 días) de 30 de julio de 2018 a 28 de agosto de 2018. Incapacidad del 10 de diciembre de 2019 al 03 de enero de 2020 (25 días). Incapacidad del 02 de enero de 2020 al 31 de enero de 2020 (30 días). Incapacidad del 01 de febrero de 2020 al 01 de marzo del 2020 (30 días). Incapacidad del 02 de marzo del 2020 al 31 de marzo de 2020 (30 días). Incapacidad del 01 de abril del 2020 al 30 de abril del 2020 (30 días). Incapacidad del 01 de mayo al 30 de mayo de 2020 (30 días). Incapacidad del 31 de mayo de 2020 al 29 de junio de 2020 (30 días). Incapacidad del 30 de junio del 2020 al 29 de julio de 2020 (30 días). Para un total de 342 días de incapacidad médica. El 28 de octubre de 2020, fue sometido a examen de Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional por la Junta Médico Laboral estructurando una pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 22,34%.

h) Para el momento de ocurrencia de los hechos, Norbey de Jesús era concejal del municipio de Betania (Antioquia), percibiendo honorarios mensuales promedio

por asistencia a las sesiones ordinarias y extraordinarias durante los últimos 4 meses \$1'085.634. Además, laboraba en la empresa carnes y legumbres "Danlly", con una remuneración mensual de un salario mínimo, más todas sus prestaciones sociales y asistenciales, percibiendo ingresos mensuales promedio de \$1'097.253,00.

i) Las lesiones sufridas por Norbey de Jesús le generaron intensos daños extrapatrimoniales en su modalidad de perjuicio moral, representado en los fuertes dolores que le han acompañado desde el siniestro presentado y durante su recuperación, y en la actualidad cuando realiza ciertas actividades; materializando sufrimiento, congoja, desmedro anímico y aflicción. Desde el momento del incidente, su vida no ha sido la misma, sufre de dolor constante, incapacidad física y funcional, dificultades para las labores del día a día, imposibilidad de realizar actividades lúdicas, jugar con sus hijos, entre otros, materializando daño extrapatrimonial en su modalidad de daño a la vida en relación

j). Así mismo, desde el incidente, ha debido realizar innumerables gastos, entre ellos, pasajes para desplazamientos a citas médicas, revisiones, fisioterapias, copias de documentos, dictamen de pérdida de capacidad laboral, entre otros, lo que ha afectado considerablemente su patrimonio.

k) El núcleo familiar está compuesto por su esposa y tres hijos, se ha visto seriamente afectado como consecuencia del accidente sufrido por su ser querido, pues han vivido como en carne propia las lesiones

3. La Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, oportunamente dio respuesta a la demanda indicando que si bien existe un informe que reporta que Norbey Montoya Castro sufrió un accidente en el tobogán amarillo-kamikaze, no son claras las maniobras realizadas al deslizarse para que se produjera trauma en su pie derecho. Precizando que, a pesar de ser el de mayor pendiente, la piscina tiene mayor extensión, lo que perfectamente se ajusta a las leyes de la física, que hablan de la desaceleración y al tener un recorrido más largo, en la piscina receptora, la velocidad se disminuye hasta el punto de perderla. Refiere que la atracción se ajusta a las leyes de la física, es decir, que se tienen en cuenta los conceptos de masa, altura y velocidad, a tal punto que son rarísimos los sucesos

de esa naturaleza, siendo este el único desde que tiene a su cargo la administración de dicho ecoparque.

Sobre el cumplimiento de las indicaciones por el lesionado, refirió “*NO EXISTIR CERTIDUMBRE*”, puesto que, a pesar de existir un reglamento escrito para hacer uso de los toboganes, ubicado en un lugar visible en el Acuaparque Ditaires, que se establece rango de edad, peso, estatura, instrucciones de utilización etc. lo que, es advertido por un operador, como lo confesó el mismo actor, no significa que pueda, durante el trayecto, modificar su posición o realizado un movimiento inadecuado.

Reiteró que era operador del parque, pero el uso de esa atracción implica ciertos riesgos por tener como finalidad producir adrenalina en los usuarios, resaltando que su responsabilidad consiste en tener personal capacitado para informar sobre de la atracción, cómo se utiliza, controlar el personal que va hacer uso, su talla, su peso; además, tener salvavidas encargado de las personas que ingresan a la piscina después de caer de los toboganes, colocar un reglamento en lugar visible para que los usuarios de los toboganes lo lean antes de hacer uso de estos.

Como medios exceptivos formuló: (i) inexistencia de causa jurídica, (ii) riesgo inherente a la actividad recreativa. (deporte extremo), (iii) especificaciones técnicas del tobogán amarillo- kamikaze de acuerdo con los principios de la física que rigen la ingeniería, (iv) inexistencia de la culpa como elemento integrante de la responsabilidad civil, (v) inexistencia del nexo causal, (vi) enriquecimiento injustificado.

4. La Caja de Compensación llamó en garantía a la Previsora Compañía de Seguros S.A. con fundamento en la póliza “seguros de responsabilidad civil 3000617”, renovada año a año, que para el momento de ocurrencia junio de 2018 tenía como valor asegurado \$ 12.000.000.000 con vigencia de 1 de marzo de 2018 a 1 de marzo de 2019.

La llamada en garantía en respuesta a dicho llamamiento dijo atenerse a las condiciones de aseguramiento particulares y generales, pactadas con el llamante, vertidas en el contrato de seguro 3000617, certificados 2, 3 y 4, cuya vigencia

oscila entre el 28 de febrero de 2018 al 1 de marzo 2019, y su clausulado general aplicable.

Formuló las siguientes excepciones frente al llamamiento: (i) falta de legitimación en la causa por activa si la responsabilidad es de tipo contractual, (ii) no cobertura de la póliza a eventos de responsabilidad civil contractual; (iii) exclusiones expresas de la póliza; (iv) incumplimiento total, parcial o por mora de convenios y contratos en general cualquier forma de responsabilidad civil contractual; (v) inexistencia de solidaridad entre el asegurado y el asegurador; (vi) condiciones de aseguramiento generales y particulares de la póliza Nro.3000617.

En ejercicio de la acción directa señaló que, si bien la demanda no lo dice expresamente, sí parece inferirse que se fundamenta en la expedición de un seguro de responsabilidad civil extracontractual y la presente acción es de carácter contractual.

Propuso como excepciones frente al llamamiento: (i) falta de legitimación en la causa por activa, si la responsabilidad es de tipo contractual, (ii) no cobertura de la póliza a eventos de responsabilidad civil contractual; (iii) exclusiones expresas de la póliza; (iv) incumplimiento total, parcial o por mora de convenios y contratos en general cualquier forma de responsabilidad civil contractual; (v) inexistencia de solidaridad entre el asegurado y el asegurador; (vi) condiciones de aseguramiento generales y particulares de la póliza Nro.3000617, (vi) objeción al juramento estimatorio.

5. Comfenalco también llamó en garantía a la sociedad Berkley International Seguros Colombia S.A. con fundamento en el contrato de prestación de servicios y mantenimiento de obra civil celebrado con Edospina S.A.S. – en adelante Edospina - para la puesta a punto de los toboganes y estructuras civiles, que constituyen una de las atracciones recreativas más importantes del parque Acuático Ditaires. En ese acuerdo, Edospina S.A.S. se obligó y así lo hizo a allegar póliza de cumplimiento, calidad de bienes y servicios, de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y de responsabilidad civil extracontractual, vigentes para el día de los hechos.

La sociedad llamada en garantía emitió pronunciamiento frente a la demanda principal oponiéndose de manera expresa a todas y cada una de sus pretensiones por ausencia de presupuestos fácticos y sustanciales, reseñando no haber participado en la producción del resultado dañoso reclamado. Como excepciones formuló: (i) ausencia de los elementos que estructuran la responsabilidad civil contractual en cabeza de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia (ii) ausencia del presunto daño y la prueba de su cuantía e imposibilidad de reconocer perjuicios de lucro cesante por ausencia de prueba de nexo causal entre el perjuicio reclamado y la conducta del demandado, (iii) inexistencia de obligación de reconocer perjuicios morales por ausencia de prueba; (iv) tasación excesiva del perjuicio, (v) enriquecimiento sin justa causa

Respecto al llamamiento en garantía realizado, adujo no ser procedente afectar la póliza de responsabilidad civil extracontractual 4528 dado que esta no se encontraba vigente al momento de la ocurrencia del accidente del cual reclama el demandante los supuestos daños, y aunado a ello, ninguno de los amparos establecidos en la póliza tiene cobertura para el siniestro reclamado dentro del presente caso, toda vez que el objeto de la póliza se encuentra definido de la siguiente manera:

“AMBITO DE LA COBERTURA: INDEMINIZAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PATRIMONIALES OCASIONADOS A TERCERAS PERSONAS DERIVADOS EN EL CONTRATO NO. 20170475, CUYO OBJETO ES REALIZAR LA INTERVENCION DE MANTENIMIENTO Y OBRA CIVIL RELACIONADA CON LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LOS TRES (3) TOBOGANES Y LA ESTRUCTURA SOPORTE DE ESTOS EN EL ACUAPARQUE DITAIRES DE CONFENALCO ANTIOQUIA UBICADO EN LA CALLE 39 NO. 56-69. DEL MUNICIPIO DE ITAGUI.”

Remarcó que el amparo se limita a eventos ocurridos durante y con ocasión de la ejecución de la obra civil correspondiente al mantenimiento e intervención para la puesta en funcionamiento de los toboganes y su estructura, sin embargo, de los hechos de la demanda se desprende que el evento reclamado ocurrió mucho tiempo después de culminada la obra de mantenimiento de los toboganes y, por ende, después de finalizado el contrato 20170475, por lo que no es posible jurídica, ni contractualmente, la afectación de la póliza. Adicionalmente, en ella no figura como asegurada o beneficiaria la entidad llamante en garantía, careciendo de legitimación en la causa por activa. Formuló los siguientes medios exceptivos:

(i) falta de legitimación en la causa por activa de Comfenalco Antioquia para llamar en garantía a Berkley International Seguros Colombia S.A., con cargo a la póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento no. 4528; (ii) imposibilidad jurídica y contractual de afectar la póliza por no encontrarse vigente al momento de la ocurrencia del evento reclamado.

6. Finalmente, Comfenalco llamó en garantía a la sociedad Edospina S.A.S en Reorganización quien fabricó e instaló los toboganes en el 2005, año de inauguración del “Acuaparque Ditaires” de propiedad del Municipio de Itagüí, con quien celebró el contrato 20170475 de prestación de servicios de mantenimiento y obra civil para la puesta en funcionamiento de los toboganes, así como de sus estructuras y obras civiles. La persona moral llamada hizo pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda principal, más no respecto al llamamiento, indicando que era probable la existencia de causas de exoneración de responsabilidad, como la culpa exclusiva de la víctima, por presencia de varios factores, tales como: sacar los pies a la hora de ingresar a la piscina, sacar manos y pies del tobogán durante de salida, mala operación en el tobogán, uso del tobogán en estado de alicoramiento, no acatamiento de instrucciones precisas, uso de joyas que pueden producir atascamiento, uso de ropa de baño indebida, acotando que el demandante no demuestra que haya seguido las instrucciones de uso del tobogán, por lo que puede concurrir culpa exclusiva de la víctima y, en consecuencia, ausencia total de responsabilidad civil.

