

Doctora

LORENA MARTÍNEZ JARAMILLO

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

adm16cali@cendoj.ramajudicial.gov.co y of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

PROCESO: REPARACIÓN DIRECTA

RADICACIÓN: 76001-33-33-016-2023-00195-00

DEMANDANTE: LUIS FERNANDO TELLO

DEMANDADO: DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

LLAMADA EN GTÍA: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Y OTROS

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado general de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Y OTROS**, conforme se acredita con la escritura pública adjunta que contiene el poder de representación, encontrándome dentro del término legal procedo en primer lugar a CONTESTAR LA DEMANDA impetrada por **LUIS FERNANDO TELLO** en contra del **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, y en segundo lugar, a CONTESTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA formulado por el ente territorial mencionado a mi representada, en virtud de la **Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1507222001226**, para que, en el momento en que se vaya a definir el litigio se tengan en cuenta los hechos y precisiones que se presentan a continuación, anticipando que me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, así como también las que contiene el llamamiento en garantía que nos ocupa, en los siguientes términos:

CAPÍTULO I. OPORTUNIDAD

El despacho mediante Auto s/i del 17 de julio de 2023 resolvió admitir la demanda de reparación directa. Por su parte el llamamiento en garantía fue admitido por el despacho mediante Auto s/i del 13 de enero de 2025, notificado personalmente el 21 de enero de 2025, motivo por el que es correcto afirmar que nos encontramos en término para contestar la demanda y el llamamiento en garantía, atendiendo a que el artículo 225 del CPACA establece que la llamada en garantía cuenta con quince (15) días para contestar la demanda y el escrito del llamamiento, término que se comienza a contabilizar a los dos (2) días hábiles siguientes a la remisión del correo electrónico, conforme lo dispuesto en los artículos 199 y 205 del CPACA¹. En el caso concreto, el término se computa de la siguiente manera: (i) de la notificación electrónica días 22 y 23 de enero de 2025; (ii) traslado del llamamiento, iniciando el 24 de enero de 2025 y finalizando el 13 de febrero de 2025. Por lo anterior, este escrito se presenta dentro del término procesal previsto.

¹ Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ARTÍCULO 205. NOTIFICACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. <Artículo modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La notificación electrónica de las providencias se someterá a las siguientes reglas: (...) 2. La notificación de la providencia se entenderá realizada una vez transcurridos dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.

CAPÍTULO II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I. FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

FRENTE AL HECHO PRIMERO: A mi procurada no le consta directa o indirectamente si el 23 de mayo de 2022 el señor Luis Fernando Tello se movilizaba en la motocicleta de placas UWK49E, por el sector de la Calle 73 con Carrera 11 de la ciudad de Cali toda vez que hace referencia a situación ajena a las actividades de mi representada, sin embargo, desde ya debe dejarse por sentado que no obra en el expediente documento alguno que acredite tal situación. En tal sentido le corresponderá a la parte actora acreditar todo lo manifestado en este punto, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: Este punto se compone de dos diferentes aseveraciones, motivo por el cual me pronunciaré de manera independiente.

En primera medida se debe señalar que la manifestación inicial hace referencia al estado de una vía, pero no se especifica a cuál se hace referencia, sin embargo, independientemente de la vía a que se refiera la aseveración, a mi procurada no le consta directa o indirectamente su estado, sin embargo debe dejarse manifestado desde ya que sobre dicha situación y en un caso como el que nos ocupa, debe existir un documento idóneo como es el Informe Policial de Accidentes de Tránsito el cual funge como medio para determinar el estado de la vía y las condiciones de la misma en una situación particular.

En segunda medida a mi poderdante no le consta directa o indirectamente si el demandante conducía “con mayor prudencia” y “obedeciendo las normas de tránsito”, sin embargo desde ya debe dejarse anotado, sin que constituya manifestación de aceptación de responsabilidad alguna sobre la validez del documento, que en las fotografías que se aportan a la demanda se puede evidenciar que el señor Tello conducía su vehículo por el carril izquierdo de la vía, esto es, contraviniendo el inciso segundo del artículo 94 de la Ley 769 de 2002.

En tercera medida, a mi procurada no le consta directa o indirectamente si el estado de la carretera influyó en el desempeño al volante del conductor, sin embargo, debe reiterarse que sobre dicha situación y en un caso como el que nos ocupa, debe existir un documento idóneo como es el Informe Policial de Accidentes de Tránsito el cual funge como medio para determinar el estado de la vía y las condiciones de la misma en una situación particular como en un suceso como el narrado, sumado al hecho de que al no contarse con un IPAT del hecho, no es posible determinar si el accidente realmente ocurrió y en qué términos, pues quedan a la deriva elementos necesarios para un juicio de valor como pueden ser las condiciones del vehículo, el estado del conductor en cuanto a consumo de bebidas alcohólicas o similares, si cumplía o no con las obligaciones de portar casco y chaleco, ya que según el relato el hecho se dio en horas de la noche, la visibilidad del sector, las condiciones meteorológicas, y demás condiciones que son determinantes a la hora proponer un juicio por accidente de tránsito.

FRENTE AL HECHO TERCERO: A mi procurada no le consta directa o indirectamente si el señor Luis Fernando Tello tuvo alguna colisión o si sufrió lesiones, sin embargo, en el expediente obran

copias de historias clínicas que pueden estar relacionadas. En tal sentido nos atemperamos a lo efectivamente probado en el proceso, así como a la validez y veracidad de los documentos aportados con la demanda, y en consecuencia le corresponderá a la parte actora acreditar todo lo manifestado en este punto, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO CUARTO: A mi procurada no le consta directa o indirectamente los diagnósticos que pudieron presentarse para el señor Luis Fernando Tello, sin embargo, debe dejarse manifestado que aunque en el expediente obran copias de historias clínicas que pueden estar relacionadas, lo cierto es que con la demanda no se adjuntó un dictamen de calificación de invalidez expedido por la autoridad competente para ello, como es una Junta de Calificación de Invalidez, y también se debe indicar que dicha prueba no fue solicitada, por lo que no existe documento idóneo con el cual se pueda demostrar efectivamente las aseveraciones del punto en comento. En tal sentido le corresponderá a la parte actora acreditar todo lo manifestado en este “hecho”, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO QUINTO (DENOMINADO “SEXTO” EN EL ESCRITO DE LA DEMANDA): A mi procurada no le consta directa o indirectamente si el señor Luis Fernando Tello sufrió afectaciones y los alcances de la misma, sin embargo, debe reiterarse que aunque en el expediente obran copias de historias clínicas que pueden estar relacionadas, lo cierto es que con la demanda no se adjuntó un dictamen de calificación de invalidez expedido por la autoridad competente para ello, como es una Junta de Calificación de Invalidez, y también se debe indicar que dicha prueba no fue solicitada, por lo que no existe documento idóneo con el cual se pueda demostrar efectivamente las aseveraciones del punto en comento. En tal sentido le corresponderá a la parte actora acreditar todo lo manifestado en este “hecho”, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO SEXTO (DENOMINADO “SEPTIMO” EN EL ESCRITO DE LA DEMANDA): No es un hecho, es una apreciación subjetiva que realiza el apoderado de la parte actora acerca de las presuntas afectaciones morales que en su entender o criterio padeció el señor Tello, aunque se debe dejar por sentado que la afirmación no puntualiza el tipo de daños ni los aspectos de vida presuntamente afectados. En consecuencia, le corresponderá al togado acreditar todo lo manifestado en este punto, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO SÉPTIMO (DENOMINADO “OCTAVO” EN EL ESCRITO DE LA DEMANDA): A mi procurada no le consta directa o indirectamente si el señor Luis Fernando Tello TUVO QUE HACER USO DE TERAPIAS, sin embargo, debe reiterarse que aunque en el expediente obran copias de historias clínicas que pueden estar relacionadas, lo cierto es que con la demanda no se adjuntó un dictamen de calificación de invalidez expedido por la autoridad competente para ello, como es una Junta de Calificación de Invalidez que dé fe de que son “alteraciones hoy irremediables”, y también se debe indicar que dicha prueba no fue solicitada, por lo que no existe documento idóneo con el cual se pueda demostrar efectivamente las aseveraciones del punto en comento. En tal sentido le corresponderá a la parte actora acreditar todo lo manifestado en este

“hecho”, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO OCTAVO (DENOMINADO “NOVENO” EN EL ESCRITO DE LA DEMANDA): No es un hecho, es una apreciación subjetiva que realiza el apoderado de la parte actora acerca de los criterios adoptados por el Consejo de Estado en cuanto a la responsabilidad de las entidades estatales respecto de perjuicios causados en situaciones análogas a lo que él entiende, son las características del caso, sin embargo, ello no tiene ningún tipo de relevancia en el apartado que se comenta, toda vez que no hace parte de los supuestos de hecho del caso.

FRENTE AL HECHO NOVENO (DENOMINADO “DECIMO” EN EL ESCRITO DE LA DEMANDA): No es un hecho, es una apreciación subjetiva que realiza el apoderado de la parte actora acerca de lo que él entiende son los motivos por los cuales se debe considerar que se presentó una falla en el servicio en el caso particular, sin embargo, ello no tiene ningún tipo de relevancia en el apartado que se comenta, toda vez que no hace parte de los supuestos de hecho del caso, y en cualquier medida le corresponderá a la parte actora acreditar todo lo manifestado en este “hecho”, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO (DENOMINADO “DECIMO PRIMERO” EN EL ESCRITO DE LA DEMANDA): A mi procurada no le consta directa o indirectamente si se cumplió con el requisito de procedibilidad, o si ello se dio en las fechas manifestadas, sin embargo, se evidencia en el expediente copia de un acta de conciliación que puede estar relacionada con el punto, motivo por el cual nos atemperamos a lo efectivamente probado en el proceso, así como a la validez y veracidad de los documentos allegados como pruebas y/o anexos a la demanda, relacionados con el tema en cuestión. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

II. FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer ellas de fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios que hagan viable su prosperidad. Lo anterior, comoquiera que la responsabilidad de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** no se estructuró, toda vez que en estos casos impera el principio de la carga de la prueba tanto de la supuesta falla en el servicio, como del daño antijurídico y en especial del nexo de causalidad entre los dos últimos elementos mencionados. En el *sub-lite*, la parte demandante no ha cumplido con ello, lo que inviabiliza la declaratoria de responsabilidad del Estado.

