

Santiago de Cali, junio de 2024.

Señores

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Correo electrónico of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

ASUNTO. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA

Ref.	Proceso No.	76 0013333 006 2020 – 00132
	Medio de control	Reparación Directa
	Actor	Marisol Osmar y otros
	Demandado	Distrito de Santiago de Cali

FERNANDO YEPES GÓMEZ portador de la cédula de ciudadanía número 94.417.378 de Cali y portador de la tarjeta profesional de abogado número 102,358 proveída por el Consejo Superior de la Judicatura; obrando como apoderado judicial de la parte demandante dentro del proceso de la referencia; por medio del presente escrito, me permito **interponer y sustentar recurso de apelación** contra la sentencia número 110, notificada por medio electrónico el día cinco (5) del mes de junio del cursante, mediante la cual se negó acceder a la pretensión de la demanda.

1. De la sentencia de primera instancia.

Se trata de la sentencia número 110 fechada el cinco (5) del mes de junio del año dos mil veinticuatro (2024), por medio de la cual se negó la pretensión de la demanda.

Para llegar a esta conclusión, después de valorar los medios de prueba, se afirmó que

En efecto, huelga señalar que no obra en el expediente prueba tendiente a demostrar, con la claridad y certeza que requiere el Despacho, cuáles fueron las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos demandados, esto es, de la velocidad a la que se desplazaba la motocicleta, de la pericia o impericia en las condiciones de manejo de la misma e incluso de las condiciones de la vía que se reseña en la demanda.

...

No desconoce el Despacho que en la historia clínica de la señora Osmar Rudas, atención del 08 de julio de 2019, se dejó consignado: "accidente de tránsito", sin embargo dicho documento tampoco da luces sobre las referidas circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia de los hechos, pues ni siquiera se indica que lo padeció conduciendo una motocicleta, ni se identifica plenamente el mencionado hueco, ni ilustra sobre si se presentó caída o no en el mismo, circunstancias que denotan falta de claridad sobre las condiciones y acaecimiento de los sucesos, al menos la requerida para condenar a la entidad demandada.

Insistió que en el presente caso se presenta

En ese orden de ideas, pese a encontrarse acreditado el daño, no se logró demostrar la imputabilidad del mismo al Distrito de Santiago de Cali como consecuencia del incumplimiento de su contenido obligacional, carga que concernía a la parte demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso que reza: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" y en atención a que el régimen de responsabilidad aplicable es el subjetivo de falla en el servicio, correspondía a la parte demandante demostrar los elementos de la misma, esto es la conducta fallosa, el daño antijurídico y la relación de causalidad, lo que no sucedió en el sub-judice.

Adicionó a su argumento

Ahora, sin perjuicio de lo hasta aquí decidido, conviene adicionar a lo ya expuesto, dos situaciones que a juicio de este Operador Judicial desatendió normativamente la accionante al momento de conducir el velocípedo ya referido.

*El primero de ellos, y a pesar que si bien, no obra una prueba técnica automotriz o alguna semejante que hubiere permitido establecer la velocidad sobre la cual transitaba la señora Osmar Rudas al momento de perder la maniobrabilidad de la motocicleta que conducía, ha sido la propia accionante quien refirió en la declaración de parte brindada en audiencia, que transitaba a una velocidad de 30 k/h y que el vehículo que presuntamente transitaba delante de ella, estaba a una distancia suya de **5 metros**, y que, producto de dicha cercanía con el automotor que iba delante suyo, le resultó infructuoso frenar o superar el foramen que según sus dichos fue el causante de su caída*

...

*Luego entonces, la distancia mínima a conservar de separación entre vehículos, no debió ser la que la señora Osmar Rudas indicó, 5 metros, sino que debió ser lo la que la normatividad vigente para dicha calenda, y la que aún permanece incólume dicta, esto es, como mínimo **10 metros**.*

El segundo ítem a justipreciar es aquel que corresponde a determinar el carril sobre el cual se ubicaba la señora Osmar Rudas al momento de conducir su motocicleta presuntamente cuando impactó contra el hueco del cual hace referencia en el libelo de la demanda. Ha dicho entonces la accionante que conducía por el carril del medio, pues ha descrito la vía sobre la que transitaba como de 3 carriles.

Es claro para el Despacho que en los términos declarados por la señora Marisol Osmar Rudas, el tránsito de la motocicleta en la que se desplazaba desatendió el ordenamiento legal previsto respecto de los artículos 94 y 108 de la ley 769 de 2022, pues como ella mismo lo ha expresado, lo hacía por el carril del medio.

2. Razones de la inconformidad.

En todo proceso se requiere imperiosamente que el juzgador haya establecido el caso *sub judice*, es decir, haber reconstruido el hecho sobre el cual versa el litigio, lo que se logra única y exclusivamente a través de la valoración y apreciación de los medios de prueba obrantes en el mismo. La valoración de la prueba corresponde al trabajo intelectual que realiza el juez antes de tomar la decisión y mediante el cual llega a la convicción necesaria para acceder o no a las pretensiones de cada una de las partes, condenando o absolviendo, al confrontar los hechos probados con los supuestos jurídicos de las normas que le han invocado. Es la aplicación de las reglas que permiten al juez deducir el alcance de cada tipo de prueba, individualmente y en conjunto, para formar su convicción y que dependerá del

sistema de valoración imperante en cada momento¹. La finalidad de la prueba es la de llevar al funcionario de la existencia de determinado hecho. Ese convencimiento debe ser, por lo tanto, lógico, racional, que le permita tener certeza subjetiva de la existencia del mismo².

