**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, Risaralda, diez (10) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Acta No. 215 del 10-05-2016

Expediente 66001-31-03-004-2011-00110-01

**I. Asunto**

Resuelve el Tribunal el recurso de APELACIÓN contra la sentencia dictada el 20 de enero de 2014 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por JOSÉ ORLANDO BERMÚDEZ CORREA y BLANCA AURORA OSPINA ROMERO, quienes actúan en nombre propio y en representación de sus menores hijas SHAROM VANESSA y KELLY JOHANNA BERMÚDEZ OSPINA y por KERWIN ALEXANDER MESA OSPINA y LADY VIVIANA MESA OSPINA, contra ECO TERMALES SAN VICENTE S.A.

**II. Antecedentes y trámite de la demanda**

1. En el referido proceso, por medio de apoderado judicial, la parte actora puso en conocimiento los hechos en que fundamenta sus pretensiones y que admiten el siguiente compendio:

1.1. Los señores José Orlando Bermúdez Correa y Blanca Aurora Ospina Romero, son los padres de la menor ANGELLY DAYANA BERMÚDEZ OSPINA, fallecida trágicamente el 6 de junio de 2010. Sharom Vanessa, Kelly Johanna Bermúdez Ospina, Kerwin Alexander y Lady Viviana Mesa Ospina son sus hermanos.

1.2. El día 6 de junio de 2010, el señor José Orlando Bermúdez Correa, en compañía de su familia, decidió irse de paseo a los Termales de San Vicente de Santa Rosa de Cabal. Ese mismo día en horas de la noche (10:50 pm), Edwin Alejandro García, yerno del señor José Orlando vio flotando en la piscina a la menor Angelly Dayana mostrando signos de ahogamiento, quien de inmediato reacciona sacándola de allí y junto al papá de la niña solicitan auxilio. Un turista llamado Manuel Julián Sánchez Londoño, dice ser médico y acude a brindarle los primeros auxilios requiriendo la presencia de un paramédico, una camilla y equipos de reanimación, que la administración de los Termales no tiene, como tampoco una ambulancia. Dicho galeno actuó de inmediato y ante la existencia todavía de signos vitales le presta los primeros auxilios y en el vehículo de la familia proceden a llevar a la niña a un centro asistencial. Durante el trayecto aparece una ambulancia que termina de llevar a la niña hasta el hospital de Santa Rosa de Cabal, donde muere como consecuencia de un paro respiratorio.

1.3. La negligencia que por carencia absoluta de los medios necesarios para prestar los primeros auxilios a la niña, condujo a su muerte, ocasionando a sus padres y hermanos una pérdida valiosa, un inconmensurable daño moral, por el que deben ser indemnizados.

1.4. La carencia de elementos y personal de seguridad competente para afrontar el hecho crítico en las instalaciones de Eco Termales San Vicente, el día 6 de junio de 2010, llevó al deceso de Angelly Dayana Bermúdez Ospina. No se ajustaron las medidas de seguridad a los dictados de la Ley 1209 de 2008, ya que en el lugar no se encontraba ningún elemento que pudiese haber ayudado a salvar la vida de la menor.

2. Con fundamento en los hechos expuestos piden los actores se hagan las siguientes declaraciones:

2.1. Que se declare a la sociedad Eco Termales San Vicente S.A. civilmente responsable y pague a los demandantes a título de indemnización por perjuicios morales causados los siguientes valores:

a) Para José Orlando Bermúdez Correa y Blanca Aurora Ospina Romero (padres), el equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes, para cada uno de ellos.

b) Para Sharom Vanessa y Kelly Johana Bermúdez Ospina, Kerwin Alexander y Lady Viviana Mesa Ospina (hermanos), el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de ellos.

2.2. Que se condene en costas a la parte demandada.

3. Del libelo conoció el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, quien la admitió y ordenó correr el traslado pertinente mediante la notificación del auto admisorio. Trabada la relación jurídica procesal la sociedad demandada dio respuesta.