Por lo tanto, me referiré a cada una de las pretensiones expuestas en el escrito de la demanda, de la siguiente manera:

FRENTE A LA PRETENSIÓN PRIMERA: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la declaración de responsabilidad patrimonial y extracontractual pretendida en razón a que: i) No existe ningún elemento fáctico, jurídico o probatorio que permita establecer que, por parte del Distrito de Santiago de Cali se haya

presentado una conducta omisiva, negligente o imprudente que haya ocasionado el daño que aquí nos convoca; ii) La parte actora no ha acreditado que en el sitio de los hechos se haya presentado una falla en malla vial; iii) El demandante no ha demostrado eficientemente que la causa determinante del accidente de tránsito aludido haya sido justamente una anomalía en la malla vial, pues no ha allegado elementos de prueba idóneos, pertinentes y conducentes que permitan determinarlo; iv) El extremo activo no ha acreditado, en primera medida, si existe efectivamente una pérdida de capacidad laboral de la víctima y consecuentemente tampoco ha demostrado en qué porcentaje se presenta dicha pérdida; v) El actor tampoco ha demostrado que la causa eficiente de la presunta pérdida de capacidad laboral (en caso de haberla), hubiera sido creada o concretada por el ente territorial; y por último vi) Se hace evidente de los elementos de convicción allegados al caso y de lo descrito, que el daño que da fundamento a la demanda tuvo como causa un hecho inequívoco, flagrante y determinante producido por la víctima al no atender los deberes de tránsito establecidos en el artículo 94 de la Ley 769 de 2002.

FRENTE A LA PRETENSIÓN SEGUNDA: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a cualquier condena en contra del Distrito Especial de Santiago de Cali o de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** de cancelar a favor del demandante cualquier suma de dinero, en razón a que la acción y los medios de prueba en que se fundamenta, no acreditan en ninguna medida la responsabilidad patrimonial y extracontractual de la pasiva y sus llamadas en garantía.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “1.2. DAÑO EMERGENTE”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente en contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio, en tanto los daños alegados no pueden ser imputados a la entidad demandada ni a la entidad aseguradora, en primera medida por no haberse estructurado los elementos de la responsabilidad administrativa que pretende el actor, en consecuencia, resulta improcedente la solicitud relacionada con este aspecto, y en segunda medida, porque ninguno de los documentos acercados al plenario tienen las características y/o los requisitos que exige la Ley para considerarse una factura, sumado al hecho de que ninguno de los mismos demuestra que se haya pagado valor alguno por el señor Tello y por tanto, que de su patrimonio salió algún monto de dinero, lo cual es requisito *sine qua non* para que proceda el tipo de perjuicio reclamado.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “1.3. LUCRO CESANTE (causado o consolidado)”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio, ya que, aunque el apoderado en su escrito petitorio omite calcularlo y hacer mención a ello, la solicitud debe tener fundamento en una pérdida de capacidad laboral, en este caso del señor Tello, y además, debe fundarse en la existencia de una ganancia cierta que se dejó de percibir como consecuencia del daño, y propiamente en el daño; pues sin que todo ello en conjunto esté determinado, no es posible atribuir ninguna clase de procedencia de indemnización de este tipo, dado que como bien explica el Consejo de Estado² “*el lucro cesante hace referencia a la ganancia que deja de percibirse, o la expectativa cierta económica de beneficio o provecho que no se realizó como consecuencia del daño*”.

² Sentencia Rad. 00526 de 2016, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado, C.P. William Hernández Gómez

En este contexto se debe dejar claro que no está demostrado que el señor Luis Fernando Tello haya tenido una pérdida de capacidad laboral, ergo, la solicitud ya carece del daño que requiere la figura para estructurarse, aunado a ello no está probado que la víctima tuviese una vinculación contractual que fuese vigente en el tiempo, pues no se allegaron pruebas que den fe de un vínculo laboral que se dejó de tener a causa del presunto daño, consecuentemente, no está acreditado que él tuviese ingresos periódicos fijos que devengará de manera permanente, pues aunque como base de liquidación el togado usa como monto de ingreso un valor de \$1.160.000, lo cierto es que no acredita ninguna suma como ingreso periódico permanente, de tal forma que no es posible con ellos establecer lo que efectivamente dejaría de percibir por la imposibilidad (no demostrada y por tanto, no configurada) de ejercer labores.

Por lo tanto, debe recordarse que el Consejo de Estado ha manifestado en una línea de argumento pacífica, que no es posible admitir ningún tipo de presunción en el ejercicio de un oficio ni mucho menos en su remuneración, por lo que, al no existir prueba de ello ni de su contraprestación, lo correspondiente es que no resulte procedente acceder a dicha pretensión.

En conclusión, no es procedente el reconocimiento de esta tipología de perjuicio, habida cuenta que este debe cumplir las características de todo tipo de daño, esto es, que sea cierto, personal y directo, sin embargo, es evidente que no hay certeza sobre su cuantía, pues como ya se dijo, la parte actora no acreditó con medios de prueba ni el presunto porcentaje de pérdida de capacidad laboral, ni el tiempo, ni el IBC, ni ninguno de los demás rubros a tener en cuenta para su cálculo, este último lo realizó a base de suposiciones y conjeturas que ni siquiera se explican en la ecuación, como se advierte en el escrito:

1.3 LUCRO CESANTE:

Respecto a la indemnización por lucro cesante causado o consolidado se reconozca al Señor **LUIS FERNANDO TELLO**, la suma de ONCE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE PESOS M/CTE. (\$11.335.619,01).

IBC = \$1.160.000

INCAPACIDAD: 9.77 meses.

$$LCC = \frac{RA \cdot (1+i)^n - 1}{i}$$

$$LCC = \frac{\$1.160.000 (1 + 0,004867\%)^{9.77} - 1}{0,004867\%} = 11.335.619,01$$

Las cantidades que por concepto de perjuicios materiales se prueben dentro del presente proceso, los cuales se liquidaran en la proporción que ha determinado la jurisprudencia.

Como se observa no se explica a qué corresponde cada variable ni de dónde salen los datos plasmados, lo que debe llevar indefectiblemente a la negativa de la pretensión.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “perjuicios morales”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio, en razón a que la parte demandante no puede endilgar esa responsabilidad a la entidad demandada por no existir medio de convicción que permita establecer que se presentó una conducta omisiva, negligente o imprudente de ella, que a su vez tenga la entidad suficiente para haber ocasionado el daño alegado, pues la parte actora no ha acreditado que se haya presentado una afectación o malformación en la malla vial y especialmente no ha demostrado que ello haya sido la causa determinante del accidente de tránsito y por tanto del daño.

Por lo anterior, y por el hecho flagrante de que no existe una calificación de invalidez que permita determinar la gravedad de los presuntos daños padecidos, cualquier tasación de los perjuicios morales resulta altamente especulativa en cuanto no existe un parámetro objetivo que permita su determinación.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “TERCERO”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de esta, en razón a que la misma sólo tiene sentido en el escenario en que se decreten las demás solicitudes económicas, y como ello en el caso *sub examine* no resulta procedente dada la imposibilidad de los actores por demostrar el daño, la causa eficiente del daño, el nexo causal y la falla de la entidad demandada, tampoco resulta procedente acceder a dicha solicitud.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “CUARTO”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de esta, en razón a que la misma sólo tiene sentido en el escenario en que se decreten las demás solicitudes económicas, y como ello en el caso *sub examine* no resulta procedente dada la imposibilidad de los actores por demostrar el daño, la causa eficiente del daño, el nexo causal y la falla de la entidad demandada, tampoco resulta procedente acceder a dicha solicitud.

III. EXCEPCIONES FRENTE A LA DEMANDA

1. LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR QUIEN FORMULÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

Coadyuvamos las excepciones propuestas por el Distrito Especial de Santiago de Cali, sólo en cuanto las mismas no perjudiquen los intereses de mi representada y bajo ese mismo tenor se formulan las siguientes:

2. INEXISTENCIA DE FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

La parte actora en su relato aduce que en el caso en examen la falla en el servicio se presenta por la existencia de un hueco en el sector de la Calle 73 con Carrera 11 de la ciudad de Santiago de Cali, resaltando que la responsabilidad del Distrito Especial de Cali se estructura desde su presunta omisión en el mantenimiento de la malla vial, sin embargo, tal aseveración no tiene soporte probatorio, ni sustento argumentativo desde el punto de vista de la sana crítica, pues no existen elementos de convicción que lleven a esa conclusión de manera inequívoca, lo cual resulta evidente tras realizar un análisis detallado del único elemento que pretende sustentar el señalamiento al

Distrito, que es una serie de fotografías que presuntamente corresponden al sitio y momento del accidente, elementos estos sobre los que se debe anotar que no hay referencia ni datos sobre la procedencia, el autor, el lugar, la fecha y demás detalles de las imágenes, necesarios para establecer su vinculación directa con los hechos y sobre todo el daño alegado.

Para sustentar la tesis anteriormente presentada, debe tener en cuenta el despacho que, fuera de los regímenes objetivos de responsabilidad del Estado, la falla en el servicio es el título de imputación por excelencia bajo el cual se juzga la conducta de la Administración Pública, *imputatio iuris*, y que por ello requiere esencialmente su prueba y acreditación, tal como la ha dicho el H. Consejo de Estado:

*“Es preciso recordar **que, cuando se imputa un daño al Estado con fundamento en una omisión o inacción por su parte, el interesado se encuentra en el escenario de culpa probada y, en consecuencia, está llamado a aportar o, según el caso, solicitar el recaudo de los medios de convencimiento con los cuales se evidencie el supuesto de hecho que alega estructuró una falla en el servicio, pues de otro modo, al juez no le resta otra posibilidad que negar las pretensiones por la insatisfacción del onus probandi que le asiste al interesado**, conforme con las previsiones del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil³.”⁴ (Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

Sobre la carga probatoria de los demandantes cuando se trata de regímenes subjetivos como la falla en el servicio, la doctrina nacional ha reiterado la anterior posición jurisprudencial:

*“...es claro que el hecho de que un daño le sea imputable a una persona pública no es suficiente normalmente para hacerla responsable: **es necesario que la víctima demuestre que en su origen se encuentra un mal funcionamiento administrativo**. Se trata de que el actor establezca sobre todo la realidad de los hechos, porque la calificación propiamente jurídica corresponde al juez. Naturalmente, un cúmulo probatorio deficiente pone en riesgo la prosperidad de las pretensiones. Se trata entonces de que, normalmente, **la responsabilidad por falta es una responsabilidad por falta probada**. Según Llorens-Fraysse, “hay responsabilidad por falta probada cuando el juez exige que la falta sea establecida con certeza (habitualmente) el juez no se contenta con indicios”.*

*En consecuencia, **si el demandante no prueba la falla y en el caso concreto ésta no se presume, aun cuando la Administración nada haga para exonerarse, el fallo será absolutorio**.*

*Ahora bien, la prueba de la falta puede descomponerse en dos elementos, a saber: primero, la prueba del hecho invocado y, segundo, **la prueba de su carácter anormal, o sea, la prueba de la violación de las obligaciones administrativas**. Esta segunda cuestión es en realidad una operación de calificación jurídica que el actor demanda al juez confirmar, y en la cual interviene la apreciación de este último.”⁵ (Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

³ ARTÍCULO 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia de 22 de noviembre de 2021. Consejero Ponente: José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ. Radicado No. 19001-23-31-000-2011-00434-01(53977).

⁵ Saavedra Becerra, R. (2018). De la responsabilidad patrimonial del Estado. Tomo I. Grupo Editorial Ibañez. Págs. 313-314.

