S-2022
Procedimiento: Verbal
Demandante: Diana Patricia Sánchez Rojo y otros
Demandada: Comfenalco Antioquia y otro
Radicado: 05001 31 03 001 **2018 00573** 01.
Asunto Revoca sentencia impugnada

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
-SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL-

Medellín, treinta (30) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del pasado 11 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, dentro del trámite del proceso verbal, con pretensión declarativa de Responsabilidad Civil Contractual, incoado por Diana Patricia Sánchez Rojo, María Alejandra Echeverri Sánchez, Diandra Nicole Echeverri Sánchez y Denisse Julissa Echeverri Sánchez en contra del Colegio Santa Bertilla Boscardín y Comfenalco Antioquia. Labor jurisdiccional que se acomete en el siguiente orden,

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones. Solicita el accionante se declare a los demandados civil y contractualmente responsables por los daños y perjuicios ocasionados, como consecuencia de las graves lesiones sufridas por quien en aquel entonces era menor de edad, Denisse Julissa Echeverri Sánchez, cuando se hallaba en las instalaciones del Parque Los Tamarindos de Comfenalco Antioquia, ubicado en el Municipio de San Jerónimo, en hechos ocurridos el pasado 12 de septiembre de 2008, en consecuencia, solicitaron que se le indemnicen y paguen los perjuicios que discriminó así: **i)** por lucro cesante consolidado, la suma de $3.571.528 y, **ii)** por el lucro cesante futuro, solicitó la suma de $26.542.076; **iii)** por concepto de perjuicios extrapatrimoniales en la modalidad de daños morales y daño a la vida de relación, para Denisse Julissa Echeverri Sánchez se solicitó la suma equivalente a 60 smlmv por cada concepto y, la misma suma se

solicitó para las restantes víctimas indirectas por concepto de perjuicios morales.

2. Fundamentos de hecho. Los hechos en que se fundamenta la demanda admiten el siguiente compendio:

2.1. El día 12 de septiembre de 2008, el Colegio Santa Bertilla Boscardín programó una salida institucional con sus alumnos, con el ánimo de disfrutar un día de sol en el "Parque Los Tamarindos de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia", ubicado en el municipio de San Jerónimo, entre ellos se encontraba la menor de 8 años para ese entonces, Denisse Julissa Echeverri Sánchez.

2.2. Mientras la menor Denise Julissa Echeverri Sánchez hacía la fila para ingresar en compañía de las demás compañeritas, ésta tropezó, perdió el equilibrio y cayó desde su propia altura, golpeándose fuertemente en su boca contra un bolardo.

2.3. La menor Denise Julissa Echeverri Sánchez recibió el golpe en la boca, propiamente en los dientes superiores, fracturándose la encía superior y sufriendo avulsión traumática en dientes 11 y 21 (incisivos centrales) y luxación extrusiva en diente 12 (incisivo lateral), mismos que para su edad ya habían sido mudados, perdiendo los nervios, la raíz y el hueso o encía de esas piezas dentales.

2.4. Que, que de haber existido supervisión adecuada de un adulto—profesor, la menor Denise Julissa Echeverri Sánchez no habría sufrido la caída y como tal el golpe y sus consecuencias; pues, es propio de las labores de los profesores mantener el orden y control entre los alumnos, máxime si se trata de un grupo de niñas de 8 años en promedio.

2.5. Que, para el día 12 de septiembre de 2008, el parque Los Tamarindos no le brindó a las menores visitantes del Colegio Santa Bertilla Boscardín una seguridad adecuada, pues tratándose de un grupo numeroso, no dispuso de unos postes organizadores de filas o cordones de seguridad para evitar que las menores generaran desorden y así evitar

accidentes, como el que le acaeció a la joven Denise Julissa Echeverri Sánchez, faltando así la demandada a un deber objetivo de cuidado, pues lo que le sucedió a la joven Denise Julissa Echeverri Sánchez era un hecho previsible.

2.6. Dada la magnitud y características del golpe, la menor Denise Julissa Echeverri Sánchez perdió funciones del aparato dental, como lo es masticar y triturar sus alimentos, necesarios para una adecuada nutrición, además, de alterar las funciones estética y fonética, generándose así secuelas definitivas, además de un inmenso daño psicológico.

2.7. A la joven Denise Julissa Echeverri Sánchez se le realizó dictamen de merma de capacidad laboral por el Área de Salud Pública, Laboratorio de Salud Pública, de la Facultad de Salud Pública de La Universidad de Antioquia, calificando su Pérdida de Capacidad Laboral en 2.2%.

2.8. Que, para solventar el tratamiento de la joven Julissa Echeverri, la señora Diana Patricia Sánchez Rojo ha tenido que cubrirlos de su propio bolsillo y, además, ha tenido que recurrir a créditos con entidades financieras.

2.9. Advierten, entonces, que, a raíz del accidente, tanto la víctima como su entorno familiar han sufrido perjuicios extra-patrimoniales, en la modalidad de daños morales, los cuales tasaron en la cuantía solicitada en el acápite pretensional de la demanda, ya citado.

3. Actuación procesal. Admitida la demanda el 07 de febrero de 2019 y notificados los accionados, éstos se pronunciaron a través de apoderado judicial.

3.1. El Colegio Santa Bertilla Boscardín reconoció la realización de la actividad, precisando que la misma estuvo dirigida a vincular tanto los alumnos como a sus familias, que contrario a lo manifestado por el apoderado, los estudiantes no asistieron solos, pues el objetivo de la actividad era que las familias compartieran con compañía de los alumnos,

hecho que resulta relevante, puesto que como se probará en el curso del proceso, para la fecha y hora de ocurrencia de los hechos que motivan la presente demanda, la entonces menor Denise Julissa Echeverri Sánchez se encontraba en compañía de Luz Elena Uribe, su tía, trasladando de esta manera la responsabilidad a su familiar y cuidadora.

3.2. Agregó que, tal y como fue consignado en la respuesta al derecho de petición emitida por la institución educativa, la estudiante Denise Julissa Echeverri Sánchez del grado tercero B, cuya directora de grupo era la docente Emilsen Villa Vahos, estaba en el primer grupo que ingresó al parque, que las estudiantes fueron organizadas por filas y se les indicó que debían conservar su sitio para recibir una manilla. También, que antes de terminar de distribuir las manillas, la estudiante Denise Julissa Echeverri Sánchez se salió de la fila y se puso a saltar en los separadores de la vía, espacio que no estaba autorizado para el uso de los .estudiantes y sobre lo cual recibieron instrucciones, sin embargo, a pesar de que se encontraban presentes la señora Luz Elena Uribe tía de Denise Julissa, la coordinadora de básica primaria Sor Fabiola Marín y la docente Jenny Marcela Zapata Muñoz, la menor hizo caso omiso de las instrucciones impartidas causándose una lesión al caer al suelo.

Advierte que el dictamen pericial será controvertido en el transcurso del proceso, puesto que fue elaborado en fecha 26 de septiembre de 2018 y este mismo documento definió el 05 de junio de 2018, como fecha última del procedimiento de rehabilitación dental, lo que sugiere que la valoración se efectuó en una fecha muy próxima a la culminación del tratamiento de rehabilitación oral.

Se opuso a las pretensiones y como excepciones blandió las siguientes: **i)** prescripción del derecho o caducidad de la acción; **ii)** falta de prueba de las obligaciones contractuales entre Denise Julissa Echeverri Sánchez o su acudiente y el colegio Santa Bertilla Boscardini y falta de prueba del incumplimiento de las mismas para la fecha 12 de septiembre de 2008; **iii)** Culpa exclusiva de la víctima; **iv)** ruptura de nexo causal, invocando hecho de un tercero y, traslado de la posición de garante; **v)** no existe prueba de la solidaridad por la cual está llamada a responder el

colegio Santa Bertilla Boscardin; **vi)** indebida prueba, valoración y tasación de perjuicios.

3.2. Por su parte, Comfenalco aceptó que suscribió la orden de servicios número 32933 con la entidad educativa en mención, para un día de sol en el Parque Los Tamarindos y, según documentación obrante en el proceso, específicamente, en el documento firmado por la rectora de la institución educativa "Colegio Santa Bertilla Boscardin", el ingreso fue coordinado por los docentes de cada grupo y por la coordinadora de básica primaria del colegio en mención, quienes indicaron a los menores que debían hacer una fila para recibir la manilla de ingreso al Parque Los Tamarindos.

Advirtió que, lo que no es cierto, es que la menor se encontrara haciendo la fila, por el contrario, según informa la rectora de la institución educativa -Señora Blanca Eulalia Gómez Aristizábal-, esta se salió de la fila haciendo caso omiso a su profesora y se puso a saltar en los separadores de la vía, espacio que no estaba autorizado para el uso de los estudiantes. Con todo, el accidente se presentó antes de su ingreso al parque, es más, no tenía ni siquiera para ese momento la manilla que la hacía acreedora a los servicios del Centro Recreativo Los Tamarindos, razón por la cual ninguna responsabilidad puede caberle a la entidad demandada.

En ese mismo orden, señaló que los daños que le produjo a la menor la caída desde su propia altura, no podían atribuírsele, en razón a que su cuidado estaba bajo la responsabilidad de su profesora de grupo, de su tía y, en especial, bajo el cuidado de su institución educativa y no bajo la responsabilidad de Comfenalco, quien en su condición de propietario del Centro Recreativo Los Tamarindos cumplió con la obligación de tener el parque para ese día en perfecto estado de funcionamiento, por lo que al momento del ingreso al parque de todo el personal de la institución educativa Colegio Santa Bertilla Boscardin, compuesto por estudiantes y por profesorado les fue proporcionado unas manillas distintivas del centro recreativo que los identificaban para poder usar el Centro recreativo.

Añadió que, tanto Comfenalco como la institución educativa, pusieron a disposición de todo el estudiantado los recursos humanos y

locativos para que pasaran un agradable día sol y esparcimiento, sin que ello implique que no se pueda presentar un accidente como el que acaeció, del que si bien puede ser admitido como previsible —como puede ser el daño por caída de cualquier persona que va por la calle caminando desprevenidamente-, no obstante, es absolutamente imposible garantizar que no se presente, porque ello implicaría inmovilizar a cada estudiante. Que en este caso no solo la menor estaba vigilada por el profesorado, especialmente por su profesora de grupo, sino también por su propia tía, quienes estaban vigilándola y cuidándola, pero aun así se cayó, debido a que no acató las órdenes que le fueron dadas.

Desconfía de que a pesar de la caída donde la niña perdió dos dientes, mismos que le fueron remplazados con posterioridad, pueda afirmarse que eso la llevó a perder el deseo de vivir, olvidándose en todo momento la realidad objetiva, debido a que según informe escolar año tras año, suministrado por el Colegio Santa Bertilla Boscardín sobre la joven Denisse Julissa, se reporta una persona totalmente normal en su desarrollo cognitivo y social.

Como excepciones blandió las que denominó: **i)** inexistencia de causa; **ii)** inexistencia de culpa; **iii)** de la causa extraña, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la tía de la niña y/o de los profesores del plantel y/o de la propia víctima o demandantes que faltaron al deber de garantes; **iv)** inexistencia de daño; **v)** hecho previsible e imposible de evitar; **vi)** enriquecimiento injustificado y la **vii)** genérica.

3.2.1. Llamamiento en garantía. En virtud de orden de servicios número 32.933, la codemandada Comfenalco llamó en garantía al Colegio Colegio Santa Bertilla Boscardín, institución educativa que, si bien reconoció la vigencia de la orden de servicio, se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía, advirtiendo que el vínculo contractual existente no obliga al Colegio a asumir el pago de las sumas a que pueda ser condenada la Caja de Compensación. Se abstuvo de formular excepciones de mérito.

4. De la sentencia impugnada. Fenecido el trámite del proceso previsto en el CGP, incluido el decreto de pruebas, el Juzgado Primero Civil

del Circuito de Medellín profirió sentencia el pasado 11 de junio de 2021, sentencia en que halló probada la excepción propuesta de prescripción por el Colegio Santa Bertilla Boscardin y de inexistencia de nexo causal, inexistencia de culpa y causa extraña propuesta por el demandado "Caja De Compensación Familiar Comfenalco Antioquia", por no haberse acreditado los supuestos de la responsabilidad civil contractual.

Luego de una semblanza de los hechos y pretensiones de la demanda, el funcionario de primera instancia pasó analizar de forma antelada la ocurrencia de la prescripción extintiva de la acción, respecto del centro educativo demandado, en donde observó que los hechos acaecieron el día 12 septiembre de 2008, para indicar que la demanda se había presentado el 30 de noviembre del año 2018 (sic), luego de que se celebrara la audiencia de conciliación extrajudicial el 24 de mayo de 2018, de modo que, si se tenía en cuenta el término de la excepción prescriptiva alegada, que era de diez (10) años, estos se cumplirían el 12 se septiembre del 2018, pero con la suspensión de los cuatro meses de la audiencia extraprocesal, la demanda tendría un plazo máximo para ser presentada, hasta el 24 de septiembre del 2018 (sic), y no se hizo dentro del plazo máximo establecido en este caso y por eso concluyó el funcionario que se había tipificado la prescripción alegada.