La búsqueda de la responsabilidad no puede cumplirse tan sólo a través de un examen árido de las pruebas comprometidas, sino reproduciendo idealmente hacia atrás las varias fases que en conjunto constituyen el evento. Recordemos que la prueba judicial es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevar al juez al convencimiento o la certeza de los hechos³, por lo tanto ese medio que le ha servido para concluir lo plasmado en su decisión debió ser el idóneo y pertinente para el hecho que se pretendió demostrar, es decir, que por sí mismos o por sus contenidos sirvan para los fines propuestos, pues si dicha condición no se cumple resultan claramente improcedentes o impropios. Indica la legislación adjetiva civil que el juez deberá apreciar todas las pruebas obrantes dentro de un proceso judicial de manera conjunta, de acuerdo a las reglas de la sana crítica. No obstante, la revisión de las piezas procesales y la valoración probatorio hecha en la decisión tomada por el juez de primera instancia ponen de bulto la apreciación parcial y deficiente de la provisión de los medios de prueba.

Para efectos del disenso plantearé los aspectos relevantes o factores que incidieron en la causación del suceso nefasto.

2.1. De la prueba del suceso.

Resulta incontrovertible que el asunto en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar descansa, principalmente, en la declaración vertida por la víctima Marisol Osmar quien empezó relatando

...yo iba llevando a mi hija al colegio que queda en Pance, entonces al dejarla más o menos de 8 a 8:30, pasaba por la carrera 86, estaba esperando a que cambiara el semáforo, entonces paso la Simón Bolívar y entrando al valle del Lili pues yo iba mas o menos a 30 Kms, no iba tan rápido porque íbamos pasando de un semáforo, entonces por la Simón Bolívar van entrando los carros hacia la derecha, entonces hay congestión por el carril derecho, entonces voy saliendo al carril del medio, entonces voy yendo de tras de un carro yo voy más o menos a 5 metros de distancia del carro, el carro pasa por el hueco y al dejarlo descubierto yo trato de mermar la velocidad, pues esa fue mi primera reacción pero entonces caigo al hueco, me desestabilizo por la moto y me caigo y la moto queda encima de mí, no me cambie de carril porque veníamos de pasar un semáforo y habían carros en el otro carril y si yo me paso me daba miedo de que me arrollara un carro; entonces por eso caigo al hueco. Iba por ahí por el medio pues porque iba al fondo que

¹ PALACIO HINCAPIE Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Tomo I – Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2004. Pág. 116.

² MARTINEZ RAVE Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Temis Novena Edición, 1996. Bogotá, pág. 358.

³ DEVIS ECHANDÍA Hernando, Compendio de Derecho Procesal Pruebas Judiciales Tomo II, Décima Edición Biblioteca DIKE, Pág. 10.

en ese tiempo vivía por ahí en un barrio, entonces iba hacia mi apartamento y pues no alcance a llegar. Eso fue lo que paso ese día.

Explicó que una vez ocurrido el incidente

...En ese momento quedé toda nerviosa y caída entonces al ratico llegó el señor Luis Carvajal y me auxilió, el otro muchacho que ven en el video se encargó de tomar las fotos, el video y todo, al estado de la vía, esperé un rato a que llegara la ambulancia, pero nunca llegó el tránsito y de hecho en esa parte que es tan concurrido el tráfico siempre hay tránsito, pero no ese día no había tránsito.

... ¿Tiene usted conocimiento si usted o alguna otra persona que estuvo en el lugar de los hechos, si hizo efectiva la llamada o el reporte al tránsito para que atendieran la situación? CONTESTÓ. No. No tuve conocimiento, solamente había un joven ahí en el video que llamó a la ambulancia y esperamos ahí un rato y no llegó el tránsito

Insistió en la causa de su accidente y las condiciones de la vía

¿Describame que ocasionó su accidente? CONTESTÓ. El mal estado de la vía, había un hueco en el carril del medio y obviamente haya sido yo u otra persona, literalmente se cae, porque el hueco era tan profundo que la pasar la moto cae así y automáticamente uno se desestabiliza y se cae al piso. PREGUNTADO. ¿El hueco como era, me lo puede describir el tamaño? El tamaño era siempre grandecito, el que la verdad como fue hace tiempo entonces si era profundo y era grandecito. PREGUNTADO. Y esa vía de cuantos carriles era, de uno, de dos, ¿de tres? Era de tres carriles. PREGUNTADO. ¿Eran en un mismo sentido, todos iban en un mismo sentido? Sí eran en un solo sentido iban entrando.