En esa medida, es deber de la parte actora acreditar, en primer lugar, que la entidad pública tenía a cargo unos deberes y obligaciones y, en segunda medida, que estos fueron completamente desconocidos o cumplidos parcial o tardíamente, sin embargo, en el presente asunto, no se ha logrado acreditar ninguno de los elementos para derivar una falla en el servicio en cabeza de la entidad territorial.

Ello se concluye porque en el escrito de la demanda el accionante no acompaña elementos probatorios que puedan dar fe de la presunta omisión, contrario a ello, sustenta sus afirmaciones en un presupuesto probatorio que carece de la capacidad de estructurar la responsabilidad administrativa de la entidad demandada, y ello es así porque sobre tal concepto -fotografías sin información de acreditación- se ha pronunciado el H. Consejo de Estado para dar luces de cuál es el rol que cumplen estos materiales de convicción en un proceso en el que se discute la responsabilidad administrativa de una entidad bajo la óptica de un régimen de falla en el servicio, como se pasa a explicar.

Respecto de las fotografías aportadas, se debe manifestar que: (i) no fue posible determinar con base en los metadatos, la fecha real en la que se capturaron las mismas y ni siquiera se sugiere en el escrito petitorio; (ii) no fue posible establecer desde los metadatos la ubicación del lugar en donde fueron tomadas; (iii) no fue posible establecer si la ubicación en la que fue tomada corresponde con el lugar y momento de los hechos que aquí se debaten; (iv) no fue posible establecer el autor encargado de capturar las fotografías, y finalmente (v) no fue posible establecer la autenticidad y por tanto, la validez del contenido reflejado en las fotografías. En este escenario es claro que el contenido de dicho material no puede ser utilizado para sustentar la existencia o no de un aspecto particular, en cuanto de ellas no se puede concluir nada sobre el tiempo, modo y lugar.

Por todo ello, lo correcto a concluir, en aras de propender por el respeto del principio de legalidad y por el valor que debe tener la realidad procesal de cara a una decisión condenatoria o absolutoria en cualquier proceso judicial, es que no puede dársele razón o calidad de certeza a las fotografías aludidas, respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cómo se desarrolló el presunto accidente, es decir, no se puede considerar de manera definitiva que todo ocurrió debido a la existencia del hueco en el lugar del accidente, por el simple hecho de que con la demanda se allegó un material fotográfico que evidencia un hueco, pero del cual no se tiene constancia alguna de estar relacionado, como se dijo, ni con el momento, ni con el lugar, ni con el modo, ni con los sujetos involucrados.

Sobre el valor probatorio de materiales fotográficos, el Consejo de Estado en sentencia reciente ha considerado que:

(...) las fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse, con lo cual, el valor probatorio que puedan tener no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición. En otras palabras, para que las fotografías tengan connotación probatoria y puedan ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, se debe tener certeza sobre la persona que las realizó y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas, lo que normalmente se

devela a través de otros medios complementarios. De esta forma, la autonomía demostrativa de dichos documentos se reduce en la medida que se requieran otros medios de convicción que las soporten⁶. (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, mención aparte merece la situación particular que se presenta en el caso acerca de la ocurrencia o no del siniestro, ya que del material allegado al libelo petitorio se advierte que no existe Informe Policial de Accidente de Tránsito, situación que, sumada a la imposibilidad de distinguir la presencia del demandante en la escena de los presuntos hechos, hace que resulte imposible tan siquiera dar procedencia a la teoría de que existió un accidente en el que estuvo involucrado el demandante. Ello es así porque, en ausencia del informe en mención no es posible establecer elementos de convicción que permitan al juzgador conocer las situaciones en las que se dieron los hechos, como por ejemplo el estado de la vía, el tipo de vía, las condiciones meteorológicas, la existencia o no de señales de tránsito y todas las asociadas al documento, pero aunado a ello, la situación descrita impide conocer si efectivamente el señor Tello estaba en el sitio de los hechos y si se vio involucrado en lo que según el relato de la demanda sucedió, debido a que del material obrante, es decir, las fotos, sólo se puede advertir que hay una vía con un hueco, sin más.

Para graficar lo manifestado tenemos que en el escrito de la demanda el togado del actor manifiesta que el hecho se presentó en la Calle 73 con Carrera 11 de la ciudad de Cali, véase:

HECHOS

PRIMERO: El día 23 de Mayo de 2022 alrededor de las 8:16PM el señor **LUIS FERNANDO TELLO** se movilizaba en la motocicleta de placas UWK49E, por el sector de la **Calle 73 con Carrera 11 de la ciudad de Cali**.

SEGUNDO: La vía se encontraba en mal estado, razón por la cual mi poderdante transitaba en su vehículo con mayor prudencia obedeciendo las normas de tránsito. Sin embargo, el

De igual manera adelante reitera:

DECIMO: Se evidencia una falla en el servicio por parte del **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI**, en virtud de la omisión al deber de velar por el buen estado de las vías públicas de la ciudad de Cali, al no reparar el hueco ubicado en la **Calle 73 con Carrera 11 de la ciudad del Cali**, o señalar su existencia para evitar un accidente como bien ocurrió en el caso del Señor **LUIS FERNANDO TELLO**, quien siguiendo las normas de tránsito y confiando en la diligente actuación de las obligaciones de las entidades estatales se movilizaba tranquila y prudentemente por el sector causándose un accidente que le ocasiono las graves lesiones de las cuales hoy padece las secuelas y perjuicios.

De esta manera podemos asegurar que lo que sea que haya ocurrido y que pretende hacer valer como verdad el apoderado del demandante, ocurrió en la dirección referida, sin embargo, vemos que dentro de las fotografías con las que se pretende probar que en dicha dirección existía una

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera (2018). Sentencia 05001233100020030399301 del 14 de febrero. C.P Ramiro Pazos Guerrero.

malformación en la malla vial, se acerca la siguiente imagen:



La anterior imagen nos indica con claridad que la dirección es en donde se encuentra el hueco que advierte en las demás fotos acercadas a la demandada, está en la calle 73 con carrera 10, mientras que el sitio de los hechos, según el libelo petitorio es en la Calle 73 con Carrera 11, es decir existe una diferencia al menos una cuadra entre el sitio de las fotografías allegadas como prueba y el sitio de los hechos, situación que se corresponde con la siguiente imagen, la cual extrajo del aplicativo Google Maps, en donde se observa una malla vial en muy buen estado:



7

Por lo anterior, es menester indicar al despacho que la parte actora no ha cumplido con la carga

⁷ https://www.google.com/maps/@3.4477049,-76.4834739,3a,75y,23.63h,60.76t/data=!3m7!1e1!3m5!1sAF25g1mDsCfiWGLUf69tg!2e0!6shttps:%2F%2Fstreetview.pixels-pa.googleapis.com%2Fv1%2Fthumbnail%3Fcb_client%3Dmaps_sv.tactile%26w%3D900%26h%3D600%26pitch%3D29.239617054563475%26panoid%3DAF25g1mDsCfiWGLUf69tg%26yaw%3D23.634383842303578!7i13312!8i6656?hl=es&entry=ttu&g_ep=EgoyMDI1MDEyMC4wKXMDSoASAFQAw%3D%3D

probatoria de demostrar la falla en el servicio como elemento constitutivo de la responsabilidad del Estado, pues no obra en el expediente algún medio de convicción idóneo, pertinente, útil y concluyente que permita establecer la existencia de la presunta omisión del Distrito de Santiago de Cali, habiéndose explicado ampliamente los alcances limitados que tienen los elementos de convicción allegados.

En este sentido, al no acreditarse la falla, no es posible conceder una declaratoria de la responsabilidad, por lo que, solicito al señor Juez, declarar probada esta excepción.

3. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD

En el presente caso la parte actora pretende atribuir la responsabilidad de la ocurrencia de un accidente a la entidad territorial de Santiago de Cali con fundamento en la supuesta inacción respecto del mantenimiento de la malla vial del sitio en que ocurrió el siniestro y para ello pretende hacer eco de lo contenido en unas fotografías que presuntamente corresponden al sitio y momento del hecho, sin embargo, aunque en el medio exceptivo anterior se explicó de manera concreta los motivos por los cuales el material probatorio en comento no puede usarse para estructurar una responsabilidad administrativa de la entidad demandada, se debe anotar que de dichas fotografías lo que se puede extraer es que la víctima estaba conduciendo en contravía de las obligaciones de tránsito dispuestas para el tipo de automotor involucrado.

En tal sentido cabe señalar que la demanda indica de manera específica que el señor Tello conducía una motocicleta, pues en el hecho primero del líbello petitorio el apoderado indica "*el señor LUIS FERNANDO TELLO se movilizaba en la motocicleta de placas UWK49E*". Por lo tanto, debemos ubicarnos en las responsabilidades de tránsito dispuestas para este tipo de vehículos.

Ahora bien, en las imágenes acercadas al plenario se puede observar que la trayectoria que llevaba el automotor era el de ocupar o desplazarse por el carril izquierdo, situación que está plenamente regulada y determinada por la Ley 769 de 2002, misma que en su artículo 94 indica con claridad que:

ARTÍCULO 94. NORMAS GENERALES PARA BICICLETAS, TRICICLOS, MOTOCICLETAS, MOTOCICLOS Y MOTOTRICICLOS. Los conductores de bicicletas, triciclos, motocicletas, motociclos y mototriciclos, estarán sujetos a las siguientes normas:

Deben transitar por la derecha de las vías a distancia no mayor de un (1) metro de la acera u orilla y nunca utilizar las vías exclusivas para servicio público colectivo. (Resaltado y negritas fuera del texto original)

(...)

Ello implica que, si el relato corresponde con las imágenes aportadas, el carril por el que debía desplazarse el señor Tello era el derecho, motivo por el cual se encontraba incumpliendo sus obligaciones de tránsito. Ahora bien, con el propósito de dar ampliación a las características del caso, se puede advertir de una búsqueda puntual del sitio del presunto hecho dañoso, que el mismo no presenta afectación alguna a la malla vial, como se puede observar en la siguiente imagen, la cual se reitera ha sido extraída del aplicativo de Google Maps y que se utilizó en aparte anterior:



8

Puesto de presente la infracción a la normatividad de tránsito, así como las condiciones de la vía, es claro que entonces se debe buscar el motivo del siniestro en las demás condiciones del caso, es decir, por ejemplo, si el señor Tello se encontraba en condiciones de conducir el automotor, situación que queda en duda por el hecho de que no se tomó el correspondiente informe policial de accidentes de tránsito, en tal sentido el accidente, si lo hubo, pudo presentarse, por ejemplo, por el consumo de bebidas alcohólicas, por descuido, por impericia, por imprudencia, por no contar con las luminarias de la motocicleta en debida forma, etc; en definitiva, son muchos y diversos los aspectos que deberían tener que valorarse en el caso para poder establecer con seguridad a qué se debió el accidente, pero nada de ello es posible porque no se diligenció el IPAT, y en contraposición toda la solicitud gira en torno a unas imágenes que lo único que reflejan es que la trayectoria que presuntamente llevaba la motocicleta va en contravía de lo estipulado en el inciso primero del artículo 94 de la Ley 769 de 2002.