3.1. En efecto, ECO TERMALES SAN VICENTE S.A., por conducto de apoderado judicial, respondió aceptando unos hechos, negando otros y de los demás dijo que no le constaban. Frente a las pretensiones se opuso a todas ellas y formuló las excepciones que denominó: *“inexistencia de nexo causal entre la conducta de la sociedad demandada y/o su representante legal, y los perjuicios reclamados por los familiares de la menor”, “inexistencia de responsabilidad de la parte demandada en los hechos y por ende de culpabilidad” y “culpa exclusiva de la víctima”*.

3.2. La parte demandada llamó en garantía a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., con fundamento en la póliza empresarial No. 030000121540-5. Dicha compañía adujo que no le constan la mayoría de los hechos y de los demás dijo no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de *“inexistencia de responsabilidad civil por ausencia de culpa, inexistencia de falla o error de conducta”, “ausencia de nexo causal”, “imposibilidad de imputación”, “culpa exclusiva de la víctima. Causa extraña que produce la ruptura del nexo de causalidad”, “diligencia y cuidado” e “inexistencia de la obligación de indemnizar”,* exponiendo los argumentos pertinentes.

4. Citadas las partes a la audiencia (art. 101 C.P.C), no se registró acuerdo sobre el asunto; se agotaron las demás etapas, más adelante se decidió lo concerniente a las pruebas (decreto y práctica) y se dio traslado para alegar, oportunidad que todos los intervinientes aprovecharon.

**III. La sentencia recurrida**

1. Finalizó la primera instancia con sentencia del 20 de enero de 2014. No prosperaron las excepciones de la demandada y la llamada en garantía. Declaró civilmente responsable a la sociedad ECO TERMALES S.A., quedando obligada a pagar los perjuicios morales a los demandantes, disminuidos en un 50%, y a la llamada en garantía SEGUROS SURAMERICANA S.A., a responder hasta por la suma de cien millones de pesos, monto del cual deberá descontarse el deducible.

2. Para tomar la decisión, expuso la sentenciadora que, sin lugar a duda, la sociedad demandada incumplió parcialmente los deberes impuestos por la Ley 1209 de 2008, por medio de la cual se establecen normas de seguridad en piscinas, específicamente, el artículo 11 literal *g*, referido a la obligatoriedad de implementar en las piscinas detectores de inmersión o alarmas de agua y el artículo 14 sobre protección de menores y la presencia de salvavidas.

La responsabilidad es compartida con los padres de la menor fallecida, dijo la *a quo*, quienes omitieron el deber de cuidado de la misma y que al perderla de vista permitieron que se sumergiera, no se sabe por qué causa, en la piscina y después falleciera.

**IV. El recurso de apelación**

1. Inconformes con la decisión, la parte demandada y la llamada en garantía la apelaron.

2. Según la sociedad demandada, el lamentable accidente es producto únicamente del descuido de los familiares de la niña fallecida, que la llevaron al eco parque San Vicente y la dejaron completamente abandonada, desconociendo los diferentes anuncios que habían alrededor de las piscinas y que hacían referencia a que los menores de 12 años debían estar en compañía de un adulto responsable; la dejaron sola, lo cual permitió que la menor estuviera en la piscina para adultos sin compañía de su familia.

Agrega que el eco parque si tenía disponible elementos necesarios para la atención de una urgencia y el sitio estaba debidamente señalizado, a pesar de que faltaba el detector de inmersión o alarma de agua para prevenir entrapamientos, los cuales se activan solo cuando la piscina es cerrada al servicio de las personas.