... La moto quedó encima mía entonces al ratico llegó el señor Luis Carvajal, él fue el que me ayudó a pararme, me quito la moto de encima, hay un muchacho que sale ahí en el video, él es que como que se encargó de llamar a la ambulancia, el señor Luis Carvajal es el que toma las fotos, el video, yo me quedo ahí un ratico de pie, pues hasta el termine de tomar las fotos el video, y, yo trato como de caminar y no me da el pie y entonces como me dio la adrenalina de los nervios yo estaba mareada, entonces me sostengo en el hombro de Luis y ahí cerca en el carril derecho hay cerca una hay una parada del mío, entonces nos vamos hasta allá, yo me siento a esperar a que llegara la ambulancia, eso fue lo que pasó... PREGUNTADO. ¿Usted al inicio de la misma hace esta manifestación "hay congestión en el carril derecho" y después afirma que por eso se desplaza hacia lo que es carril del centro, usted nos podría explicar cuando dice que hay congestión en el carril derecho a que se refiere? Mucho tránsito o alguna situación a la que usted le llama congestión, a que se refiere con esa afirmación? CONTESTÓ Pues yo venía por el carril derecho, me voy cambiando como los otros carros porque todos se van cambiando porque nosotros vamos para el fondo, yo iba para el fondo a mi barrio entonces me voy cambiando de carril, porque digo congestión porque de la entrada de la Simón Bolívar hay carros que entran de la Simón Bolívar hacia el barrio entonces esos toman el carril derecho y ahí hay una unidad cerca entonces también están ahí los carros que está volteando hacia esa unidad, entonces como yo voy para el fondo para mi unidad yo decido cambiarme de carril para seguir derecho y ahí es donde me encuentro con el hueco que me tapó el carro y caigo, eso fue lo que pasó.

Por su parte Luis Carvajal, que si bien no observó el suceso de autos si comentó aspectos que confirman algunos supuestos fácticos expuestos

PREGUNTA JUEZ. Sírvase manifestar a este juzgado, que sabe o que recuerda de esos hechos ocurridos el 08 de julio de 2019. CONTESTÓ. Yo iba transitando por la carrera 86 hacia Valle del Lili, iba a poner publicidad supongo porque ha pasado ya mucho tiempo, en la unidad Nogales del Lili que es la primera unidad de mi ruta donde yo pongo publicidad, cuando iba a pasar por la carrera 86 ese día y veo a Marisol tirada, supongo que yo iba en ese cambio de semáforo, la veo tirada en la moto y voy y la auxilio, ya de ahí ya todo lo que ustedes saben, yo la ayudé a levantar, la vi herida, yo le pregunte que si era que se había estrellado con un carro y ella me dijo que no, que había sido el hueco que se había caído por ese hueco y yo lo único que dije fue, me parece que esto es demandable y ya, tome unas fotos y unos videos, eso fue todo.

Reiteró

No, yo vi fue el trancón cuando se armó, paso, por un lado, lado derecho, yo me orillo al lado derecho y la veo ahí tirada, pero verla caer no yo no la vi. PREGUNTA. Es decir que lo que usted sabe en cuanto el tema de la caída, fue lo le contó Marisol le contó. CONTESTÓ Sí. ...PREGUNTADO. ¿Llegó el tránsito o no llegó el tránsito, no llego el tránsito, llamaron al tránsito, no lo llamaron, ¿que pasó? CONTESTÓ No. Yo estuve un rato hasta que la auxilié, yo la saqué debajo de la moto, porque en el momento, ósea uno no sabe qué hacer, lo único que piensa es en la persona, porque ella estaba tirada y estaba muy expuesta y pasaban los carros por un lado, entonces yo la saque de debajo de la moto, la paré, ella se apoyaba en mí, noté que el pie no lo podía apoyar y note sangre.

.. PREGUNTADO. Durante esos veinte minutos, llegó el tránsito o llamaron al tránsito, ¿sabe usted o lo recuerda? CONTESTÓ. En el video aparece un muchacho, ese muchacho fue el que llamó al tránsito o la ambulancia, no estoy seguro... PREGUNTADO. ¿Mientras usted estuvo ahí llegó alguna asistencia médica, alguna ambulancia para atender a la seora Marisol? CONTESTÓ. No, para nada, de ahí no sé nada porque me tenía que ir a trabajar, ella llamo si a alguien para que viniera, un familiar o algo para que se responsabilizara de lo que estaba pasando, por yo la verdad me tenía que ir a trabajar y me acuerdo que la deje sentada en una banca.

Sobre las condiciones de la malformación de la vía

En el video y las fotos no se ve bien pero el hueco era más o menos hondito, era hondo y era de poco más de un metro, pero si era un hueco riesgoso. PREGUNTA. Un metro de que, de diámetro, de radio o de profundo, ¿un metro de qué? CONTESTÓ. Un metro de largo. PREGUNTADO. Y de ancho. R. de ancho también por ahí un metro. PREGUNTA. ¿Y de profundo? CONTESTÓ de profundo por ahí unos treinta centímetros.

Precisó sobre el lugar del incidente

PREGUNTA. ¿Por ahí por donde se desplazaban era la carrera 86 me dice? CONTESTÓ. por la carrera 86 en el sentido Valle del Lili. PREGUNTA, ¿En el sentido norte sur? CONTESTÓ. no, en el sentido oriente occidente. Pregunta. Cuantos carriles tenía la vía. R. 3 carriles. PREGUNTA ¿y en qué lugar estaba ubicado el hueco en el carril derecho, izquierdo o en le del centro? CONTESTÓ. en el del centro.