Aunado a ello se debe tener en cuenta que, según el relato y la imagen que se comparte, el hecho, de haberse dado, se presentó en una zona considerada como “Residencial”, por lo que atendiendo a las estipulaciones del Código Nacional de Tránsito, el límite máximo para circular en este tipo de zonas es de máximo 30 km/h, sumado al hecho de que por la hora en que presuntamente se presentó el suceso, la velocidad se debía disminuir aún más, por lo que a una conducción menor a 30 km/h, era posible, y debió ser posible esquivar el supuesto hueco, situación que si no se dio, claramente corresponde a otra infracción como es superar el límite de velocidad o no estar atento a la vía.

En este contexto es claro que nos encontramos ante evidentes incumplimientos de las normas de tránsito por parte de la víctima, situación que es determinante para que se produzca el resultado dañoso, y en tal sentido nos encontramos ante la configuración de los elementos propios de la figura de culpa exclusiva de la víctima en términos de lo considerado para esta figura por el órgano de

⁸ https://www.google.com/maps/@3.4477049,-76.4834739,3a,75y,23.63h,60.76t/data=!3m7!1e1!3m5!1sAF25g1lMdsCfiWGLUf69tg!2e0!6shhttps:%2F%2Fstreetview.pixels-pa.googleapis.com%2Fv1%2Fthumbnail%3Fcb_client%3Dmaps_sv.tactile%26w%3D900%26h%3D600%26pitch%3D29.239617054563475%26panoid%3DAF25g1lMdsCfiWGLUf69tg%26yaw%3D23.634383842303578!7i13312!8i6656?hl=es&entry=ttu&g_ep=EgoyMDI1MDEyMC4w!KXMDSoASAFQAw%3D%3D

cierre de la jurisdicción contencioso administrativa.

Al respecto, el Consejo de Estado en su Sección Tercera, mediante sentencia del 25 de julio de 2002 (expediente 13.744), al referirse sobre la culpa de la víctima, ha dicho lo siguiente:

“Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado:

“(…) Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto, puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor ..., quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (...)”²⁰ (se subraya).” (Negrilla y resaltado fuera del texto original)

Bajo esta perspectiva, es menester indicar que el demandante al conducir incumpliendo las normas de tránsito especiales y particulares y para el tipo de vehículo que poseía y ocupaba, se expuso completamente al riesgo, en el entendido de que renunció a su propia seguridad y confió en sortear de manera imprudente la actividad peligrosa de conducir a pesar de tener la obligación de conocer que no puede exceder el límite máximo de velocidad establecido para su vehículo y que el carril por el cual le correspondía desplazarse -el izquierdo- fue destinado para que su integridad se vea lo menos comprometida en escenarios de riesgo latente como lo son la conducción de vehículos.

Sobre este último particular, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Juan De Dios Montes Hernández, en sentencia del 09 de diciembre de 1996, proferida dentro del expediente con radicado No. 9722, indicó lo siguiente:

“Quien conduce debe prever que aun aquellos eventos derivados de la imprudencia o inobservancia de los demás, ello tiene su límite en la razonable probabilidad del peligro y por ello no puede pretenderse del conductor la previsión de la remota posibilidad; a él se le exige es una actitud síquica en la que prevea aquellos sucesos que se presentan con notorio grado de probabilidad, es decir, en lo que la ocurrencia del daño a un interés jurídico puede ser evitado con su contribución activa; más allá de este límite su conducta se desplaza a lo fortuito o a la fuerza mayor”. (Negrilla fuera del texto original)

Aquí brilló por su ausencia, para el momento del hecho, el ejercicio de actitud síquica del conductor de la motocicleta, como quiera que, al ya inherente riesgo de conducir le añadió por voluntad propia la conducta aún más riesgosa de hacerlo sin prever las normas de tránsito, y en tal sentido exponerse a que ello le llevara a un desenlace como el que alega le terminó ocurriendo. En suma,

es contundente que no hubo una contribución activa de su parte con miras a evitar la ocurrencia del daño, dado que no cumplió sus obligaciones para ejercer la actividad peligrosa de conducir y por el contrario su actitud imprudente la expuso a una situación de la que terminó desencadenando la situación dañosa que nos ocupa.

En tal contexto entonces es procedente concluir que las lesiones que manifiesta haber sufrido el actor, son un claro ejemplo de dejar al azar su seguridad y no adoptar las precauciones necesarias a fin de evitar accidentes, y bajo esta premisa, es claro que la causa eficiente del daño no corresponde ni puede ser atribuida a la falla alegada por el actor, sino a una falta de cumplimiento de deberes legales y a la falta de precaución en el deber objetivo de cuidado, pues de haberse adoptado las medidas de seguridad antes indicadas, las cuales revisten las características de ser obligatorias cuando de asuntos de tránsito se trata, el hecho dañoso aquí alegado no se hubiera configurado.

En este sentido, al acreditarse una culpa exclusiva de la víctima, no es posible conceder una declaratoria de la responsabilidad, por lo que, solicito al señor Juez declarar probada esta excepción.

4. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR FALTA DE ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL ACTUAR DEL DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI Y EL DAÑO ALEGADO.

Se invoca este medio exceptivo atendiendo a que como se explicó en la consigna anterior, la parte actora no logró probar la responsabilidad que pretende que sea imputada al ente territorial, pues no acercó medio de convicción con el que se pueda acreditar que se presentó una falla en el servicio que haya ocasionado afectaciones al demandante y que haya sido consecuencia de una conducta negligente, retardada u omisiva de la que pueda predicarse un nexo de causalidad entre la indebida prestación del servicio de la entidad demandada y el daño alegado fruto del presunto accidente ocurrido el 23 de mayo de 2022 por el sector de la Calle 73 con Carrera 11 de la ciudad de Cali, contrario a ello, como se explicó ampliamente en los medios exceptivos anteriores, se evidencia una ausencia de falla en el servicio así como la configuración de la culpa exclusiva de la víctima, lo cual resulta determinante para generar el desenlace dañoso por el que se exige perjuicios y lo que a su vez desliga la actuación u omisión del ente territorial del daño, es decir, rompe el nexo de causalidad.

Al respecto, el artículo 2341 del Código Civil, 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 el delito cometido”, se desprende necesariamente que **es obligatorio que la parte demandante acredite la existencia de tres elementos:** 1) el hecho dañoso acaecido culpablemente (o delictualmente si es el caso), 2) el daño y **3) la relación de causalidad entre esos dos elementos.** (Negrita y subrayado fuera del texto original)*

En igual sentido la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de septiembre de 2002, expediente 6143, señaló:

“(…) Toda responsabilidad civil extracontractual se estructura sobre tres pilares fundamentales que, por lo general, debe demostrar el demandante: el hecho dañoso o culpa, el daño y la relación de causalidad (…).” (Negrita y subrayado fuera del texto original)

Asimismo, señaló la Corte Suprema de Justicia que es el demandante quien debe acreditar estos tres elementos, y en tal sentido ha dicho lo siguiente:

“(…) se tiene por verdad sabida que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que equivale a decir que quien reclama a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar en principio, el perjuicio padecido, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre ambos factores (…).” (Negrita y subrayado fuera del texto original)

En consecuencia, en el escenario de análisis conductual que ofrece el esquema de la falla de prestación del servicio, los elementos que deben soportar la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado también son semejantes. No debe perderse nunca de vista que siempre recae en la parte actora la carga probatoria de demostrar al operador judicial la culpa - en este caso- el hecho o conducta constitutiva de falla en el servicio, el daño y su respectiva magnitud en aras de poderlo cuantificar y finalmente, pero no menos importante, el nexo de causalidad entre los dos primeros.

Así lo entendió el Magistrado Jorge Santos Ballesteros en Sentencia 6878 de 26 de septiembre del 2002, cuando dijo:

“El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responderá de los primeros cuando son “consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”. Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. el que da la pauta, junto con el anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil. (...) El causalismo ha sido entendido como un método filosófico- científico que intenta explicar los fenómenos a través del estudio de sus causas, de tal manera que la pretensión de reconocer en los sucesos de la vida una relación de causa-efecto se presenta como una de las búsquedas más grandes del ser humano, un delito o culpa – es decir, de acto doloso o culposo– hace responsable a su autor, en la medida en que ha inferido daño a otro”.

Aterrizando al caso podemos afirmar entonces que no hubo culpa porque el hecho omisivo que el apoderado demandante quiere presentar como generador del daño padecido por la víctima del caso, en realidad no lo fue, ello porque como se explicó en el apartado exceptivo anterior, dicha responsabilidad sólo puede ser atribuida, en el caso bajo examen, a una culpa exclusiva y determinante de la víctima, que en evidente desconocimiento de las obligaciones a ella impuestas y a las normas de tránsito, decidió exponerse, al riesgo y a una situación en la que el desenlace dañoso finalmente ocurrió, lo cual resulta altamente probable si se considera que la misma actividad de conducir es riesgosa y más si se realiza en desconocimiento de la Ley, como puede ser en este caso la desatención de lo contenido en el artículo 94 de la Ley 769 de 2002 antes reseñado.

Al respecto, se expone la postura Jurisprudencial del Consejo de Estado en sentencia del 25 de julio de 2002, Exp. 13744, la cual encuentra su reflejo en providencias anteriores, y que ha definido a la culpa exclusiva de la víctima, de la siguiente forma:

“Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado:

(...) Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto, puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (...)” (Negrita y subrayado fuera del texto original)

Igualmente se expone que, 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:

*(...) 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 garante 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. 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". (Negrita y subrayado fuera del texto original)

Como en el caso en cuestión lo que se puede extraer de los elementos de hecho y de derecho es que la víctima tuvo una participación determinante en el desenlace, toda vez que no existe prueba de la falla, sino que se advierte su actuación en desconocimiento de sus obligaciones legales respecto de la labor de conducir como lo es transitar por el carril derecho. En este sentido, al acreditarse la inexistencia del nexo de causalidad, no es posible conceder una declaratoria de la responsabilidad, por lo que, solicito al señor Juez declarar probada esta excepción.

5. CONCURRENCIA DE CULPAS

De manera subsidiaria, considerando que sin lugar a duda la conducta de la víctima influyó en el resultado dañoso y, de no estimarse que esta fue la causa adecuada del mismo, se deberá analizar la concurrencia de culpas a luz de lo dispuesto por el artículo 2357 del Código Civil, que contempla: *"La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".*

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha dicho:

*"Sobre el tema de la concausa, esta Corporación ha sostenido que **el comportamiento de la víctima habilita al juzgador para reducir el cuántum indemnizatorio (artículo 2357 del Código Civil) en la medida en que la misma hubiere dado lugar al daño; es decir, cuando la conducta de los perjudicados participa de manera cierta y eficaz en el desenlace del resultado. Tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado, una vez configurados los elementos estructurales –daño antijurídico, factor de imputación y nexo causal–, la conducta del perjudicado solamente puede tener relevancia como factor de aminoración del cuántum indemnizatorio, a condición de que su comportamiento adquiera las notas características para configurar una co-causación del daño"***⁹. (Negrita fuera del texto original)

Entonces, de los argumentos antes señalados se deriva la participación de la víctima en la causación del daño, por cuanto el señor Luis Fernando Tello en su condición de conductor del vehículo tipo motocicleta de placas UWK49E en el que supuestamente ocurrió el accidente, actuó de manera imprudente al transitar por un carril que no le corresponde, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 769 de 2002.