De otro lado, tras señalar que la entidad Comfenalco no había alegado la prescripción extintiva, emprendió el estudio de los elementos de la responsabilidad demandada, allí, conforme las declaraciones entregadas por la propia demandante y los testigos que declararon en el proceso y el dictamen decretado a objeto de dilucidar la existencia del daño reclamado, optó por denegar la existencia del nexo causal, advirtiendo que por más profesores o trabajadores de Comfenalco que existieran, la imprevisibilidad se desdibujaba ante los hechos y ocurrencia frecuente o súbitos, que tuvieron como responsable a la propia menor, devenidos del desobedecimiento de las instrucciones dadas por los docentes para la atención y seguridad de los estudiantes, como lo declararon los testigos al unísono.

Frente al deber de cuidado, de cara a la protección que la institución educativa debía brindar a los alumnos, indicó, que no se estaba

en presencia de una responsabilidad objetiva, por modo que, era necesario abordar las excepciones frente a este tipo de responsabilidad, mismas que a voces del Consejo de Estado son: a) cuando los daños provengan de caso fortuito o fuerza mayor, que superen el manejo y cuidado que la institución haya previsto; b) cuando los profesores o personal de apoyo que estén cuidando, hayan obrado con total diligencia y cuidado, c) cuando el daño se haya causado por culpa exclusiva del estudiante. Agregó el funcionario que, en este caso no existía prueba idónea de un incumplimiento de determinado contrato, es más, la propia madre de la menor reconocía la diligencia con la que obró el colegio y sus profesores al señalar las normas de conducta que fueron advertidas al estudiantado y, no solo eso, sino que también relató cómo la menor Dennise en el año 2013 tuvo un nuevo accidente en su dentadura, al caerse de una hamaca, ante lo cual indicó que la parte actora incumplió con la carga demostrativa para acreditar la existencia de los elementos de la responsabilidad civil contractual alegada.

5. De la impugnación. Concedido el recurso de apelación en primera instancia, el mismo fue admitido por este Tribunal, seguidamente, de conformidad con el artículo 14 del decreto 806 de 2020, se otorgó el término de rigor para la sustentación, el cual descorrió la parte recurrente de la manera como pasa a compendiarse.

La inconformidad del actor radicó inicialmente en el error en el que incurrió el A–quo, al momento de contabilizar el termino de prescripción, estima que, si se revisa cuidadosamente la documentación aportada con la Demanda, se puede concluir que la excepción de prescripción de la acción ordinaria no está llamada a prosperar. Al respecto, señala que la Audiencia de Conciliación se llevó a cabo entre los días 19 de abril y 24 de mayo de 2018, lo que permite concluir que la interrupción se dio durante 82 días y, con la anterior interrupción se corrió el término prescriptivo hasta el día 4 de diciembre de 2018, al tiempo que la demanda fue radicada el día 3 de diciembre de 2018, ello es, faltando un día para que operara el fenómeno prescriptivo.

Advierte así mismo el recurrente, que es claro que en el afán de salvar responsabilidades se intente justificar que la menor iba a cargo de

un adulto y es comprensible que no hubiera el número suficiente de adultos para cuidar el número de estudiantes que ingresaron ese día al parque Comfenalco; pero ello no justifica la negligencia, porque precisamente por esa falta de cuidado y por esa falta de personal adulto encargado del cuidado de los menores fue que la demandante sufrió el accidente, mismo que era previsible, pero el Colegio Santa Bertilla Boscardín no tomó las medidas necesarias para evitarlo. Advirtió, que no se puede catalogar el comportamiento de la menor como desobediencia, pues un niño a sus 8 años no es consciente de los riesgos que puede correr, como tampoco dimensiona la consecuencia de sus actos y por su naturaleza es imprudente; es por ello que requiere de la supervisión y vigilancia de un adulto.

Finalizó señalando que, el accidente que sufrió para ese momento la menor Denise Julissa no fue un caso fortuito, por lo que el hecho dañoso se generó por causa de un cumplimiento imperfecto de la prestación, como que, de un lado, el Colegio Santa Bertilla Boscardín fue negligente al no vigilar y cuidar a sus alumnos y no garantizar su seguridad y, de otro lado, el Parque recreativo Los Tamarindos creó el riesgo y no hizo nada para mitigar el mismo, pues si los bolardos no estuviesen allí, la menor Denise Julissa Echeverry no se hubiera lesionado, pues no tendría con qué tropezar y caer.

Esbozados de esta manera los antecedentes que dieron lugar a la decisión recurrida y las razones de disenso que sustentan la alzada, procede la Sala a desatar el recurso con fundamento en las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales. Encuentra la Sala satisfechos los requisitos o presupuestos procesales para que pueda abordarse el estudio de la apelación interpuesta por la parte demandada, de igual manera, no se observa que en el transcurso del proceso se haya irrumpido en alguna causal de nulidad, además, se les ha permitido a los apoderados de las

partes exponer las razones que los llevan a sustentar su tesis dentro del término de sustentación y traslado del recurso de apelación.

2. Sobre la prescripción extintiva. Planteamiento del caso. Concierne recordar inicialmente, que, en su fallo, el juez *a quo* abrió paso a la prescripción extintiva de la acción, la cual encontró configurada a favor de la institución educativa codemandada, por consiguiente, la exteriorización del recurso de apelación revela que, inicialmente, el recurrente aboga por: **i)** una correcta contabilización del término de prescripción de la acción ordinaria, de cara a la suspensión de dicho fenómeno durante la etapa de conciliación extrajudicial.

Entonces, el núcleo de la controversia, por lógica, inicialmente, gira en torno a determinar si la acción indemnizatoria ejercida por los actores, está extinta por el fenómeno de la prescripción. Veamos:

3. La prescripción es fenómeno extintivo de los derechos que el legislador determina como una forma de sanción contra el acreedor que deja pasar el tiempo sin ejercerlos. Basta entonces el simple paso del tiempo para que el fenómeno se configure y, aunque también la ley ha señalado las circunstancias en las que dicho término se interrumpe, unas veces, y en otras, se suspende, en general puede afirmarse que el curso del tiempo es inexorable. Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil y Agraria, mediante sentencia del 3 de mayo del año 2002, expediente 6153, hizo alusión a la prescripción extintiva de la siguiente manera:

> *«prescripción extintiva. Su finalidad no es otra que la de consolidar situaciones jurídicas concretas, en consideración al transcurso del tiempo. En relación con la prescripción extintiva o liberatoria, la regla general es que el plazo fijado en la ley debe computarse a partir de cuando podía ejercitarse la acción o el derecho. Sin embargo, antes de completarse el término legal de la prescripción puede verse afectada por los fenómenos jurídicos de interrupción natural o civil, y de la suspensión.»*

Se hacía imperativo impedir que las relaciones jurídicas personales se tornaran en indefinidas, por cuanto ello implicaba que las

acciones derivadas de las mismas pudieran ejercerse en cualquier momento, con prescindencia del tiempo transcurrido, por lo que para dar una respuesta a las referidas realidades, de suyo insoslayables, afloró la institución que se examina, encaminada, por una parte, a generar la extinción del respectivo derecho y, en beneficio del deudor, el fenecimiento del poder de coacción que es inherente a las obligaciones civiles.

3.1. Ahora digamos que, en nuestro sistema jurídico interno, el artículo 2535 del código Civil consagra la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales en los siguientes términos: *"…La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso del tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible"*. De otro lado, en cuanto al término de prescripción de la acción ordinaria como la que aquí se promueve, se estableció en el artículo 2536 del Código Civil (modificado por la ley 791 de 2002) que: *"…(L)a acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años.* ***Y la ordinaria por diez (10)…".***

3.2. He ahí en términos muy sucintos, el sustento jurídico de la prescripción extintiva, anticipándose la Sala advertir, que en el presente caso ocurrió una causal de suspensión, por cuyo advenimiento, cuando se presentó la demanda, la acción no había prescrito, por lo que desde ahora se impone la revocatoria de la sentencia en este aspecto. Recordemos en este punto, lo que ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia, respecto a los efectos del artículo 21 de la ley 640 de 2001, sobre el trasegar del término prescriptivo:

> *Analizado el asunto desde el punto de vista de la lógica y de la finalidad de la norma, ningún resultado absurdo o contrario a la garantía fundamental de acceso a la administración de justicia, se infiere al interpretar que el artículo 21 varias veces citado previó la suspensión de la prescripción y de la caducidad como secuela jurídica de la radicación del pliego conciliatorio.*
>
> *En efecto, si bien la conciliación prejudicial es obligatoria para ciertos procesos como el ordinario, la suspensión del término prescriptivo o el*

de caducidad mientras se realiza no genera consecuencias lesivas para los intereses de quienes en el futuro llegarán a ser parte en un estrado judicial, dado el carácter temporal y delimitado de aquella, que en ningún caso puede ser superior a los tres meses.

Así, el accionante estará habilitado para oportunamente demandar y evitar que su acción caduque o su derecho se extinga por inacción; mientras que el convocado, si se supera por el actor el límite de tiempo contemplado en la ley, podrá invocar en el juicio la "caducidad de la acción" o la "prescripción extintiva del derecho".[1]

3.3. En este caso el hecho motivo de la presente acción indemnizatoria es la lesión de la menor Denisse Julissa Echeverri Sánchez, que acaeció el 12 de septiembre de 2008, en consecuencia y, en principio, el término para promover la demanda, vencía el **12 de septiembre de 2018**.

Pero como entre el **02 de abril de 2018** (fecha en que se presentó la solicitud de conciliación) y el **24 de mayo de 2018** (fecha de la constancia de no acuerdo) estuvo suspendido (que no interrumpido) este término por la audiencia prejudicial de conciliación, durante 84 días, dicho término se extendió hasta el 04 de diciembre de 2018.

Entonces, como la demanda se presentó el 03 de diciembre de 2018, según consta en el registro del expediente, se admitió mediante auto del **07 de febrero del año 2019**, notificado por estado del 08 siguiente, de ese mismo mes y año y la institución educativa Colegio Santa Bertilla Boscardín y Comfenalco Antioquia se notificaron, aquella, el **25 de febrero de 2019** (cfr. fl 67) mientras que la entidad Comfenalco se notificó del auto admisorio de la demanda el **11 de abril de 2019** (cfr. fl. 96 cd. ppal), es por lo que a partir de estos actos se concluye: que la demanda se presentó antes que concluyera el término de 10 años; que, entre la notificación del auto admisorio de la demanda y la notificación del mismo al demandante, no corrió más de un año, en consecuencia, al amparo del artículo 94 del C. G. del P., la presentación de la demanda sí produjo efectos de suspensión, al punto que no se consumó la prescripción de la acción promovida por los

[1] CSJ. Sentencia del 18 de diciembre de 2013. M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Ref: Exp. 1100131030272007-00143-01

demandantes, por lo que en ese punto merece ser revocada la sentencia para pasar abordar el asunto en cuanto la responsabilidad que pueda caber a las demandadas.

4. El debate judicial. Ahora bien, superado el anterior punto, hemos de advertir que la controversia se trastoca a un tema puramente probatorio, pues, mientras el funcionario deduce que el personal encargado dio instrucciones y brindó el cuidado requerido por los menores que asistieron a la actividad escolar programada en el Parque los Tamarindos, por el contrario, el recurrente advierte que el Colegio Santa Bertilla Boscardín fue negligente al no vigilar y cuidar a sus alumnos y no garantizar su seguridad y, en esa misma línea, acusa que dicho Parque recreativo creó el riesgo y no hizo nada para mitigar el mismo, pues si los bolardos no estuviesen allí, la menor Denise Julissa Echeverry no se hubiera lesionado.

5. Antes de resolver el recurso por este flanco, veamos algunas consideraciones acerca del instituto jurídico aplicable al caso en cuestión:

5.1. Sobre el régimen de responsabilidad. Respecto de las diversas formas de responsabilidad civil por el hecho ajeno o de un tercero -que plantea la codificación civil-, interesa en este punto, la que surge del derecho-deber nacidas con relación al **director y docente de colegio** y el **discípulo**, la cual, se ha dicho, que tiene su origen en la genuina teoría de la dualidad de culpas representada en la vigilancia *(incumplimiento de su obligación de vigilar la actividad de su dependiente o, in vigilando)* o en la elección *(in incumplimiento del deber de elegirlo correctamente o, in eligendo)*, responsabilidad que se denomina también indirecta, pues la ejecuta persona diferente al civilmente responsable, quien debe asumir la obligación de indemnizar. Aquí la conducta del tercero compromete la de quien debe **vigilarlo**, **cuidarlo** o seleccionarlo **o educarlo**. Es, en términos generales, la responsabilidad por el hecho de las personas que están al cuidado o bajo la dependencia de otras, que, por cierto, no es de la misma naturaleza de la que origina el contrato de trabajo[2].