De otro lado, sostiene que el fallecimiento de la menor no fue determinado de manera debida en el plenario, como lo reconoce la falladora de primera instancia, cuando expresa *“… Al respecto, no se conoce con certeza cuál fue la causa de la muerte de la menor, pues no se aportó la necropsia que sería la prueba idónea para el efecto, no sabemos si la menor se sumergió en la piscina voluntariamente, o si por el contrario resbaló y se golpeó antes de caer a la misma,…”*

Expresa que los padres de la niña de manera negligente e imprudente omitieron de forma grave sus obligaciones, descuidaron a su hija que no cumplía ni 7 años de edad, al punto de no darse cuenta dónde se encontraba y qué hacía. Considera que el accidente fue imprevisible e irresistible para la sociedad demandada, de forma tal que el mismo ocurrió por el hecho exclusivo de la víctima, que la exime de toda responsabilidad.

3. Por su parte, la compañía llamada en garantía, expresa no estar de acuerdo con las conclusiones de la *a quo*. En primer lugar, porque no existe prueba de la causa de la muerte de la niña, como así lo reconoce expresamente la jueza en su providencia. En un régimen de culpa probada como el nuestro, la carga de la prueba reposa única y exclusivamente en cabeza de la demandante y no existe ninguna presunción de culpa sobre la demandada. El médico que atendió la menor al ser sacada de la piscina no pudo precisar si la niña estaba viva o no, pero sí indica que la misma tenía la cabeza golpeada, luego se estableció un trauma cráneo encefálico, por ello resulta probado que la menor se golpea la cabeza y luego cae a la piscina. Entonces, como no se probó que la muerte sobrevino por ahogamiento, no puede realizarse imputación alguna a la demandada, pues sin esta prueba, inane resulta hacer cualquier juicio de valor sobre el cumplimiento o no de la ley Espitia.

Agrega que, además de que no se probó cuál fue la causa de la muerte, tampoco obra prueba del momento en que falleció la menor, esto es, si de manera inmediata al trauma cráneo encefálico y luego cae a la piscina, o si cae directamente a la piscina y se golpea con el borde, o si estaba viva aun cuando fue sacada del agua. Manifiesta no puede la juez hacer conjeturas en cuanto a que la menor si se encontraba viva al ser sacada del agua; no pudo el médico que brindó los primeros auxilios asegurar ni negar tal hecho, mucho menos lo puede hacer el funcionario judicial, que no es experto en temas médicos y que no estuvo presente en el lugar de los hechos. Además, no existe prueba del lugar de la muerte de la infante y la forma como llegó a la piscina; pudo haber ocurrido en una cascada y por arrastre del agua llegar hasta allí.

Aduce que, de haberse cumplido con el deber de cuidado en los padres de la menor Angelly Dayana, no se hubiera producido su muerte. El descuido de los padres fue tal abrupto, grave y prolongado en el tiempo, que la menor se cayó y fracturó su cabeza y los padres no advirtieron tal situación, no tenían la más mínima idea de donde se encontraba la menor.

Sostiene, haber probado que la piscina disponía de cerramiento, tenía un aviso indicando que estaba prohibido el acceso a menores de doce años sin un adulto, se encontraba señalizada la profundidad, se disponía de enfermería, camillas para traslado, botiquín de primeros auxilios, salvavidas, bastón, cuerda, etc.

No existe nexo causal, expresa el recurrente, entre la conducta desplegada por el llamante en garantía y los supuestos daños aducidos, pues para el momento en que los familiares ubican la menor, esta ya se encontraba sin signos vitales, tal como lo manifiesta el médico Manuel Julián Sánchez, quien realizó la reanimación cardio-pulmonar; entonces, no es procedente que se acojan las pretensiones de la demanda, por la ausencia de los elementos esenciales para que se estructure la responsabilidad civil del asegurado.

4. Al hallarse cumplido el trámite del recurso, procede la Sala a resolverlo.

**V. Consideraciones y fundamentos**

1. Se observa en el caso sub lite que en el desarrollo de la primera instancia se surtieron las etapas propias del proceso ordinario, se brindó a las partes garantías para el ejercicio de los derechos de acción y de defensa, además concurren cabalmente los denominados presupuestos procesales, de tal suerte que no aparece reproche por hacer desde el punto de vista en torno de la validez de lo actuado, en virtud de lo cual puede la Sala pronunciarse de fondo.