En conclusión, sea o no la causa adecuada del daño, lo cierto es que la conducta de la víctima incidió en la causalidad de los hechos materia de debate, de manera que, de no eximir de responsabilidad a la entidad demandada, deberá ser objeto de valoración para que se reduzca la remota condena en contra de ella.

6. FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA DE LOS PERJUICIOS Y EXAGERADA TASACIÓN DE ESTOS.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 19256 del 7 de abril de 2011, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

La parte demandante no demostró la existencia de los perjuicios materiales e inmateriales que solicita, pues (i) no aportó el dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la Junta de Calificación de Invalidez que permita determinar la existencia del daño y su gravedad, (ii) no aportó ningún tipo de material probatorio que permita establecer los ingresos de la víctima al momento de los hechos y (iii) no aportó documentos que permitan establecer que los valores reclamados como daño emergente fueron efectivamente pagados y que salieron de su patrimonio.

- **Frente al perjuicio de lucro cesante consolidado y futuro**

La parte demandante en el libelo petitorio indica en la parte de “Lucro Cesante” que pretende el reconocimiento de **\$11.335.619,01 millones de pesos**, la cual es una suma que comprende el concepto de lucro cesante consolidado y no así de lucro cesante futuro respecto del cual no hizo solicitud alguna, motivo por el que sobre éste último no se hará pronunciamiento y tampoco lo podrá hacer el juez dada la imposibilidad de fallar *ultra petita* o *extra petita* en la jurisdicción administrativa, no obstante lo anterior, salta a la vista que la solicitud carece de una liquidación objetiva, pues podemos ver que se usan criterios base de liquidación sobre los cuales no se da explicación o justificación:

1.3 LUCRO CESANTE:

Respecto a la indemnización por lucro cesante causado o consolidado se reconozca al Señor **LUIS FERNANDO TELLO**, la suma de ONCE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE PESOS M/CTE. (\$11.335.619,01).

IBC = \$1.160.000

INCAPACIDAD: 9.77 meses.

$$LCC = \frac{RA \cdot (1+i)^n - 1}{i}$$

$$LCC = \frac{\$1.160.000 (1 + 0,004867\%)^{9.77} - 1}{0,004867\%} = 11.335.619,01$$

Las cantidades que por concepto de perjuicios materiales se prueben dentro del presente proceso, los cuales se liquidaran en la proporción que ha determinado la jurisprudencia.

Como se puede observar, el togado parte de sumas que no se comprende a qué corresponden, pero que a todas luces son especulativas o hipotéticas, toda vez que para el caso no se tiene ni dictamen ni pérdida de capacidad laboral, ni tampoco certificados de ingreso y de vínculo laboral que permitan establecer un salario.

Además de estos puntos, la parte actora no allega al escrito ningún elemento de convicción que establezca la existencia de extractos de cuentas bancarias o alguna otra prueba útil, conducente, pertinente e idónea que permita al juzgador establecer de manera concreta que la suma utilizada en la ecuación era la suma percibida mes a mes por el señor Luis Fernando Tello y que la misma

la dejó de percibir a causa del accidente.

En este sentido, es necesario recordar que el perjuicio del lucro cesante ha sido entendido como uno de naturaleza material, económico, de contenido pecuniario y que consiste en la afectación de un derecho patrimonial reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir a causa del daño padecido.

Por lo anterior, para que sea posible el reconocimiento del perjuicio de naturaleza económica, es necesario que se acredite su existencia cierta, actual o futura mediante elementos de convicción que permitan determinar el valor dejado de percibir. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

*El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del “(...) perjuicio que el daño ocasionó (...). **Este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, “(...) cierto y no puramente conjetural, [por cuanto] (...) 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** (...).¹⁰ (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

En igual sentido, la misma corporación afirmó en sentencia del 24 de junio de 2008, que:

*(...) **En cuanto perjuicio, el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual.** Ahora, sin ahondar en la materia, porque no es del caso hacerlo, esa certidumbre no se opone a que, en determinados eventos, v. gr. lucro cesante futuro, el requisito mencionado se concrete en que el perjuicio sea altamente probable, o sea, cuando es posible concluir, válidamente, que verosímilmente acaecerá, hipótesis en la cual cualquier elucubración ha de tener como punto de partida una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado (...)*

*Vale decir que **el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afina 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** (...) Por último, están **todos aquellos “sueños de ganancia”, como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables**”.¹¹ (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

En consecuencia, el lucro cesante no puede constituirse sobre conceptos hipotéticos o simples conjeturas que no están justificadas en posibilidades ciertas y objetivas. De manera que resulta como deber indispensable de la parte demandante acreditar el ingreso que dejó de percibir al momento de la ocurrencia del daño, la actividad productiva que desarrollaba al momento del accidente, pero todo esto basado en medios de convicción ciertos y no meramente especulativos.

¹⁰ Sentencia del 12 de junio de 2018. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente SC 2107-2018.

¹¹ Sentencia del 24 de junio de 2008. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente SC 2000-01121-01

El Consejo de Estado en sentencia de unificación reciente del 10 de julio de 2019, limitó todas las posibles discusiones que se pudieran derivar de este perjuicio y eliminó la presunción de que toda persona en edad productiva devenga al menos un salario mínimo, en cuanto contrariaba con uno de los elementos, esto es, la certeza exigida para conceder dicha indemnización, de manera que estableció que el lucro cesante solo sería reconocido cuando obren las pruebas suficientes que lo acrediten:

La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como el incumplimiento de la carga probatoria dirigida a demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios debe conducir, necesariamente, a denegar su decreto. (...)

*En los casos en los que se pruebe que la detención produjo la pérdida del derecho cierto a obtener un beneficio económico, lo cual se presenta cuando la detención ha afectado el derecho a percibir un ingreso que se tenía o que con certeza se iba a empezar a percibir, el juzgador **solo podrá disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se cumplen los presupuestos para ello, frente a lo cual se requiere que se demuestre que la posibilidad de tener un ingreso era cierta, es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada que le permitiría a la víctima directa de la privación de la libertad obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención.***

Entonces, resulta oportuno recoger la jurisprudencia en torno a los parámetros empleados para la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, unificarla en orden a establecer los criterios necesarios para: i) acceder al reconocimiento de este tipo de perjuicio y ii) proceder a su liquidación.

La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante.¹² (Negrilla y subrayado fuera del texto)

En definitiva, no es posible reconocer ningún perjuicio a título de lucro cesante (consolidado o futuro), en cuanto la parte demandante sustentó sus pretensiones en meras suposiciones y no allegó ningún medio probatorio que permitiera demostrar que el presunto afectado ejercía una actividad económica productiva al momento de los hechos, que como consecuencia de ella recibía una remuneración y así como tampoco la suma cierta y determinada de esa remuneración, por lo que, cualquier indemnización de este perjuicio resultaría insostenible y exagerada.

- **Frente a los perjuicios de daño emergente**

El demandante pretende que se le reconozca como daño emergente el valor de \$2.163.050 Pesos M/cte con el presunto sustento de que esa es la suma que se ha cancelado por el presunto afectado

¹² Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación No. 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572).

en gastos de “reparación de la motocicleta con placas UWK49E”, sin embargo, de las pruebas allegadas al proceso con el fin de fungir como factura de venta, se evidencia que las mismas (i) no cumplen con los requisitos de ley para ese tipo de documentos, (ii) no exhiben que hayan sido pagadas por la víctima y (iii) no tienen relación sustancial con el hecho alegado.

Lo anterior porque el documento allegado como “prueba” de los gastos de reparación no cumple con los requisitos de una factura de venta, simplemente componen una cotización de productos y/o servicios, en la que el mismo escrito aclara que su finalidad no es la de fungir como factura:



Con lo anterior queda claro que no se ha probado que el demandante haya pagado valor alguno por concepto de reparaciones y que los valores alegados hayan salido de su patrimonio para asumir una obligación a causa del hecho que nos convoca.

Al respecto ha dicho el H. Consejo de Estado que:

(i). el daño emergente corresponde a una pérdida patrimonial sufrida con la consiguiente necesidad - para el afectado - de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. (...) necesariamente determina que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima como consecuencia principalísima del hecho dañoso, es decir, debe existir una relación directa de causalidad entre este y el detrimento o disminución patrimonial que se alega. (...)

Por tales motivos, ante la evidente falta de soporte probatorio que permita determinar los valores que fueron efectivamente pagados por la víctima a causa única y directa del daño alegado, no resulta procedente que se le reconozcan tales perjuicios.

- **Frente a los perjuicios morales**

La parte demandante solicitó a título de indemnización por los perjuicios morales la suma de cinco salarios mínimos, véase:

Se le reconozca al señor **LUIS FERNANDO TELLO** la suma de **cinco** (10) SMLMV equivalentes a ONCE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE. (\$11.600.000,00), o lo máximo establecido por la jurisprudencia al momento del fallo, en calidad de víctima directa,

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado que:

(...) De conformidad con las reglas de la hermenéutica jurídica, cuando en un texto legal o contractual se quiere expresar un mismo valor o una misma suma en letras y números, presentándose diferencias y discordancias entre lo literal y lo numérico, debe primar el valor o la suma escrita en palabras, bajo el entendido de que resulta mucho menos probable que al escribirlas se presenten yerros o equivocaciones. Es precisamente por ello que el artículo 623 del Código de Comercio, al referirse a las diferencias que se pueden presentar en el importe de un título valor, dispone: “Artículo 623. Diferencias en el título del importe escrito en cifras y en palabras – aparición de varias cifras. Si el importe del título aparece escrito a la vez en palabras y en cifras, valdrá, en caso de diferencia, la suma escrita en palabras (...)”

Lo anterior implica que la suma que debe entenderse como pretendida es la escrita en letras. Ahora bien, de dicha pretensión debe afirmarse que su tasación no puede derivarse de calificaciones subjetivas realizadas por parte del demandante o su apoderado, sino que debe basarse en factores objetivos como el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, tal como lo ha determinado el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014.