[2] CSJ. Sala de Casación Civil M. P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, sentencia del 15 de marzo de 11996 referencia expediente 4637.

Explica la Corte Suprema de Justicia: *"…Tradicionalmente se ha dicho que la responsabilidad por el hecho ajeno tiene su fundamento en la* ***sanción a la falta de vigilancia para quienes tienen a su cargo el sagrado depósito de la autoridad****. Es una modalidad de la responsabilidad que deriva de la propia culpa* ***al elegir (in eligendo) o al vigilar (in vigilando) a las personas por las cuales se debe responder****. También se ha sostenido que* ***el fundamento radica en el riesgo que implica tener personas por las cuales se debe responder****, por lo cual la ley ha querido que exista aquí una responsabilidad objetiva, esto es sin culpa; y modernamente se sostiene que* ***el verdadero fundamento de la responsabilidad por el hecho ajeno está, en el poder de control o dirección que tiene el responsable sobre las personas bajo su dependencia o cuidado****…"*[3]

5.2. Es preciso tener en cuenta, además, que la educación es una actividad que suele desarrollarse como una prestación de servicios, dentro de la denominada educación privada, un contrato de prestación de servicios educativos privados o contrato de enseñanza, organizada como una empresa educativa, que generalmente implica una relación de consumo y tiene perfiles de masividad de público estudiantil, lo que implica gobernar una cantidad no menor de riesgos que se suscitan durante su desarrollo. Por consiguiente, no es un despropósito estudiar el punto bajo la óptica de protección al consumidor, pues los diversos criterios en torno al punto, incluyendo el legal (ley 1480 de 2011), siempre se han inspirado en su prístino derrotero de restablecer el equilibrio alterado con sujeción a claros parámetros normativos de justicia, simetría, y equidad, que por supuesto, debe incluir a la población estudiantil.

A voces de la H. Corte Suprema: *"(...) nos parece que, en el porvenir, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual está llamada a perder su importancia en provecho de otra distinción, que tiende hoy a afirmarse cada vez más, entre el "derecho generado" "derecho común" y los "regímenes especiales de responsabilidad civil", ha admitido, en determinadas hipótesis, el deber resarcitorio del quebranto inferido a sujetos diversos,* ***precisamente en repudio de la impunidad a que conduciría la exclusión de la reparación del daño inmotivado causada a la esfera tutelada por el ordenamiento jurídico, verbi gratia, en tratándose de los intereses de consumidores y usuarios cuya protección "no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial***

[3] CSJ. Sala de Casación Civil M. P. Dr. Horacio Montoya Gil. Sentencia del 16 de julio de 1985 referencia expediente 2419

(sentencia de 28 de julio de 2005, exp. 00449-01)*, puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les* ***enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante****…" (cas. civ. 7 de febrero de 2007, exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01 [SC-016-} 2007])*[4].

5.3. Dicha medida tuitiva que no es de poca monta y se enmarca dentro de la orientación propia del derecho de comienzos de siglo XXI que tiende a dar garantías a la parte débil en el contrato, **así como a proteger al consumidor,** en este caso, de servicios educativos, en la medida en que se configura una relación de consumo entre el alumno (como consumidor) y el establecimiento educativo Colegio Santa Bertilla Boscardín (como proveedor), extendiéndose por fuerza de la finalidad buscada, al centro recreativo Parque Los Tamarindos de Comfenalco Antioquia (también como proveedor de servicios de recreación).

Acorde a lo anterior, debe quedar claro que, si bien frente a la entidad recreativa, la parte actora podría considerarse un tercero ajeno a esa relación contractual, no cabe duda, de cara a la legitimación de la entonces menor Dennise Julissa Echeverri Sánchez, que ha demostrado que fue partícipe en la ejecución del mismo, en calidad de beneficiaria de los servicios recreativos y, precisamente, en vigencia de esta cadena de negocios y actos, fue que ella sufrió los perjuicios que ahora reclama, por eso llama a juicio al Colegio y al Parque Recreacional de Comfenalco, quienes según los argumentos del recurso de apelación y el escrito introductor de la demanda, deben responder civil y contractualmente, porque tenían la obligación de vigilar y proteger a sus estudiantes menores de edad, de los riesgos que acarreaba la actividad extracurricular.

5.4. En ese orden, antes de adentrarnos al *quid* del tema, cabe anotar, que se entiende por responsabilidad civil contractual la que surge en relación a la persona, natural o jurídica, que debe responder por el daño que le ha causado a otra, por incurrir en el incumplimiento o en la ejecución tardía o imperfecta de sus obligaciones emanadas de un contrato válido que han celebrado y que los vincula como partes, de modo que al contratante

[4] Citada en sentencia Cas. Civ. sentencia de 4 de mayo de 2009, exp. 05001-3103-002- 2002-00099-01.

incumplido le corresponde reparar o indemnizar los perjuicios irrogados al otro.

Para la configuración de la responsabilidad en comento han de reunirse los siguientes presupuestos: **a)** Que exista un contrato bilateral celebrado por el demandante y el demandado. **b)** El hecho dañoso. **c)** El perjuicio. **d)** El nexo causal. **e)** La culpa.

5.5. Por la línea que se trae, para la sala, inicialmente, debe quedar claro que estamos ante la existencia de sendos contratos de condiciones uniformes para la prestación de un servicio entre las partes aquí enfrentadas, de un lado, existe un contrato de prestación de servicios educativos o contrato de matrícula con el Colegio Santa Bertilla Boscardín, dentro del cual se encontraba como beneficiaría la menor Dennise Julissa Echeverri Sánchez, contrato que sería ejecutado durante todo el año 2008, una vez iniciara el año educativo y, que hemos de entender, por supuesto que por fuerza de su correcta ejecución, incluye educación, deporte **y recreación**, en tal virtud, el centro educativo mediante orden de servicios número 32.933, optó por contratar los servicios recreacionales ofrecidos por el parque los tamarindos, a fin de compartir en familia la celebración del día de la antioqueñidad, al respecto, la Circular 109 del 28 de julio de 2008, divulgó la siguiente invitación:

PARA: PADRES DE FAMILIA ESTUDIANTES BÁSICA PRIMARIA
DE: DIRECTIVAS
FECHA: Julio 28 de 2008

Asunto: Día de la Antioqueñidad.

Cordial saludo:

Con el fin de hacer partícipes a los estudiantes de las costumbres paisas, se ha organizado el DÍA DE LA ANTIOQUEÑIDAD. Actividad familiar, espacio para compartir con sus hijos y allegados una gran variedad de comidas, dulces, música y un bingo en el cual esperamos la participación de todos.

Como una de las actividades previas a este evento, se les ofrecerá el miércoles 6 de agosto, dentro de la jornada escolar, una lonchera a los estudiantes (un perro con gaseosa), por un valor de $2.000. (Dos mil pesos m.l.)

Como nuestra prioridad este año, es la familia, la institución ofrece otro espacio de entretenimiento y recreación en compañía de sus hijos **"Un paseo familiar"** al Centro Recreativo Los Tamarindos, **el 12 de septiembre**. Costo: $25.000. por persona, incluye: transporte, ingreso, almuerzo, piscina, tobogán, río lento.

Esperamos nos apoyen en estas actividades y disfruten estos encuentros familiares que son la oportunidad para compartir en familia.

Atentamente,

DIRECTIVAS

Dice la aludida orden enviada por el Colegio: *"…confirmamos 400 cupos entre adultos niños y adultos. Opción 2, plan estudiantil…",* en efecto, el plan 2 que hacía parte del portafolio de servicios ofrecidos por Comfenalco incluía lo siguiente:

Opción 2. PLAN ESTUDIANTIL.
Incluye:

- Ingreso
- Piscinas
- Toboganes y río lento.
- Almuerzo - Menú estudiantil (sopa y seco servido en platos separados, sujeto a la programación del parque)

Valor $9.200 **IVA INCLUIDO**

5.6. No es acertado argumentar, como lo hace el apoderado de la entidad Comfenalco, la inexistencia del contrato de servicios recreativos, según indica, debido que a la menor no se le había puesto la manilla que la hacía acreedora de los servicios recreativos, pues, al analizarse todo el acontecer contractual, refulge que, para el momento de ocurrencia de los hechos, ya se había confirmado el viaje y elegido el plan estudiantil, se habían realizado adelantos de dinero, según se observa en el cruce de correos entre el Colegio y la Tesorería de la entidad recreativa, pero, tal vez, lo más importante, es que el vehículo escolar ya se encontraba dentro de las instalaciones de la entidad demandada. Según la misma representante legal de la entidad Comfenalco, Sara Arango, al relatar que existe una plazoleta que consiste en una estructura que es destinada para la organización de las personas que van a visitar el parque recreacional y que además cuenta con personal de vigilancia de Comfenalco.

No hace falta elucubrar a profundidad para entender que únicamente se le permite el ingreso a la plazoleta vehicular a las personas que van a ingresar al parque recreativo dentro de un vehículo autorizado y, en efecto, ya el grupo de estudiantes había descendido del vehículo, pues, se encontraban camino a hacer la fila para el registro y colocación de manillas, luego, siendo que se les permitió el ingreso a esa infraestructura de propiedad del parque los tamarindos, con la aquiescencia del personal encargado de la verificación documental (nombre del colegio, número de estudiantes, profesores etc.) como primer filtro de ingreso, es apenas lógico derivar que ello ocurre en un escenario contractual con la empresa que

presta los servicios recreativos y, por eso ya el contrato había empezado a ejecutarse. Ello explica la prestación de primeros auxilios a la menor por empleados del parque recreativo, así como la remisión y asunción de costos hospitalarios iniciales en el Hospital San Luis Beltrán de San Jerónimo, por parte de Comfenalco.

Contrario a lo que alega dicho apoderado judicial, la prueba de la existencia de ese vínculo no puede restringirse a la simple colocación física de la manilla en la mano de la menor, pues tal brazalete, a la postre, servía exclusivamente como signo distintivo para identificar el tipo de servicio recreativo obtenido por el Colegio, del cual era beneficiaria la menor Dennise Julissa Echeverri Sánchez, lo que permitía identificar y restringir el uso de los restantes servicios recreativos, ya que el disfrute de estos variaban dependiendo del plan elegido.

5.7. Si así son las cosas, entratándose del deber de custodia y la obligación de cuidado y protección que se cierne sobre los profesores cuando se presentan actividades extracurriculares programadas por establecimientos educativos, válido es traer a cita la jurisprudencia del Consejo de Estado para aplicarla en el campo civil en cuanto que:

> *Sobre las instituciones educativas recae la responsabilidad por los daños que **sus alumnos sufran** u ocasionen a terceros cuando se encuentran bajo la tutela de las directivas y docentes del establecimiento educativo, bien sea en sus propias instalaciones o por fuera de las mismas; pero al mismo tiempo, considera necesario resaltar que la justificación para la existencia de esta responsabilidad, se halla en el hecho de que en los establecimientos educativos escolares, normalmente se forman y educan personas menores de edad, **quienes por esta sola circunstancia se encuentran expuestas a muchos riesgos, toda vez que carecen de la madurez y buen criterio necesarios para regir sus actos y, en consecuencia, pueden incurrir en actuaciones temerarias, imprudentes, de las que se pueden derivar daños para sí mismos** o para terceros; es por eso que el artículo 2347 del Código Civil establece que "… los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado (…)", situación que sólo puede predicarse, precisamente, de quienes efectivamente requieran de ese*

cuidado. El análisis de la responsabilidad de los establecimientos e instituciones educativas debe hacerse teniendo en cuenta la calidad de los educandos que hacen parte de los mismos, toda vez que no puede ser igual la relación de dependencia y subordinación que existe entre profesores adultos y alumnos menores de edad, que la existente entre personas todas mayores de edad, que se encuentran en ese proceso de aprendizaje, a nivel escolar o superior.[5]

5.8. Dada la naturaleza y cantidad de integrantes del grupo visitante donde se encontraba la menor de 8 años de edad, para la Sala es claro que el parque recreativo los Tamarindos no podía simplemente asumir una actitud pasiva de poner a disposición del Colegio las instalaciones, **y remitir a los visitantes a la copia del reglamento visible en las instalaciones del parque**, pues, si bien es cierto que la ley 1225 de 2008, mediante la cual se regula el funcionamiento y operación de los parques recreativos, en su artículo 7 ordena que *"…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 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…";* no obstante, las medidas de seguridad a cargo del parque no podían quedar en una mera advertencia o aviso, mismas que debían extremarse, pues no se trataba de un servicio normal u ordinario, como pretende hacerlo ver la representante legal de Comfenalco, como que debía tenerse en cuenta que se trataba de un día de sol para 400 estudiantes -todos menores de edad- y, aún más delicado, que la mayoría eran menores de 10 años, entonces, nótese que la normativa a que se hizo alusión, se refiere a obligaciones especiales de visitantes y usuarios, resaltando siempre el deber de **la supervisión del operador**, por eso, en el parágrafo primero del artículo 7° señala "*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****…".* Por consiguiente, la simple presencia de esos 33 visitantes,

[5] Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07982-01(19032)

que conformaban el grupo de Dennise Julissa Echeverri Sánchez, con un promedio de 8 años, generaba un riesgo que ameritaba una planeación de medidas especiales de seguridad, como sería un personal de apoyo, que ayudaran al acatamiento por parte de los menores de las instrucciones visibles en el parque recreacional.