Circunstancia que fueron ratificadas en el reconocimiento del material fotográfico

PREGUNTA. Las fotografías en las que aparece una motocicleta y una persona de pie, corresponden a las que usted tomo y a las que usted ha hecho referencia. CONTESTÓ. Sí. PREGUNTA. Ese sector vial que aparece ahí, al igual que la malformación en la misma, corresponde a lo que usted nos ha descrito o no. CONTESTÓ. Sí. ...PREGUNTA. ¿Nos puede decir si el video al que usted ha hecho referencia que usted tomo corresponde al mismo que se le acaba de poner de presente? CONTESTÓ. Sí ese es el video... PREGUNTA. Ud nos podría decir si la persona que se detalla ahí con una lesión sobre un pie, corresponde a la señora Marisol Osmar? CONTESTÓ. Sí Marisol Osmar, era ella.

Pese a las manifestaciones obrantes, el despacho concluyó que no existe probanza de la imputación del daño, sin embargo, las versiones rendidas tanto por la afectada como su auxiliador permiten aseverar:

- (i) Que en el lugar en el que cayó Osmar Rudas había una malformación o irregularidad.
- (ii) Que esta irregularidad estaba a la altura de la calle 28 con carrera 86 de la ciudad de Santiago de Cali.

No considera este extremo procesal que se presente alguna inconsistencia en el lugar del accidente, pues como logra visualizarse en las capturas traídas a colación por el despacho, no se advierte que exista una diferencia en el sector vial que logra exhibirse en la prueba documental aportada con el libelo demandatorio y que fue reconocida por Osmar Rudas y Luís Carvajal. De allí que el lugar resulta coincidente, obviamente con las adecuaciones y/o modificaciones del sector, pues las agregadas al plenario corresponden a tomas del mes de julio del año dos mil diecinueve (2019) y las capturas de Google maps son de mucho tiempo después.

Y es que, si bien es cierto, como lo ha sostenido reiteradamente el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo que la valoración de las fotografías, debe precisarse que éstas sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, de las que resulta necesario establecer su origen, el lugar, la época en que fueron tomadas. Las fotografías son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado los requisitos formales para la valoración de ese tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar.

Debe insistirse que “el valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa los hechos que se le atribuyen, y no otros diferentes en razón del tiempo, del lugar o del cambio de posición de los elementos dentro de la escena capturada”⁴. Por lo que fíjense como cada dicho propuesto por la víctima en su relato y el Luís Carvajal son coincidentes con las condiciones físicas de la vía, el clima del momento del suceso que logran apreciarse en la glosa. Precisar la ubicación exacta en un lugar rodeado de unidades residenciales del que no es fácil siquiera advertir su nomenclatura no puede descartar que se trate del mismo lugar, por el contrario, ambas muestras fotográficas logran recrear el mismo entorno.

(iii) La causa del accidente corresponde a la irregularidad vial.

Si bien es cierto el operador de instancia insiste en la ausencia de prueba de la imputación del daño ocasionado, por el contrario el dicho pormenorizado, además de desapasionado, rendido por la fémina Marisol Osmar permite inferir con claridad que la velocidad de su rodante no se hacía por encima de la permitida, que logró visualizar la malformación de la vía, pero pese que redujo la velocidad, la profundidad de la avería le hizo perder el control del rodante.

Recordemos que el Consejo de Estado, ha sido reiterativo que

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-269, mar. 29 de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas

...cuando las entidades que tienen a su cargo el deber de señalar las vías públicas, omiten su cumplimiento o lo hacen de manera defectuosa, comprometen la responsabilidad de las personas jurídicas en cuyo nombre actúan, por evidente falta o falla en el servicio público, a ellas encomendado, de tal suerte que no basta con la construcción y mantenimiento de las vías, sino que también está a su cargo la función de ejercer el control, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que ordenan su señalización y advierten los peligros y **por tanto debe responder por la totalidad de los daños y perjuicios que su falla en la prestación del servicio ocasione por la ausencia de señalización en las carreteras, y su consecuente inseguridad.** (...)”⁵ (subraya fuera del texto original).

Ha sido reiterativo que

...cuando la omisión de un deber legal da lugar a un resultado dañoso, se configura una falla en la prestación del servicio. Precisamente, la Sala en varias oportunidades se ha referido al régimen de falla del servicio, para señalar que éste ha sido y continúa siendo en nuestro derecho el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria a cargo del Estado; en efecto, **si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.**⁶

También ha sostenido la Sala que el artículo 2º (inciso segundo) de la Carta, según el cual “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades ...”, “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera.”⁷

En esa medida, **el Estado tiene la obligación de utilizar adecuada y eficientemente todos los medios que están a su alcance en orden a cumplir el cometido institucional. Si el daño se produce por su incuria o desidia en el empleo de tales medios, surge su obligación resarcitoria; en cambio, si el daño ocurre a pesar de su diligencia y cuidado, no es posible que resulte comprometida su responsabilidad.**

En casos como este, en los que la existencia de huecos o falta de dispositivos de señalización han sido la causa determinante en la generación de accidentes de tránsito, cuando dicha obligación está a cargo de las autoridades administrativas, la Sala se ha pronunciado de la siguiente manera (se transcribe tal cual)...(negrilla fuera de texto)⁸