En este sentido, la parte actora está solicitando como indemnización por concepto de perjuicios morales, valores no justificados pues no existe prueba de pérdida de capacidad laboral alguna, y en tal sentido es pacífica la determinación del Consejo de Estado acerca de estos aspectos, pues ha realizado una labor resaltable al determinar con detalle las sumas que pueden proceder en cada caso de reparación, por lo que era un deber del actor judicial el atender dichos parámetros. En ese sentido ha dicho el órgano de cierre que para la reparación del daño moral en casos en los que se alega una lesión antijurídica producto de una acción u omisión de un agente del estado, los valores procedentes son los siguientes:

Tabla 2. Reparación del daño moral en caso de lesión

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1 Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	NIVEL 2 Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	NIVEL 3 Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	NIVEL 4 Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	NIVEL 5 Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Como vemos, y aún en gracia de discusión, para el caso lo único que está probado es que hay una pérdida de capacidad laboral de cero (0), motivo por el cual, no se puede ubicar al peticionario en ninguno de los niveles establecidos por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, más allá de la delimitación en abstracto de las sumas procedentes según qué casos y qué tipo de lesión, no se puede perder de vista que el daño o lesión a reparar al que se hace referencia, no es un daño cualquiera, debe tratarse indefectiblemente de un daño antijurídico para que proceda la correspondiente indemnización, al respecto dicen Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández Rodríguez¹³:

*La lesión a la que se refiere la cláusula constitucional y legal es otra cosa, sin embargo. Para que exista lesión en sentido propio no basta que perjuicio exista un perjuicio material, una pérdida patrimonial; **es absolutamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico, antijuridicidad en la que está el fundamento, como ya notamos, del surgimiento de la obligación reparatoria.** (Subrayado y negritas fuera del texto original)*

Y como en el caso que nos ocupa es evidente que el daño alegado por la parte actora es uno que no puede predicarse como antijurídico, dada la configuración de los medios exceptivos ya argumentados en apartes anteriores, es claro que no puede proceder reparación alguna sobre este aspecto.

No obstante, si en el remoto e improbable caso, el despacho considera que sí existen los elementos para determinar la procedencia de la indemnización, esta deberá obedecer a lo solicitado en la demanda, dadas la imposibilidad del juzgador de asumir facultades *ultra petita* y *extra petita*, así como también, en cualquier caso, la procedencia de una indemnización deberá obedecer a los topes establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, y en atención única y exclusivamente a lo efectivamente demostrado en el proceso.

CAPÍTULO III. CONTESTACIÓN FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

1. FRENTE A LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

FRENTE AL HECHO PRIMERO: No es un hecho que dé base a la presente convocatoria, se trata de un mero enunciado del medio de control de reparación directa promovido por el señor Luis Fernando Tello y que cursa ante este despacho.

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: No es un hecho que dé base a la presente convocatoria, se trata de un mero enunciado de los elementos de hecho y de derecho que dan sustento al medio de control de reparación directa promovido por el señor Luis Fernando Tello.

FRENTE AL HECHO TERCERO: Es cierto parcialmente que el ente territorial suscribió el contrato de seguro representado en la **Póliza de Seguros de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1507222001226**, con vigencia desde el 30 de abril de 2022 hasta el 01 de diciembre de 2022. Igualmente es cierto que en la póliza se pactó en coaseguro entre las compañías referidas en este punto. Sin embargo, no es cierto que se encuentren amparados todos los riesgos, pues ello dependerá del cumplimiento de las condiciones particulares y generales de la póliza de seguro contratada.

¹³ García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomas Ramón, Curso de derecho administrativo, t II, 14 edición, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 378

**CAPÍTULO IV. EXCEPCIONES FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO
POR EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI EN VIRTUD DE LA PÓLIZA DE
RESPONSABILIDAD No. 1507222001226**

En todo caso, si llegara a surgir la necesidad de resolver lo concerniente a la vinculación de mi representada en virtud de la **Póliza de Responsabilidad No. 1507222001226**, pese a la evidente existencia de falta de demostración de la falla en el servicio, de la falta de estructuración del nexo causal y de la culpa exclusiva y determinante de la víctima como causa única del daño experimentado por el demandante; solicito, sin que esta observación constituya aceptación de responsabilidad alguna, sino que por el contrario con la intención de que la presente constituya **OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO**; se verifique por parte del señor Juez, circunstancias como: **1)** inexistencia de la obligación indemnizatoria a cargo de la compañía aseguradora al no realizarse el riesgo asegurado en la póliza, **2)** la eventual obligación de la compañía aseguradora no puede exceder el límite del valor asegurado en la póliza **3)** la responsabilidad de la aseguradora se circunscribe al porcentaje de participación conforme al coaseguro pactado, **4)** inexistencia de solidaridad, **5)** existencia de un deducible pactado en la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1507222001226, **6)** las exclusiones de amparo concertadas en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1507222001226, **7)** disponibilidad del valor asegurado, **8)** carácter meramente indemnizatorio de los contratos de seguros, **9)** el pago por reembolso, **10)** la ausencia de solidaridad entre mi mandante y el Distrito Especial de Santiago de Cali; entre otras, en el remoto evento de que prosperen una o algunas de las pretensiones del llamamiento en garantía.

1. INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA AL NO REALIZARSE EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA

Es preciso informar al despacho, que en el presente caso no existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada respecto de la **Póliza de responsabilidad Civil Extracontractual No. 1507222001226**, por cuanto no se ha realizado el riesgo asegurado y amparado en el contrato de seguro.

En este sentido, el contrato de seguro solo entrará a operar sí y solo sí, el asegurado (Distrito de Santiago de Cali) es declarado patrimonialmente responsable por los presuntos daños que alega la parte demandante, siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que impida los efectos jurídicos del contrato de seguro. Es así, como la declaratoria de responsabilidad civil constituirá el siniestro, esto es, la realización del riesgo asegurado (artículo 1072 del Código de Comercio).

En igual sentido se pactó el objeto de la póliza en los siguientes términos, veamos:

1. Objeto del Seguro

Amparar los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales incluyendo los perjuicios morales y de vida en relación y el lucro cesante, que cause a terceros el asegurado, con motivo de la responsabilidad civil en que incurra o le sea imputable de acuerdo con la Ley colombiana, durante el giro normal de sus actividades.

Al respecto, la parte demandante no ha demostrado los elementos constitutivos de la responsabilidad en cabeza del Distrito de Santiago de Cali, pues es claro que: i) no ha acreditado

que la causa eficiente del accidente haya sido la supuesta omisión en el mantenimiento de la malla vial, ii) como se ha explicado ampliamente a lo extenso de este escrito, hay una evidente culpa exclusiva de la víctima que es quién conduce el vehículo involucrado en el accidente, y que lo hace en desconocimiento de las normas de tránsito, lo cual, genera un ineludible rompimiento del nexo de causalidad necesario para declarar la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada.

Por lo anterior, en razón a que no se ha demostrado la responsabilidad del Distrito de Santiago de Cali en la causación del daño y que, en todo caso, existe una causal de exoneración de la responsabilidad, solicito señor juez se declare probada esta excepción en cuanto no le asiste ninguna obligación a la compañía aseguradora, toda vez que no se ha realizado el riesgo asegurado.

2. LA EVENTUAL OBLIGACIÓN DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA NO PUEDE EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA

Sin que implique el reconocimiento de la responsabilidad, es necesario que el Juez observe las condiciones particulares y generales de la **Póliza de responsabilidad Civil Extracontractual No. 1507222001226**, dado que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, que establece que el asegurador estará obligado a responder únicamente hasta la concurrencia de la suma asegurada, sin excepción y sin perjuicio del carácter meramente indemnizatorio de esta clase de pólizas, consagrado en el artículo 1088 del mismo Código, que establece que los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

Para el caso concreto, el límite del valor asegurado pactado en la póliza para los casos de responsabilidad civil extracontractual es de \$7.000.000.000 pesos m/cte. Veamos:

COBERTURAS		VALOR ASEGURADO	
P.L.O.: PREDIOS LABORES Y OPERACIONES	\$ 7.000.000.000,00	\$	7.000.000.000,00

Dicho valor de \$7.000.000.000 pesos m/cte, se encuentra sujeto a la disponibilidad de la suma asegurada, dado que la ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que, es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra de mi representada.

En todo caso, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados y a la fehaciente demostración, por parte del asegurado en este caso, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

Por lo anterior, señor juez, solicito se declare probada esta excepción.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA SE CIRCUNSCRIBE AL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN CONFORME AL COASEGURO PACTADO - INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD

Ahora, sin que siguiente aceptación de responsabilidad por parte de mi representada, es necesario precisar que, si llegaré a existir una condena en contra de la compañía aseguradora, el despacho deberá tener en cuenta que los riesgos fueron distribuidos entre diferentes aseguradoras, así:

PARTICIPACION DE COASEGURADORAS			
NOMBRE COMPAÑIA COASEGURADORA	TIPO DE COASEGURO	%PARTICIPACION	\$ PRIMA PESO COLOMBIANO-S
AIG COLOMBIA SEGUROS GENERALES	CEDIDO	20,00%	\$ 188.846.575,40
ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOM	CEDIDO	22,00%	\$ 207.731.232,94
CHUBB SEGUROS COLOMBIA SA	CEDIDO	28,00%	\$ 264.385.205,56
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE CO	CEDIDO	30,00%	\$ 283.269.863,10

En ese sentido, existiendo la distribución del riesgo entre las compañías de seguros, debe tenerse en cuenta que en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar en virtud del contrato de seguro, la responsabilidad de cada una de las aseguradoras está limitada a los porcentajes antes señalados, pues no se puede predicar una solidaridad entre ellas.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio, el cual sostiene: *“en el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, **los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad**”*.

Lo estipulado en la norma en cita, se aplica al coaseguro por estipulación expresa del artículo 1095 del Código de Comercio, que establece lo siguiente: *“las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, **en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro**”*.

Es así como las obligaciones que asumen las coaseguradoras son conjuntas en proporción al porcentaje del riesgo aceptado por cada una de ellas y no existe solidaridad legal ni contractual entre estas. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2021 con radicación No. 08001-23-33-000- 2013-00227-01 (54460) ha establecido lo siguiente:

*(...) 18.1.- En atención al coaseguro existente, se precisa que la llamada en garantía reembolsará únicamente el 55% de lo que llegue a pagar el Municipio de Santiago de Cali, pues, en estos eventos, **los distintos aseguradores deben responder con sujeción a la participación que asumieron al momento de la celebración del contrato sin que exista solidaridad** de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio: La jurisprudencia ha reconocido que en estos **casos de coaseguro se responde en proporción a la cuantía que se asumió, sobre todo en el caso en que ello se pacte expresamente. De hecho, ha indicado que en esos casos de coaseguro.**¹⁴ (Negrilla fuera del texto).*

¹⁴ Sentencia del 9 de julio de 2021. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. M.P. Martín Bermúdez Muñoz. Radicación No. 08001-23-33-000- 2013-00227-01 (54460).

En consecuencia, al momento de resolver lo concerniente a mi procurada y en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar a su cargo, deberá tenerse en cuenta que la póliza de seguro antes referida fue tomada en coaseguro. En virtud de lo anterior, es claro que mi procurada y las aseguradoras citadas, acordaron distribuirse el riesgo según los porcentajes señalados, sin que pueda predicarse una solidaridad entre ellas y limitándose la responsabilidad de estas en proporción con el porcentaje del riesgo asumido.