5.9. Pero es la misma representante legal de Comfenalco, quien confiesa que, en ese punto de control de ingreso al parque recreativo no existe, ni dispusieron desde el punto de vista logístico como medida de seguridad, personal distinto al que controla el ingreso de buses a la plazoleta destinada para el descenso de pasajeros. Por consiguiente, en relación con omisiones como la que se endilga a la entidad Comfenalco, el Consejo De Estado, citando autorizada doctrina, ha explicado lo siguiente:

> *"… así como en las conductas activas la medida de la diligencia viene representada, sobre todo, por el criterio de la previsibilidad, en la imputación por omisión interviene, además, otro elemento fundamental, como es el de la exigibilidad**, entendiendo por tal la conducta que está obligada a observar una persona para evitar o aminorar situaciones de riesgo en el marco de las relaciones sociales o de la actividad económica. En buena lógica, el grado de exigibilidad es proporcional al riesgo ínsito a esa conducta o actividad**. Como quiera que la exigencia de reducción del riesgo a cero sólo puede desembocar en una la (sic) absoluta inactividad económica y social o suponer un coste que conduciría a ese mismo resultado o fuera insoportable no sólo para el explotador, sino también para el conjunto social, el juicio de exigibilidad tiene también una formulación negativa. **En circunstancias normales es inexigible la adopción de medidas de seguridad que impliquen de hecho la inactividad o un coste insoportable o, al menos, económicamente poco racional.** Esto vendrá también modulado por la naturaleza de las necesidades que esté destinada a cubrir la actividad de que se trate. **Otra cosa es que 'in concreto' concurran circunstancias extraordinarias que exijan la adopción de medidas de seguridad también extraordinarias**.*
>
> *Enlazando cuanto se lleva dicho con la cuestión causal, **deberá considerarse causa adecuada del resultado dañoso la omisión de aquellas medidas que evitarían o aminorarían de forma apreciable***

la posibilidad de acaecimiento de hechos dañosos que normal o razonablemente cabe prever en el marco de la actividad de que se trate, atendiendo a sus circunstancias específicas. *Por el contrario, no podrá considerarse causa adecuada de un resultado dañoso la omisión de medidas de seguridad que puedan considerarse desproporcionadas en relación con la naturaleza de una determinada actividad".*[6]

6. En línea con lo anterior, es preciso dejar claro que ningún reproche válido se le puede hacer a las instalaciones en donde la niña lesionada se encontraba, de ninguna manera se le puede atribuir a la simple estructura constructiva la causa de la lesión, pues desde la teoría del riesgo jurídicamente desaprobado que cita el recurrente, no observa el Tribunal en qué punto la construcción, ubicación y/o funcionalidad de los bolardos excedieron los límites de lo permitido, al punto de poner en peligro un bien jurídico ajeno. Lo que ocurre es que, la presencia de menores de edad en el parque, alteran el normal funcionamiento de las instalaciones recreativas y obliga a tomar medidas que se salen de lo ordinario, a lo que hay que sumar, que el propietario de las instalaciones recreativas cobra un dinero por el ingreso y uso de las mismas y, por ese hecho, adquiere, ineludiblemente, la obligación de salvaguardar la seguridad de los menores, durante el tiempo que estuvieren en el establecimiento.

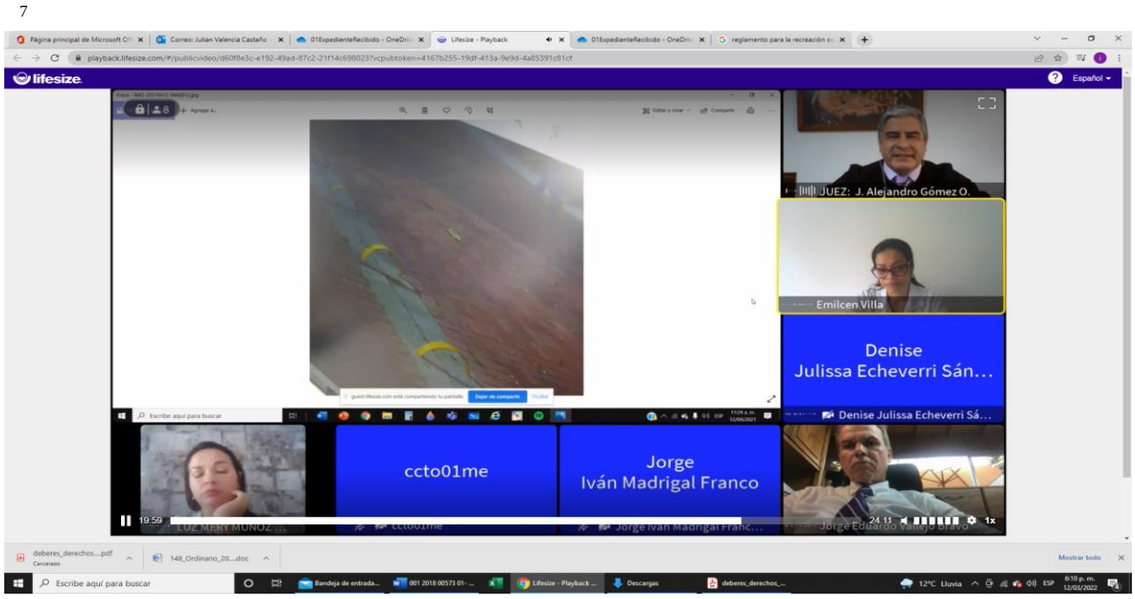
La representante legal se esmera por explicar que se trata de unos aros adheridos al cemento *"…que es una infraestructura de Comfenalco que se* ***pone para poder permitir el ingreso de los usuarios****…"* pero no puede esperarse que esa funcionalidad organizacional, sea comprendida por los menores, quienes, en pleno desarrollo mental, de maduración psicológica y autonomía comportamental, en su inocencia y afán por disfrutar la actividad extracurricular, al fragor del juego y de la diversión, solo entienden que deben ir a sortear obstáculos, por consiguiente, solo a los adultos se nos puede exigir determinado razonamiento y, en ocasiones, ni siquiera los adultos podemos ubicarnos con lucidez frente al peligro.

[6] Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero Ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010) Radicación número: 52001-23-31-000-1997-09055-01(17533)

Por eso, se insiste en que las medidas que dice tomar el parque en este tipo de contratos que consisten, según su representante legal en que: *"…realmente, nosotros tenemos el cuidado de decirle a los padres que estén muy pendientes y de la responsabilidad que ellos deben asumir con los menores de edad…",* las cuales se pueden constatar en la orden de servicios 32.933 donde se consigna "…*El responsable del programa debe estar atento al cumplimiento del reglamento y el buen comportamiento de la estadía en el Parque…" (cfr. fl. 6 cd, llamamiento en garantía),* se consideran insuficientes frente al riesgo transitorio e instantáneo, consistente en el arribo de un grupo de menores de edad, a quien no puede exigírseles, por lo menos en este caso, esa capacidad de razonar sobre la función que cumplían los círculos adheridos al cemento (bolardos)[7], por lo cual, es claro que el parque recreacional debía proporcionar personal para controlar el ingreso desde la zona de descenso de los pasajeros de los buses y estar ellos vigilantes que todos los menores tuvieran una mano que los guiara y así evitar la formación grupos de juego en zonas "*prohibidas"*, como las llama el mismo abogado de Comfenalco.

6.1. No sobra aquí hacer alusión a las Obligaciones, deberes y cargas que pueden surgir de la relación contractual. Pues, a causa de la celebración de un contrato es obvio que surjan principalmente obligaciones recíprocas, aunque también pueden surgir deberes y cargas, como aquí, que entre la institución educativa y el parque recreacional Los tamarindos se celebró un contrato de uso de las instalaciones para un día de recreación, lo cual suponía que aquella debía no sólo pagar por el uso de

7



las instalaciones –como así lo hizo-, sino prodigar control para la seguridad de los pequeños usuarios del servicio ese día, mientras que el parque también debía informar previamente al colegio sobre los riesgos potenciales que podían representar sus instalaciones para los infantes, entre ellas la instalación y ubicación de unos bolardos por la zona provisional de tránsito de personas, que para la escasa edad de los visitantes se generaba una circunstancia de mayor riesgo, pero tal parece que nada se informó específicamente sobre ello.

Es que respecto de los deberes y cargas de los contratantes, aclara el Tribunal que se diferencian de las obligaciones porque si bien no pueden exigirse judicialmente a través de una acción –porque no son obligaciones propiamente dichas-, no obstante, su incumplimiento puede acarrear sanciones para el contratante que las incumpla o simplemente pueden impedirle al otro contratante el cumplimiento de la obligación correlativa, siendo del caso citar a la Corte cuando expresa: "*Pero a su vez, por razón del contrato también aflora un conjunto determinado de cargas, esto es, aquellos comportamientos que un sujeto ha de observar con carácter necesario para alcanzar un determinado fin jurídico o una ventaja, sin que, en todo caso, su libertad de obrar sufra mengua, motivo por el cual puede aseverarse sin incurrir en desatino que éste es libre de enderezar su conducta en el sentido que mejor le parezca. Es decir, que la carga entraña una acción o una omisión indispensables para la satisfacción de un interés propio del individuo, quien, en ese orden de ideas, no puede considerarse como deudor de una prestación en favor de otro, como tampoco puede concebirse que exista un derecho del tercero a esa prestación, ni menos aún, que éste, el tercero, pueda acudir a la ejecución forzada para obtener la ejecución de ese comportamiento específico, o que pueda reclamar cualquier resarcimiento por su incumplimiento, pues es patente que la inejecución de la carga sólo perjudica al interesado quien verá frustrado el beneficio que la observancia de la conducta que de él se espera le hubiese aparejado; se trata, en síntesis, como suele subrayarlo la doctrina, de un "tener que" para "poder hacer", circunstancia que pone de presente la libertad de que dispone el individuo para realizar la conducta que de él se espera, sólo que de no efectuarla no podrá ejercer el derecho o facultad que depende de la satisfacción de la carga".*

6.2. El derecho de información que tiene el consumidor de bienes y servicios. Para su explicación se cita el articulo llamado "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta" (Arturo Solarte

Rodríguez), noviembre del 2004, artículo revista de la UP Javeriana, de la cual se cita: *En materia de información resulta pertinente mencionar que en el sistema jurídico colombiano el derecho a ser informado ha sido elevado a rango constitucional (artículos 20 y 78 de la Constitución Política) y que desde hace varios años está previsto el deber jurídico de informar adecuadamente al consumidor, tal y como lo establece el artículo 14 del decreto 3466 de 198270. Mediante el capítulo segundo de la Circular Externa 10 de 2001 (Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio), se reglamenta la información que debe suministrarse a los consumidores y cuáles son las sanciones que se pueden imponer por la información engañosa.* Y agrega el tribunal, o por la falta de información o información a medias.

6.3. Del deber de información negocial. La Sala también estima procedente traer a cita apartes de un artículo publicado en la Revista del EXTERNADO, denominado El deber de información contractual y sus límites, cuyo autor es el profesor Carlos Alberto Chinchilla Imbett Auxiliar de investigación del Departamento de Derecho Civil, Universidad Externado de Colombia, aceptado y publicado el 22 de agosto de 2011.