En decisión más reciente⁹ ratificó lo sostenido de antaño

En esa medida, se ha entendido que se presenta una falla del servicio por parte de la entidad a cargo del mantenimiento, conservación y señalización cuando en las carreteras del país se presentan huecos, hundimientos u otro tipo de obstáculos al tráfico vehicular, sin que se advierta el peligro que estos conllevan, por medio de las señales de tránsito pertinentes, pues el deber de construir carreteras seguras y adecuadas a los requerimientos del tráfico, trae consigo la obligación de la Administración de mantenerlas en buen estado y de ejercer el control sobre las mismas.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, sentencia del dieciocho (18) de julio del año dos mil doce (2012), M.P. Olga Mélida Valle de La Hoz, Radicado: 47001-23-31-000-1998-06044-01, Actor: Hernán Díaz y Otros, Demandando: Ministerio de Transporte e Invias.

⁶ Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163.

⁷ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del doce (12) de junio de dos mil trece (2013), radicación número: 76001-23-31-000-1998-01533 -01(27917), Actor: Jesús María Acosta Gómez y otros.

⁹. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. C.P. Dra. María Adriana Marín Bogotá D.C., sentencia del diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021) radicación número: 68001-23-31-000-2011-00391-01(50791) Actor: María Eloisa Bueno Lizarazo.

Así mismo, resulta procedente desacreditar la tesis planteada por el Invías en cuanto a que el daño se produjo por el exceso de velocidad del automotor y el prolongado período de horas al volante que llevaba el conductor para cuando ocurrió el incidente. Primero, porque no hizo ningún esfuerzo probatorio en tal sentido, pues se limitó a expresar tales afirmación sin ningún asidero demostrativo. Segundo, porque dentro de los elementos de prueba que sí obran en el expediente no se evidencia o relaciona la cantidad de horas que llevaba el conductor al volante, ni mucho menos la velocidad que llevaba el automotor para el momento de los hechos.

...

En esa medida, las probanzas indican que la causa adecuada del accidente fue tomar el hueco, lo cual provocó la pérdida de control del automotor. En efecto, el conductor no se abstuvo de ejecutar alguna conducta idónea para evitar o aminorar en la mayor proporción posible el resultado dañino, tal como habría podido ser la activación de los frenos del vehículo, pues, como se reflejó en el pavimento, la huella de arrastre da cuenta de la desestabilización provocada por la irregularidad vial, lo cual se puede observar de los informes de la Policía Judicial.

En efecto, en el caso concreto la causa más próxima y la causa adecuada del daño confluyeron o concurrieron simultáneamente, pues esta Corporación considera que el incidente fue en su mayoría producto de la irregularidad protuberante que se encontraba sobre la vía, incluso la justicia penal consideró que la conducta no podía serle atribuida al conductor del automotor, pues no fue por su actuar culposos que se consolidó el daño, sino la existencia de la anomalía mencionada sobre la calzada.

En el sub examine, el análisis de causalidad adecuada o prognosis póstuma, como lo denomina algún sector de la doctrina y la jurisprudencia, permite establecer que fue la irregularidad sobre la vía la que provocó finalmente el resultado dañoso.

(...)

Para la Sala es importante resaltar que no todas las circunstancias que anteceden a la producción del daño son causas directas del mismo, como se plantea en la teoría de la equivalencia de las condiciones; es un sinsentido otorgarle igual importancia a cada hecho previo a la producción del daño, pues lo relevante es identificar cuál acción u omisión fue la causa determinante, principal y eficiente del hecho dañoso. De lo contrario, se llegaría al absurdo de que la consecuencia o menoscabo, sería la sumatoria de todos los antecedentes, lo que generaría un retorno al infinito.

Así, es de considerar que la causa está plenamente con la exposición que se hizo del accidente por Osmar Rudas, al explicar que "el hueco" o "hundimiento" provocó su desestabilización. ¿Qué espera todo ciudadano del estado físico de las vías públicas? Lo que todo esperamos de los servicios del Estado, que se presten de manera adecuada y eficiente. El incumplimiento y su relación casual con el daño provocada a la parte reclamante, está demostrada con claridad.

Ahora bien, siguiendo el hilo argumentativo del despacho y que si bien no lo consideró como el aspecto fundamental en este asunto, valga resaltar que no puede considerarse que el modo en que se desplazaba la víctima constituyan, más allá de una posible falta administrativa, una entidad suficiente para romper el nexo causal, esto porque:

La responsabilidad lleva en esencia cierto carácter de sujeción de un sujeto respecto a otro, el cual en razón de dicha dependencia está autorizado para pedir cuenta de la acción o la omisión del primero llamado responsable, por sus efectos hay responsabilidad cada vez que una persona está obligado a reparar el daño sufrido por otro. El concepto de responsabilidad debe distinguirse de una acepción afín que es la de imputabilidad, pues no es una característica de las personas sino de los actos que ellas realizan, es la posibilidad de referir un acto cualquiera al obrar de un sujeto de derecho.

La imputación agrega tanto la *imputatus iuris* o imputación subjetiva como la *imputatus facti* o imputación objetiva. Si quisiéramos definir abreviadamente este componente de la responsabilidad se entendería como la posibilidad de referir las consecuencias, los actos al obrar de una persona. Ahora cuando se rompe la imputación del daño causado, ya porque se demuestre: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o *la culpa exclusiva de la víctima*, el esquema de responsabilidad desaparece.

Sobre este fenómeno, culpa de la víctima, en términos de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo; se ha concebido dentro del ámbito de la responsabilidad administrativa como la violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, de tal forma que dicha violación por parte de la víctima, puede conducir hacia una exoneración total o parcial de la responsabilidad administrativa, de acuerdo con la trascendencia y grado de participación del afectado o afectados en la producción del daño. En reiteradas oportunidades ha señalado la jurisprudencia que no toda conducta de la víctima se puede invocar como factor que destruya el vínculo de causalidad existente entre el hecho y el daño. En efecto para que la culpa de la víctima exonere de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir ciertas condiciones:

a) Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima. Si la culpa del afectado fue la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total; si esa culpa no tuvo incidencia alguna en la producción del evento perjudicial, se impondrá entonces la declaratoria de responsabilidad total de la administración, a condición de que se configuren los restantes elementos estructurales de esa responsabilidad, según el régimen aplicable a la actividad administrativa, dentro de cuya órbita se produjo el hecho dañoso. Ahora bien, si la actuación de la víctima fue una causa concurrente, se producirá una liberación parcial, por la aplicación del principio de con-causalidad y de reducción en la apreciación del daño, previsto por el artículo 2357 del Código Civil.

b) El hecho de la víctima debe ser extraño y no imputable al ofensor. Si el obrar de la víctima fue provocado, propiciado o impulsado por el ofensor de tal manera que no le sea ajeno, no podrá exonerarse de responsabilidad la administración.

c) Que el hecho de la víctima sea ilícito y culpable, características indispensables y necesarias para que tal conducta configure un delito¹⁰.

La sola conducta ilícita de la víctima o la infracción a una norma legal o reglamentaria no exonera de responsabilidad a la administración quien para lograr este beneficio debe probar que su reacción se ejecutó dentro de los cánones y proporciones establecidos por el reglamento que la gobierna y en

¹⁰ C.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar, expediente No. 11.815.

cuanto lo indican los hechos que rodean el acto nocivo. Así no todo acto descuidado de la víctima tiene la entidad de romper la causalidad fáctica entre el hecho y el daño, aún más tratándose de eventos en el de que por medio está la conducción de vehículos.

Recordemos que la responsabilidad se fundamenta en la causalidad entre culpa y daño, y por tanto si no hay causalidad no hay responsabilidad. Y si la culpa se define como la realización voluntaria de una conducta típica activa, una misiva que por defecto de atención ocasiona un resultado antijurídico, no querido por el agente el cual podría haber previsto, o lo fue pero no evitado, y que tiene como causa la imprudencia, a la impericia, la negligencia, y la inobservancia de reglamentos, podríamos concluir que la presunta conducta de Osmar Rudas no tuvo la entidad suficiente para referirlo como productor del daño sufrido debidamente probado. Para el reconocimiento de este fenómeno es muy importante tener en cuenta unos parámetros precisos, pues no puede concebirse que cualquier conducta o comportamiento de la víctima vaya a ser constitutivo per sé de una culpa frente al fenómeno dañoso, dicho de otra manera, no es lo mismo la culpa de la víctima que una conducta de la víctima. Debe observarse que efectivamente el comportamiento de ésta haya contribuido en la realización del hecho dañoso, pues podría como en el sub-lite, que la conducta de Marisol Osmar en nada incidió en el fatídico suceso.

Para efectos de determinar si el incumplir con una condición de orden administrativo implica per se convertirse en la causa eficiente del daño en un accidente de tránsito es necesario recordar:

Infracción administrativa y la incidencia en la causalidad del daño alegado.

Si bien es cierto, esto podría constituir una falta administrativa, como una infracción a la codificación de tránsito, citada en su providencia, y constitutiva tal vez de accidentes de tránsito, debemos tener en cuenta que no toda conducta sancionada por el régimen respectiva tiene la fuerza para ser determinante como causa excluyente del deber patrimonial. No cualquier comportamiento de la víctima constituya *culpa de la víctima*, pues sólo la constituirá aquella conducta que haya sido co-causante del daño, ósea que tenga una entidad de acusación no una entidad de reproche, no una entidad de comportamiento ajena o diferente al resultado mismo. No cualquier acción del administrado afectado puede asimilarse o calificarse como una culpa suya, sólo se conceptuará como tal cuando tenga incidencia co-productora en el resultado dañoso, de resto, comportamientos que pueden ser censurables no es equitativo o no constituye una culpa de la víctima.

En un caso decidido por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en donde se produjo colisión de dos vehículos, uno de ellos oficial, y otro conducido por un particular que se encontraba en estado

de embriaguez se explicó con mucha suficiencia, la incidencia del acto infractor del particular frente a la causalidad en el daño alegado. Sostuvo la Corporación en dicha decisión¹¹

...Ahora bien, en la sentencia de primera instancia se absolvió a la entidad demandada, al tener como acreditada la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, considerándose como causa única del accidente, el hecho de que el joven Jesús Angarita Jiménez estuviera bajo los efectos del alcohol, soportando el argumento en el examen de alcoholemia que obra a folio 72 del expediente, el que informa que el demandante presentaba una embriaguez aguda positiva.