Siendo así, resulta necesario aclarar que entre las coaseguradoras no existe solidaridad en la acreencia eventual por la pasiva, así lo ha entendido el Consejo de Estado en Sentencia del 26 de enero del 2022, en la que afirmó lo siguiente:

Es claro para la Sala que las obligaciones que asumen las coaseguradoras son conjuntas en proporción al porcentaje de riesgo aceptado por cada una de ellas y no existe en este caso solidaridad legal ni contractual entre ellas, de modo que la contratista violó el debido proceso a Segurexpo SA al negar la vinculación del coasegurador Colpatria SA al trámite administrativo e imponerle, sin fundamento jurídico admisible, la carga de responder por la obligación de un tercero que no fue citado al proceso y que, en tal virtud, carece de interés para cuestionar los actos administrativos objeto de control, con todo, como lo estimó el tribunal, ello solo otorga derecho a Segurexpo S.A. para reclamar la nulidad parcial del acto, precisamente porque las obligaciones no eran solidarias y bien podía reclamársele su parte sin la comparecencia del coasegurador.¹⁵

Es claro que mi representada y las aseguradoras citadas, acordaron distribuirse el riesgo según los porcentajes señalados, sin que pueda predicarse una solidaridad entre ellas y limitándose la responsabilidad de estas en proporción con el porcentaje del riesgo asumido.

En virtud de lo anterior, solicito se tenga en cuenta el porcentaje del treinta por ciento (30%) asumido por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**

4. EXISTENCIA DE UN DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 1507222001226

Es preciso informar al despacho, sin que constituya reconocimiento de responsabilidad alguna que, en el improbable caso que se decidiera afectar el contrato de seguro expedido por mi procurada, en el mismo se pactó un deducible, el cual se traduce en una porción del siniestro que en todo caso debe ser asumido por cuenta propia del asegurado, es decir, por el Distrito Especial de Santiago de Cali.

COBERTURAS	VALOR ASEGURADO	DEDUCIBLE
P.L.O.: PREDIOS LABORES Y OPERACIONES	\$ 7.000.000.000,00	5% PERD Min 3 (SMMLV) VAP No Inferior a 3 SMMLV

Al respecto, la Superintendencia Financiera de Colombia frente al tema del deducible ha dicho:

Dicho esto, en una póliza donde se ampara la responsabilidad civil extracontractual el monto de la indemnización puede verse disminuido si las partes han pactado que un porcentaje de la

¹⁵ Sentencia del 26 de enero de 2022. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. M.P. Freddy Ibarra Martínez. Radicación No. 25000232600020110122201 (50.698).

pérdida se asumirá a título de deducible por el asegurado, convenio que resulta legalmente viable, de acuerdo con nuestro ordenamiento mercantil.

En efecto, la Sección I del Capítulo II, Título V, Libro Cuarto del Código de Comercio, en su artículo 1103, consagra dentro de los principios comunes a los seguros de daños la posibilidad de pactar, mediante cláusulas especiales, que el asegurado "...deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño".

Una de tales modalidades, la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.

Por tanto, el valor del ofrecimiento extendido por la compañía aseguradora podría variar en función de los perjuicios sufridos por el reclamante, así como los elementos probatorios que se hubieren allegado para acreditar el valor de la pérdida, conforme lo presupuestado en el artículo 1077 del código de comercio, aunado a las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza, como lo son el límite del valor asegurado, el deducible pactado con el asegurado, entre otros factores.¹⁶

De esta manera, en la **Póliza No. 1507222001226** se pactó un deducible para el amparo de la responsabilidad civil extracontractual, el cual es del **5% del valor de la pérdida, mínimo 3 SMMLV, VAP no inferior a 3 SMMLV**, por lo que, al momento de proferir una eventual sentencia condenatoria en contra del asegurado y optarse por afectar el contrato de seguro, deberá tenerse en cuenta el deducible pactado.

En virtud de lo anterior, solicito señor Juez declarar probada esta excepción.

5. LAS EXCLUSIONES DE AMPARO CONCERTADAS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 1507222001226

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del contrato de seguro, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

"Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las

¹⁶ Concepto 2019098264 ago. 29/2019, Superintendencia Financiera de Colombia.

exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”¹⁷

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se exhorta a los jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los contratos de seguro. Razón por la cual, es menester señalar que la **póliza de responsabilidad civil No. 1507222001226** cuya vigencia corrió desde el 30 de abril de 2022 hasta el 01 de diciembre 2022, en su página 1 y siguientes señala la obligación de las partes de atender una serie de exclusiones contempladas en el clausulado general depositado por la aseguradora en la Superintendencia Financiera, tal como se ve a continuación:

12. Riesgos excluidos

En materia de riesgos excluidos el DISTRITO de Santiago de Cali acepta únicamente los expresamente mencionados como exclusiones absolutas de cobertura las que figuran en el texto del condicionado general depositado por la Aseguradora en la Superintendencia Financiera con anterioridad no inferior a quince (15) días hábiles al cierre del proceso y la Exclusión por COVID-19. Serán válidas las exclusiones relativas consignadas en los mencionados condicionados generales solo cuando no contradigan las condiciones técnicas básicas habilitantes del presente proceso, en cuyo caso prevalecerán las condiciones técnicas básicas habilitantes.

Ahora bien, dentro del contenido del documento en comento, entiéndase, el clausulado general, se encuentra numerada como exclusión, la siguiente: “2.1.12: *Daños a causa de la inobservancia de disposiciones legales y de la autoridad o de instrucciones y estipulaciones contractuales, a no ser que ni el asegurado ni personas con funciones directivas hayan actuado dolosamente ni hayan permitido una actuación dolosa de los demás empleados.*” Por tal motivo solicito respetuosamente aplicar ésta última exclusión expresamente al caso concreto.

Por otro lado, si bien la Circular Básica Jurídica establece que las exclusiones deben constar en la primera página de la póliza y en caracteres destacados, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Unificación No. SC328 del 21 de septiembre de 2023 ha aclarado que lo necesario es que deban empezar en la primera página de la póliza, más no de su carátula, y en caracteres destacados para que tengan eficacia. Criterios que se cumplen dentro del proceso, pues las exclusiones se encuentran desde la primera página del condicionado en caracteres destacados de forma ininterrumpida. Lo anterior, en estricto cumplimiento del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

Artículo 184. Régimen de pólizas y tarifas. (...) 2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: a. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva; b. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza. (Subrayado y negritas fuera del texto original).

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil mediante la Sentencia de Unificación No. SC328 del 21 de septiembre de 2023, señaló que:

Ahora bien, con el propósito de aquilatar la hermenéutica de la norma en cuestión, debe recordarse que, conforme lo establece el artículo 1046 del Código de Comercio, se denomina póliza al documento que recoge el contrato de seguro. Esta póliza en sentido amplio contiene,

¹⁷ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020

como se ha visto, (i) la carátula, en la que se consignan las condiciones particulares del artículo 1047 *ibídem* y las advertencias de mora establecidas en los cánones 1068 y 1152 del mismo Código; (ii) el clausulado del contrato, que corresponde a las condiciones negociales generales o clausulado general; y (iii) los anexos, en los términos del artículo 1048 *ejusdem*. En ese sentido, se insiste en que el ordenamiento mercantil diferencia con claridad la carátula de la póliza de la póliza misma, y que, dada esa distinción, no cabe sostener que la regla del precepto 184 del EOSF debe cumplirse incluyendo los amparos básicos y las exclusiones, «en caracteres destacados» en la referida carátula. Cuando la norma en cita alude a «la primera página de la póliza» debe entenderse que se refiere a lo que esa expresión significa textualmente, es decir, al folio inicial del clausulado general de cada seguro contratado, pues es a partir de allí donde debe quedar registrado, con la claridad, transparencia y visibilidad del caso, uno de los insumos más relevantes para que el tomador se adhiera, de manera informada y reflexiva, a las condiciones negociales predispuestas por su contraparte: la delimitación del riesgo asegurado.

Conforme a lo anterior, las exclusiones son eficaces siempre que consten en caracteres destacados y comiencen a partir de la primera página de las condiciones generales de la póliza, tal y como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia; exigencia que se cumple en el caso de marras, toda vez que las exclusiones fueron estipuladas a partir de la primera página de las condiciones generales de la póliza.

Sobre la ubicación de las exclusiones pactadas en el instrumento asegurativo, en la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, de la referida entidad, se reafirmó la postura realizando una regulación de la emisión de las pólizas y del contenido que estas debían tener, así:

*1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros: Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el numeral 2 del art. 184 del EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información: 1.2.1.1. En la carátula: 1.2.1.1.1. Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del C.Co. 1.2.1.1.2. En caracteres destacados o resaltados, es decir, que se distingan del resto del texto de la impresión, el contenido del inciso 1º del art. 1068 del C.Co. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal. 1.2.1.2. **A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones) Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral.** (Negrilla fuera de texto).*

En ese sentido, la regulación de la Superintendencia Financiera de Colombia es completamente clara, pues indica que los amparos y exclusiones deben consignarse a partir de la primera página de la póliza, esto es, no de forma restrictiva en la carátula de esta, puesto que, por razones prácticas, por imposibilidad física, y por las indicaciones legales referidas, no es viable que confluyan en esta misma página del contrato de seguro. De hecho, la misma Superfinanciera a través de su Dirección Legal dio respuesta a consulta formulada por el Representante Legal de Liberty Seguros el pasado

04 de febrero de 2020 (Superintendencia Financiera de Colombia, Radicación No. 2019153273-007-000, trámite: Consultas específicas, remitente: 334000 – DIRECCIÓN LEGAL DE SEGUROS, firmado por Luz Elvira Moreno Dueñas, Director Legal de Seguros), conceptuando lo siguiente:

Bajo esta línea de interpretación, debe entenderse que en aquellos casos en que en consideración al número de amparos y sus respectivas exclusiones, así como la necesidad de ofrecer una descripción legible, clara y comprensible de los mismos, no sea susceptible incorporar todos estos conceptos en una sola página, pueden quedar, tanto los primeros como las segundas, consignados en forma continua a partir de la primera página de la póliza, como lo precisa la instrucción de este Supervisor.

Es preciso enfatizar que la Superintendencia Financiera de Colombia, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que tiene por objeto supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados. Conforme a lo anterior, y a su clara condición de organismo estatal regulador de la actividad financiera y aseguradora, que por tanto ejerce la supervisión de manera idónea, es que el Decreto 2739 de 1991, en su artículo 3.3, estableció como una de sus funciones, la siguiente:

Emitir las órdenes necesarias para que las entidades sujetas a la inspección, Vigilancia y control de la Superintendencia suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas o inseguras, y para que se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento.

De acuerdo entonces a la función pública que realiza esta entidad es claro que sus conceptos y las circulares que expide tienen un fin orientador, claramente de carácter vinculante, no siendo coherente que expida una circular que vaya en desmedro de los intereses de los asegurados, tomadores o beneficiarios en el contrato de seguro.

En conclusión, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse la exclusión arriba señalada o alguna de las exclusiones de las que constan en las condiciones generales y particulares de la **póliza de responsabilidad civil No. 1507222001226 cuya vigencia corrió desde el 30 de abril de 2022 hasta el 01 de diciembre 2022**, éstas deberán ser aplicadas y deberán dársele los efectos señalados por la jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza del asegurador como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

En los anteriores términos, solicito señor juez declarar probada esta excepción.

6. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismos hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha de la sentencia y ante una condena, se ha agotado

totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada.

7. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO DE LOS CONTRATOS DE SEGUROS

Es un principio que rige el contrato de seguro de daños el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo. Siendo así, la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado. Por lo anterior, el carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el beneficiario con el pago de la indemnización.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia No. 5065 del 22 de julio de 1999, estableció lo siguiente:

Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato.¹⁸

En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio establece lo siguiente: **“respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”**.

Así las cosas, no debe perderse de vista que las pretensiones de la parte actora no son de recibo por cuanto su reconocimiento por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali implicaría correlativamente una transgresión del principio indemnizatorio esencial del contrato de seguro. Lo anterior, puesto que se enriquecería la parte demandante recibiendo un pago por parte del ente territorial que no tiene origen en una obligación legal o contractual.

Conforme a ello, dado que los perjuicios solicitados en el *petitum* de la demanda presentan serias inconsistencias, reconocer el pago de suma alguna con cargo a la póliza de seguro, implicaría correlativamente transgredir el carácter meramente indemnizatorio que revisten los contratos de seguro. En efecto, se estaría supliendo la carga probatoria de la parte actora frente a los presupuestos de una responsabilidad patrimonial del Estado y eventualmente enriqueciéndola.

En los anteriores términos solicito señor Juez declarar probada esta excepción.

8. PAGO POR REEMBOLSO

Sin que el planteamiento de esta excepción constituya aceptación de responsabilidad alguna por

¹⁸ Sentencia No. 5065. (22 de julio de 1999). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

parte de mi representada, se solicita al honorable operador judicial que, en el improbable caso de encontrar responsable al asegurado y de llegarse a establecer que ha surgido alguna obligación resarcitoria en cabeza de la aseguradora, la obligación de mi representada deberá imponerse por reembolso y no por pago directo a los demandantes, ya que es el asegurado quien debe decidir si afecta o no el seguro, quedándole la opción de realizar el pago directo de la hipotética condena. Así las cosas, se solicita que en el remoto caso de condena la misma no sea a través de pago directo, sino por reembolso o reintegro.

9. AUSENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE MI MANDANTE Y EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI.

Esta excepción se propone con fundamento en que la solidaridad surge exclusivamente cuando la Ley o la convención la establecen. En el caso que nos ocupa, la fuente de las obligaciones de mi procurada está contenida en el contrato de seguro y en él no está convenida la solidaridad entre las partes del contrato.

Debe aclararse que las obligaciones de la aseguradora que represento están determinadas por el límite asegurado para cada amparo, por las condiciones del contrato de seguro y por la normatividad que lo rige. Por lo tanto, la obligación indemnizatoria está estrictamente sujeta a las estipulaciones contractuales y al límite asegurado, con sujeción a las condiciones de cada póliza; en virtud de ello, es válido afirmar desde ya que, de conformidad con la exposición previa, no le asiste a mi representada en todo caso la obligación de hacer efectiva la póliza de responsabilidad civil extracontractual vinculada en esta contienda, toda vez que el acaecimiento del riesgo asegurado y otorgado en la misma, no se ha demostrado y se tiene que esta no se afectaría como resultado de la configuración de una causal de exclusión de responsabilidad indemnizatoria taxativamente determinada en la caratula de las mismas.

Por lo anterior, respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

10. GENÉRICA O INNOMINADA

Solicito señor Juez declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, que se encuentre originada en la ley o en el contrato de seguro expedido por mi procurada, incluida la de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Lo anterior, conforme a lo estipulado en el artículo 282 del Código General del Proceso que establece “(...) *Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes (...)*”.

En este sentido, cualquier hecho que dentro del proceso constituya una excepción deberá declararse de manera oficiosa por el despacho en la sentencia que defina el mérito.

CAPÍTULO V. OPOSICIÓN PROBATORIA

1. INTERVENCIÓN EN LAS PRUEBAS DOCUMENTALES Y TESTIMONIOS

Con el objeto de probar los hechos materia de las excepciones de mérito, nos reservamos el

derecho de contradecir las pruebas documentales al proceso y participar en la práctica de las testimoniales que lleguen a ser decretadas, así como del correspondiente interrogatorio de parte e intervenir en las diligencias de ratificación y otras pruebas solicitadas en la demanda y en la contestación a la demanda.

2. FRENTE AL INTERROGATORIO DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

Me opongo al interrogatorio del representante legal del Distrito de Especial de Santiago de Cali, con sustento en lo preceptuado en el artículo 195 del Código General del Proceso que establece que “no valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas”, contenido que es aplicable al caso por remisión expresa del artículo del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011. Por lo anterior señor juez, solicito se rechace esta prueba por inconducente.

3. FRENTE A LA DECLARACIÓN DE PARTE DEL SEÑOR LUIS FERNANDO TELLO

Me opongo a esta solicitud probatoria en el entendido de que se solicita la comparecencia del señor Luis Fernando Tello, sin embargo, vemos que en el escrito de la demanda no se indica la finalidad de su declaración, motivo por el cual es loable asumir que la solicitud se realiza con fines de demostrar las manifestaciones de la demanda.

En ese contexto es necesario reiterar al despacho que la declaración de la parte *per se* no prueba los hechos, y que el artículo 198 del Código General del Proceso es claro en indicar que el juez podrá solicitar la comparecencia de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos, sin embargo, la norma no faculta a las partes a solicitar su propia declaración.

Así lo ha dicho el Consejo de Estado en decisión del 04 de abril de 2022, respecto del caso con radicación 17001-23-33-000-2020-00044-02(67820) en el que resolvió un recurso de reposición sobre un auto que negó una declaración de parte solicitada por los demandados. En tal providencia el órgano de cierre manifestó que:

*A diferencia de lo previsto en el artículo 203 CPC, que prescribe que cualquiera de las partes puede pedir la citación de la contraria, a fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso, el artículo 198 CGP prevé la posibilidad de que el juez, de oficio o a solicitud de parte, pueda ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre estos hechos. **Esta norma no faculta a las partes a solicitar su propia declaración.** El precepto hace referencia a que el juez cite a las partes, bien sea porque de oficio considera necesaria su declaración o porque la parte contraria lo solicita. Son dos puntos de partida distintos. Mientras el artículo 203 CPC dispone que las partes pueden solicitar la citación de la parte contraria, el artículo 198 CGP prevé que el juez puede ordenar la citación de las partes. Esta norma no se refiere a la parte contraria, pues regula el interrogatorio de las partes ordenado por el juez -de oficio o a solicitud de estas- que, como árbitro de la contienda, no tiene una contraparte en el proceso. **Además, es preciso insistir en que quien alega un hecho debe demostrar su ocurrencia para que produzca el efecto pretendido, pues la sola afirmación de una parte no es suficiente para acreditarlo.***

De ahí que, permitir que la misma parte solicite su declaración, no tiene en cuenta lo previsto en el artículo 167 CGP, ni corresponde a una interpretación armónica de esta norma (artículo 30 CC).

Más allá de las discusiones sobre el valor probatorio de la declaración de parte, la posibilidad de que esta prueba sea solicitada por la misma parte y la valoración de la misma, es claro que la demostración de la ocurrencia de los hechos no deriva de las afirmaciones de las partes. De ser así, la demanda y la contestación servirían para acreditar los supuestos de hecho que estas aducen y no sería necesaria la práctica de pruebas. Por ello, el Despacho debe determinar, además, si la prueba es útil, pertinente, conducente y no resulta superflua. (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

En tal sentido es claro que no es procedente la solicitud de la declaración de parte realizada por el actor, en tanto resultaría una prueba inútil, pues dicha declaración por sí sola no tiene la entidad de demostrar los hechos de la demanda, y si la solicitud se hace para referirse a tales hechos, ello resulta superfluo, pues se entiende que lo expresado en la demanda procede de la declaración del demandante. Motivos por los cuales, resulta improcedente la solicitud

4. FRENTE A LA SOLICITUD DE OFICIAR AL INSTITUTO COLOMBIANO DE MEDICINA LEGAL

Me opongo a la solicitud probatoria relacionada con oficiar al Instituto Colombiano de Medicina Legal con el fin de obtenerse por parte del demandante una valoración de la historia clínica allegada al proceso, oposición que tiene sustento en que a la parte actora le asistía el deber de obtener ese documento a través del ejercicio del derecho de petición, de conformidad con el artículo 78, numeral 10 del Código General del Proceso, que expresa: “*son deberes de las partes y de sus apoderados abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que mediante el ejercicio del derecho de petición se pueden obtener*”.

Así mismo, en armonía con el artículo 173 del Código General del Proceso, referente a las oportunidades probatorias expresa que “*el juez se abstendrá de decretar las pruebas que directamente o que por medio de derecho de petición hubiere podido conseguir la parte quien la solicite, salvo que la petición no haya sido atendida, lo cual, deberá acreditarse sumariamente*”.

A pesar de lo anterior, es claro del examen del expediente que desde el extremo activo no se acreditó que se hubiere solicitado los documentos mediante derecho de petición, ni que dicha hipotética solicitud, no haya sido atendida.

Aunado a ello, no se deja claro cuál sería la finalidad de la prueba, el motivo por el que resulta pertinente, conducente y útil, pues si de determinar la capacidad laboral del accionante se trata, es otro el medio idóneo para ello, motivo por el cual, resulta improcedente la solicitud.

CAPÍTULO VI. PRUEBAS

DOCUMENTALES

1. Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1507222001226.
2. Condicionado general No. 040212-1326-P-06-00000VTE390-ABR/12.

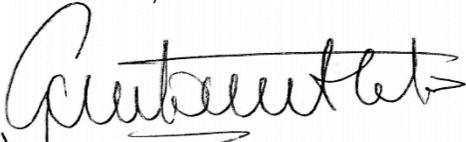
CAPÍTULO VII. ANEXOS

1. Escritura Pública con poder general de representación a mí conferido.
2. Certificado de existencia y representación legal de mi representada expedido por la Cámara de Comercio de Cali.
3. Certificado de existencia expedido por la Superintendencia Financiera.
4. Documento de identidad y tarjeta profesional del suscrito apoderado.

CAPÍTULO VIII. NOTIFICACIONES

Mi poderdante y el suscrito recibiremos notificaciones en la Avenida 6A Bis No. 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212, de la ciudad de Cali, o en la dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No.19.395.114 de Bogotá D.C.

T. P. No. 39.116 del C.S. J.