> ***I. La naturaleza de las relaciones negociales contemporáneas como justificación para el estudio del deber de información***
>
> *Tiempo atrás la exigencia de información relativa a los aspectos relevantes sobre los bienes y servicios involucrados en una relación contractual, era una cuestión cuando menos superficial y las más de las veces impensable, pues la naturaleza de las relaciones negociales y las características propias de los bienes y servicios parecía no requerirlo, mientras que en los tiempos modernos, debido a la complejidad de las relaciones, a la especialidad de las prestaciones y la amplitud o diversificación de productos y servicios se hace imperativa la exigibilidad del deber de información, al punto que brindar dicha información sobre los aspectos trascendentales del negocio que permitan ilustrar a la contraparte sobre la conveniencia del mismo se erige en un requerimiento que está a la orden del día. Así las cosas, el deber de información contractual, se convierte en un tema de gran envergadura, que adquiere cada vez mayor entidad, en cuanto incide en la legitimidad del contrato, el contenido de las obligaciones de las partes y la propia interpretación del negocio.*
>
> ***II. El deber de información contractual es una obligación emanada de la buena fe***
>
> *La buena fe es una regla relacional de comportamiento, cuyo contenido es objetivo y su entendimiento va siempre en función de la tutela de ambas partes en el contrato, o sea en garantía de la confianza de que mutuamente seguirán los postulados de buena fe. Por ello, no se la puede tomar con una elasticidad que le permita al obligado comportarse según su mejor saber o entender, con sacrificio del interés ajeno1. El*

sujeto debe actuar con lealtad y corrección plenas, de acuerdo con los patrones generales de conducta y, en cada caso en particular, de conformidad con los más estrictos que impone la naturaleza del contrato en cuestión. La buena fe contractual, como norma de comportamiento extiende autoridad y orientación a todo el ámbito contractual, convirtiéndose en una columna importante del contrato2.

La fuerza que tiene la buena fe dentro de su función integradora como principio general del derecho3, se ha encargado no solamente de colmar las lagunas existentes en la legislación, sino también de servir de apertura del derecho a las nuevas circunstancias que se presentan en el tráfico jurídico con una proyección innovadora. Es por ello que la buena fe da lugar a obligaciones adicionales a las convenidas por las partes, obligaciones que son inherentes a la relación contractual, y que en ningún momento entran a alterar su naturaleza4, sino por el contrario, a ajustar el comportamiento de las partes a parámetros de lealtad, diligencia, honestidad, probidad, entre otros valores, los cuales son exigibles en todas las relaciones negociales.

Así pues, la buena fe objetiva en su función integradora, obliga tanto a lo fijado en la convención, como a los cuidados generales usuales entre las personas honorables, como también a todas aquellas prestaciones accesorias que rodean el negocio en cada momento, independientemente que las partes las hayan pactado o no, de modo que sea la buena fe en la función integradora la que permita la formación permanente del contenido del contrato mediante la inclusión de reglas concretas en las que se traduce el principio5.

Siguiendo la línea de la doctrina autorizada6, podríamos afirmar que la buena fe obliga a lo dispuesto en el negocio jurídico y a los usos y costumbres usuales entre las personas honorables, como también obliga a todas aquellas prestaciones accesorias que circunscriben a cada negocio en particular teniendo en cuenta las particularidades del caso en concreto, con independencia o no de que hayan sido pactadas expresamente. Es por ello que son deberes naturales del contrato y que por virtud de la fuerza integradora de la buena fe se entienden incorporados a él los deberes de la obligación de información, de lealtad, de trasparencia, de claridad, de diligencia, de vinculación al pacto celebrado atendiendo el interés de las partes, de cooperación, de solidaridad, de no contrariar los actos propios etc.7. En fin, una forma de aplicar el principio de la buena fe a la relación contractual atendiendo a su función integradora, es afirmando la existencia de deberes contractuales que, aunque no han sido explicitados, se integran a la obligación principal declarada en el contrato o a su propósito práctico, como es el caso del deber de información contractual.

El deber de información consiste en dar noticia, informar, hacer saber a la contraparte de las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este, entre otros elementos, que permiten dentro del periodo precontractual, la determinación de la decisión de contratar en las condiciones que permitan satisfacer los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido de las obligaciones a cargo, bajo los postulados de buena fe.

Así las cosas, las reglas de conductas emanadas del principio se traducen en distintos de deberes específicos de hacer o no hacer, que

deberán ser cumplidos durante todo el iter contractual[8]; deberes estos dentro de los cuales encontramos el deber de información que recae sobre las partes contratantes[9], en el que no valen elementos abstractos, indeterminados y subjetivos, sino todo lo contrario, un comportamiento que debe valerse de elementos precisos e implícitos en las relaciones contractuales, los cuales intentaremos esbozar en el presente escrito.

III. Desigualdad de conocimientos entre los contratantes y robustecimiento del consentimiento como razón de ser del deber de información contractual

La obligación de informar encuentra su razón de ser en dos supuestos. Por una parte, la desigualdad de conocimientos entre los contratantes[10], cuyo cumplimiento pretende lograr el restablecimiento de la igualdad entre las partes evitando el ejercicio abusivo de posiciones dominantes; y por la otra, formar adecuadamente el consentimiento del contratante[11] en cuanto el cumplimiento del deber de información robustece dicho consentimiento al permitir su formación.

En el primero de sus fundamentos, el deber de información encuentra razón de ser en un desequilibrio de conocimiento entre los contratantes, ya sea debido a la forma como se construye el contrato[12] o a las circunstancias que rodean al contrato mismo, en ambos eventos la información versará sobre los sujetos contratantes, el objeto del contrato, los vicios del consentimiento, los vicios de la cosa, el contenido del contrato y los efectos de éste. En ese sentido, ese desequilibrio de conocimiento genera la obligación a la parte enterada de informar sobre todas aquellas circunstancias que rodean al negocio y que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente por su condición social, económica, intelectual o cultural.

En aquellos eventos en que la relación contractual se establece entre un profesional y un inexperto, la obligación de informar a cargo del profesional se hace más evidente. Ello debido a la necesidad de reequilibrar la relación mediante la exigencia de protección de la parte débil; al efecto se ha construido una presunción de ignorancia legítima consistente en que por el solo hecho de su condición, su conocimiento es precario, situación ésta que exige una mayor rigurosidad de la obligación de informar que recae sobre el profesional respecto de su contraparte[13].

Por su parte, el segundo supuesto en el que encuentra razón de ser el deber de información es el robustecimiento del consentimiento, robustecimiento que implica no solo comprender el mecanismo de la operación contractual a celebrar sino que se extiende hasta la plena comprensión del contenido de los derechos y obligaciones que por tal virtud se adquieren y a la valoración de los riesgos que comporta el contrato.

La información suministrada de forma clara, oportuna y transparente, determina el consentimiento, a través de la influencia que ejerce sobre el contratante en la toma de la decisión de contratar o no, y en caso de contratar bajo las condiciones que, según la información suministrada, sean favorables y protectoras de los intereses de ambas partes, así mismo en aquella situación en la que haya sido celebrado el contrato se puedan ejecutar las obligaciones teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la relación contractual en particular respetando los cánones del principio general de la buena fe.

La información comunicada deficientemente o en su defecto no comunicada, perturba el consentimiento, la voluntad común y enrarece la atmósfera contractual de forma tal que si ella se presenta en la formación del contrato, generaría un vicio desde la génesis, es por ello que el contenido del deber de informar se extiende a la información que sea relevante y suficiente en miras a la toma de una decisión, de manera que cuando se contrate se tengan todos los elementos de juicio necesarios que determinen un consentimiento pleno y sin vicio alguno.

Así pues, el cumplimiento del deber de información permite actuar en pleno uso de la libertad contractual en cuanto facilita decidir la conveniencia del negocio, prevenir los riesgos, determinar el alcance de las obligaciones y derechos asumidos. Exigir una información completa, clara y veraz no supone inhibir la autonomía contractual, muy al contrario, se erige en una garantía del principio de la autonomía privada, promueve la igualdad real entre los contratantes y el equilibrio de las fuerzas en aras del logro de la justicia contractual."

Y es que aquí se relajaron ambos contratantes, pues ni el colegio pidió información completa sobre los riesgos que circunstancialmente podía representar las instalaciones del centro recreacional en relación con los niños visitantes, como que previamente debió la institución educativa conocer las instalaciones donde iban a pasar el día los menores, si se los mira de cara al actuar inopinado, intrépido y temerario que suelen mostrar los menores de edad, quienes por su escaso desarrollo y exceso de energía no suelen medir las consecuencias de sus actos, sin que tampoco nada hubiese hecho el parque recreacional para informar esa situación peligrosa a los profesores y directivas del colegio y, mucho menos, hicieron prevención siquiera al ingreso del parque, lo que hubiere servido al menos para descargar su responsabilidad y por eso es que como lo destaca el artículo en comento, esa relajación contractual de ambos demandados les impidió prevenir en forma adecuada y suficiente los riesgos, lo que conlleva cabalmente a una corresponsabilidad en el daño padecido por los demandantes.

6.4. Es de advertirse, además, que la dirección y autoridad sobre la menor no la tenía y nunca la tuvo la señora Luz Elena Uribe, por lo menos hasta el momento de los hechos, ciertamente, existe una seria discrepancia en los testimonios de la hermanas Sor María Fabiola Marín y la señora Luz Elena Uribe, pues, mientras la religiosa manifiesta que la menor estaba acompañada de su "*tía política*" desde su llegada al parque evocando que *"…la niña pasó por delante mío (sic) y empezó a saltar, me colaboraron la tía Luz Elena que estaba ahí (….) cuando estaba ella se unió*

al grupo y bajaba con la niña…", y que, por ende, ella era quien debía ejercer la vigilancia, entre tanto, la señora Luz Elena Uribe, advierte en su declaración que llegó en otro bus con su propia hija -quien también estudiaba en ese Colegio-, cuando ya había ocurrido el insuceso y, que fue al bajarse del vehículo cuando le avisaron de lo ocurrido, lo que muestra un afán en la religiosa de desviar la responsabilidad que pudiera caberle al ente educativo.

Estima la Sala que, debido a la forma en que se obtuvo el permiso de la menor, la versión más creíble es la de la señora la señora Luz Elena Uribe, en primer lugar, porque los docentes sabían que los padres de Dennise no asistirían a la actividad y que su acudiente iba a ser otra persona, quien tenía su propia hija matriculada en esa institución, hecho que fue aceptado por las directivas del Colegio, en segundo lugar, la docente encargada del grupo, Emilcen Villa, advierte que Luz Elena Uribe no iba en el bus con la menor, que fueron de los primeros buses que llegaron y, que se había acordado entregar a la niña en las instalaciones del parque.

La hermana Sor Fabiola Marín dice que la menor iba caminando y decidió cambiarse de lado, pasando por encima de los bolardos, cayendo la menor a sus pies, que todo sucedió tan rápido que no dio tiempo de evitar el accidente y ahí es donde se demuestra que no se tomaron las precauciones debidas para el desembarco y comportamiento de los menores mientras hacían la fila, pues, como lo denuncia el demandante, tan siquiera un cordón de seguridad fue previsto. Por otro lado, la citada docente encargada del grupo, agregó que no vio nada de lo acontencido, debido a que estaba controlando el paso de los niños por la registradora y la colocación de las manillas, que estaba tranquila porque Sor Fabiola Marín venía atrás con el grupo. Pero evidentemente, lo que se deduce en este punto, es que, a la postre, ninguna de las docentes se encargó de la niña, custodiándola, mientras se la entregaban a la señora Luz Elena Uribe, entonces, ¿cómo esperaban que acatara la instrucción de no separarse, siendo que se encontraba desprovista de una mano que la guiara?

6.5. Lo verdaderamente importante entonces, es que las medidas de seguridad no eran suficientes y que tanto la coordinadora como la profesora, que estaban asignadas al grupo, si bien dieron instrucciones necesarias para advertirle a las alumnas que no se apartaran del grupo y estar al pie de ellas, estás advertencias no resultaban suficientes, pues el deber de vigilancia sobre la menor recaía en directivos, maestras, profesores, porteros, personal de logística del parque, ya que todos a una, debieron ser personas designadas por el establecimiento educativo y por el parque, para conformar una vigilancia especial y adecuada, distinta a la normalmente ofrecida a personas adultas o menores que van acompañados de un cuidador, panorama que no era el que se presentaba con motivo de la actividad extracurricular. Para el efecto, la actividad se planeó con casi dos meses de anticipación, desde el 28 de julio de 2008, tiempo suficiente para hacer recorridos y prever los posibles puntos de riesgo para la integridad de los menores, lo que explica por qué nadie, ni las directivas o el personal del parque, habla de instrucciones dirigidas específicamente a evitar juegos en los bolardos, lo cual hubiese llamado alarma a los acudientes de los niños para extremar las precauciones y la vigilancia durante ese recorrido inicial y allí faltó una coordinación entre las directivas del parque y del colegio, quienes previamente debieron conocer al dedillo los obstáculos que en esas circunstancias podían representar un peligro para los infantes, pero omitieron hacerlo y tan siquiera se habló por las directivas del parque a los profesores que pusieran cuidado con los niños para que les prohibieran jugar sobre los bolardos.