II. LA SENTENCIA APELADA

En audiencia de 19 de septiembre de 2023 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín dispuso:

“PRIMERO: SE DESESTIMAN las pretensiones de la demanda invocadas por la parte demandante, al no probarse la totalidad de los presupuestos axiológicos de la acción de RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL y de RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL invocadas con fundamento en los argumentos y análisis probatorio, realizados en esta sentencia.

SEGUNDO: NO SE CONDENA a la parte demandante a la sanción del artículo 206 del CGP, por las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO: SE CONDENA en costas a la parte demandante por ser la vencida en este juicio civil.

CUARTO: SE FIJAN como agencias en derecho a cargo de la parte demandante y a favor de la parte demandada la suma de \$16.500.000 las cuales serán canceladas a favor de las demandadas y llamadas en garantía en partes iguales, es decir que debe pagarse por la parte demandante, la suma de \$4.125.000 para cada una de ellas...”

Para decidir de esa manera, inició su análisis con el estudio de la responsabilidad civil contractual que pretendió Norbey de Jesús Montoya Castro respecto a Comfenalco Antioquia, para lo cual señaló se requiere la verificación de tres presupuestos: (i) la existencia de un contrato válido del cual se desprendan las obligaciones que cada contratante adquirió, debiendo verificarse la validez de aquella convención de cara a los artículos 1502, 1740 y 1741 del Código Civil; (ii) que se presente un incumplimiento de las obligaciones del contrato, un cumplimiento tardío o defectuoso, lo cual inexorablemente debe producir un daño al otro contratante, daño que debe ser directamente acreditado por el reclamante, de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso; (iii) que el incumplimiento sea la causa del daño y que este sea imputable al otro contratante, es decir, que exista nexo causal entre el incumplimiento y el daño producido con aquel.

Continuó con el estudio de las obligaciones de seguridad como la que, dijo, se originó por parte del demandado, manifestando que consiste básicamente en poner al servicio del acreedor o usuario algunos instrumentos o lugares con o dentro de los cuales habrá de practicar determinada actividad. Es lo que ocurre, por ejemplo, en los establecimientos que prestan el servicio de piscinas, práctica de gimnasia o alquiler de vehículos, en estos casos la obligación del arrendador, de los locales o de los equipos, concluyendo que a su vez era obligación de medio, y consiste en poner a disposición del usuario instrumentos con todas las seguridades del caso, correspondiendo al acreedor – usuario -, demostrar alguna falla entre los equipos e instalaciones que le fueron provistas, significando que la carga de la prueba continúa en cabeza de la parte demandante, mientras que la parte demandada se puede exonerar con la existencia de una causa extraña o simplemente con la acreditación de aquella ausencia de culpa, teniendo en cuenta entonces que la obligación que tiene la demandada como operadora de parques es de medio.

Con respecto a la responsabilidad civil extracontractual invocada con relación a los

demás codemandantes, Andrea del Pilar Trujillo Arango, Luis Ángel Derly Katherine y Daniela Montoya Trujillo, expuso que se origina a partir de la inexistencia de un vínculo contractual o negocial entre las partes y sólo se presenta por cuenta de un hecho dañoso que libera un perjuicio a la víctima y que debe ser resarcido en la medida en que se prevé su existencia, además de la existencia de un nexo causal entre la conducta de quien realiza el hecho y el daño causado a la parte demandante, concluyendo que, cuando se trata de este tipo de responsabilidades, en principio le corresponde a quien la reclama demostrar los tres elementos que han sido pilares de esta acción, el hecho, el daño y el nexo causal.

Precisó que es obligación de la parte de demostrar la culpa en este tipo de responsabilidades, cuando se trata de actividades que no son catalogadas por la jurisprudencia como peligrosas, esta no se presume, y en efecto, es la parte actora la que tiene la carga de probar, no solo que su conducta fue adecuada de cara a la obligación de cuidado que tiene de sí misma, sino que la parte demandada fue la que con su actuar, omisión, negligencia, descuido o impericia generó el hecho que causó el daño.

Refirió que el contrato de prestación del servicio se perfeccionó entonces cuando el demandante y su familia pagaron el valor de la entrada al parque recreativo, y probado que el día de la ocurrencia de los hechos el demandante efectivamente estaba dentro de las instalaciones del parque operado por la demandada, después de haberse constituido un contrato verbal, lo que dedujo de la copia del reporte de incidentes -accidentes de usuario emitido por Comfenalco contenido en el archivo 5 del expediente, allí se observa que efectivamente el día 13 de junio del año 2018 se reporta un accidente y en la información del evento se relata usuario que al descender del tobogán amarillo refiere golpe a la altura del pie del miembro inferior derecho, hecho corroborado a través de los interrogatorio de parte, donde se expuso que los convocantes ingresaron al parque acuático con el fin de tener una integración de tipo familiar. Con estas pruebas y la falta de negación entonces de la parte demandada, consideró debidamente probado el primer presupuesto de la existencia de un contrato válido, del cual se derivan las obligaciones que habrán de analizarse.

En lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, concluyó la falladora que la convocada cumplió a cabalidad con aquellas obligaciones de seguridad de cara precisamente a esas normas señaladas por la parte demandante y relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones exigidas para la operación de parques recreativos, pues el dictamen de reconstrucción de accidente elaborado por el doctor Jorge Mario Vallejo, que fue objeto de contradicción, arrojó unas conclusiones sobre la manera como ocurrió el accidente, pero en parte alguna hubiese señalado que, en efecto, el incidente ocurrió por un mal funcionamiento del tobogán o por un mal diseño, anotando que aunque el fondo de la piscina no tenía la profundidad señalada -1.40 m – siendo la real de 1.05, también lo es que aquello no fue lo que verdaderamente originó el incidente, el trabajo de campo realizado por el perito con la ayuda de una persona con la misma talla y peso de Norbey de Jesús, que se lanzó en varias oportunidades de aquel tobogán, sin que en ninguno tocara el fondo de la piscina.

Agregó que observar con detenimiento el vídeo de lo sucedido el día de los hechos, de las pruebas más importantes del proceso por mostrar en tiempo real y cierto la manera como ocurrió el incidente, verificando que en la parte superior efectivamente estaba la persona que indicaba al señor Norbey la manera como debería hacer el lanzamiento. También la forma como el demandante va abriendo los brazos durante su desplazamiento y la manera como posiciona sus piernas antes de caer a la piscina. Se ve que efectivamente cae en forma muy vertical a la forma en la que normalmente caen los usuarios del tobogán, incluyendo a la persona que colaboró con el trabajo de campo, y el lesionado antes de salir de la piscina, lo hizo dando la espalda a quien está haciendo el video y de cara o de frente al tobogán, lo cual es incompatible físicamente con la manera como se presenta la caída en este tipo de atracciones, indicativo de que el demandante piscina hizo un giro dentro de la piscina, sin que pueda saberse a ciencia cierta en qué forma pudo ser una conducta atribuible a las condiciones de seguridad que aquel estaba obligado a cuidar y que escapan del alcance de la convocada Comfenalco Antioquia.

Con fundamento en el análisis probatorio concluyó la falladora que no se logró probar por la parte demandante el presupuesto del incumplimiento de las obligaciones de medio y de seguridad a cargo de Comfenalco Antioquia, por lo que no consideró satisfecho el segundo presupuesto de la acción de

responsabilidad civil contractual invocada, y bajo este panorama estimó no ser necesario analizar la existencia del tercer presupuesto, ya que la ausencia del segundo da al traste con las pretensiones de la demanda, daño que argumentó estar debidamente acreditado, no existió nexo causal entre este y algún incumplimiento atribuible a la demanda. En el mismo sentido, desestimó las pretensiones de la acción de responsabilidad civil de origen extracontractual invocada por el resto de los codemandantes.

En cuanto a la acción directa ejercida contra de la Previsora, dijo que, ante la falta de responsabilidad de la asegurada, hace innecesario analizar la relación aseguraticia, y finalmente; por sustracción de materia no analizó las excepciones de mérito formuladas por el extremo pasivo.

III. LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión fue recurrida por la parte convocante quien luego de proferida en audiencia presentó los reparos ante el juez de instancia así:

i) Desconoció el fallador que la obligación de seguridad es de resultado, y en este caso se rige por la Ley 1225 de 200y y la Resolución 543 de 2017, por lo que no se agota con la sola obligación de información y personal idóneo que brinde las indicaciones de la forma cómo se debe usar la atracción (puntos 2.1, 2.3, 2.6 y 2.11). Además, se probó un incumplimiento en relación con una culpa, lo que acreditaría, también, una obligación de medio que fue evidentemente demostrada.

ii) Se desconoció que en la fijación del litigio no se hizo referencia a un problema de diseño de la atracción, sino que el accidente se ocasionó “en la misma forma de uso de la atracción”, sin que el demandante hubiese tenido una participación en la ocurrencia del daño. Se trataba de una actividad pasiva donde la atracción es la encargada de brindar la experiencia, no se intentó hacer una aclaración, en ese sentido, sino que efectivamente se hizo. (2.2)

iii) Los mismos empleados de Comfenalco adujeron que sí se habían presentado accidentes en la atracción, pero no fueron investigados por considerarse “menores” calificativo se dio al accidente de Norbey de Jesús Montoya Castro. (2.4)

iv) El contrato 20170475 celebrado con Edospina se limitaba únicamente a temas de arreglos estéticos y nada que tuviera que ver con la funcionalidad de las atracciones. Es decir, dijeron que se hacía como un resano, “una limpieza y una pintura”, pero en ningún momento manifestaron una obligación de verificación de la de la estructura de la atracción o su funcionalidad. (2.5)

v) Reprocha la apreciación del despacho cuando concluyó que Norbey de Jesús cambió su posición inicial durante el trayecto del deslizamiento del tobogán, pero no se dice por parte del despacho cuál fue la incidencia causal en relación con ese cambio de postura. Igualmente, el perito indicó durante la contradicción el dictamen que la postura no varió a lo largo del trayecto. El despacho no explicó en qué momento desecha esa conclusión de que el actor no tuvo incidencia causal en la ocurrencia del accidente (2.7, 2.10)

vi) El juzgado no hizo pronunciamiento en lo que concierne a las conclusiones a las que se llegó o se pudo llegar a través del dictamen pericial. Esa experticia que se hizo con los pocos elementos de prueba que tuvo el experto, dada la poca colaboración de la parte demandada y la renuencia de la exhibición de los documentos y a la entrega a la que estaban obligados por su deber de colaboración, artículo 267 C. General del Proceso. (2.9 y 2.12)

En esta instancia amplió de manera sustentada los argumentos en los que fundamentó su descontento frente a la decisión proferida por el juez de instancia.

IV. CONSIDERACIONES

1. Es pacífico en el proceso que las pretensiones de Norbey de Jesús Montoya Castro se rigen por la responsabilidad contractual que tiene fuente en los artículos 1602 a 1604 del C. Civil, que implica, al igual que en la extracontractual, la existencia de un hecho dañoso, la ocurrencia de un daño o perjuicio y la relación de causalidad entre ambos.

La doctrina especializada define la responsabilidad civil contractual como la resultante de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De esa manera se ubica en el derecho de crédito

de orden privado, que solo obra entre las partes del contrato y solamente en relación con los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico¹.