2. Acreditada está en el proceso la legitimación en la causa por activa que tienen los señores JOSÉ ORLANDO BERMÚDEZ CORREA y BLANCA AURORA OSPINA ROMERO para impetrar la presente acción, por ser padres de la menor fallecida según prueba existente a folio 11 del cuaderno principal; de la misma manera SHAROM VANESSA y KELLY JOHANNA BERMÚDEZ OSPINA, KERWIN ALEXANDER MESA OSPINA y LADY VIVIANA MESA OSPINA, por ser hermanos de la niña (fls. 12-16 ib.). Así mismo la legitimación en la causa por pasiva, debido a que el convocado en este extremo procesal es el propietario del establecimiento donde se presentó el trágico hecho.

3. Solicitó el grupo demandante se declare a la sociedad ECO TERMALES SAN VICENTE S.A. civilmente responsable y pague a título de indemnización perjuicios morales, por la muerte trágica de la niña ANGELLY DAYANA BERMÚDEZ OSPINA, ocurrida el 6 de junio de 2010, dentro de las instalaciones de termales de San Vicente de Santa Rosa de Cabal, de propiedad de la empresa demandada. El juzgado condenó a la sociedad accionada a pagar los perjuicios morales pedidos, pero disminuidos en un 50%, toda vez que la responsabilidad es compartida con los padres de la menor fallecida, quienes omitieron el deber de cuidado de la misma. A la llamada en garantía la condenó a responder hasta por la suma de cien millones de pesos, monto del cual deberá descontarse el deducible. La empresa demandada y la compañía llamada en garantía glosan la sentencia, básicamente, en cuanto a que en el expediente no hay prueba de la causa de la muerte de la niña, en la culpa exclusiva de la víctima y en la falta de nexo causal.

4. Tal como se desprende de los hechos planteados y se plasmó de manera concreta en las pretensiones, el asunto bajo estudio gira en torno a la responsabilidad civil por culpa aquiliana de que trata el título 34 del libro IV del Código Civil y concretamente en el artículo 2341 del Código Civil que dice: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido”*.

5. A partir de esa norma la doctrina y la jurisprudencia han diseñado los tres elementos que configuran la responsabilidad aquiliana: (i) el daño padecido, esto es, un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial, que debe ser cierto y aparecer probado; (ii) la culpa o dolo del sujeto a quien se le endilga responsabilidad, es decir, una acción u omisión con la intención de dañar, o culposa –negligencia, impericia o imprudencia; y (iii) la relación de causalidad necesaria entre uno y otro. Estos elementos deben ser acreditados plenamente por la parte demandante, de tal manera que lleven al juzgador(a) a declarar la responsabilidad deprecada a su favor.

6. Al aplicar los planteamientos señalados al caso que ocupa la atención de la Sala, corresponde ahora analizar si aquella situación expuesta por el grupo demandante, está probada de manera contundente en el proceso. Siendo así, ha de decirse que la existencia del daño está acreditada en el plenario con la copia del registro civil de defunción de la menor ANGELLY DAYANA BERMÚDEZ OSPINA, ocurrida el 6 de junio de 2010 (folió 16 c. ppl.).

En este sentido, la Magistratura, al observar la anotación puesta sobre dicha partida, respecto de la investigación por parte de la Fiscalía 19 de Indagación de Santa Rosa de Cabal, solicitó copia de las diligencias adelantadas por el ente investigador, y remitidas que fueron, se observa a folio 15 el “INFORME PERICIAL DE NECROPSIA No. 2010010166682000022”, del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del cadáver de la niña ANGELLY DAYANNA, en donde se concluye que la causa de su muerte fue *“edema agudo de pulmón, secundario a sumersión. Causa básica de muerte: ahogamiento en agua dulce.”*

En el informe se destaca que el cadáver de la niña no presenta signos externos de trauma, ni lesiones en el cráneo (Fl. 16 ib.), lo que permite despejar cualquier duda frente las conjeturas que quedaron plasmadas en el expediente, pues se asociaba el fallecimiento de la niña a un posible trauma craneal, lo cual queda descartado[[1]](#footnote-1).

7. La culpa la encuentran los demandantes en *“La carencia de elemento y personal de seguridad competente para afrontar el hecho crítico ocurrido aquel 6 de junio de 2010 en las instalaciones de Eco Termales San Vicente, que propició, se insiste, el deceso de la menor Angelly Dayana Bermúdez Ospina. En efecto, no se ajustaron las medidas de seguridad a los dictados de la Ley 1209 de 2008 comoquiera que no se tenían a disposición en el área de la piscina los flotadores circulares con cuerda y el bastón con gancho, los detectores de inmersión o alarmas de agua con alarma provista de sirena y menos todavía con el personal de rescate salvavidas con conocimientos de resucitación cardio-pulmonar.”* (fl. 8 c. ppl.)

8. En este punto es preciso señalar que una piscina, como estructura artificial destinada a almacenar agua con fines recreativos, deportivos, terapéuticos o simple baño, es catalogada como una FUENTE DE RIESGO, que puede generar peligro, y en tal sentido obliga a la toma de mayores precauciones y cuidados por parte de su propietario o de su administrador con respecto de las personas que utilizan dicho escenario, sean estas mayores o menores de edad, de allí que la Ley 1209 de 2008, por medio de la cual se establecen normas de seguridad en piscinas, tanto públicas como privadas, en su artículo 11 exija unas medidas mínimas de seguridad tales como: *“a) No se debe permitir el acceso a menores de doce (12) años sin la compañía de un adulto; b) Deberá mantenerse permanentemente el agua limpia y sana, cumpliendo los requisitos higiénico-sanitarios establecidos por la respectiva autoridad sanitaria. El tratamiento de desinfección química debe cumplir las condiciones que establezca el reglamento para proteger la salud de los usuarios; c) Se deberá tener un botiquín de primeros auxilios con material para curaciones; d) Deberán permanecer en el área de la piscina por lo menos dos (2) flotadores circulares con cuerda y un bastón con gancho; e) Se deberá escribir en colores vistosos y en letra grande, visible con claridad para cualquier persona la profundidad máxima de la piscina; f) Deberá haber en servicio las veinticuatro (24) horas del día en el sitio de la piscina un teléfono o citófono para llamadas de emergencia; g) Es obligatorio implementar dispositivos de seguridad homologados, como son: barreras de protección y control de acceso a la piscina, detectores de inmersión o alarmas de agua que activen inmediatamente un sistema de alarma provisto de sirena y protección para prevenir entrampamientos”*.

Por su parte, el artículo 14 de la citada norma, respecto de la protección de menores y salvavidas dispone que *“Queda prohibido el acceso a las áreas de piscina a menores de doce (12) años de edad sin la compañía de un adulto que se haga responsable de su seguridad. Esta medida no exime a los responsables de los establecimientos que tengan piscina o estructuras similares de tener el personal de rescate salvavidas suficiente para atender cualquier emergencia. En todo caso, dicho personal de rescate salvavidas no será inferior a una (1) persona por cada piscina y uno (1) por cada estructura similar. El personal de rescate salvavidas deberá tener conocimientos de resucitación cardio-pulmonar y deberá estar certificado como salvavidas de estas calidades por entidad reconocida.”*

De otro lado, el artículo 15 dispone que serán responsables las personas naturales o jurídicas que incumplan con tales medidas *“o que permitan el acceso de los menores a las piscinas o estructuras similares sin la supervisión de sus padres o sin la vigilancia de otro adulto distinto al personal de rescate salvavidas o rescatista que haya en el lugar.”*

9. No se discute en el proceso la presencia de la niña ANGELLY DAYANNA en las instalaciones de termales de San Vicente, pues allí falleció; de lo que se desprende que el propietario o su administrador debió tener conocimiento de la misma y acorde con lo anotado, asumir un compromiso frente a dicha fuente de riesgo, esto es, haber tomado las precauciones de rigor en ese escenario, como era, entre otros, contar con el personal calificado para que atendiera cualquier eventualidad. Esta obligación, de tipo garantista, genera en los bañistas tranquilidad durante el disfrute del servicio respecto de cualquier evento que se pueda presentar, y podía deducirse que así sería atendido por una persona que tendría en sus manos los elementos indispensables que permitirían disminuir el riesgo, y el conocimiento para alterar las consecuencias de un imprevisto accidente. No puede ligarse la aplicación o exclusión de las medidas de prevención y seguridad a la asistencia o no de menores de edad en la piscina; esto es, la garantía del salvavidas debe prestarse de forma obligatoria durante el tiempo que la piscina esté abierta al público, sin importar que el beneficiario sea un mayor o menor de edad. Claras son las disposiciones aplicables sobre el tema según la ley que regía al momento de acaecer el desastroso hecho, en donde para nada excluye al denominado salvavidas frente a los llamados usuarios del servicio de piscina.

10. Ahora, para que surja la obligación de indemnizar, también resultaba menester acreditar que la causa de la muerte de la niña ANGELLY DAYANA BERMÚDEZ OSPINA fue la carencia de elementos y personal de seguridad en las instalaciones del eco parque Termales de San Vicente, en los términos que exige la Ley 1209 de 2008; es decir, la relación que existió entre tal carencia y el resultado desfavorable que efectivamente se produjo, o mejor, la conexión necesaria entre ese antecedente y la consecuencia.

11. En este escaño del análisis, es pertinente acotar que la hora del fallecimiento de la niña (entre 10:50 y 11:30 pm., cuando fue encontrado su cuerpo), no puede tornarse en eximente de responsabilidad por parte del dueño de la piscina. En primer lugar, porque si ocurrió cuando ya estaba cerrada, al caer la niña en ella debió activarse la alarma que detecta la presencia de un cuerpo en la fosa y de haber así sucedido, el personal del centro recreativo debió acudir inmediatamente al lugar, para un eventual rescate. Y en segundo lugar, por cuanto, si la piscina aún estaba abierta al público, conforme a la normativa citada, debió haber presencia de un salvavidas. Ninguna de las dos hipótesis ocurrió.

12. Se recibieron declaraciones a Lisbo Justo Serna Betancourt, Alexander Londoño Pineda, Héctor Fabio Alzate Aguirre, Juan Pablo Bedoya Osorio y Carlos Osvaldo Alarcón Osorio, personas que tuvieron conocimiento de la forma como ocurrió el siniestro, dada su vinculación laboral con el centro recreacional, donde ocurrieron los hechos.

Lisbo Justo Serna Betancourt, gerente del establecimiento, dijo que este cerraba a la 1:00 de la madrugada; que no se encontraba en el sitio y que tuvo conocimiento del fatal suceso porque le informaron por teléfono. Cuando se le interrogó si en el eco parque contaba con salvavidas, respondió que había una persona pendiente de la temperatura de la piscina y de los bañistas; sin embargo, agrega que el personal no hizo acción de rescate. De otro lado, expresa que no contaban con detectores de inmersión[[2]](#footnote-2).

Los demás declarantes son coincidentes en afirmar que el rescate del cuerpo de la niña ANGELLY DAYANA BERMÚDEZ OSPINA, lo realizó un familiar de la misma y no por una acción del personal del eco parque. De la misma manera, expresan que para la noche de los hechos no contaban con salvavidas[[3]](#footnote-3).

13. Dichos testimonios fueron tachados por el apoderado de los demandantes, sin expresar los motivos de la sospecha. Ningún pronunciamiento hizo la jueza de primer grado; sin embargo, tal omisión en nada altera lo decidido por la funcionaria judicial, porque para la Corporación es claro que esos testimonios no pueden ser rechazados sin más. El conocimiento de los hechos que tienen los declarantes, quienes estuvieron al tanto de los mismos, constituye pieza probatoria fundamental para la resolución del litigio y por ello ha de dárseles credibilidad.

14. Teniendo en cuenta la inspección judicial solicitada con anticipación por la parte demandante al lugar donde ocurrió el siniestro (Fls. 43-48 c. ppl.), que da cuenta que la empresa demandada tenía algunos elementos que exige la normativa en mención y las advertencias de que habla la norma, esa noche del siniestro ni se activó alarma alguna, ni había la presencia de un salvavidas en la piscina donde se encontró el cuerpo de la menor ANGELLY DAYANA. Pero es que advierte la Sala, de nada vale tener un equipo de rescate si no hay la presencia de rescatista alguno. Los elementos de auxilio por ser objetos o cosas inanimadas, no se activan ni reaccionan por ellos mismos.

15. Así las cosas, no puede la parte demandada intentar trasladar la obligación garantista que había asumido desde el inicio del día, frente a todos los usuarios del servicio de la piscina, de mantener un salvavidas, por el hecho de que dicha obligación de control y vigilancia recae única y exclusivamente en el propietario del establecimiento. No podemos desconocer que si se está prestando el servicio de piscina es porque se tienen los elementos y el personal necesario para hacerlo, lo que genera un principio de confianza en los bañistas y sus padres si éstos son menores de edad.

16. En cuanto al nexo causal, las fallas de seguridad en la piscina fueron determinantes en la muerte de la niña, habida cuenta que como se demostró no fueron sus empleados quienes le prestaron auxilio, siendo su deber, sino terceras personas que se encontraban cerca de las piscinas.

17. Puestas así las cosas, esta Corporación concluye que las pretensiones de la demanda estaban llamadas a prosperar, toda vez que Eco Termales San Vicente S.A., para el día del siniestro, incumplió las medidas mínimas de seguridad señaladas en la Ley 1209 de 2008, especialmente la consagrada en el artículo 14, arriba trascrita, por lo cual no erró el funcionario judicial de primer grado al declarar civilmente responsable a la mencionada sociedad por la muerte de la menor ANGELLY DAYANA BERMÚDEZ OSPINA, y estando acreditado el parentesco de los demandantes –padres y hermanos de la niña, era menester reconocer los perjuicios morales en su mayor magnitud.

18. De lo anteriormente expuesto, es claro que las excepciones propuestas por la parte demandada y su llamada en garantía quedan sin fundamento, especialmente las de inexistencia de nexo causal, inexistencia de responsabilidad y culpa exclusiva de la víctima. De la misma manera quedan sin piso los reparos hechos por los apelantes en sendos escritos de sustentación.

19. Ahora, bien se sabe que el perjuicio moral es indeterminable y de naturaleza extrapatrimonial, lo que ha permitido al juez ejercitar el *arbitrium judicium* en su reparación y como ya se esbozó, más que ostentar un carácter resarcitorio, cumple una función paliativa, tratando con ella de obtener que la víctima reciba una compensación suficiente, acorde con la aflicción; por ello, la magnitud del daño causado y las secuelas que hubiese producido son factores que necesariamente han de incidir en su valoración. De otro lado, ha entendido la Corte Constitucional que es posible presumirlos para el caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso. Así las cosas, el parentesco, entonces, resulta ser un elemento que permite deducir y tener por demostrado el afecto derivado de las relaciones familiares, por lo que debe presumirse que el daño antijurídico causado a una persona, también genera dolor y aflicción a sus parientes cercanos, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales (hermanos)[[4]](#footnote-4), presunción de hombre, se insiste, que puede ser desvirtuada, cuando aparezca probado en proceso que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se han tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente, eventos que de los que no existe prueba alguna en el plenario.

20. De otro lado, respecto de la cuantificación del daño moral, el discreto arbitrio del juez no puede abrir el camino para fijar excesivas condenas. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha venido señalando unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes, como en el caso de la sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, que reconoció por daño moral por la muerte de una persona, cuarenta millones de pesos, suma que fue reajustada en el año 2011 (sent. de 17 de noviembre de 2011, exp. 11001-3103-018-1999-00533-01) a cincuenta y tres millones de pesos, para lo cual tuvo en cuenta la gravedad del marco de circunstancias en que falleció una persona, lo que de suyo generó intensa aflicción a sus parientes y vinculados, así como por los estrechos vínculos familiares y los nexos afectivos con padres, hermanas e hijo, padecimientos interiores, congoja, angustia, impotencia y profundo dolor. Posteriormente subida a $55.000.000 para la esposa y $50.000.000 para el hijo (sent. de 9 de julio de 2012, exp. 11001-3103-006-2002-00101-01).

21. En este caso, la señora jueza de primer grado, condenó a la empresa demandada al pago de 50 salarios mínimos legales vigentes en favor de cada uno de los padres de la niña ANGELLY DAYANA BERMÚDEZ OSPINA (que equivale a la fecha a la suma de $34.472.700) y 25 para cada uno de sus hermanos (que equivale a $17.236.350)[[5]](#footnote-5), decisión con la cual no mostró inconformidad el extremo demandante. Siendo que dichas condenas se atemperan a los referentes señalados por nuestro alto Tribunal en materia civil han de confirmarse.

17. Con respecto a la condena a la compañía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., ha de decirse que también se ratificará lo decidido en primera instancia, por cuanto se ajusta a la póliza que la aseguradora contrató con la parte demandada, aclarando que, como la misma concurrió al proceso en llamamiento en garantía, el pago será a título de reembolso, conforme a lo solicitado por su apoderado (fl. 38 c. seg. Instancia). En consecuencia, se adicionará en este sentido el numeral segundo de la providencia confutada

**VI. Decisión**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: SE CONFIRMA** la sentencia apelada, dictada el 20 de enero de 2014 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por JOSÉ ORLANDO BERMÚDEZ CORREA y BLANCA AURORA OSPINA ROMERO, quienes actúan en nombre propio y en representación de sus menores hijas SHAROM VANESSA y KELLY JOHANNA BERMÚDEZ OSPINA y por KERWIN ALEXANDER MESA OSPINA y LADY VIVIANA MESA OSPINA, contra ECO TERMALES SAN VICENTE S.A.

**SEGUNDO: SE ADICIONA** el ordinal segundo, que quedará así:

**“Segundo:** Se declara civilmente responsable a la sociedad ECO TERMALES SAN VICENTE S.A., quien quedará obligada a pagar por concepto de perjuicios morales las sumas que más adelante se señalan, y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., llamada en garantía, estará obligada a responder a título de reembolso, hasta por la suma de $100.000.000, monto al cual deberá descontarse el deducible pactado en la póliza No. 0121540-5”.

**TERCERO: SE DECLARA** no probada la tacha de sospecha formulada en relación con los testigos Lisbo Justo Serna Betancourt, Alexander Londoño Pineda, Héctor Fabio Alzate Aguirre, Juan Pablo Bedoya Osorio y Carlos Osvaldo Alarcón Osorio.

**CUARTO: SE CONDENA** en costas a la parte demandada.

En su oportunidad, vuelva el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Las copias fueron puestas en conocimiento de las partes. Y para efectos del artículo 243 del C.P.C. se corrió traslado del Informe Pericial de Necropsia rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Occidente, sin que fuese objetado por los extremos de la litis. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 4-11 cuaderno No. 4. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 12-33 ib. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, sentencia T-934 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-4)
5. El Decreto 2552 de 2015 fijó el salario mínimo legal para el año 2016 en la suma de $689.454). [↑](#footnote-ref-5)