6.6. No llama a duda que, siendo la orden de servicios asomada como fuente de derecho, un contrato típico de adhesión, tampoco puede desatenderse la regla 1624 del Código Civil, que invita a una interpretación favorable a la parte más débil del negocio, en este caso, los padres de la menor, a quienes se les privó de tomar una decisión informada respecto de los riesgos que asumía al enviar a su hija al centro recreacional, cuando menos, se le debió brindar garantía que su hija se encontraría protegida por el estamento directivo y/o el personal del parque, hasta tanto se encontrara bajo la esfera de seguridad de la señora Luz Elena Uribe, pero nada de eso ocurrió, no le dieron instrucciones específicas sobre los bolardos, no la

tomaron de la mano y tampoco había alguien a su lado brindándole la seguridad requerida.

6.7. A voces de la H. Corte Suprema de Justicia:

> "*…Este ideal de protección del consumidor financiero que se encuentra en situación de indefensión, mediante reglas hermenéuticas tuitivas, ha sido acogido unánimemente por la jurisprudencia nacional. Postura explicada de forma acertada por la Corte Suprema de Justicia [(CSJ SC de marzo 4 2009, rad. n°. 11001 3103 024 1998 4175 01) así: "En consecuencia, para decirlo sin ambages, ciertas peculiaridades de los referidos contratos, relativas a la exigua participación de uno de los contratantes en la elaboración de su texto; la potestad que corresponde al empresario de imponer el contenido del negocio; la coexistencia de dos tipos de clausulado, uno necesariamente individualizado, que suele recoger los elementos esenciales de la relación; y el otro, el reglamentado en forma de condiciones generales, caracterizado por ser general y abstracto: las circunstancias que rodean la formación del consentimiento: la importancia de diversos deberes de conducta accesorios o complementarios, como los de información (incluyendo en ese ámbito a la publicidad), lealtad, claridad, entre otros; la existencia de controles administrativos a los que debe someterse: en síntesis, las anotadas singularidades y otras más que caracterizan la contratación de esa especie, se decía, le imprimen, a su vez, una vigorosa e indeleble impronta a las reglas hermenéuticas que le son propias y que se orientan de manera decidida a proteger al adherente (interpretación pro consumatore)…"*[8]

6.8. Ahora, tampoco se puede llegar el extremo de entender que se está aplicando el régimen por actividades peligrosas, pues de ser así, prácticamente los eventos institucionales con menores de 10 años desaparecerían, porque es evidente que la salida con este tipo de estudiantes, de tan corta edad, genera riegos, peligros que se salen de lo común, de lo ordinario y, ningún establecimiento educativo estaría dispuesto a que por cualquier daño o lesión que sufra en desarrollo de la actividad, se le presumiera culpable o, sin más, responsable.

[8] Corte Constitucional sentencia T-136/13. Reiterada en sentencia SC4527-2020 Radicación no. 11001-31-03-019-2011-00361-01 M. P. Francisco Ternera Barrios.

Aquí se trata de una responsabilidad con fundamento en el deber de vigilancia del docente o director y del centro recreacional, como garantes y deudores de la obligación de responder por el daño que puedan causar o sufrir, pues legalmente, se presupone que, el uno al ejercer la autoridad educativa y, el otro, cuando cobra un dinero por el ingreso a las instalaciones, asumen la seguridad de los usuarios, por consiguiente, no se trata si efectivamente pudieron o no controlar al estudiantado, **sino hasta qué punto debían hacerlo y,** es precisamente el incumplimiento de esa labor de aminoración de riesgo, la que trae consigo la responsabilidad endilgada a las entidades codemandadas, de ahí que la sentencia deba ser revocada en su integridad para abrir paso a las pretensiones indemnizatorias, siempre y cuando se hallen probadas, claro está.

7. De la pretensión indemnizatoria. En los procesos de responsabilidad civil sea del linaje que sea -contractual o extracontractual-, deviene como aspiración consecuencial a su declaración, la condena al pago de los daños y perjuicios irrogados a la víctima, **con ocasión del hecho dañoso**. De cara a ese particular anhelo en el pleito, menester es recordar que se trata de una reparación o resarcimiento del daño y perjuicio causado al demandante, siendo su primer y más esencial requisito para que sea indemnizable, **su certeza**, es decir, **que aparezca probado**. Lo que se traduce en la carga para el demandante de que trata la regla 167 del C. G. del P., no solo de demostrar la real ocurrencia del perjuicio, sino su extensión y magnitud.

Sobre el particular, cabe citar a la CSJ que, en casación del 8 de agosto del 2013 con ponencia de la Mag. Ruth Marina Díaz Rueda Exp. 11001-3103-003-2001-01402-01, expresó:

> *"9. En lo atinente a la cuantificación del daño, se tiene definido que el **mismo debe ser cierto, real y no eventual o hipotético**.*
>
> *Al respecto, esta Corporación ha expuesto que "[e]n cuanto al perjuicio que se le causa a una persona este debe ser cierto y no puramente conjetural. Naturalmente que el daño no basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario.*
>
> *"Concretado al lucro cesante la Sala, en sentencia de casación de 24 de junio de 2008, precisó lo que seguidamente se reproduce:*

> *"(…) supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual' (…) vale decir que el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afinca en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente" (sentencia de 18 de diciembre de 2009, exp. 1998-00529).*

7.1. El demandante imploró la condena al pago de perjuicios materiales en su doble connotación: daño emergente y lucro cesante, así como los perjuicios extrapatrimoniales, también en su doble connotación: perjuicios morales y daño a la vida de relación.

7.2. Como es sabido, el **daño emergente**, es el perjuicio inmediato que surge del hecho dañoso, cuantificable al momento mismo de su acaecimiento, aunque pueda tratarse de gastos futuros inminentes. **Si se trata de daños irrogados a las personas,** el *quantum* equivale a **ese valor invertido**, o el que se necesita invertir hacia el futuro, **para que la víctima recupere su salud**; comprende, los gastos médicos, clínicos, de diagnóstico, los medicamentos y, en fin, **todos aquellos elementos por los que tuvo que sufragar el perjudicado** en orden a restablecer su estado de **sanidad o el de la víctima, anterior al suceso dañoso**

Dice la parte actora, que le sobrevino este perjuicio económico, amén que tuvo que sufragar gastos odontológicos que se han originado por concepto de terapias de rehabilitación oral o dental. En efecto, no es necesario penetrar en el campo de la medicina o acudir a un intérprete para enseguida concluir que determinada lesión produce determinados efectos secundarios, pues tal deducción se realiza con base en los estudios médico-científicos que se refieren a ellos. En este caso es claro que el diagnóstico de la menor por el cual fue dirigida a urgencia de la Clínica San Luis Beltrán de San Jerónimo, fue trauma dentoalveolar de incisivos, superiores con luxación extrusiva de 11 – avulsión de 21 y contusión de 12 y 22.

De la historia clínica allegada al expediente, se puede observar que, a partir de esa fecha, según las notas de evolución, se generó un plan de atención a la paciente por la especialidad de ortodoncia, en el incisivo

central superior derecho (11) y el incisivo central superior izquierdo (21), precisamente, por la lógica disminución de la capacidad dentaria, tales como **cuidados paliativos**[9], **y**, **recomendaciones generales de manejo**, rubro en el que es **razonable** incluir, aquellos cuidados derivados del estado de la víctima, quien en mayor o menor medida, vio afectado un órgano o función vital de todo ser humano.

No es cierto que esté ausente el daño como elemento axiológico de la responsabilidad civil, como lo alega el apoderado de entidad Comfenalco, pues, quien lo padeció ha cumplido con el estándar probatorio tendiente a su acreditación, en palabras de la H. Corte Suprema[10] que: *"además de configurar el cuadro axiológico de la pretensión en comentario, definen el esquema de la carga probatoria del demandante, pues es a éste a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que éste se originó en la conducta culpable de quien demanda, porque al fin y al cabo la responsabilidad se engasta en una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció."*

Tampoco es cierto que haya una ruptura de la relación causal, por el hecho que la madre indique que la menor sufrió un accidente en el año 2013, argumento que también fue recogido por el funcionario para denegar las pretensiones de la demanda, pues, analizada al detalle la declaración de la señora Madre de la demandante, ella alude a los constantes desprendimientos de las resinas que le ponían a la menor, hasta que también un día cualquiera la niña estaba en una hamaca y se le desprendieron, lo que le permitió a la madre narrar que: *"le ponían resina eso se caía, hubo un momento en que yo me sentí muy mal, porque le habían puesto la resina ya tres veces eso se le caía, hasta que el odontólogo le grito muy feo y le dijo "es que ponga cuidado que usted tampoco es un bebé, usted tiene que cuidarse", a mí me pareció eso muy injusto porque la niña bien afectada que estaba y es médico me pareció muy injusto, que el odontólogo le gritara en el consultorio que estaba cansado de poner la resina y nos dijo que ya en sura no podían hacer nada…."*. Añade, que a raíz de lo anterior fue a consultar a la Congregación Mariana, donde le implantaron una resina más duradera

[9] *El objetivo de los cuidados paliativos es ayudar a las personas con una enfermedad grave a sentirse mejor. Estos previenen o tratan los síntomas y efectos secundarios de la enfermedad (…) los tratamientos pueden incluir. Medicamentos, Orientación nutricional, Fisioterapia, Terapia ocupacional, Terapias integradoras.* Texto tomado de la página de internet: www.medlineplus.gov/spanish/ency/patientinstructions/000536.htm

[10]. CSJ, Casación del 25 de octubre de 1999, expediente 2512.M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

"hasta que un día, no fuimos un enero, para una finca de unos amigos, en la primera semana de enero, ella estaba en una hamaca jugando así (junta ambas manos y las mueve de izquierda a derecha) ***cuando ella menos pensó volteó así (gira la cabeza hacia la derecha) cuando ahí mismo se le vinieron los dientes, entonces ese impacto y ese susto, habíamos acabado de llegar****, eso fue un trauma, la niña acomplejada yo también…"*

Obsérvese que no se trató de un accidente en los términos que pretende hacerlo ver el abogado de Comfenalco, quien argumenta que la menor se cayó de una hamaca, pues, en realidad, se trató de un desprendimiento de los dientes fracturados en el accidente ocurrido en 2008, debido al rechazo de la resina, lo que no es otra cosa que las secuelas de la lesión sufrida por la menor, hecho que además es reafirmado por la declaración del rehabilitador oral, Dr. Andrés Mauricio Ortiz Quintero, quien desempeña esa profesión desde hace 24 años y fue claro en señalar que el desprendimiento de los dientes puede ser por un golpe o **por un mal tratamiento de los mismos**, optando por esto último, para el caso de la menor Denisse Julissa Echeverri, añadiendo que *"…no fue mala praxis, sino por el trauma que hubo al momento, al no poder salvar los dientes****, esas lesiones aumentan y generan pérdida de la raíz y decidimos no seguir tratándolas y sacarlas,*** *aplicando el tratamiento que es el que tiene actualmente…"*

A sabiendas de lo anterior, en la audiencia de contradicción del dictamen, reclamado de oficio por el Despacho, que fue rendido por el Dr. Pablo Emilio Correa Echeverri, Odontólogo Especialista en Cirugía Maxilofacial, Jefe de Postgrados Clínicos Facultad de Odontología CES, el togado le preguntó al experto sobre las consecuencias que pudo haber generado en la menor el accidente ocurrido en el año 2013, cuando la menor se cayó de una hamaca, lo que causó extrañeza al experto, al no habérsele descrito nada al momento de valorar a la menor Denisse Julissa Sánchez. Recuérdese aquí que el ejercicio del derecho de defensa dentro del debido proceso, no corresponde a concatenar palabras o acusaciones que hilvanen dudas, sino, en franca *lid*, a demostrar la veracidad de las excepciones o argumentos que se alegan.

Al funcionario de primera instancia le preocupó la incidencia que tuvo el paso del tiempo desde el accidente hasta año 2014, cuando quedó la menor en manos del rehabilitador oral de la Clínica Oral Express, dirigiendo la mayor parte de sus preguntas a tratar de dilucidar las secuelas que el paso del tiempo causó en la salud dental de la menor. Hemos de entender que lo hizo para no dejar duda de la relación causal entre los traumatismos sufridos por la menor Dennisse Yulissa Echeverri y la necesaria causación de los gastos que se solicitan por concepto de daño emergente, pues, a la postre, si hubo un tratamiento mal realizado por alguna clínica visitada por la menor, es un tema ajeno al presente litigio, además, el rehabilitador oral es claro en señalar que él hubiera hecho lo mismo, pues inicialmente, en una persona de tan corta edad, se debe tratar de salvar el diente con apexificaciones e induciendo el cierre y para el odontólogo existen dos caminos, el cierre del ápice o la endodoncia con la forma, pero aclara que todo es con el tiempo y depende de la evolución de la paciente y, en el caso, esos objetivos no se lograron.