Esta Sala recuerda que, en lo que respecta a la culpa exclusiva de la víctima, como impeditiva de imputación, para su procedencia, se requiere de lo siguiente: la presencia de un actuar: positivo o negativo, esto es, de una acción u omisión por parte de quien alega padecer el daño; y ese actuar, viene a ser el determinante y exclusivo del hecho que materializa el acontecer de las lesiones infligidas.

Sin duda, como lo ha señalado la Sala, el demandado se libera si logra acreditar que fue el comportamiento del propio afectado determinante y decisivo en la generación del daño, así lo precisó en sentencia del 13 de agosto de 2008:

"Desde la perspectiva general, es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de irresistibilidad e imprevisibilidad de la fuerza mayor, como quiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa del daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos".

"En efecto, el demandado sólo se encuentra obligado a evitar los daños padecidos por la víctima en aquellos eventos en que se encuentre en posición de garante¹² frente a aquélla, casos en los cuales, a efectos de enervar la acción indemnizatoria debe acreditar la imprevisibilidad e irresistibilidad de la conducta que origina el daño, con miras a exonerarse de la responsabilidad que se le endilga. A contrario sensu, en las demás circunstancias, el demandado se libera si logra acreditar que fue la consecuencia del comportamiento de la propia persona que sufrió el daño".

"En ese sentido, la Sala debe precisar y desarrollar la posición jurisprudencial vigente, como quiera que en reciente oportunidad se señaló:

(...)

"Lo anterior no quiere significar en modo alguno, que el hecho de la víctima en ocasiones pueda ser total o parcial, en cuanto se refiere a la materialización del resultado dañoso, motivo por el cual será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido".

"Ahora bien, no significa lo anterior que toda conducta de la víctima tenga la suficiente dimensión o entidad para excluir o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño.

"El principio de confianza conlleva implícito la tranquilidad que tienen las personas que integran la sociedad, de que el Estado prestará adecuadamente sus servicios públicos, por lo que, no cualquier tipo de participación de la víctima, en una actividad riesgosa, reviste la estatus necesario para excluir la responsabilidad de la administración.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Dr. Enrique Gil Botero, veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013), radicación número: 05001-23-31-000-1995-00971-01 (27302), Actor: Jesús Alonso Angarita Jiménez, Demandado: Departamento de Antioquia – y otros.

¹² Acerca del concepto de posición de garante, así como su aplicación en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, se pueden consultar las siguientes sentencias: de 4 de octubre de 2007, exp. 15567, de 4 de diciembre de 2007, exp. 16894, y 20 de febrero de 2008, exp. 16696.

"En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación".

"Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis".¹³

Discurre la providencia con relación a la dimensión de la conducta imprudente de la víctima

Sin embargo, desde otra perspectiva, para la Sala es inhesitable que el accidente ocurrió por el hecho exclusivo y determinante del demandado, en la medida en que se encuentra claramente probado el origen del mismo, consistente en la infracción realizada por el conductor del vehículo oficial. Y, si bien, el conductor de la motocicleta –hoy demandante– se encontraba con un grado de alcohol del 130 %, circunstancia que, a pesar de ser evidentemente irreflexiva, en tanto conducir en grave estado de embriaguez deja librado al azar un eventual accidente, no es óbice para posibilitar la imputación del daño a la administración, comoquiera que su actuar fue la génesis del evento.

En el caso sub examine, el señor Angarita Jiménez condujo un vehículo automotor bajo los efectos del alcohol, esto es, con sus capacidades motoras y mentales seriamente disminuidas¹⁴, tal decisión, a todas luces insensata, demuestra falta de cuidado, precaución y previsión de su parte, lo cual es entitativo de culpa y, por ello, su conducta deviene censurable desde todo punto de vista; sin embargo, pese a la existencia de la culpa en sí misma, esta circunstancia no tuvo incidencia en la producción del daño o resultado, el cual sólo le es atribuible al conductor de la ambulancia que hizo el giro prohibido impactando la motocicleta.

Así las cosas, la mal denominada "causa extraña" se refiere a la verificación de circunstancias que toman inimputable el daño a la administración pública, bien porque es producto de una fuerza mayor, un caso fortuito, ora por el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero. Como se aprecia, la

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, expediente: 17.042, actores: Stella Castaño Franco y otro, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁴ "Las principales alteraciones por el efecto del alcohol son del sistema nervioso central, ya que el alcohol actúa como depresor de él, dependiendo de la cantidad ingerida.

"El paciente embriagado no puede ocultar o alterar los signos y síntomas neurológicos porque no depende de la voluntad de la persona.

"(...)

"Los principales {síntomas} son:

"-Pérdida de la conciencia, inicialmente en forma leve (somnolencia), luego entra en confusión, estupor y coma hasta llegar a la muerte.

"-Incoordinación motora que pasa de leve, a moderada y grave, siendo incapaz de realizar movimientos finos.

"-Trastornos del lenguaje por la acción del alcohol sobre los núcleos basales del cerebro, manifestados en disartria cada vez más notoria, hasta que ya no es capaz de articular palabras.

"-Pérdida de la coordinación ocular. Por el efecto del alcohol sobre los núcleos basales cerebrales se pierde el control sobre los movimientos oculares presentando nistagmus, es decir, alteración sobre los movimientos horizontales de los ojos, además hay estrabismo. Las pupilas presentan miosis, es decir, contracción pupilar, pero en las intoxicaciones graves hay midriasis (se dilatan las pupilas).

"-El paciente pierde el equilibrio, teniendo que aumentar el polígono de sustentación (miembros inferiores abiertos), por el efecto del alcohol sobre el sistema cerebeloso.

"-El sistema parasimpático produce rubicundez facial o palidez, inyección conjuntival, hiperhidrosis (sudor exagerado)

"-Aliento alcohólico dado por la volatilidad del etanol que se elimina por la respiración.

"-Manifestaciones psicológicas con locuacidad, verborrea, euforia inmotivada, confianza con el examinador, jocosidad, llanto, agresividad..." SOLÓRZANO NIÑO, Roberto. Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados. Editorial Temis. 2009. Págs. 606 y 607.

configuración de una o varias circunstancias exonerativas de responsabilidad se hace en sede de la imputación fáctica del daño. En otros términos, al momento de establecer el autor del daño es preciso identificar a quién le es imputable de manera plena, concurrente o graduada, para lo cual es pertinente acudir a los elementos de la imputación objetiva.

En el caso sub examine, es indiscutible que el comportamiento que incrementó el riesgo permitido fue el comportamiento del conductor del vehículo oficial, ya que materialmente el giro realizado fue el factor determinante y exclusivo en la producción del daño, motivo por el que es imputable en el plano fáctico a la entidad demandada.

Para finalizar, hace un llamado al estudio de las características de la conducta imprudente de la víctima y lo que es la culpa de la víctima como causa productora del daño

Es preciso que la responsabilidad extracontractual –a diferencia de lo que viene ocurriendo con el derecho penal, a partir de la influencia del funcionalismo alemán– no se contagie por lo que la filosofía moderna ha denominado popularmente como el “**neopuritanismo**”, es decir, derivar consecuencias jurídicas a circunstancias que si bien son reprochables aún no han producido daños o modificaciones en el mundo exterior.

Por lo tanto, el derecho de daños no puede –bajo ningún modo– ser un elemento sancionatorio de conductas peligrosas consideradas en sí mismas; a contrario sensu, es imprescindible que el operador judicial valore el acervo probatorio para determinar si el comportamiento de la víctima –por más reprochable que haya sido– fue realmente esencial en la producción del daño. Una postura contraria supondría trasladar a la víctima total o parcialmente las consecuencias negativas del daño, cuando lo cierto es que su acción no fue definitiva en la materialización del hecho.

En esa línea de pensamiento, en el derecho moderno de daños las causales exonerativas de responsabilidad están exentas de cualquier valoración subjetiva o culposa, ya que lo relevante es que se establezca el autor del daño, para lo cual habrá que acudir a la teoría de la imputación objetiva en aras de establecer si el mismo es atribuible a la administración pública demandada, a un factor externo de la naturaleza, a un hecho interno de la actividad o de la cosa, o a un hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.

A partir de la identificación del autor del daño, se podrá seguir con el juicio de imputación jurídica para identificar si existe un fundamento normativo que compela al demandado a la reparación integral del daño, evento este último en el que sí tendrá relevancia –salvo los escenarios de responsabilidad objetiva– la naturaleza del comportamiento desplegado.

En esa línea de pensamiento, la responsabilidad extracontractual del Estado se construye a partir de un razonamiento escalonado de la siguiente forma: i) la constatación de un daño antijurídico, que no tiene nada que ver con el comportamiento del victimario, sino con si la víctima estaba o no en la obligación de soportarlo, ii) la imputación fáctica, esto es, el juicio de atribución material que lleva a cabo para identificar al “autor” del hecho, iii) la imputación jurídica, que es el juicio normativo que se adelanta para determinar cuál es el fundamento jurídico de la responsabilidad, esto es, si es un comportamiento culposos, riesgoso o que rompe de manera grave y especial la igualdad frente a las cargas públicas, y iv) la valoración del daño, es decir, el esclarecimiento de la magnitud del daño y, por lo tanto, las medidas idóneas para repararlo.

En el caso concreto, se advierte de manera palmaria que con independencia al comportamiento culposos, irregular y peligroso de la víctima, no fue éste el que produjo el daño sino que, por el contrario, el giro prohibido e intempestivo dado por el conductor de la ambulancia fue determinante en la materialización del mismo.” (Resaltado fuera de texto)

Sin mayor discernimiento, los apreciados y valorados medios demostrativos, no dejan resquicio de duda acerca de que el evento dañoso es atribuible, imputable fáctica y jurídicamente, al Distrito de Santiago de Cali.

3. Conclusión.

En consecuencia, una valoración conjunta de todos los elementos de juicio genera una razonable certeza en el juzgador para tener por probado la imputación del daño demostrado. Por todo lo anterior deberá entonces la Colegiatura revocar la providencia objeto de alzada, para en su lugar disponer la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada y su respectiva obligación resarcitoria.

Atentamente,

FERNANDO YEPES GÓMEZ

C.C. No. 94.417.378 de Cali

T.P. No. 102.358 del Consejo Superior de la Judicatura