2. De otro lado, frente al incumplimiento contractual demandado, aceptó la a quo la presencia de obligaciones de seguridad o deberes de protección, lo que significa que el deudor *“está obligado a cuidar de la integridad corporal del acreedor o la de las cosas que éste le ha confiado.”*² Es *“aquella en virtud de la cual una de las partes en la relación negocial se compromete a devolver sanos y salvos –ya sea a la persona del otro contratante o sus bienes– al concluir el cometido que es materia de la prestación a cargo de dicha parte estipulada, pudiendo tal obligación ser asumida en forma expresa, venir impuesta por la ley en circunstancias especiales, o, en fin, surgir virtualmente del contenido propio del pacto a través de su entendimiento integral a la luz del postulado de la buena fe que consagran con notable amplitud los artículos 1501 y 1603 del Código Civil”*³

“... ese deber puede encontrar válido origen en la expresa estipulación de las partes, las cuales, con fundamento en los dictados de la autonomía de la voluntad, se encuentran facultadas para convenir pactos de esa especie, en cuyo caso tal disposición podrá aludir tanto al contenido de la obligación, como a sus alcances, es decir, como adelante se puntualizará, podrán estas acordar que el deudor asuma simplemente una conducta ajustada a las exigencias genéricas de prudencia y diligencia o, por el contrario, subiéndole el punto a su obligación, que éste se comprometa a garantizar que no acaecerá ningún accidente en el cumplimiento del contrato que lesione la persona o los bienes del acreedor, a menos que se derive de una causa extraña, a cuyos efectos exonerativos puede, en todo caso, renunciar voluntariamente.

“Suele suceder, así mismo, que aun cuando el mencionado deber de seguridad no se encuentre explícita y abiertamente pactado por las partes, deba inferirse mediante la cabal interpretación del acuerdo negocial; o puede acontecer, igualmente, como ya se dijera, que sea la ley la que lo imponga: o, en fin, a falta de estipulación contractual o legal, que la misma finque su existencia en la naturaleza del contrato ajustado entre ellas, en cuyo caso, este debe inferirse del nexo existente entre la seguridad del contratante o la de sus bienes y la obligaciones a cargo del otro.

*“Al profundizar en el examen del contenido y los alcances del referido **deber de seguridad**, se advierte que el mismo puede consistir, como ya quedara establecido, en la ‘obligación determinada’ del deudor por medio del cual éste se compromete a evitar que el acreedor sufra cualquier accidente en el cumplimiento del contrato que lesione su persona o sus bienes, salvo, claro está,*

¹ Sent. C-1008 de 2010.

² Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de octubre de 2005 (SC-259-2005), Expo. 14491.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1º de febrero de 1993, Exp. 3532.

los originados en fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero. En esta hipótesis, como es obvio, **ocurrido el daño, se presume la culpa** del deudor, a quien incumbirá, por consiguiente, para librarse de la subsecuente responsabilidad civil, demostrar alguna de las anteriores causales de exoneración, relativas a la ausencia de nexo causal. Esclarecedores ejemplos de una obligación de seguridad de este talante se encuentran en el contrato de transporte (artículos 982, 1003 y 1880, entre otras, del Código de Comercio) y en el de depósito mercantil (artículo 1171 ejusdem), en este último caso en cuanto dicha obligación está estrechamente ligada con la de restituir.

“Empero, como igualmente ya quedara anunciado, el deber de seguridad puede trocarse, en un ‘deber general de prudencia y diligencia’ encaminado a evitar la ocurrencia de cualquier percance. En este caso, incumbe al acreedor demostrar que el deudor desatendió el deber a su cargo y, por causa de su negligencia o imprudencia, causó el daño alegado por aquél.”⁴ (negrillas intencionales)

3. La censura es reiterativa en alegar que se estaba a la vez en presencia de una obligación de resultado y debe recordarse que cuando el deudor está en capacidad de asegurar y garantizar la producción de un resultado determinado en beneficio del otro acreedor, el resultado se identifica con la prestación misma.

De otro lado, las obligaciones de medio son aquellas en las que se persigue un resultado determinado, el deudor no lo garantiza, pero se obliga, eso sí, a utilizar con diligencia todos los medios a su alcance para obtenerlo. En este caso la no obtención del resultado no implica de plano el incumplimiento del contrato. La prestación no resulta ser otra que un comportamiento diligente y prudente del deudor. Lo anterior envuelve que, en la obligación de resultado si este no se logra, se presume la culpa del deudor. En la de medio, debe probarse la culpa.

Puestas las cosas en los términos del artículo 1604 del C. Civil, en las últimas el deudor puede exonerarse de responsabilidad alegando y probando no solo causa extraña, sino su propia diligencia y prudencia, aunque no se obtenga el resultado. En las de resultado existe una modificación puesto que se presume la responsabilidad, debiendo el deudor probar causa extraña que le impidió el cumplimiento, caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima.

“... afloran entonces pautas tales como la aleatoriedad del fin último perseguido por el acreedor, conforme a la cual suele considerarse la obligación de seguridad como un mero deber general de prudencia en aquellas hipótesis en las que la conducta del deudor se orienta a la ‘satisfacción de un interés de obtención incierta’, vale decir, cuando la

⁴ SC-259-2005. Exp. 14491.

consecución del desenlace deseado por el acreedor no depende ordinariamente, ni de manera exclusiva de la diligencia del deudor, pues puede acontecer que a pesar de su esmerado empeño no se obtenga el desenlace querido por aquél, por causa de la frecuente intervención de factores de distinta estirpe que se escapan a su control. Contrariamente, si son mínimas las circunstancias azarosas que pueden frustrar el propósito anhelado por el acreedor, ese 'riesgo despreciable' permite atribuirle al deudor una obligación de seguridad determinada o de resultado.

"Del mismo modo, y estrechamente ligada con lo anteriormente dicho, la participación más o menos activa del acreedor en el cumplimiento de la obligación a cargo del deudor ha sido otro de los criterios tenidos en cuenta para efectos de resaltar la anotada distinción, de modo que si aquél (el acreedor) juega un papel eminentemente pasivo en los hechos es posible entender que el deber de seguridad a cargo del deudor suba de punto, inclusive, hasta poder ser calificado como obligación determinada o de resultado, al paso que si interviene activamente, dado que disminuye el poder de control del deudor, se podría estar ante una obligación genérica de prudencia o diligencia. Más adelante se verá cómo este criterio ha sido tenido en cuenta por esta Corporación en circunstancias similares a las de este asunto. En todo caso, valga la pena subrayarlo, suele decirse que si la obligación de que se trate no es susceptible de una graduación 'de más o de menos', no puede concebirse como de mera prudencia y diligencia.

*"En fin, dada la innegable dificultad de elaborar soluciones dogmáticas generales y abstractas e, inclusive, la de establecer un criterio único o uniforme, corresponderá al juzgador analizar las particularidades de cada caso con miras a adoptar cualquiera de tales pautas que considere idónea para distinguir si la obligación de seguridad a cargo del deudor contiene únicamente un deber genérico de diligencia o, por el contrario, el de evitar cualquier accidente en el cumplimiento del contrato que lesione a la persona del acreedor o a sus bienes, todo esto, claro está, cuando las partes o la ley no lo señalen expresamente."*⁵

4. La Corte atribuyó a la obligación de seguridad, el carácter de obligación de resultado,⁶ indicando que envolvía la garantía de que no se provocará el siniestro que materializa el riesgo, y si este se presentaba lo asume el deudor, salvo la mediación de una causa extraña, en ciertos escenarios, este tipo de obligación apenas comporta el despliegue de actos de diligencia y cuidado general respecto a un evento específico.

En providencias más recientes⁷ señaló que la obligación de seguridad puede ser: a) De medio, y en ese orden el titular del deber sólo tiene un débito de emplear la mayor diligencia y cuidado para tratar de alcanzar el fin cuya seguridad

⁵ Ibid.

⁶ de Casación Civil, Sentencia del 26 de junio de 2003, Exp. C-5906.

⁷ SC1819-2019 y SC2202-2019.

se obliga a prestar [...]; o b) De resultado, en cuyo caso la exigencia será de conjurar todo riesgo, y asumirlo en caso de llegar a ocurrir.

No obstante, la existencia y alcance de esa obligación estará supeditada a acuerdo entre las partes, imposición legal o el tipo de negocio jurídico existente entre las personas. Luego, caso a caso, debe evaluarse si la obligación de seguridad es de medio, como la de un centro médico de *evitar que el paciente contraiga infecciones intrahospitalarias* (SC2202-2019); o de resultado, como la de las empresas prestadoras del servicio público domiciliario de energía eléctrica de mantener en perfecto estado las redes e instalaciones a través de las cuales prestan el servicio (SC1819-2019).

Así las cosas, cuando se aborda un asunto enmarcado en la responsabilidad civil contractual, es necesario determinar si media una obligación de seguridad y, en caso afirmativo, para establecer si ésta comporta apenas un deber genérico de diligencia o, por el contrario, incluye también la exigencia de conjurar todo riesgo y asumirlo en caso de llegar a ocurrir, se podrá acudir a cualquiera de las pautas fijadas por la jurisprudencia civil, según las particularidades de cada caso concreto⁸.

5. En el asunto que convoca al Tribunal se observa que la actividad desplegada por Comfenalco Antioquia en su sede *Acuaparque Ditaires*, se ajusta a la descripción de Parque Acuático que incluye la Ley 1225 de 2008. En esta norma, se analizan las diversas actividades lúdicas que pueden ofrecerse bajo la modalidad de parques de diversiones, centros de entretenimiento y similares y hace una detallada relación de las condiciones de seguridad que debe gestionar quien ofrezca una labor de ese tipo.

De ahí que, mediante la Resolución 0958 de 20 de abril de 2010 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo – MINCIT –, se reglamentaron los estándares mínimos generales de seguridad que debían ofertarse previo y durante la operación de un parque acuático, especificando que las atracciones de este tipo debían ajustar su actividad a las normas sobre operación de piscinas, actualmente

⁸ SU029-24

Ley 1209 de 2008, Decreto 554 de 2015 y las Resoluciones 4113 de 2012 del Ministerio de Salud 543 de 2017 del MINCIT.

Por lo anterior, al integrar ese conjunto de normas sí se concluye que los parques acuáticos tienen una obligación de seguridad de resultado, y por ello no solo se espera de ellos que mantengan las condiciones mínimas exigidas por el ordenamiento para conjurar todos los riesgos derivados de su funcionamiento, sino además que asumen las afectaciones que sufran las personas en el uso de sus atracciones.

Norbey de Jesús Montoya Castro (acreedor) quedó físicamente bajo el control del operario de la atracción; sin ese control imposible cumplir la prestación, control que se dio en el desarrollo del contrato, como que ingresó al Acuaparque Ditaíres y con la vestimenta adecuada para ello, subió la escalera hasta la plataforma de lanzamiento del Tobogán amarillo. Luego, era necesario, por la naturaleza de la prestación y para su cabal cumplimiento, mantener la seguridad del usuario. Comfenalco se comprometió a evitar que Norbey de Jesús sufriera cualquier accidente en el cumplimiento del contrato, que lesionara su persona y como ocurrió el daño se presume su culpa, por lo que si quiere exonerarse de responsabilidad debe acreditar alguna de las causales relativas a la ausencia de nexos causal.

6. Se recuerda que la sentencia impugnada al analizar el video que en tiempo real mostró la manera como ocurrieron los hechos, dedujo: (i) que el operario da las instrucciones sobre la manera de hacer el lanzamiento; (ii) que Norbey de Jesús va abriendo los brazos durante su desplazamiento; (iii) la manera como posiciona sus piernas antes de caer a la piscina, es decir, que cayó en forma muy vertical, de manera diferente a la persona que colaboró con el perito en el trabajo de campo; (iv) que antes de salir de la piscina, el demandante lo hizo dando la espalda a quien le está haciendo el video y de cara o de frente al tobogán, lo cual es incompatible físicamente con la manera como se presenta la caída en este tipo de atracciones, indicativo de que el demandante dentro de la piscina hizo un giro; (v) que esa conducta escapa del alcance de la convocada Comfenalco Antioquia.

Observado el vídeo, la Sala difiere del análisis efectuado por la juez. En efecto, sí se ve que el despachador de Comfenalco da las instrucciones al demandante,

pero nunca, como se afirmó en la sentencia, que el demandante haya modificado durante el descenso las manos entrelazadas por detrás de la cabeza, que no tocando los codos como lo sugirió el apoderado de la demandada durante la audiencia de contradicción del dictamen. En el mismo sentido el ingreso a la piscina, lo que la juez llamó en forma muy vertical, no es visto así por el Tribunal.

En este punto quiere destacar el Tribunal el aspecto relativo a la posición en que deben ir las piernas. En el vídeo se ve que desde el lanzamiento y hasta el momento de ingreso a la piscina, las piernas estuvieron en paralelo y por delante. El artículo 49 de la resolución 543 de 2017⁹ señala los requisitos mínimos para la adecuada operación de un tobogán acuático, *“7. los usuarios se deslizarán boca arriba, con los pies por delante y nunca en posturas transversales o de cabeza”*.

Por su parte, el artículo 58 indica que, además de las obligaciones dispuestas en la ley 1209 de 2008 y demás normas que la reglamenten, modifiquen, sustituyan o deroguen, los usuarios deberán cumplir como mínimo con las siguientes obligaciones: *“11. para las atracciones que tengan deslizamiento deberán tumbarse boca arriba con las piernas cruzadas, las manos entrelazadas por detrás de la cabeza y siempre llevar los pies por delante”*.

El demandado al absolver interrogatorio aceptó que recibió la instrucción de cruzar las piernas, pero en el vídeo se observa que nunca lo hizo. Sin embargo, el instructor permitió que se deslizara por el tobogán sin el cumplimiento de esa exigencia. El perito confirma que el operario dio a la persona que colaboró en el trabajo de campo esa indicación y que así lo hizo, por lo que no puede asimilarse las varias oportunidades en que se realizaron los lanzamientos, descenso e ingreso a la piscina del colaborador, como fue grabado el vídeo por el auxiliar, con la forma en que lo hizo Norbey de Jesús Montoya Castro.

No aparece en el proceso, ni en la pericia, la incidencia que la posición de las piernas haya tenido en la causación del accidente. Era prueba a cargo de la accionada ya que corresponde a ella, según el estudio previo del tribunal, la carga

⁹ El artículo 4º de la Resolución 0880 15 de mayo de 2017 modificó el Capítulo VI PARQUES ACUÁTICOS de la Resolución 543 de 2017 “Por la cual se expide el Reglamento Técnico para Parques de Diversiones, Atracciones o Dispositivos de Entretenimiento Familiar, RETEPARQUES, en Colombia”

de demostrar la causa extraña, a lo que se suma el comportamiento del operario que permitió el lanzamiento sin verificar el acatamiento de esa instrucción.

7. Por lo demás, el perito dejó claro que la exigencia de cruzar las piernas no aparece en el aviso a que hace referencia el artículo 42 de la Resolución¹⁰. La administración del parque suministró al perito la ficha técnica siguiente:

¹⁰ **ARTÍCULO 42.- SEÑALIZACIÓN.** Además de lo establecido en el artículo 20 del presente Reglamento Técnico, los avisos de los parques acuáticos se ubicarán en la entrada de las atracciones y en las áreas especificadas en este Reglamento Técnico. Esto incluye, pero no debe limitarse a:

1. Instrucciones, como:

- a. Posiciones de arranque.
- b. Conducta esperada del usuario.
- c. Procedimientos de re-parqueo.
- d. Procedimientos de salida.
- e. Obligación de obedecer las instrucciones del operario, salvavidas y el personal a cargo.

2. Advertencias, tales como:

- a. Características del tobogán.
- b. Descripción de velocidad.
- c. Clasificaciones de la atracción.
- d. Profundidad del agua en la zona de aterrizaje o piscina de llegada.
- e. En las piscinas de aterrizaje, cuerpos de agua de aterrizaje o rampas de frenado, se debe contar con un aviso que contenga indicaciones claras al usuario de no permanencia en la zona de llegada y la necesidad de que salga de la misma lo antes posible”.

		
FICHA TECNICA PRODUCTO TERMINADO		
NOMBRE PRODUCTO	TOBOGAN KAMIKAZZE DIAMETRO 1.07M ABIERTO MODULAR	
IMAGEN DE REFERENCIA		
DESCRIPCION DEL PRODUCTO	Atracción acuática Abierta en su parte superior, color amarillo y sin opacidad, diámetro de 107 cm interno, sin curvas y con una pendiente de 51° (53%) Aproximadamente (su pendiente de caída esta diseñada casi de forma vertical, para crear la mas fuerte adrenalina al descender), recorrido de 30 m Aproximadamente desde su inicio hasta la llegada a la piscina.	
OPERACIÓN	Los toboganes deben trabajar humectados o en su defecto con una película de agua que lo recubre para no generar lesiones a los bañistas; El Kamikazze depende directamente del sistema de bombeo de agua, en donde llega un flujo determinado y constante a la pieza de salida y se distribuye a lo largo de él, el cual garantiza el deslizamiento del usuario durante el recorrido del mismo, este caudal esta calculado según el tipo de tobogán o atracción acuática. La operación correcta de un tobogán público implica como mínimo un operario en la salida del tobogán para controlar el espaciamiento correcto de los bañistas y para dar instrucciones de la correcta posición de lanzamiento. Es recomendable otro operario en la piscina de llegada evacuando rápidamente los bañistas de la misma, especialmente en los días de gran afluencia. En en area de llegada de los toboganes o la piscina de llegada en sus alrededores siempre está mojado y por ello se deben proveer pisos no resbalosos y con pendientes adecuada para asegurar buen drenaje en los alrededores de la piscina.	
AÑO DE FABRICACIÓN	2007	
AÑO MTTO Y RESTAURACIÓN	2017	
CAPACIDAD	Un bañista al tiempo sin excepción Niños mayores de 10 años, adultos menores de 60 años, Peso promedio 90 kg Altura minima de 1.0 m Carga de 360 Bañistas/hora Caudal Mínimo de 450 gpm Nivel de Adrenalina de 0-10 con 9 unds.	
RESTRICCIONES DE USO	Ver manual general para la operación de un tobogán EDOSPINA documento M-0410-Q02	
SEGURIDAD	La atracción basa su diseño bajo normas avaladas por la IAAPA y estandares internacionales como la NFPA, ASTM Sub comité F24, NTC y ley 1225 de 2008.	
ELABORDO POR	APROBO	CIUDAD Y FECHA
CRICARDO	LLOPEZ	BOGOTA D.C. OCTUBRE 15/2017

Y documento en el que señala¹¹:

DESCRIPCION DEL PRODUCTO.

Contamos con 3 toboganes con diferente recorrido, tipos de curvas, pendientes y nivel de adrenalina:

- Tobogán abierto con 3 curvas y Ø1m color naranja, recorrido aprox. De 94 m, cuenta con un nivel de Adrenalina de 0-10 con 6.
- **Tobogán Abierto Kamikazee con pendiente 51° Aprox. y recorrido de 30 m aprox. Color Amarillo y Nivel de Adrenalina de 0-10 con 9.**
- Tobogán Hidrotubo cerrado de Ø0.8mt color azul, con 2 curvas y recorrido de 80 mt aprox. Nivel de Adrenalina de 0-10 con 7.

¹¹ El resalto en amarillo fue realizado por el perito.

En un tobogán correctamente diseñado y operado es casi imposible que un bañista se accidente en la canal o en la piscina si viaja solo, ya que la mayoría de los accidentes ocurren cuando un bañista se encuentra con otro.

El control por parte del operario que atiende las salidas de los bañistas debe estar enfocado como mínimo en las siguientes normas de seguridad:

- o Un bañista al tiempo sin excepción.
- o No permitir lanzamientos de cabeza.
- o La posición más segura y preferida de lanzamiento es sentado o acostado con los pies hacia adelante.
- o Antes de permitir la salida de un bañista, esperar hasta que el anterior haya avanzado lo suficiente de tal manera que no pueda ser alcanzado por el siguiente.
- o No permitir bañistas que estén bajo la influencia de drogas o alcohol o que hagan desorden y desatiendan las Instrucciones dadas Por los Operarios.
- o Estar pendientes de bañistas que puedan encontrar dificultades en usar un tobogán, poniendo especial atención en instruirlos en procedimientos de seguridad y alertarlos de problemas potenciales, pidiéndoles si es el caso, que se retiren del tobogán.
- o No dejar que los bañistas usen el tobogán sin humectar o en seco.

Estas categorías de bañistas incluyen, pero no se limitan a:

- o Mayores de 60 años.
- o Menores de 10 años no acompañados por sus padres.
- o Menores de 3 años no pueden usar los toboganes.
- o Inválidos.
- o Mujeres embarazadas.

OPERACIÓN DE EQUIPOS MECANICOS

Una piscina con tobogán normalmente experimenta una pérdida de agua mayor que la de una piscina sin tobogán.

Esto se debe al natural salpique en la canal y al agua que sacan los bañistas en gran número entrando y saliendo continuamente de un volumen de agua relativamente pequeño.

Todas las piscinas de llegada de toboganes diseñadas por EDOSPINA, normalmente son equipadas con una válvula automática de reposición de agua en el tanque de equilibrio. Este es un elemento crítico para mantener el nivel de agua y permitir una operación segura de la piscina de llegada.

Consecuentemente es necesario el ajuste correcto de la válvula de reposición y su supervisión. Es responsabilidad del operador asegurarse que el flujo de agua se mantenga de acuerdo con las instrucciones de EDOSPINA.

Una seria exposición a peligro puede presentarse cuando el nivel de agua en el tanque de equilibrio se deja bajar y el flujo a la canal se interrumpe. En piscinas existentes que no tengan reposición automática de agua es importante mantener su nivel de manera que nunca sea menor a un metro en la pieza de llegada del tobogán.

INSTRUCCIONES PRINCIPALES PARA EL USO DEL TOBOGAN

ITEM	IMAGEN	DESCRIPCIÓN
1		SOLO UNA (1) PERSONA EN LA PIEZA DE SALIDA.
2		NO MAS DE UN (1) BAÑISTA A LA VEZ.
3		ESPACIO MINIMO ENTRE BAÑISTAS 10-20 SEGUNDOS.
4		MANTENGA LAS MANOS DENTRO DE LA CANAL.
5		MANTENGA LOS BRAZOS SIEMPRE CRUZADOS.
6		NO LO UTILICE BAJO LA INFLUENCIA DEL ALCOHOL.
7		NO LO ABORDEN EN SITIOS INTERMEDIOS.
8		SALGA INMEDIATAMENTE DE LA PISCINA DE LLEGADA.
9		NO PRACTIQUE CLAVADOS EN LA PISCINA DE LLEGADA.
10		NO SE ACONSEJA A MUJERES EMBARAZADAS.
11		ACCESO SOLO PARA LOS BAÑISTAS.
12		PARA SU SEGURIDAD NO USE JOYAS.

Detállese el número 4, da cuenta de posición de brazos tocando los codos, que es aquella a la que se refirió el apoderado de Comfenalco al cuestionar al perito, pero es evidente que esa postura no es la que exige la normatividad para toboganes que tengan deslizamientos.

8. Para la audiencia del 29 de agosto de 2023, en la que se realizaría la recepción del interrogatorio a la representante de Comfenalco, debía exhibir los siguientes documentos,

- Hoja o ficha técnica de la atracción “tobogán amarillo – kamikaze” vigente para el mes de junio del 2018, con el elemento panorama de riesgos de dicha atracción, y que hace parte de la ficha técnica.

- *Constancia de inspección documental de mantenimiento o chequeo diario de la atracción “tobogán amarillo – kamikaze” para el día 13 de junio del 2018.*
- *Constancia de inspección operativa o lista de chequeo de operaciones de la atracción “tobogán amarillo – kamikaze” para el día 13 de junio del 2018.*
- *Certificación de entrenamiento y capacitación del empleado que operaba la atracción “tobogán amarillo – kamikaze” para el día 13 de junio del 2018, en especial aquel encargado de brindar información al consumidor sobre el uso de la atracción, los cuidados que debían tenerse y los riesgos de la misma.*
- *Evidencia de señalización donde se plasmaba e informaba a los usuarios sobre la pendiente del tobogán de la atracción “tobogán amarillo – kamikaze” para el día 13 de junio del 2018 o acta de instalación de la misma.*
- *Acta de revisión y certificación de buenas condiciones de construcción, diseño y verificación de la atracción “tobogán amarillo – kamikaze” vigente para el día 13 de junio del 2018.*
- *Manual de operación y constancia de capacitación integral para la operación de la atracción “tobogán amarillo – kamikaze” vigente para el día 13 de junio del 2018.*
- *Evidencia de señalización donde se plasmaban las instrucciones de uso, advertencias y requisitos de seguridad de la atracción “tobogán amarillo – kamikaze” para el día 13 de junio del 2018 o acta de instalación de la misma.*

La prueba había sido decretada desde el 26 de octubre de 2022, pero inexplicablemente la representante legal dijo desconocer que debía cumplir esa carga, lo justificó el apoderado en que estaba a la espera de que el demandante indicara concretamente los pliegos que le eran necesarios, habida cuenta que en el archivo del llamamiento en garantía se allegaron algunos y otros estaban en poder el municipio de Itagüí, propietaria del parque. Ese descargo es inaceptable como que precisamente el despacho había hecho requerimiento previo al apoderado de la parte actora en providencia de 30 de septiembre de 2022 (archivo 89) y satisfecho por este (archivo 90), lo que motivó precisamente el proveído de 26 de octubre siguiente.

9. Ese comportamiento, que no mereció valoración alguna por la juez, a pesar de la petición en ese sentido de quien agencia los derechos de la parte actora, significa que debe tenerse como ciertos los hechos que pretendía probar. Esa conducta debe enlazarse con el decreto y práctica de la prueba pericial. El dictamen fue decretado por el juzgado y existió incumplimiento del deber de colaboración por parte de Comfenalco, en tanto, no facilitó los datos necesarios

para que el auxiliar desempeñara adecuadamente el encargo. La negativa a facilitar los documentos que debieron ser exhibidos, debe, frente a esta prueba apreciarse como indicio en contra, según el artículo 233 del C. General del Proceso.

En ese mismo sentido, indicio en contra, debe valorarse el comportamiento de la representante legal de la accionada, puesto que, a pesar de concurrir personalmente a la audiencia, no lo hizo debidamente informada sobre los hechos materia del proceso, como se lo exigía el inciso 3º del artículo 203.

10. Puestas las cosas de ese modo, ningún reproche puede hacerse al peritazgo cuando hace los siguientes hallazgos:

1. TRAYECTORIA: Cuerpo de 1.81 metros de altura y con una masa de 72 Kilogramos de peso; se desplaza de cubito dorsal por el TOBOGAN AMARILLO KAMIKAZE, desde la parte alta de la estructura (15.50 metros) que sostiene 3 TOBOGANES, sobre una superficie liza impulsado por una capa 0.5 cms de Agua, que corre por un tramo total de 30 metros de largo, en caída vertical de:

PRIMER TRAMO: De 5.3 metros de longitud con un Angulo de caída de 16º.

SEGUNDO TRAMO: De 12.0 metros de longitud con un Angulo de caída de 51º.

TERCER TRAMO: De 10.5 metros de longitud con un Angulo de caída de 7º. (Ver Planos y fotografías).

2. INTERACCIÓN: Que la interacción ocurre al momento de la salida de 7º del TOBOGAN AMARILLO KAMIKAZE con el cuerpo de agua de 1.05 metros de profundidad. (ver planos y ficha técnica).

3. VELOCIDADES: Que en razón a la existencia de una (Unidad de medida) y unas constantes específicas; se pudo realizar cálculos fisicomatemáticos, que sirvieran para determinar la velocidad aproximada a la que se desplazaba la víctima al deslizarse por el tobogán.

*Es de anotar, que los modelos y valores utilizados para calcular la **VELOCIDAD POR FRICCIÓN y SIN DESACELERACION**, en cuanto a sus variables adoptadas para la estimación de energías y velocidades; se deben calcular a partir de una unidad de medida que se identificó en la reconstrucción grafica estructural del tobogán amarillo kamikaze por un valor de 30 metros.*

*De igual manera y en razón a la Fotogrametría y el modelo de evitabilidad, se pudo demostrar la **VELOCIDAD CONTANTE SIN FRICCIÓN** a partir de la distancia (d) traducida en metros y convertida en kilómetros y el tiempo (t) en segundos y convertido en horas, se traduce a una velocidad promedio de 45 y 50 K/h y entre 9 y 10 m/s, con un aterrizaje en un área no mayor a dos metros cuadrados. (ver planos, ficha técnica y RACCT).*

4. IDENTIFICACIÓN DE EMP y EF: Se pudo identificar plenamente que el nivel real del AGUA en la PISCINA de TOBOGANES no es igual a las especificaciones técnicas que informa el ACUAPARUQUE, donde la diferencia entre lo informado y lo real es de 35 centímetros. **(ver fotografías).**

5. DESACELERACION: El tobogán Kamikaze no cuenta con un sistema de desaceleración en el último tramo de 7º, que pueda reducir ostensiblemente la velocidad de impacto al salir del tobogán en dirección al pozo de aterrizaje.

Tampoco cuando concluye que:

1. De acuerdo con el vídeo aportado por el interesado, se puede verificar que el usuario Norbey de Jesús Montoya Castro acata las instrucciones de uso de la atracción. No se observa en su comportamiento algún elemento que pueda haber tenido incidencia en el accidente.

2. Como factores propios de la atracción, se evidencia que la profundidad de la piscina no corresponde con la anunciada por el operador, pues cuenta con 35 centímetros menos de profundidad a la que se anuncia en la placa de la misma.

3. La atracción no cuenta con un sistema de desaceleración en su tramo final, por lo que la velocidad de ingreso al agua es igual a la velocidad que se desarrolla durante el recorrido y en la salida del mismo antes de impactar contra la Piscina

11. No se acreditó la culpa exclusiva de la víctima, o su intervención, siquiera en una mínima parte en la causación del resultado; a lo que se agrega que no se encontró prueba sobre el cumplimiento de cabal de todas y cada una de las normas que le imponía la normatividad que rige, en especial el uso del tobogán:

(i) No atestiguó la presencia mínima de salvavidas, uno a la salida y otro a la llegada, este encargado de evacuar rápidamente al usuario, una vez sale del tobogán o de la atracción, antes de permitir un nuevo lanzamiento o aterrizaje. (art. 39, num. 8 Resolución 543 de 2017). No debe olvidarse que se trata de una sola piscina en la que confluyen 3 toboganes, o la prueba de que solo esta en uso el tobogán amarillo y no los otros 2. Es que el salvavidas es responsable de indicar al despachador, ubicado en la parte superior de la atracción, cuándo es seguro enviar al próximo usuario, por lo menos en el video no se observa a esa persona, mucho menos dando esa indicación al despachador.

(ii) No allegó la revisión y certificación de buenas condiciones de construcción, diseño y verificación, donde incluyan entre otros, ensayos hidrodinámicos en toboganes: entradas al agua, impacto del cuerpo humano, equilibrio de la trayectoria, entre otros, los cuales, de acuerdo con las normas internacionales

como por ejemplo las establecidas en la Asociación Mundial de Parques Acuáticos (por sus siglas en inglés WWA), y con lo establecido en las normas ASTM F24 y F2376 referente a los certificados acerca de su buen funcionamiento. El fabricante del tobogán o la atracción acuática debe garantizar por escrito el cumplimiento de la norma, debe adjuntar su certificación y debe tenerla actualizada (num.21).

(iii) No acreditó la existencia del manual de operaciones donde estaban definidos los procedimientos de operaciones para el tobogán, ni de la implementación del programa de capacitación integral para los operarios de las atracciones de tipo acuático, sobre políticas y procedimientos para y sobre las instrucciones del fabricante, que incluyen. O que como mínimo hizo una capacitación mensual sobre instrucciones verbales (sugeridas por el fabricante), respecto a las reglas de uso del tobogán, atracción o dispositivo de entretenimiento que son anunciadas al usuario antes de cada ciclo de salida. (art. 41).

Recuérdese que la exhibición de documentos incluía: Constancia de inspección documental de mantenimiento o chequeo diario de la atracción “tobogán amarillo – kamikaze”; Constancia de inspección operativa o lista de chequeo de operaciones de la atracción “tobogán amarillo – kamikaze”. Certificación de entrenamiento y capacitación del empleado que operaba la atracción “tobogán amarillo – kamikaze” para en especial aquel encargado de brindar información al consumidor sobre el uso de la atracción, los cuidados que debían tenerse y los riesgos de la misma, todo ellos para el día 13 de junio del 2018.

(iv) No demostró que, a pesar de que el tramo final de llegada era de 7 grados, el fondo de agua verificado por el perito, 1,05 metros, era el adecuado dada la velocidad final de llegada, puesto que en el caso de que la frenada sea hidrostática, el fondo deberá ser proporcional a la velocidad final (artículo 46 num. 8). Además, como la velocidad por segunda era superior a 8 metros como lo determinó la experticia, debió disponer en su tramo final, de un sistema de frenada que redujera progresivamente la velocidad del usuario al caer en la piscina de aterrizaje. (num. 11).

Aparece en la piscina, piscinas de aterrizaje o piscinas de llegada, entendida como la zona por donde las personas llegan al final de un tobogán acuático, aviso visible en el piso que tiene una profundidad de 1,40 metros, pero inexistente la prueba de

que haya solicitado al fabricante las especificaciones de las dimensiones: longitud, ancho y profundidad, para reducir el riesgo de lesión. (num. 1 art. 47)

12. Llegado el análisis a este punto se concluye que las excepciones de inexistencia de causa jurídica, riesgo inherente a la actividad recreativa (deporte extremo); especificaciones técnicas del tobogán amarillo- kamikaze de acuerdo con los principios de la física que rigen la ingeniería; inexistencia de la culpa como elemento integrante de la responsabilidad civil, e inexistencia del nexo causal, son imprósperas.

13. Con relación a los perjuicios reclamados, y concretamente frente al lucro cesante dejó claro la Corte¹² que los hechos relacionados con la pérdida de un ingreso, que justifican la reclamación de perjuicio en la modalidad de lucro cesante corresponde demostrarlos a quien los reclama y enfatizó: *“En tratándose del daño, y en singular, del lucro cesante, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión.*

La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320)”.

En ese sentido debe definirse lo relativo a la posible disminución de ingresos ciertos de la víctima directa, puesto que dos actividades remunerativas se pusieron de manifiesto. La primera como concejal del Municipio de Betania (Antioquia), por lo que se allegó certificación expedida el 5 de diciembre de 2019 por el presidente del Concejo que indicaba que el demandante se desempeñaba como concejal desde el año 2016, es decir durante el periodo que culminaba en ese año (archivo 08), puesto que hubo elecciones para el siguiente, 2020-2023.

¹² Sent. 9 de septiembre de 2010 exp. 2005-00103-01.

La demanda fue presentada el 30 de abril de 2021, indicó que no fue elegido concejal para el periodo siguiente, pero que, si lo era al momento de absolver interrogatorio por renuncia de otro cabildante, aunque no dijo desde cuándo. De otro lado, los comprobantes de egreso de la Secretaría de Hacienda dan cuenta de asistencia y pago de sesiones de los meses de febrero y mayo de 2018. Es que los concejales no devengan salario, sino honorarios por cada sesión a la que asisten, y siendo así, esas falencias no permiten calificar los honorarios reclamados como ingresos ciertos.

No sucede lo mismo con el oficio de carnicero que desempañaba Norbey de Jesús en el establecimiento Carnes y Legumbres Danlly, la que puede acreditarse con los dichos de su esposa Andrea del Pilar Trujillo e hijas Derly Catherine y Daniela Montoya Trujillo, y de los testigos traídos al proceso Alix del Socorro Colorado, Juan David Díaz R., Alexander Cardona Roldán, Maryuri García Tuberquia, y frente a la cual puede presumirse ingresos de un salario mínimo legal, pero como no queda claro que tal actividad estuviese atada a una relación de índole laboral con el dueño de aquel establecimiento, como que las incapacidades obedecieron a afiliación al sistema de seguridad social por parte del Municipio de Betania, no se aplicará para, los efectos pertinentes, el factor prestacional del 25%.

Así las cosas, para efectos del lucro cesante, se tendrán en cuenta tres momentos: (i) las incapacidades (ii) desde su terminación y hasta el día de hoy y (ii) desde el proferimiento de la sentencia y hasta la vida probable de la víctima. Para la cuantificación se tendrá en cuenta el salario mínimo legal vigente, teniendo como ingreso el salario mínimo legal vigente, por cuanto tiene implícita *“la pérdida del poder adquisitivo del peso (...), ya que hasta ahora se haría efectiva la indemnización* (CSJ SC, 25 Oct. 1994, G.J. t. CCXXXI pág. 870; en el mismo sentido: CSJ SC071-99, 7 Oct. 1999, Rad. 5002; CSJ SC, 6 Ago. 2009, Rad. 1994-01268-01; CSJ SC5885-2016, 6 May. 2016, Rad. 2004-00032-01 y CSJ SC15996-2016, 29 Nov. 2016, Rad. 2005-00488-01)”.

(i) Frente a las incapacidades, la Sala reitera la postura expuesta en sentencia de 6 de septiembre de 2024, dictada dentro del radicado 05001310300720220013302 en el sentido que debe reconocerse el 100% del valor diario correspondiente a la persona que no pudo trabajar. Se acreditaron las siguientes:

Periodo	Días	Archivo 7. Pág
14 de junio a 28 de junio de 2018	15	9
29 de junio a 30 de junio de 2018	1	22
30 de junio de 2018 a 29 de julio de 2018	30	23
30 de julio de 2018 a 28 de agosto de 2018	30	28
29 de agosto al 27 de septiembre de 2018	30	34

Con relación a las demás incapacidades relacionadas en la demanda, la historia médica de la Clínica las Vegas da cuenta de algunas, pero el mismo demandante dijo que existían tres de ellas no pagadas por existir un conflicto entre la Nueva EPS y Colpensiones. No hay claridad en este tópico lo que frustra pretensión en ese sentido.

Luego, frente a las debidamente acreditadas, siendo el salario mínimo mensual legal vigente de \$ 1.423.500,00. mensual; diario \$ 54.116,00 durante 115 días serían **\$ 6.223.340,00**

(ii) Lucro cesante desde la terminación de la incapacidad y hasta hoy. Han transcurrido 78 meses desde el 28 de septiembre hasta el día de hoy, (28 de marzo) Salario mínimo legal vigente pérdida de capacidad laboral de 22,34% determinada por la Junta Médico Laboral, IPS de Calificación Reintegro Laboral, por medio de la Dra. Natalie Serrano Merchán, Especialista en Salud Ocupacional, la que compareció a sustentar debidamente su estudio.

A este respecto, la entonces Sala Tercera de Decisión Civil¹³ dijo que sostener en un proceso de esta estirpe que la única prueba de la pérdida de la capacidad Laboral sea la de la Junta Regional de Invalidez, es someter este aspecto a tarifa legal, proscrita desde la vigencia del Decreto 1400 de 1970, pero además, se olvidó *“que la importancia de los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación de Invalidez radica en que sus decisiones constituyen el fundamento jurídico autorizado, de carácter técnico científico, para proceder con el reconocimiento de las prestaciones sociales cuya base en derecho es la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. Como ya se dijo, el dictamen de las juntas es la pieza fundamental para proceder a la*

¹³ Sent. 012 de 30 de mayo de 2013 Exp. 05001 31 03 009 2008 00044 01

expedición del acto administrativo de reconocimiento o denegación de la pensión que se solicita. En este sentido, dichos dictámenes se convierten en documentos obligatorios para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que se ha hecho alusión” ¹⁴(negritas intencionales), y que su fin primordial es “calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral en caso de accidente o enfermedad” ¹⁵, de conformidad con lo previsto en la ley 100 de 1993 y en el Manual Único para la Calificación de Invalidez.

Así, frente al reconocimiento de las pensiones, el dictamen de la Junta Regional de Invalidez es el necesario para determinar la pérdida de la capacidad laboral, pero para efectos de cuantificar un daño resultante de la responsabilidad civil extracontractual, es medio de prueba que no elimina la posibilidad de acudir a otros, por ejemplo el concepto de medicina legal, el de auxiliares de la justicia y eventualmente el de médicos particulares, pudiendo frente a todos ellos ejercer el demandado el derecho de contradicción.

El ingreso base mensual para efectos de la liquidación es el siguiente:

$$\text{\$ } 1.423.500,00 \times 22,34 = 318.009,90$$

Para tal efecto, se aplicará la siguiente fórmula:

$$\text{VA} = \text{LCM} \times \text{Sn}$$

Dónde:

VA es el valor actual del lucro cesante pasado total, incluidos los intereses del 6% anual.

LCM es el lucro cesante mensual actual actualizada, en este caso, \\$ 318.009,90

Sn es el valor acumulado de la renta periódica de un peso que se paga n veces a una tasa de interés i por período.

De otro lado, la fórmula matemática para **Sn** es:

$$\text{Sn} = \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Siendo:

¹⁴ Sentencia C-1002 de 2004

¹⁵ Decreto 2463 de 2001, artículo 3°.

i = la tasa interés por período.

n = el número de meses a liquidar.

Reemplazando la fórmula:

$$\text{LCM} = \$ 318.009,90$$

$$\text{VA} = \$ \quad \times \frac{(1 + 0.005)^{78} - 1}{0.005}$$

$$\text{VA} = \$ 30.082.050,77$$

(iii) lucro cesante futuro, se tienen en cuenta los siguientes factores: Para la fecha del accidente, 13 de junio de 2018 Norbey de Jesús Montoya Castro tenía 44 años Según la Resolución 0110 de enero 22 de 2014 emanada de la Superintendencia Financiera, su vida probable es de 35.3 años, o 423,6 meses, pero se descuentan los 78 transcurridos hasta el día de hoy, 345,6 meses

$$\text{VA} = \text{LCM} \times \text{Ra}$$

Dónde:

VA es el valor del lucro cesante futuro.

LCM es el lucro cesante mensual, \$ 318.009,90

Ra es el descuento por pago anticipado.

De otro lado, la fórmula matemática para **Ra** es:

$$\frac{(1+i)^n - 1}{i (1+i)^n}$$

Siendo:

i = tasa de interés por período.

n = número de meses a liquidar.

Reemplazando la fórmula:

$$\text{Ra} = \$ 318.009,90 \times \frac{(1 + 0.005)^{345} - 1}{0.005 (1+0.005)^{345}}$$

$$\text{Total } \$ 53.101.818,63$$

14. Frente al daño moral, no será necio el transcribir párrafos de un destacado tratadista nacional, el Dr. Rafael Durán Trujillo conjuéz que fue de la Corte Suprema de Justicia:

"El perjuicio o daño moral de afectación procede de las facultades del alma, a diferencia de las que originan el daño incorporal, que lo son las facultades de la inteligencia.

"El dolor físico y el sufrimiento espiritual que afectan en muchos casos la libertad personal, la integridad y hasta la propia vida, son daños morales de afección. El sentimiento de pena y amargura por un ataque a nuestros íntimos afectos, venido de un ultraje, de un insulto, de una pérdida de un miembro de la familia o de un amigo entrañable, son daños morales de afección, intangibles, imposibles de valorar. Son el dolor ajeno, la reyerta interna de la agresión y el sentimiento, que nadie puede medir en su extensión, por el tinte imponderables que tienen y por lo grotesco que aparece a la vista de los hombres cotizar los sentimientos.

"Este es el motivo para que la indemnización o la reparación del daño moral de afección, no tenga el carácter de tal, sino de desagravio, de satisfacción a la víctima que lleva en el alma un tesoro incomparable.

"Este daño moral - dice la Corte Suprema - inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Por eso, si de reparación del daño moral se trata, ha de admitirse que como tal no es posible lograrla sino en la medida de su objetivación".

"El juez debe apreciar el daño moral de afección en un acto de conciencia personal, que puede ser arbitrario o aproximarse a lo justo: acude al arbitrio judicis" ¹⁶.

Ha considerado la Corte:

"Tal perjuicio, como se sabe, es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece, circunstancia que, si bien dificulta su determinación, no puede aparezcar el dejar de lado la empresa de tasarlos, tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. „Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de

¹⁶ NOCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL. Editorial "TEMIS", Bogotá, 1957, página 85.

carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...” (G. J. Tomo LX, pag. 290)”¹⁸.

Bajo esos presupuestos, por cuanto sólo quien padece ese dolor subjetivo conoce la intensidad con que se produjo, tal sufrimiento no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más; no obstante, como tal perjuicio no puede quedar sin resarcimiento, es el propio juez quien debe regularlos”¹⁷.

Entonces, como es prácticamente imposible dar un precio al dolor, considérese que la Corte Suprema de Justicia ha fijado a título de daño moral a favor de los padres y hermanos de la víctima fallecida una cantidad equivalente a \$53.000.000. Esta estimación, para el año en que se dispuso la condena – año 2011- representaba aproximadamente 100 SMLMV (Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 17 de noviembre de 2011); del mismo modo, en sentencia de Casación Civil del 9 de noviembre de 2016 (Rad. 11001-31-03-018-2005-00488-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta)¹⁸, la Corte reconoció a la demandante por la muerte de su cónyuge una suma de \$60.000.000,00 por concepto de perjuicios morales, es decir, igualmente cercana a 100 SMLMV de ese año 2016.

En providencia más reciente indicó que el monto puede oscilar entre un límite superior de 100 SMLMV y \$ 50.000.000,00 (SC3919 de 2021), y como tribunal de instancia ha mantenido la postura de fijar como tope máximo \$ 60.000.000,00 (SC-13925-2016, SC15996-2016, SC665-2019, SC562-2020, SC780-2020, y SC3728-2021).

Esta Sala en sentencia 035 de 18 diciembre del año anterior, Exp. 05001310300920210037201 y frente a la muerte de un ser querido, reconoció como daño moral a los padres 46 S.M.L.V. al momento del pago para cada uno y) 23 S.M.L.V. al momento del pago para hermano y abuela. Luego, atendiendo la

¹⁸ Sentencia del 10 de marzo de 1994.

¹⁷ SC 10297-2014

¹⁸ Un reajuste similar hizo la Corte en sentencia del 19 de diciembre de 2018 (Rad. 05736318900120040004201 M.P. Margarita Cabello Blanco), al fijar la compensación en \$72.000.000, es decir, 92.16 SMLMV de la época.

manera como sucedió el accidente, el tiempo de los hechos, la angustia que momentos después y luego frente a la atención médica, y posteriores cirugía y terapias, permiten deducir los sentimientos de aflicción desasosiego, pesadumbre, que señalan las reglas de la experiencia, y que no aparecen desvirtuados por la parte accionada, por lo que en este caso fija como daño moral para la víctima directa la 20 salarios mínimos mensuales vigentes al momento del pago, y 10 salarios mínimos mensuales vigentes al momento del pago para el resto de los demandantes, Andrea del Pilar Trujillo Arango, Luis Ángel Montoya Trujillo; Derly Catherine y Daniela Montoya Trujillo.

15. El daño a la vida de relación, antes denominado perjuicio fisiológico, es daño extrapatrimonial con entidad jurídica propia que incide de manera negativa en la vida social no patrimonial de la víctima directa.

“Sobre las particularidades del daño en cuestión, puntualizó (la Corte) los siguientes aspectos: a) su naturaleza es de carácter extrapatrimonial, ya que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es inasible, porque no es posible realizar una tasación que repare en términos absolutos su intensidad; b) se proyecta sobre la esfera externa del individuo; c) en el desenvolvimiento de la víctima en su entorno personal, familiar o social se revela en los impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas que debe soportar y que no son de contenido económico; d) pueden originarse tanto en lesiones de tipo físico, corporal o psíquico, como en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales; e) recae en la víctima directa de la lesión o en los terceros que también resulten afectados, según los pormenores de cada caso, por ejemplo, el cónyuge, compañero (a) permanente, parientes cercanos, amigos; f) su indemnización está enderezada a suavizar, en cuanto sea posible, las consecuencias negativas del mismo; g) es un daño autónomo reflejado “en la afectación de la vida social no patrimonial de la persona”, sin que comprenda, excluya o descarte otra especie de daño -material e inmaterial- de alcance y contenido disímil, como tampoco pueda confundirse con ellos.

“7.3.2 Si las cosas son de ese modo, resulta claro que relativamente al daño en cuestión solo resta examinar si el mismo le fue irrogado al actor, y de ser así proceder a su tasación, acudiendo al arbitrium judicis; por supuesto, que en esa tarea se atenderán las condiciones de la lesión y las secuelas que hubiere producido en los ámbitos personal, familiar y social de la víctima”¹⁹.

Deben probarse circunstancias que ameriten el resarcimiento del daño a la vida de relación, esto es que en el desarrollo de su ambiente propio, familiar o social se

¹⁹ Sentencia 20 de enero de 2008. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. No.170013103005 1993 00215 01

deje ver en los obstáculos, requerimientos, problemas, carencias, incidencias, restricciones o cambios, ya transitorios ya definitivos, que deberá soportar el demandante. Al efecto la doctrina se refiere a este detrimento como “... *el daño que sufre un sujeto a consecuencia de una lesión a su integridad psicofísica o a la salud, consistente en la disminución de las posibilidades de desarrollar normalmente su personalidad en el ambiente social...*”²⁰ aunque “De igual manera, ha precisado la Corte, que si no hay certeza de la afectación causada al demandante se impide acceder a una condena; sin embargo, existen casos en los cuales la afectación constituye un hecho notorio que no requiere prueba para ser demostrado, pues bastan las reglas de la simple experiencia y el sentido común para tener por probado el “daño a la vida de relación”²¹.

Norbey de Jesús Montoya Castro no puede permanecer de pie durante mucho tiempo, ni hacer esfuerzo, no puede utilizar zapatos cerrados, ni transitar por caminos o vías pendientes, lo que limita su actividad con la comunidad rural del municipio de Betania debido a su actividad política, esas secuelas que afectan su ámbito personal, familiar y social, ameritan resarcimiento que fija la Sala en 15 salarios mínimos mensuales vigentes al momento del pago.

16. De otro lado, rememórese que Andrea del Pilar Trujillo Arango, Luis Ángel Montoya Trujillo, Derly Catherine y Daniela Montoya Trujillo ejercieron acción de responsabilidad civil extracontractual contra Comfenalco y acción directa contra La Previsora Compañía de Seguros S.A. con fundamento en la póliza “*seguros de responsabilidad civil no. 3000617*”, el seguro amparaba la responsabilidad extracontractual y constatado que cubre el amparo de perjuicios extrapatrimoniales hasta la suma de (\$12.000.000.000,00), se impondrá condena en su contra por la suma reconocida a aquellos convocantes por perjuicios morales, 10 salarios mínimos mensuales vigentes al momento del pago para cada uno.

Con relación a la acción directa ejercida por Norbey de Jesús, la misma resulta impróspera, puesto que la responsabilidad de Comfenalco frente a él fue de naturaleza contractual y no existe póliza de seguro que la ampare.

²⁰ Bianca C. Massimo, Diritto Civile, V, La Responsabilità, Giuffrè, Milano, 1994, pág. 184 citado en Sentencia de mayo de 2008. M.P. César Julio Valencia Copete Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01

²¹ STC 16743-2019

17. Comfenalco llamó en garantía a la sociedad Berkley International Seguros Colombia S.A. con fundamento en el contrato de prestación de servicios y mantenimiento de obra civil celebrado con Edospina S.A.S. para la puesta a punto de los toboganes y estructuras civiles, que constituyen una de las atracciones recreativas más importantes del parque Acuático Ditaires. En el aludido contrato, Edospina S.A.S. se obligó a expedir pólizas de cumplimiento, calidad de bienes y servicios, de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y de responsabilidad civil extracontractual, pólizas expedidas por la llamada en garantía y vigentes para el día de los hechos, pero evidente que la póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento No. 4528 ni se encontraba vigente para el momento del siniestro, pero en especial porque tuvo por objeto *INDEMINIZAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PATRIMONIALES OCASIONADOS A TERCERAS PERSONAS DERIVADOS EN EL CONTRATO NO. 20170475, CUYO OBJETO ES REALIZAR LA INTERVENCION DE MANTENIMIENTO Y OBRA CIVIL RELACIONADA CON LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LOS TRES (3) TOBOGANES Y LA ESTRUCTURA SOPORTE DE ESTOS EN EL ACUAPARQUE DITAIRES DE CONFENALCO ANTIOQUIA UBICADO EN LA CALLE 39 NO. 56-69. DEL MUNICIPIO DE ITAGUI.*”, es decir a eventos que hubiesen sucedido durante y con ocasión de la ejecución de la obra civil correspondiente al mantenimiento e intervención para la puesta en funcionamiento de los toboganes y su estructura, pero esencialmente, Comfenalco nunca fue asegurada o beneficiaria la entidad llamante en garantía, por lo que evidente la falta de legitimación allegada por la llamada.

18. Finalmente, frente al llamado que Edospina S.A.S. tiene venereo en el contrato No. 20170475 que tuvo por objeto realizar la intervención de mantenimiento y obra civil relacionada con la puesta en funcionamiento de los tres toboganes, su estructura y soporte (archivo 14 cuaderno llamamiento).

En esa convención existió clausula de indemnidad, pero frente a cualquier daño o perjuicios originado en reclamaciones de terceros, que tuvieran como causa las actuaciones del contratista, hasta por el monto del daño o perjuicio causado (clausula décima tercera).

Como el daño o perjuicio reclamado en la demanda no tiene ninguna relación con el objeto del contrato, ni ocurrió durante su ejecución, la pretensión revérsica resulta fallida.

19. Recapitulando, se revocará la sentencia de 19 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de esta ciudad, y en su defecto, se declarará a la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia civil y contractualmente responsable de los perjuicios causado a Norbey de Jesús Montoya Castro; como consecuencia de la anterior declaración se le condenará a pagarle los daños patrimoniales y extrapatrimoniales probados, **(i)** así: por concepto de incapacidades **\$6.223.340,00**, **(ii)** por lucro cesante actual la suma de **\$30.082.050,77**; **(iii)** por lucro cesante futuro **\$53.101.818,63**, **(iv)** por daño moral el equivalente a **20** salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago y **(v)** daño a la vida de relación, **15** salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago.

Se declarará civil y extracontractualmente responsable a la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia y a la Previsora Compañía de Seguros por los perjuicios causados a las codemandantes Andrea del Pilar Trujillo Arango, Luis Ángel Montoya Trujillo, Derly Catherine y Daniela Montoya Trujillo, por lo que en razón de la prosperidad de la acción directa se condenará a la aseguradora al pago de diez (10) salarios mínimos mensuales vigentes al momento del pago para cada uno, por concepto de daño moral.

Se declararán imprósperos los llamamientos que Comfenalco hizo a Berkley International Seguros Colombia S.A. y Edospina.

Dado el resultado del recurso, se impone condena en costas, en ambas instancias, a Comfenalco y La Previsora en favor de los demandantes. Condena en costas a Comfenalco en favor de Berkley International Seguros Colombia S.A. y Edospina.

V. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín en Sala Tercera Civil de Decisión, REVOCA la sentencia de 19 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de esta ciudad, y en su defecto,

Primero. Declara a la Caja de Compensación familiar Comfenalco Antioquia civil y contractualmente responsable de los perjuicios causados a Norbey de Jesús Montoya Castro; como consecuencia de la anterior declaración se le condena a pagar: por concepto de incapacidades \$6.223.340,00; lucro cesante actual **\$30.082.050,77**; por lucro cesante futuro **\$53.101.818,63**; por daño moral el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago y por daño a la vida de relación quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago .

Segundo. Se declara civil y extracontractualmente responsable a la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia por los perjuicios morales causados a los codemandantes Andrea del Pilar Trujillo Arango, Luis Ángel Montoya Trujillo, Derly Catherine y Daniela Montoya Trujillo, y ante la prosperidad de la acción directa ejercida contra La Previsora Compañía de Seguros, se condena a la aseguradora a pagar a aquellos de diez (10) salarios mínimos mensuales vigentes al momento del pago para cada uno.

Tercero. Se Declaran imprósperos los llamamientos que hizo Comfenalco a Berkley International Seguros Colombia S.A. y Edospina S.A.S.

Cuarto. Dado el resultado de la impugnación, se condena en costas, en ambas instancias, a Comfenalco y La Previsora a favor de los demandantes. Por el resultado de los llamados, se Condena en costas en ambas instancias, a Comfenalco en favor de Berkley International Seguros Colombia S.A. y Edospina S.A.S.

Proyecto discutido y aprobado en sesión y acta No 3 -Sesión 13 del presente mes

NOTIFÍQUESE

JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado

NATTAN NISIMBLAT MURILLO
Magistrado

MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO
Magistrada
(Aclaración de Voto)

Firmado Por:

Juan Carlos Sosa Londono
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nattan Nisimblat Murillo
Magistrado
Sala 010 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Martha Cecilia Ospina Patiño
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Firma Con Aclaración De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez
jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12
Código de verificación:
630b6cbddf22bf29dc2ff396e801ca65c4f6f84c0bc4fb2fe9ba994efdd045
Documento generado en 26/03/2025 04:37:15 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA TERCERA CIVIL DE DECISIÓN

ACLARACIÓN DE VOTO

Medellín, veintiocho (28) de marzo de dos mil veinticinco (2025)

Proceso:	Verbal RC
Radicado:	05001310300220210011102
Demandante	Norbey de Jesús Montoya Castro y otros
Demandada:	Comfenalco Antioquia y otra
Sustanciador:	Dr. Juan Carlos Sosa Londoño

Me permito señalar que, si bien comparto la decisión final adoptada en la presente ponencia consistente en revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones, considero importante ACLARAR mi voto, por los argumentos que paso a exponer.

Conforme se explica en la sentencia, según la posición más reciente de la Corte Suprema de Justicia en el tema de obligaciones de seguridad, dada la dificultad para establecer un criterio uniforme de cara a calificarlas como de medios o de resultados, corresponde al juez en cada caso establecer en cual de ambas categorías puede enmarcarse la obligación de seguridad según el caso concreto, señalando dicha Corporación dos pautas esenciales para realizar la diferenciación, así:

“aleatoriedad del fin último perseguido por el acreedor, conforme a la cual suele considerarse la obligación de seguridad como un mero deber general de prudencia en aquellas hipótesis en las que la conducta del deudor se orienta a la “satisfacción de un interés de obtención incierta”, vale decir, cuando la consecución del desenlace deseado por el acreedor no depende ordinariamente, ni de manera exclusiva de la diligencia del deudor, pues puede acontecer que a pesar de su esmerado empeño no se obtenga el desenlace querido por aquél, por causa de la frecuente intervención de factores de distinta estirpe que se escapan a su control. Contrariamente, si son mínimas las circunstancias azarosas que pueden frustrar el propósito anhelado por el acreedor, ese “riesgo despreciable” permite

atribuirle al deudor una obligación de seguridad determinada o de resultado»¹.

Del mismo modo, y estrechamente ligada con lo anteriormente dicho, **la participación más o menos activa del acreedor en el cumplimiento de la obligación a cargo del deudor** ha sido otro de los criterios tenidos en cuenta para efectos de resaltar la anotada distinción, de modo que si aquél (el acreedor) juega un papel eminentemente pasivo en los hechos es posible entender que el deber de seguridad a cargo del deudor suba de punto, inclusive, hasta poder ser calificado como obligación determinada o de resultado, al paso que si interviene activamente, dado que disminuye el poder de control del deudor, se podría estar ante una obligación genérica de prudencia o diligencia. Más adelante se verá cómo este criterio ha sido tenido en cuenta por esta Corporación en circunstancias similares a las de este asunto. En todo caso, valga la pena subrayarlo, suele decirse que si la obligación de que se trate no es susceptible de una graduación 'de más o de menos', no puede concebirse como de mera prudencia y diligencia"².

En la ponencia se determina que en el caso concreto la obligación de seguridad se debe clasificar como de resultado debido a que la víctima directa quedó completamente bajo el control del operario de la atracción, esto es, se considera que el señor Montoya Castro no tuvo ninguna participación en el cumplimiento de la obligación y, además, se da a entender que de la Ley 1225 de 2008, la Resolución 958 de 2010, la Ley 1209 de 2008, el Decreto 554 de 2015 y las Resoluciones 4113 de 2012 del Ministerio de Salud y 543 de 2017 del MINCIT se concluye que la obligación de seguridad de los parques acuáticos es de resultado.

Aunque del conjunto normativo aludido, que regula las exigencias de seguridad y registro de parques acuáticos y piscinas, **sí se desprende la existencia de obligaciones de seguridad**, considero que no se puede extraer que su categorización sea como de resultado, véase que el artículo 7 de la Ley 1225 de 2008 establece los deberes y responsabilidades de los **visitantes, usuarios y operadores** de parques de diversiones, de atracciones y dispositivos de entretenimiento así:

En consideración a los riesgos inherentes para la seguridad humana en el uso de Atracciones o Dispositivos de Entretenimiento existentes y nuevos, los cuales aceptan los

¹ CSJ. Civil. Sentencia de 18 de octubre de 2005, expediente 14491. Citada en SC 093 de 2021.

² CSJ. Civil. Sentencia de 18 de octubre de 2005, expediente 14491

usuarios desde que hagan uso de los mismos, **constituirá deber de estos acatar estrictamente las instrucciones de seguridad escritas u orales impartidas por el Operador y utilizarlos de manera responsable, cuidando siempre el prevenir y mitigar los riesgos para no causar accidentes.**

En especial, constituirá deber de los visitantes de Parques de Diversiones y de los usuarios de Atracciones y Dispositivos de Entretenimiento con supervisión del operador en lo siguiente:

1. Abstenerse de ingresar a los recorridos de las Atracciones o Dispositivos de Entretenimiento bajo la influencia de alcohol, de sustancias psicotrópicas o de cualquier otra sustancia que altere el comportamiento y/o situación de alerta.

2. Utilizar apropiadamente durante todo el recorrido los equipos de seguridad tales como barras de seguridad, cinturones de seguridad y arnés, suministrados por el Operador.

3. Abstenerse de exigir a los empleados del Operador conducta distinta de las establecidas como normas de operación.

4. Respetar y hacer respetar por parte de las personas a su cargo, los accesos al Parque de Diversiones y a las diferentes Atracciones o Dispositivos de Entretenimiento.

5. Respetar y hacer respetar por parte de las personas a su cargo, las filas, las zonas de circulación y cargue, los cierres y demás zonas restringidas y mantener el orden y la compostura mientras se produce el acceso, durante el uso o la permanencia y a la salida del Parque de Diversiones y de sus Atracciones o Dispositivos de Entretenimiento y demás actividades que se desarrollen en estos.

6. Abstenerse de usar Atracciones o Dispositivos de Entretenimiento o de participar en atracciones o actividades que representen riesgo para su integridad personal o la de las personas a su cargo, en especial, por sus condiciones de tamaño, salud, edad, embarazo, mentales, psicológicas o físicas, **respetando en todo caso las instrucciones y restricciones que se suministren para el acceso a las mismas.**

7. Abstenerse y exigir de las personas a su cargo que hagan lo propio, de realizar cualquier actividad que ponga en riesgo su integridad física, la de los demás visitantes o usuarios o de los operarios y empleados del Parque de Diversiones o la integridad de los elementos, equipos, instalaciones o bienes que se encuentren en el Parque de Diversiones.

8. Abstenerse de ingresar a los cuartos de máquinas, las áreas de operación y mantenimiento y a las demás áreas restringidas del Parque de Diversiones y exigir lo mismo de las personas a su cargo.

PARÁGRAFO 1o. Los deberes de los visitantes de Parques de Diversiones y usuarios de Atracciones y Dispositivos de Entretenimiento serán divulgados en lugares visibles en las instalaciones del Parque de Diversiones y apoyados con las instrucciones de los Operadores.

PARÁGRAFO 2o. Los visitantes y operadores de Parques de Diversiones y Usuarios de Atracciones o Dispositivos de Entretenimiento serán responsables por los perjuicios que llegaren a causar originadas en conductas contrarias a los deberes que les impone la presente ley (Resaltado intencional).

De lo anterior se desprende que la misma normativa en que se funda la sentencia contempla la participación de los usuarios y visitantes en la seguridad, señalando incluso la responsabilidad por los perjuicios que lleguen a ocasionar por el incumplimiento de dichos deberes, lo que descarta que en estos casos la obligación sea de resultado, porque para que ello ocurra no debe existir participación del usuario en el cumplimiento de la obligación.

Para realizar la referida clasificación como obligación de resultado, la sentencia también se apoya en la SC1819-2019 donde la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia concluyó la existencia de obligación de seguridad de resultado en cabeza de las empresas prestadoras del servicio público domiciliario de energía eléctrica en el sentido de mantener en perfecto estado las redes e instalaciones a través de las cuales prestan el servicio, pero el caso abordado por la Corte se aleja del presente en dos puntos fundamentales, el primero, porque la Corte realizó dicha categorización con sustento en la Ley 142 de 1994 que establece de forma contundente la responsabilidad civil de dichas empresas por los daños que se causen a los usuarios y, el segundo, porque estableció dicha Corporación la no injerencia de los usuarios en el mantenimiento y reparación de las redes, lo que no se acompasa con el caso que estudia ahora este Tribunal porque tratándose de parques acuáticos de diversiones la normativa referida en párrafos precedentes no establece de forma contundente, como si lo hace la Ley 142 de 1992, una responsabilidad exclusiva de las entidad prestadora del servicio, por el contrario, se insiste, consagra expresamente también la existencia de responsabilidad en el usuario; además, la injerencia de un usuario en la labor de mantenimiento y reparación de redes de energía eléctrica es inexistente, lo que no ocurre con el uso de atracciones acuáticas como la del caso que aquí se estudia, que si implica la participación activa del usuario en el acatamiento de las medidas de seguridad adoptadas por el parque, máxime cuando se trata del uso de atracciones como un tobogán donde se requiere que la persona que hace uso de la misma, cumpla las medidas de seguridad establecidas para el ingreso y disfrute de

esta.

Ahora bien, en materia procesal la relevancia de la categorización aludida está relacionada con la carga de la prueba, porque si se concluye que se trata de obligación de resultado la carga corresponde al demandado que debe demostrar una causa extraña y, si se establece que la obligación de seguridad es de medio, la parte demandante debe acreditar que la demandada incumplió dicha obligación.

En el caso bajo examen, a pesar de que el material probatorio recaudado es escaso y que me aparto de la clasificación de la obligación de seguridad como de resultado, considero que con el dictamen pericial que concluyó un defecto en la profundidad de la piscina y con los indicios que pesan en contra de la demandada, que se desprenden de las reiteradas conductas omisivas que asumió en toda la práctica probatoria como se analiza en detalle en la sentencia de segunda instancia, se puede concluir el incumplimiento contractual de la obligación de seguridad por parte la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia y de entidad suficiente para soportar la condena impuesta.

Con todo respeto,

MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO
Magistrada

Firmado Por:

Martha Cecilia Ospina Patiño
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Civil
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

1c62b6ff50dc9a0a47a32d40afe610968ceaf65540145ee739deb391c0623327

Documento generado en 28/03/2025 08:01:46 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>