Algo similar aclaró el cirujano maxilofacial, quien explica que la razón por la cual pudo presentarse una reintervención por la especialidad de la endodoncia, se debía a la falta de seguimiento y tratamiento adecuado del conducto de la dentadura que sufrió el trauma, por no alimentarse el nervio y por el constante desprendimiento de las resinas, pero en ninguna parte atribuye dicha causa a la menor, como equivocadamente lo entendió el funcionario.

7.2.1. Acorde a lo anterior, a juicio de la sala, se logra la convicción, de que los documentos aportados por el actor y que fueron ratificados por el doctor Dr. Andrés Mauricio Ortiz Quintero, a lo largo del tratamiento desde el febrero de 2014 hasta marzo de 2018, conforme lo solicitó el apoderado de Comfenalco, tuvieron hontanar en un tratamiento médico específico y, por consiguiente, dado que estamos frente a una súplica resarcitoria, que no una fuente de enriquecimiento, se **puede inferir de manera razonable**, que las erogaciones que se pretenden hacer valer, en verdad se produjeron para contrarrestar el hecho dañoso.

Para acreditar el daño emergente correspondiente a los gastos en la especialidad de la odontología que según la demanda tuvo que asumir la señora Diana Patricia Sánchez Rojo, para que la joven Dennise Yulissa Sánchez pudiera recuperar su salud oral, se observa que las facturas aportadas al efecto, provenientes de la atención recibida en la Clínica Oral Express de la ciudad de Medellín, dan cuenta que fueron gastos de odontología necesarios para la atención y tratamiento médico de la víctima; por consiguiente, son idóneas y eficaces para demostrar este aspecto conforme a lo preceptuado por el artículo 262 del C. G. P., en atención a que son documentos que reflejan la prestación de un servicio médico y, de las cuales, se dejó claro a la hora de su ratificación, que el costo del servicio que representan, fue asumido por la actora y todas ellas hacen parte de la rehabilitación oral a que fue sometida la menor.

7.2.2. En cuanto al dinero que obtuvo la señora Sánchez Rojo, por préstamos con la entidad financiera Bancamía, dichas sumas no pueden ser reconocidas a título de daño emergente, como quiera que no existe prueba de que los mismos se hayan invertido en la aminoración de las consecuencias del accidente, quedando en el vacío la prueba de **esa específica destinación** del crédito obtenido por la demandante. Además, la cuantía que de dichas sumas recibidas se pudo haber invertido en tal propósito, ya se ha examinado bajo otros conceptos.

Así, la víctima tendrá derecho, por los conceptos citados, que corresponde a su rehabilitación oral, respecto de las diligencias probatorias que fueron debidamente ratificadas, así, partiendo de la emitida el 06 de febrero de 2014 (cfr. fl 317 exp. digital) hasta la del 21 de noviembre de 2017 (cfr. fl. 389 exp. digital) muestran sin lugar a dudas los gastos en que incurrió la actora, lo que se traduce en el advenimiento de un pasivo causado por los hechos **de los cuales ya se ha deducido la responsabilidad** y que ascienden a un monto de **$10.572.000 que, indexado a la fecha de la sentencia, arroja una suma de $15.126.698,8**[11]

7.3. El lucro cesante. Fue tasado hacia el futuro, ya que la pérdida de capacidad laboral que fue dictaminada en un 2.2. %, tuvo como

[11] R= Rh x índice final / índice inicial.

fecha de estructuración el 05 de junio de 2018, fecha para la cual la joven Dennisse Yulissa Sánchez, ya mayor de edad (nacida el 05 de marzo del año 2000), se encontraba laborando como operaria en una fábrica de plástico.

Antes de continuar, es necesario hacer algunas precisiones puntuales. De este dictamen de pérdida de capacidad laboral, emitido por la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, aportado con la demanda, no se solicitó ratificación ni fue objeto de tacha o alguna medida procesal tendiente a discutir su veracidad, el abogado de Comfenalco fue claro en el decreto de pruebas, en señalar que la solicitud de ratificación se dirigía exclusivamente a las facturas aportadas por la parte actora, por modo que no se la ha restado eficacia probatoria alguna.

7.3.1. Ahora bien, debemos dejar claro que el lucro cesante **ha de ser indemnizado** cuando se afinca en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones éstas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente captar dejarán muy probablemente de ingresar al patrimonio del perjudicado, cognición por la cual, cuando en eventos como el acá sucedido, es decir, cuando la víctima sufre la pérdida de un porcentaje de su capacidad laboral, pero la misma sigue laborando, como en efecto lo hace la joven Dennisse Yulissa Sánchez en el negocio de salón de belleza de la familia, de todas maneras, no se discute que se trata de un perjuicio cierto y esa certeza del daño conduce a la probabilidad que muy seguramente la joven dejará de percibir ingresos en la proporción del daño sufrido, por esa razón debe ser indemnizado el lucro cesante en la forma como fue solicitado.

Acorde con lo anterior, de cara a la indemnización perseguida, no trasciende en este asunto el hecho que la actora continúe laborando, como lo alega el apoderado de Comfenalco, ya que el daño de la pérdida parcial de la capacidad laboral sí estuvo demostrado, acorde a lo señalado en el dictamen de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, Dr. Juan Diego Zapata Serna, Especialista en Salud Ocupacional, quien calificó la pérdida de capacidad laboral en **2.2.%** misma

que cabe tipificar como un lucro cesante; por consiguiente, no asiste razón al aludido apoderado, en tanto interpreta que nada obsta para que la joven Dennisse Yulissa Sánchez en el futuro, pueda emplearse nuevamente al 100%, lo que no consulta la realidad del daño, pues quiérase o no se produjo un daño que debe ser indemnizado y no tiene por qué la demandante asumirlo como un hecho sin importancia, además, **que siempre va a estar la dificultad de la circunstancia acaecida, que le impide desempeñarse laboralmente al 100%, pues,** sin duda la lesión trajo como consecuencia su limitación en el todo el contexto de la capacidad laboral, entendida como el ***"conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico,*** *mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo…"*[12].

7.3.2. Establecido de esa manera que percibía el activo procesal percibía un salario, por el desarrollo de su actividad como operaria en una fábrica de plástico, devengando un salario mínimo de aquel entonces, que, en cifras actuales por efectos de indexación corresponde a **$1.000.000,oo**[13] quiere decir que dada la disminución en la habilidad para trabajar, daño que, al menos debe ser resarcido como un daño real, conforme fue expuesto, la actora tuvo una pérdida económica en concreto de **$22.000,** que corresponde al **2.2**% de los ingresos mensuales probados o presuntos de la joven, suma que se usará para calcular el concepto de lucro cesante futuro como daño real y cierto.

Se partirá desde la fecha de esta sentencia, para la cual la joven cuenta 22 años de edad, luego, de acuerdo con la resolución número 0110 del 2014, emitida por la Superintendencia financiera, su expectativa de vida es de 61.6 años, equivalentes a 739.2 meses, que deben liquidarse. Se entonces toma la erogación porcentual de **$22.000**, descontando una tasa de interés puro del 6%, de acuerdo con el número de meses a indemnizar:
VA = LCM x Ra.
Donde,
VA = Valor actual del lucro cesante futuro
PCM = Pérdida cesante mensual
Ra = descuento anual

[12] Decreto 1507 de 2014-Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional
[13] Salario mínimo para el 2022

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

$$VA = \mathbf{\$\ 22.000} \times \frac{(1 + 0.004867\%)^{739.2} - 1}{0.004867\%\ (1 + 0.004867\%)^{739.2}}$$

VA **= $ 22.000** x 199.789 = **$4.395.358,** por concepto de lucro cesante futuro.

7.4. Perjuicios extrapatrimoniales. Daño moral. Frente a la causa y magnitud de este perjuicio, la Corte Suprema de Justicia ha indicado

> *"…Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento debe repararse in casu, con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa, según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la justicia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador, (cas. civ. sentencia de 18 de septiembre de 2009, exp.20001-3103-005-2005-00406-01)."*

Según lo observado a lo largo del análisis de la instrucción del proceso y teniendo en cuenta lo plasmado en la historia clínica, si bien se observa que luego del accidente ha recibido la rehabilitación dental hasta llevarla a feliz término, en lo que a los procedimientos odontológicos se refiere, contrario a lo que arguye la parte demandada, es irrebatible la materialización de este perjuicio y, aunque si bien es cierto que el rubro económico tiene una función, en esencia, satisfactoria y no reparatoria en toda su magnitud, pues, los medios de persuasión pueden demostrar su existencia, sin embargo, no lograrán comprender una dimensión patrimonial y menos exacta, frente al dolor de quien lo sufre[14], lo que hace necesario

[14] El criterio de tasación descansa en el ***arbitrio iudicis,* el cual no se ata a baremos, pues como** lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia, cuyo criterio continúa vigente: "*Para su cuantificación sigue imperando el prudente arbitrio judicial, que no es lo mismo que veleidad o capricho*. ***Los topes numéricos que periódicamente viene indicando la Corte, no son de obligatorio cumplimiento para los juzgadores de instancia, pero sí representa una guía."***

sopesar que se trata de una joven que desde sus ocho años, viene siendo sometida a un largo y penoso tratamiento para normalizar su estructura dentaria, el cual, pese a haber transcurrido más de diez años, aún no ha finalizado, pues en materia odontológica, lo indicado es esperar hasta la mayoría de edad.

7.4.1. Lo cierto entonces es que no hay duda que lo ocurrido aquel 12 de septiembre del año 2008, le produjo a la afectada aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, lo que, no sólo se ve reflejado en el dictamen rendido en la Facultad de Medicina de Antioquia, en donde se consignó una incapacidad permanente parcial debido a la fractura dental, además, durante ese interregno, periodontalmente, presentó complicaciones óseas que sin duda hizo más angustiante su pronóstico para la rehabilitación, por consiguiente, se considera entonces razonable reconocer por concepto de perjuicio moral, el monto equivalente a **40 smlmv,** suma que si bien no sirve para reemplazar el dolor sufrido, sí sirve para atemperarlo o morigerarlo.

De igual forma, el dolor y sufrimiento, la angustia su señora madre Diana Patricia Sánchez Rojo quien se apersonó durante años de atender los requerimientos de la menor en torno a las secuelas del accidente, así mismo, María Alejandra Echeverri Sánchez y Diandra Nicole Echeverri Sánchez, al ver que su hermana Dennisse Yulissa Sánchez perdió varias piezas dentales y se vio sometido a un largo y penoso tratamiento dental, lo que permite dar cuenta del impacto emocional que sufrieron, pues son una familia que denota unidad y, por eso, le brindaron apoyo emocional al ver a la joven en ese estado, lo cual es estribo suficiente para reconocer a favor de estas la suma equivalente a **20 smlmv** a cada una de sus familiares.

7.5. Sobre el daño a la vida de relación. Acerca del perjuicio inmaterial del daño a la vida de relación la H. Corte Suprema de Justicia, recordó que:

> *"…El daño a la vida de relación se erige, por tanto, como una categoría propia y distinta tanto del daño patrimonial y del perjuicio moral. Este daño, que en nuestra jurisprudencia ha adquirido un cariz autóctono,*

ajustado a las particularidades de nuestra realidad social y normativa, "se configura cuando el damnificado experimenta una minoración sicofísica que le impide o dificulta la aptitud para gozar de los bienes de la vida que tenía antes del hecho lesivo, y como consecuencia de éste". (Ramón Daniel PIZARRO. Daño moral. Buenos Aires: Edit. Hammurabi, 1996. Pág. 73)

La sola privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades cotidianas como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, etc., comporta un daño a la vida de relación que debe ser resarcido.

Este perjuicio –se reitera– se concibe de manera autónoma y completamente diferenciada del patrimonial o del estrictamente moral. En tal sentido esta Corte ha aclarado: "es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño –patrimonial o extrapatrimonial– que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad…" (Sentencia de Casación Civil de 13 de mayo de 2008. Exp.: 1997-09327-01)[15]"

Obviamente, que para su reconocimiento se requiere que ese hecho deba estar probado, para lo cual se cita la Línea jurisprudencial que ha sido reiterada por la Alta Corporación Judicial, con ponencia del Magistrado Arturo Solarte Rodríguez[16], veamos:

"Al respecto, tiene dicho la Corte que "como una cosa es la prueba del daño, es decir, la de la lesión o menoscabo del interés jurídicamente protegido, y otra, distinta, la prueba de su intensidad, es lógico que, para poder establecer la cuantía del perjuicio, necesariamente debe

[15] Corte Suprema en la SC del 9 de diciembre del 2013, con ponencia de Ariel Salazar Ramírez (Ref.: 88001-31-03 001-2002-00099-01)
[16] Corte Suprema de Justicia Sala Civil. M.P. Arturo Solarte Rodríguez Exp. 1011 del 28 de febrero del 2013

existir certeza sobre su existencia, para así entrar a avaluarlo. Desde luego que la falta de la prueba del quantum de ese perjuicio corresponde suplirla a los juzgadores de instancia, cumpliendo con el deber de decretar pruebas de oficio, tal como lo ordena el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, precepto éste que vedó, como principio general, las condenas en abstracto o in genere y, por ende, la absolución por la falta de determinación de una condena concreta" (Cas. Civ., sentencia del 3 de marzo de 2004, expediente No. C-7623).

Incluso, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha señalado que es posible acudir a la equidad para determinar el monto del daño, en aquellos casos límite, en que, habiéndose acreditado el perjuicio patrimonial, la determinación de su cuantía se torna extremadamente difícil, no obstante, el cumplimiento de las cargas probatorias por la parte demandante. Al respecto se ha expresado que "[c]on referencia específica al invocado principio de la equidad, vale la pena recordar, además, con apego a numerosos contenidos doctrinarios, jurisprudenciales y, por supuesto, normativos, que no obstante las consecuencias inherentes al ejercicio de la delicada carga probatoria atrás aludida, hay casos en que sería injusto no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su cuantificación no ha sido posible, pues ante esta circunstancia, el juez, además de estar impelido a usar las facultades oficiosas que en materia probatoria ponen a su alcance las normas procesales, ha de acceder a criterios de equidad que le impiden soslayar los derechos de las víctimas" (Cas. Civ. 5 de octubre de 2004. Exp. 6975)."

7.5.1. En el evento que se juzga, al analizar el acopio probatorio pertinente de cara a la causación de este perjuicio, se observa que los congéneres de la joven Dennisse Yulissa Sánchez Echeverri, al unísono, refirieron que antes del accidente la dentadura de ella era sana y bonita y que con ocasión del accidente por los daños sufridos, se vio afectada en su parte emocional, estética, al extremo que la secuela en la estructura dentaria de la joven, le ha impedido e impiden ejercitar sus actividades normales y corrientes, al punto de restringirle mantener una simple conversación debido que expide olores fétidos de su boca, con ocasión de los problemas gingivales que le aparecen.

Ahora, se concede veracidad a estas declaraciones, pues sus deponencias no chocan con las demás pruebas obrantes en el proceso, como que fueron quienes conocieron de primera mano la lamentable situación por la que atravesó la joven Denisse Yulisa, al punto de aislarse de sus amigos y familia por el olor fétido que expedía su boca y llegar a encerrarse en su propia casa. Como se dijo, lo manifestado coincide con los motivos por los cuales consultaba al rehabilitador oral, según quedó registrado en la historia clínica de Oral Express.

Para la sala es lógico inferir que durante el proceso de recuperación la niña sufrió un impacto emocional que repercutió enormemente en su comportamiento social, el rehabilitador oral Andrés Mauricio Ortiz Quintero, refiere que cuando la valoró se encontró con un una niña limitada, depresiva, tímida y reprimida, al no poder mostrar su sonrisa normalmente. Por supuesto que la sonrisa gingival (que se ve la encía) es algo congénito, que se hereda, eso quedó claro a lo largo del interrogatorio descaminado que emprendió el funcionario, además, por cuanto no hubo una lesión a nivel mandibular sino apenas dentoalveolar. Pero lo que no echó de ver el funcionario es que el rehabilitador oral dejó claro desde el comienzo, que el problema de la menor también fue a nivel óseo y por eso explicó que *"…los dientes del centro quedaron más grandes de lo normal por la pérdida de hueso…*" ergo, lógico es inferir que, de una u otra forma se ve afectada la vanidad femenina de la menor, lo cual merece ser tasado bajo *"el denominado 'daño a la vida de relación' (…) tiene una entidad jurídica propia y, por ende, no puede confundirse con otras clases de agravios que posean alcance y contenido disímil, ni subsumirse en ellos"* (CSJ, SC del 20 de enero de 2009, Rad. n.° 1993-00215-01), razones por las cuales es posible reconocer el perjuicio reclamado, para lo cual, se estima razonable el monto de **30 smlmv**, para atemperar el perjuicio padecido.

8. Del llamado en garantía realizado por COMFENALCO al Colegio Santa Bertilla Boscardín. Es cierto que la orden generada para la prestación de servicios recreativos con número 32.933 concertada entre llamante y llamada, contiene un anexo llamado *"cláusulas de responsabilidad"* pero, este se dirige más bien a dejar clarificadas las reglas de comportamiento que deben asumir los visitantes del parque, advirtiendo

que *"…el responsable del programa debe estar atento al cumplimiento del reglamento y el buen comportamiento de los participantes al evento de la estadía en el parque…",* de esas líneas no se deduce una cláusula en la que el instituto educativo haya asumido contractualmente la obligación de reembolsar una indemnización de perjuicios, por las sumas que la entidad Comfenalco deba sufragar, por virtud de la sentencia.

8.1. El instituto jurídico del llamamiento en garantía, ha sido objeto de estudio y análisis por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en providencia reciente AC2900-2017, de fecha 10 de mayo de 2017, siendo M. P. LUIS ALONSO RICO PUERTA, dentro del expediente con radicación N° 11001-31-03-018-2005-00488-01, en el que se ocupó de manera clara de explicar los alcances de tal herramienta procesal, señalando sobre el punto:

> "*Tradicionalmente se han considerado como partes de un proceso, a quien demanda y al convocado a enfrentar la respectiva pretensión, aunque igualmente s e ha previsto la posibilidad de que en el mismo, puedan participar terceros.*
>
> *El Código de Procedimiento Civil, en su Capítulo III, Título VI , Libro I, bajo la denominación de «intervención de terceros y sucesión procesal», consagró, en el artículo 57, la figura del «llamamiento en garantia», la cual se ha considerado como un tioo de intervención forzosa de un tercero, guien por virtud de la ley o de un contrato ha sido solicitada su vinculación al juicio, a fin de que, si el citante llega a ser condenado a pagar una indemnización de perjuicios, aquel le reembolse total o parcialmente las sumas que debió sufragar, por virtud de la sentencia.*
>
> *El fundamento, entonces, de esa convocatoria, es la relación material, puesto que lo pretendido es transferir al citado las consecuencias pecuniarias desfavorables previstas para el convocante interviniente en el litigio e insertas en el fallo.*
>
> *La vinculación de aquél se permite por razones de economía procesal y para brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, en la pretensión de reembolso formulada por la parte citante.*

Al respecto, esta Corporación en fallo CSJ S016 dic. 2006, rad. 2000-00276-01, señaló:

El llamamiento en garantía es un instrumento procesal por el cual se provoca la comparecencia forzosa de un tercero a un proceso en curso, intervención que tiene su germen en la citación que le formula una de las partes en dicha contienda, con fundamento en la relación de qarantía de naturaleza personal entre ellos existente, que le confiere el derecho de exigirle que corra con las consecuencias perjudiciales que deba soportar en el evento de resultar vencida en el juicio, de ahí que lo llame a afrontar la pretensión de regreso que introduce para que sea considerada in eventum. es decir, en el caso de perder el Pleito. En otras palabras, lo trae al proceso para que se resuelva sobre la obligación legal o contractual que tiene de reembolsarle o indemnizarle las pérdidas económicas que experimente en el caso de un sentenciamiento adverso.

Con el llamamiento en garantía, tiene dicho la Corte, se suscita un 'evento de acoplamiento o reunión de una causa litigiosa principal con otra de garantía que le es colateral, dando lugar a una modalidad acumulativa cuyos alcances precisa el art. 57 del C. de P.C (...), que conjuga dos relaciones materiales distintas. Por un lado, la que une al demandante con el demandado, y por el otro, la que liga al demandado con el llamado: 'la del demandante contra el demandado, en procura de que este sea condenado de acuerdo con las pretensiones de la demanda contra él dirigida; y la del demandado contra el llamado en garantía a fin de que éste lo indemnice o le reembolse el monto de la condena que sufriere' (...).

Y en sentencia CSJ SC5885-2016, precisó: «La relación material del llamamiento involucra únicamente al llamante y a la llamada. No se expande a ningún otro sujeto procesal ni siquiera a la parte actora, al punto que solo será objeto de estudio en el evento de prosperidad de las súplicas, de modo que si éstas se desestimaren el análisis resulta inocuo o innecesario, por regla general…"

8.2. Hemos de advertir que, en este punto, ya se ha analizado ampliamente, que tanto el Colegio Santa Bertilla Boscardín como el Parque

Los Tamarindos de propiedad de Comfenalco, responden de forma solidaria como organizadores, ejecutores y garantes de la seguridad de los estudiantes. El centro educativo, por no verificar la existencia de medidas extraordinarias compatibles con la actividad recreativa y, especialmente con la menor Denisse Echeverri, de quien tenía toda la guarda y control, merced a que asintió a entregársela a la acudiente, al interior de las instalaciones recreativas, entre tanto, el centro recreativo no entregó la información necesaria a la institución educativa para advertir de los peligros potenciales que podían representar los bolardos para el tránsito de los niños por allí y si bien el colegio tampoco lo requirió, de todas maneras eso impidió que ambos no cumpliesen con el deber de prevenir al máximo los riesgos de un accidente, como tampoco se dispuso por el parque del personal necesario para enfrentar el riesgo circunstancial, inminente y previsible que se presentaba con la masiva presencia de menores de 8 años de edad, en sus instalaciones, lo que le permite deducir al Tribunal que estamos frente a una responsabilidad solidaria, por lo que cada quien con su actuar debe asumir la obligación de pagar los daños y perjuicios; por consiguiente, de haber una disputa frente a una responsabilidad única y excluyente, debe plantearse entre los demandados en un proceso aparte donde se debatan las relaciones internas entre los solidariamente responsables, tema que resulta ajeno al presente llamado en garantía y, por eso, será denegada la condena de rembolso que se pide contra el establecimiento educativo, por el llamamiento que le hizo su co-contratante.

7. En mérito de lo expuesto, el ***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín****, Sala Undécima Civil de Decisión*, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. FALLA

PRIMERO: SE REVOCA ÍNTEGRAMENTE la sentencia del pasado 11 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, que negó las pretensiones de la demanda, para, en su lugar, declarar **NO** probadas las excepciones formuladas por la parte demandada, por los motivos expuestos en el aparte respectivo en la presente providencia

SEGUNDO: Declarar que el Colegio Santa Bertilla Boscardín y Comfenalco Antioquia, como propietaria del Parque recreativo Los Tamarindos sede San Jerónimo, son civil, contractual y solidariamente responsables de los daños y perjuicios ocasionados a las demandantes Denisse Julissa Echeverri Sánchez, Diana Patricia Sánchez Rojo, María Alejandra Echeverri Sánchez y, Diandra Nicole Echeverri Sánchez de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: En consecuencia, se condena al Colegio Santa Bertilla Boscardín y Comfenalco Antioquia, como propietaria del Parque recreativo Los Tamarindos sede San Jerónimo, a pagar -en favor de la parte actora-, las siguientes sumas de dinero, dentro de los cinco (05) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

1. Daños patrimoniales.

i) Por concepto de lucro cesante futuro. Para Denisse Yulissa Sánchez Echeverri, la suma de **cuatro millones trescientos noventa y cinco mil trescientos cincuenta y ocho pesos** ($4.395.358.)

ii) Por concepto de daño emergente. Para la señora Diana Patricia Sánchez Rojo, la suma de **quince millones ciento veintiséis mil seiscientos noventa y ocho pesos** ($15.126.698,8)

2. Daños extra-patrimoniales.

i) Por concepto de daño a la vida de relación. Para Denisse Yulissa Sánchez Echeverri, la suma equivalente **treinta (30)** Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes al momento del pago.

ii) Por concepto de perjuicios morales. Para Denisse Yulissa Sánchez Echeverri, la suma equivalente **cuarenta (40)** Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes al momento del pago.

Y, para sus familiares co-demandantes, su madre Diana Patricia Sánchez Rojo y sus dos hermanas María Alejandra Echeverri Sánchez, Diandra

Nicole Echeverri Sánchez, la suma equivalente a veinte (20) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes al momento del pago, **para cada una de ellas.**

Se deniegan los restantes perjuicios solicitados, de conformidad con lo expuesto en el respectivo acápite motivacional.

CUARTO: Se condena en costas de ambas instancias a la parte demandada en favor de la parte demandante. Las agencias en derecho en esta instancia serán fijadas por el Magistrado sustanciador en el momento procesal pertinente. Tásense las de primera instancia por el funcionario.

QUINTO: Sin lugar a condenar en costas por el trámite del llamamiento en garantía al no aparecer causadas.

SEXTO: Cumplida la ritualidad secretarial, remítase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE,

JULIAN VALENCIA CASTAÑO
Magistrado

con salvamento parcial de voto
PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
Magistrada

JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado