

Señores:

JUZGADO SEGUNDO (02) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: RECURSO APELACIÓN

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: CLAUDIA VIVIANA GONZÁLEZ GUEVARA Y OTROS

DEMANDADOS: DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

RADICADO: 76001-33-33-002-2021-00073-00

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado de la compañía **HDI SEGUROS S.A.** conforme al memorial de poder que ya obra en el expediente; ante usted me dirijo por medio de este escrito, con el debido respeto y en tiempo oportuno, con el fin de presentar **RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia No. 079 notificada electrónicamente el 16 de enero de 2024, solicitando desde ya se revoquen lo numerales “1”, “2”, “2.1”, “2.2”, “2.3”, “2.4”, y “3” del fallo en cuestión, conforme a los reparos concretos que se formula a continuación:.

I. OPORTUNIDAD

Teniendo en cuenta que la notificación electrónica de la sentencia se realizó por parte del despacho el día primero (01) de marzo de 2024, el término de 10 días establecido en el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, comenzó a computarse una vez transcurridos previamente dos días hábiles siguientes al envío del mensaje.¹ Es decir, a partir del 06 de marzo del corriente año. Por lo anterior se tiene que el término transcurre los días 06, 07, 08, 11, 12, 13, 14, 15, 18, y 19 de marzo de 2024. Así las cosas, se concluye que el presente escrito es radicado dentro del término previsto para tal efecto.

II. REPAROS CONCRETOS FRENTE AL FONDO DEL ASUNTO

¹ Consejo de Estado – Sala plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de unificación jurisprudencial del 29 de noviembre de 2022, Exp. 68001-23-33-000-2013-00735-02 (68177) C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

1. DEFECTO FÁCTICO POR INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS PARA ACREDITAR LA CAUSALIDAD

En sentencia de primera instancia el juzgador realizó un análisis superfluo de las pruebas practicadas en el decurso del proceso para estructurar la causalidad. El despacho no efectuó un análisis completo del material probatorio obrante en el expediente, limitándose únicamente a revisar aspectos superficiales de las pruebas practicadas.

El nexo de causalidad se ha definido como la determinación de que una conducta antijurídica es la causa eficiente de un daño. Así lo ha entendido en profusa jurisprudencia el Honorable Consejo de Estado, para lo cual valga traer a colación la siguiente consideración emanada de dicha Corporación: “(...) *El nexo causal es la determinación de que un hecho es la causa de un daño. En esa medida, en aras de establecer la existencia del nexo causal es necesario **determinar si la conducta imputada a la Administración fue la causa eficiente y determinante del daño que dicen haber sufrido quienes deciden acudir ante el juez con miras a que les sean restablecidos los derechos conculcados (...)***” Negrita por fuera del texto original.

No obstante, el desarrollo jurisprudencial y doctrinal que se ha consolidado en la estructuración del nexo causal, el Despacho lo infirió. No existe en el plenario ninguna prueba que demuestre certeza sobre la causalidad entre el presunto “hueco” y el daño sufrido. Ningún medio probatorio demostró que dicho hueco efectivamente hubiera causado la caída de la demandante y generara las lesiones que fundamentan el reclamo, por lo que la sentencia de instancia yerra al momento de analizar la causalidad.

Todo lo anterior, lleva a esta llamada en garantía a alegar la insuficiencia probatoria presentada por la parte demandante, más aun cuando no se acompañó prueba técnica expedida por la autoridad de tránsito correspondiente, y que pudiera dar razón certera de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cómo se desarrolló el referido accidente, es decir, que todo ocurrió gracias a la falta de señalización del riesgo y existencia del hueco que se alega y no por cualquier otra circunstancia atribuible a la víctima o un tercero. Máxime, cuando no existe informe policial de accidente de tránsito (IPAT) en el que se establezca i) la hora del accidente, ii) las condiciones climáticas, iii) el estado de la vía, iv) la ubicación de la irregularidad o hueco, si existiere, v) la ubicación final del vehículo y el metraje en que quedó el eje trasero y delantero, vi) el estado de iluminación de la vía, vii) la existencia de señalización o no en la zona, viii) el sentido y carril por donde iba transitando la motocicleta, ix) los daños del vehículo, x) la hipótesis del accidente y mucho menos uno o varios de los incumplimientos normativos alegados en la demanda.

Ahora, frente a las fotografías aportadas con la demanda, como la ratificación de las mismas, no resultan suficientes para esclarecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar del accidente de

tránsito. Se reitera que ellas no dan cuenta de la ocurrencia del accidente de tránsito en las condiciones en las que se narran en la demanda. Máxime cuando las fotografías fueron tomadas un día después de la ocurrencia del hecho, por lo que no es posible si quiera clasificarlas como prueba indiciaria, aunado al hecho de que el señor Jorge Alberto Bedoya no recuerda el sitio en el que tomo las fotografías, y dichos documentos no cumplen con las exigencias jurisprudenciales para su valoración, entre otras cosas, porque no existe certeza frente a las condiciones de tiempo y lugar donde fueron tomadas. Razón por la cual resultaba inverosímil atribuirles algún valor probatorio.

En sentencia del 8 de noviembre de 2020², la Sección Tercera del Consejo de Estado ratificó las subreglas estructuradas en torno a la valoración del material fotográfico en los siguientes términos:

(...) Sin embargo, **no existe certeza acerca de las condiciones de tiempo** en las que fueron tomadas, toda vez que, si bien todas tienen registrada la fecha del “25/11/2003 11:30 am”, **no es menos cierto que no se aportaron elementos que permitan determinar si dicha fecha es aquella en la que se tomaron o en la cual se imprimieron.**

Respecto del valor probatorio de las fotografías, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado:

El valor probatorio de las fotografías y los que con ellas se documentan. El material fotográfico, como medio de prueba, se enlista dentro de las denominadas documentales y, en tanto documento, reviste de un “carácter representativo, que demuestra un hecho distinto a él mismo”³. De ahí que, “[l]as 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 dependen únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se aducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición”.

12.1. 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 de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas⁴, 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 soporten⁵.**

Como en este asunto no existe certeza sobre las condiciones de tiempo en las que se tomaron las fotografías, la Sala concluye que carecen de mérito probatorio para probar, por sí mismas, el estado de las escaleras para el momento de los hechos, razón por la cual, para tal fin la Sala se remitirá a los demás elementos obrantes en el plenario (...).
(negrita adrede)

² Consejo de Estado, Sección Tercera (2020). Sentencia 53.467, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Noviembre 20.

³ Corte Constitucional (2013). Sentencia T-930, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, septiembre 06.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera (2014). Sentencia 28.832, C.P. Danilo Rojas Betancourt, agosto 28.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera (2019). Sentencia 47.007, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, octubre 03

En igual sentido, en el interrogatorio de parte rendido por la demandante Claudia Viviana González manifestó: *“fue antes del hundimiento, no se me la dirección, pero ahí hay como un caño, una parte como oscura, me lo sé muy bien, porque ahí fue donde me accidente, antecito del hundimiento de Comfandi el Prado”* Así mismo señaló que había mucho trancón. Por su parte en el testimonio rendido por el señor Jhon Fredy Molina manifiesta que el piso estaba seco, sin lluvia, vía pavimentada, con buen iluminación, los postes iluminaban la autopista, que eran con las 9:30 de la noche, que ya había pasado la hora de pico y placa, que era poca la afluencia de vehículos, contrario a lo manifestado por la señora Claudia Viviana González que según su dicho a la hora en que ocurrió el accidente había mucho trancón, por lo que no se entiende entonces, como se desplazaba la misma a una velocidad de 40 a 50 Km/h. Nótese, que el interrogatorio de parte como el testimonio del señor Jhon Fredy Molina carecen de uniformidad y coherencia, en tanto que la demandante adujo que el sitio estaba oscuro y que ocurrió antes del hundimiento del Comfandi el Parado, mientras que el señor Jhon Fredy Molina señala que el accidente ocurrió en la autopista con carrera 39 y que el lugar estaba bien iluminado, testigo que indicó que supuestamente estaba entre 2 a 3 metros de distancia del accidente. Entonces dicha contradicción no permitía otorgar convencimiento suficiente sobre la ocurrencia de los hechos, pues si bien, estas constituyen en medio de prueba susceptible de valoración que sirven para formar la convicción del juez, en este caso particular, dichas declaraciones no se constataron con ningún otro medio de prueba.

Así, veremos como la parte que llamó a juicio no cumplió con su deber probatorio, pues más bien podemos aseverar que el medio de control es pobre en dicho aspecto, lo que NO permite esclarecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los sucesos con los que el juzgador decidió imputar y declarar responsabilidad a las demandadas, habida cuenta que no se tiene certeza de la forma en que se produjo la lesión que se pretende sea resarcida, en tanto no se especifican las circunstancias evidentes en que esta se produjo y que derive en responsabilidad del Estado, pues los elementos axiomáticos brillan por ausencia.

Por el contrario, conforme a las pruebas decretadas y practicadas, en especial de aquellas solicitadas por las demandadas y mi representada, e inclusive de aquellas con cargo a la actora, es válido afirmar que no existió nexo alguno entre los hechos presuntamente dañosos y los padecimientos posteriores presentados por la demandante.

Por lo anterior, es claro que la parte demandante obvió su carga de la prueba, pues correspondía a esta probar, a partir de medios de convicción útiles, pertinentes y conducentes, la omisión del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI. Así, de las pruebas más importantes recaudadas, decretadas y practicadas en el presente juicio, se concluye que los padecimientos de la señora Claudia Viviana González no son producto fehaciente de responsabilidad de la demandada por acción u omisión, pues si bien las secuelas devienen de origen común y se relaciona como causa accidente, aun con ellas no es dable admitir que este se encuentre probado y sea imputable en sus condiciones a las llamadas a juicio.

2. QUEDÒ ACREDITADA LA CAUSA EXTRAÑA POR EL HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD.

Con las pruebas aportadas y practicadas resulta dable determinar que el accidente de tránsito materia de controversia, se produjo debido a un actuar determinante e imprudente de la señora Claudia Viviana González Guevara. Es una la conducta que nos lleva a concluir que en este caso medió la culpa de la víctima, a saber, conducir con exceso de velocidad. Conducta que incidió exclusivamente en el resultado dañoso, por ende, la culpa de la víctima fue exclusiva, determinante y autónoma a la conducta del Distrito Especial de Santiago de Cali. Por lo que este reparo se propone como quiera que el demandante al momento de la ocurrencia del accidente se encontraba en ejecución de lo que se considera como una actividad peligrosa, le imponía para su conductora diligencia, pericia y cuidado, así como el cumplimiento de las normas de tránsito.

La conducción de vehículo, por tratarse de una actividad técnica, impone varias cargas para quien la desarrolla, exigiendo el cumplimiento normativo de diversos postulados imperativos. Es así como se puede inferir que para el caso concreto hubo incumplimientos a las normas que regulan el tránsito de motocicletas; pues de conformidad con la sana lógica y las reglas de la experiencia se espera que conducir dentro de los límites de velocidad permitidos, es decir, en cumplimiento a las normas de tránsito, evita cualquier accidente de tránsito. Puede inferirse entonces, que en el escenario en que la señora Claudia Viviana González Guevara hubiese conducido bajo la velocidad reglamentaria y con especial cuidado y precaución, hubiera podido advertir la condición de la malla vial y de esta forma adoptar un comportamiento más diligente y cuidadoso.

Recuérdese que el señor Jhon Fredy Molina en su declaración afirmó que ya había pasado la hora pico, que había poca afluencia de vehículos, y la vía se encontraba bien iluminada. Así, en gracia de discusión, si la demandante se hubiese desplazado a una velocidad adecuada, por una vía bien iluminada y sin tráfico, no se entiende como ocurrió el supuesto volcamiento, máxime cuando la vía es de dos carriles. Ténganse en cuenta, además, que de conformidad con la declaración escuchada, al estarse ejecutando la actividad de CICLOVÍA nocturna (donde por consecuencia hay concurrencia de peatones y ciclistas que están desarrollando actividades deportivas) y por la proximidad a una intersección, es deber del actor vial manejar una velocidad baja (30km/h). Esta velocidad máxima la facultaba para tomar las medidas necesarias y esquivar el presunto foramen.

Corolario de lo expuesto, es preciso recordar que el señor Jhon Fredy Molina en su declaración afirmó que **ella quedó por ahí a 5 metros de distancia, que fue una caída larga**, evidenciando la confirmación de lo antes expresado, permitiendo concluir que la señora Claudia Viviana se desplazaba con exceso de velocidad.

Es así como se puede inferir que para el caso concreto hubo incumplimientos a las normas que

regulan el tránsito de motocicletas; pues de conformidad con la sana lógica y las reglas de la experiencia se espera que conducir dentro de los límites de velocidad permitidos, es decir, en cumplimiento a las normas de tránsito, puede evitar cualquier accidente de tránsito y, en general, minoriza el riesgo propio de la actividad de conducción. Puede inferirse entonces que en el escenario en que la señora Claudia Viviana hubiese conducido bajo la velocidad reglamentaria y con especial cuidado y precaución, hubiera podido advertir la condición de la malla vial y de esta forma adoptar un comportamiento más diligente y cuidadoso.

En ese sentido, si luego de realizar el análisis de causalidad se determina que el hecho que constituyó la causa eficiente del daño estuvo en cabeza exclusiva de la misma víctima, inmediatamente se torna improcedente cualquier imputación de responsabilidad a otra persona. Lo anterior, por cuanto no existiría relación de causalidad que permitiera relacionar el actuar de otro sujeto con el daño generado. La Sección Tercera de la Subsección C del Consejo de Estado, en la Sentencia del 04 de abril de 2018, Radicado No. 54001-23-31-000-2010-00466-01 (42222). MP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se pronunció al respecto:

(...) la culpa exclusiva de la víctima es entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, y tal situación releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que esta debe asumir las consecuencias de su proceder.

La culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del C. Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita. Valga decir, que **de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones** (...) (Negrilla y resaltado por fuera del texto original)

Como podemos ver, resulta importante hacer notar en juicio el antecedente de marras, pues permite precisamente demostrar la hipótesis de eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima. Así pues, quedando en evidencia la intervención causal eficiente de la reclamante, no queda más que concluir que la demandante condujo de manera imperita, al transitar con exceso de velocidad, y no estar atenta a la vía. **Este comportamiento determinó la concreción del lamentable accidente, rompiendo el nexo de causalidad – por demás no acreditado- entre el daño reclamado y el supuesto estado de la vía.**

Así las cosas, si la señora Claudia Viviana para el día y lugar de los hechos hubiese conducido a la misma velocidad o menor de la reglamentaria, hubiera podido frenar a tiempo o maniobrar de una manera que le permitiera conservar el control de su medio de transporte. Inclusive en reciente jurisprudencia del Consejo de Estado se ha determinado:

*se tiene demostrado que éste se desplazaba tres veces por semana en la misma vía o autopista en donde ocurrió el accidente, lo que traduce que debía emplear más cuidado y diligencia a la hora de transitar por ella, y sin embargo sostuvo que se desplazaba a 60 Km/h detrás de un vehículo, pero que pudo divisar a una distancia de 6 a 8 metros aproximadamente el hueco. Sin embargo, **lo dicho por el propio demandante es indicio de su propia negligencia, toda vez que una distancia de 6 u 8 metros –como manifestó- a una velocidad razonable y prudente da espacio suficiente para maniobrar una motocicleta**⁶. (negrita adrede)*

Es posible inferir entonces que la aquí demandante faltó al deber de cuidado que implica la conducción de este tipo de vehículos. Este evento al ser contrario a las normativas para el tránsito y seguridad de los vehículos exigida genera una conducta totalmente reprochable de la conductora, pues su descuido al no circular en este tipo de vehículos atendiendo las exigencias mínimas para ello, determina una influencia directa en el accidente. Como quiera que, es ampliamente conocido el riesgo al cual se exponen las personas al conducir vehículos que no cumplen con los requisitos para la circulación a nivel nacional. Así pues, quedando en evidencia la intervención causal eficiente de la reclamante, no queda más que concluir que faltó al deber de cuidado condujo de manera imperita, al transitar con exceso de velocidad, y no estar atenta a la vía, Este comportamiento determinó la concreción del lamentable accidente, rompiendo el nexo de causalidad entre el daño reclamado y el supuesto estado de la vía.

Es a partir entonces de lo anterior que resulta probado que, la señora Claudia Vivian conducía con exceso de velocidad. Todo lleva a concluir que si la víctima es quien se expone a sufrir su propio daño, debe asumir las consecuencias de su comportamiento y no atribuir a otras entidades responsabilidad sin fundamento. Con la configuración de esta causal exonerativa, no están llamados a responder el asegurado y mucho menos la sociedad que represento, por lo que el juicio de responsabilidad no debe prosperar. Por esto, solicito respetuosamente se despache desfavorablemente la totalidad de las pretensiones y se declare el eximente de responsabilidad propuesto.

3. DEFECTO FÁCTICO EN DIMENSIÓN NEGATIVA – EL JUEZ OMITIÓ ANALIZAR Y PRONUNCIARSE SOBRE UNA PRUEBA OPORTUNAMENTE ADOSADA EN EL PROCESO

En audiencia inicial del 15 de diciembre de 2022, se decretó como prueba oficiar a la Secretaria de Movilidad de Santiago de Cali a fin de que informara al despacho, “*cuantos accidentes de tránsito a causa del mal estado de la mencionada vía se han reportado*”, respuesta que fue debidamente aportada por la apoderada del Distrito y remitida a todas las partes, sin que fuera tachado u objetado, y de la que se pudo verificar que para el año 2019 en la autopista con calle 39 sentido

⁶ C.E. Sec, Tercera, Radicado: 76001-23-31-000-2005-05408-01 (39366), jul.05/2018, C.P. Jaime Orlando Santofimio.

oriente-sur no se reportaron eventos de tránsito; No obstante, en sentencia de primera instancia, el Despacho omitió realizar el análisis y pronunciamiento que correspondía sobre dicha prueba documental.

Según la jurisprudencia constitucional, el defecto fáctico tiene dos dimensiones, una positiva y otra negativa. La dimensión positiva se presenta cuando el juzgador aprecia pruebas que no ha debido admitir ni valorar, por haber sido indebidamente recaudadas, desconociendo de manera directa la Constitución. Sobre este se lee lo siguiente:

La dimensión positiva del defecto fáctico por indebida apreciación probatoria se concreta cuando el juez somete a consideración y valoración un elemento probatorio cuya ilegitimidad impide incluirlo en el proceso. Se trata de la inclusión y valoración de la prueba ilegal, es decir, de aquella que ha sido practicada, recaudada, y valorada en contravía de las formas propias de cada juicio, concretamente, del régimen legal de la prueba, o de la prueba inconstitucional, esto es, de aquella prueba que, en agresión directa a los preceptos constitucionales, ha sido incluida en el proceso en desconocimiento y afrenta de derechos fundamentales⁷

Por otro lado, la dimensión negativa se configura cuando el operador judicial niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su consideración, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Léase así: *“El juez, en el ejercicio de su facultad de valoración, deja de apreciar una prueba fundamental para la solución del proceso, ignora sin razones suficientes elementos probatorios cruciales o, simplemente, efectúa un análisis ostensiblemente deficiente e inexacto respecto del contenido fáctico del elemento probatorio”⁸*

En el caso concreto se observa que, obra respuesta de la secretaria de Movilidad de Santiago de Cali, mediante oficio No. 202341520200000694 del 28 de febrero de 2023, en el que se señala que en el año 2019 no se reportaron eventos de tránsito en la autopista con calle 39, sentido oriente sur:

R// Acorde con la información suministrada por el observatorio de Movilidad Sostenible y Seguridad Vial de la Secretaría de Movilidad, se extraen datos acerca de los siniestros de tránsito (solo daños, lesiones y fatalidades) reportados en la Autopista con calle 39 encontrándose los siguientes eventos:

⁷ Sentencia T-164 de 2018, Corte constitucional

⁸ Sentencia T-803 de 2012, Corte constitucional

Tabla 1. Eventos de tránsito reportados en la Autopista con calle 39 desde el año 2016.

Eventos de tránsito (Autopista con Calle 39) - Sentido Oriente Sur			
Año	Solo Daños	Lesionados	Total, general
2016	0	2	2
2017	3	6	9
2018	0	0	0
2019	0	0	0
2020	0	0	0
2021	0	0	0
2022	0	0	0

Fuente: Propia Observatorio de Movilidad

No obstante, resulta preciso señalar que el juez de primera instancia optó por abstenerse de realizar el análisis y pronunciamiento correspondiente sobre dicha prueba, a pesar de que fue presentada en la oportunidad procesal adecuada y, por lo tanto, cuenta con valor probatorio. Incurriendo de este modo en un defecto factico, al no valorar en su integridad el material probatorio obrante en el expediente.

4. CONCURRENCIA DE CULPAS - REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA INCIDENCIA DE LA CONDUCTA DE LA SEÑORA CLAUDIA VIVIANA GONZALEZ GUEVERA EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO

Ahora bien, sólo en forma subsidiaria y en el hipotético y remoto caso en que se confirme la sentencia de primera instancia, de todas maneras, debe aplicarse la respectiva reducción de la indemnización. Lo anterior, en proporción a la contribución que tuvo la señora Claudia Viviana González Guevara en la ocurrencia del hecho. La conducta de la referida fue determinante en la producción del evento materia de esta controversia pues se expuso de manera irresponsable a su acaecimiento, existiendo culpa en el actuar la víctima y en este sentido se configurándose una concurrencia de culpas al tenor de lo normado en el artículo 2357 del Código Civil el cual establece: *“REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”*

En gracia de discusión, no queda relevado el juzgador de hacer el análisis que corresponde sobre la contribución activa de la conducta de la señora Claudia Viviana González para su propio daño. Que el juez haya optado por analizar el caso a través de la teoría del riesgo, no lo exonera de ningún modo, de revisar en que proporción cada involucrado en el accidente contribuyó con el resultado; Puntualmente la conducta de la señora Claudia Viviana González. Pues se encuentra probado, a

través de la declaración del testigo John Fredy Molina, que la víctima del accidente de manera imprudente era quien conducía en exceso de velocidad, al afirmar i) que *ella quedó por ahí a 5 metros de distancia, que fue una caída larga*, ii) que se estaba ejecutando la actividad de CICLOVÍA nocturna (donde por consecuencia hay concurrencia de peatones y ciclistas que están desarrollando actividades deportivas), y iii) que el piso estaba seco, sin lluvia, vía pavimentada, con buena iluminación, los postes iluminaban la autopista.

Conforme a lo dicho, el despacho debe establecer un análisis causal de las conductas implicadas en el evento dañoso, a fin de determinar la incidencia de la señora Claudia Viviana González en la ocurrencia del daño. Lo anterior, a efectos de disminuir la indemnización si es que a ella hubiere lugar, en proporción a su contribución al daño sufrido como consecuencia de las conductas imprudentes de la señora Claudia Viviana González y así es como lo ha indicado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones: *“De ahí que, la autoridad judicial demandada se encontraba habilitada para estudiar si se configuraba alguno de los eximentes de responsabilidad, entre los que se encuentra, el hecho de la víctima, como efectivamente lo hizo. Por ello, al encontrar que la actuación de la víctima directa concurrió en la producción del daño, decidió reducir el valor de la indemnización. De modo que, contrario a lo alegado por el actor, el juez de segunda instancia no desbordó el marco de su competencia y tampoco incurrió en el defecto sustantivo alegado.”*⁹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En distinto pronunciamiento, la misma corporación manifestó que en el caso en que la negligencia de la víctima incida para que se exponga imprudentemente al daño, deberá necesariamente realizarse una reducción de la indemnización. Lo anterior fue manifestado en un caso en el que se evidenció la culpa de la víctima en la ocurrencia del daño, estimada en una proporción del 50% de los perjuicios:

Todo ello, en pos de la responsabilidad que por el riesgo creado debe afrontar la entidad demandada —Fiscalía General de la Nación— **implica que, en merecimiento de la culpa evidenciada de la víctima, se debe efectuar una reducción en la condena, la cual se estima, por el nivel de incidencia de la negligencia de los demandantes** —propietarios de edificio donde funcionaba el centro comercial—, equivalente al 50% de los perjuicios que lleguen a probarse y concederse en favor de estas personas, ya que del mismo tenor del riesgo que reclaman, fue la imprudencia de los demandantes en la no evitación del daño.¹⁰ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Como se lee, el fallador encontró probada la incidencia de la víctima en la causa generadora del daño en proporción a un 50% y en ese sentido redujo los perjuicios que se probaron en el proceso en el mismo porcentaje. Como quiera que la responsabilidad del demandado resultó menguada por la participación determinante de la víctima en la ocurrencia del suceso. De tal suerte que queda completamente claro que el fallador debe considerar el marco de circunstancia en que se produce

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. C.P. Milton Chaves García. Radicación 2018-03357

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 24 de enero de 2019. Radicación No. 43112.

el daño, así como sus condiciones de modo, tiempo y lugar, a fin de determinar la incidencia causal de la conducta de la víctima y del conductor del bus articulado, en la ocurrencia del daño por el cual solicita indemnización.

En ese orden de ideas, tal como lo ha determinado la jurisprudencia, al encontrarse acreditado por medio de las pruebas que obran en el expediente que la señora Claudia Viviana González tuvo injerencia determinante y significativa en la ocurrencia del supuesto accidente acaecido el 29 de agosto de 2019. Por lo cual de considerarse procedente una indemnización por los perjuicios deprecados, esta debe ser reducida conforme al porcentaje de participación de la conducta imprudente de la víctima en exponerse al peligro, como mínimo en un 50%.

5. DEFECTO FÁCTICO – EL DESPACHO OMITIÓ DAR APLICACIÓN DE LA CONSECUENCIA CONSAGRADA EN EL ART. 272 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

El despacho incurre en un defecto factico, pues no dio aplicación a la consecuencia consagrada en el artículo 272 del C.G.P, otorgando valor probatorio a la certificación laboral aportada con la demanda, aun cuando fue solicitada su ratificación, y no siendo posible su contradicción por la no comparecencia de la persona que la suscribió. A su turno el artículo 272 del C.G.P señala:

ARTÍCULO 272. DESCONOCIMIENTO DEL DOCUMENTO. *En la oportunidad para formular la tacha de falsedad la parte a quien se atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella podrá desconocerlo, expresando los motivos del desconocimiento. La misma regla se aplicará a los documentos dispositivos y representativos emanados de terceros.*

No se tendrá en cuenta el desconocimiento que se presente fuera de la oportunidad prevista en el inciso anterior, ni el que omita los requisitos indicados en el inciso anterior.

De la manifestación de desconocimiento se correrá traslado a la otra parte, quien podrá solicitar que se verifique la autenticidad del documento en la forma establecida para la tacha.

La verificación de autenticidad también procederá de oficio, cuando el juez considere que el documento es fundamental para su decisión.

Si no se establece la autenticidad del documento desconocido carecerá de eficacia probatoria.

El desconocimiento no procede respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aducen, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte, respecto de los cuales deberá presentarse la tacha y probarse por quien la alega.

Téngase en cuenta que, en el momento procesal oportuno, se solicitó al despacho la ratificación de la certificación laboral suscrita por la señora Paola Andrea Figueroa colaboradora del área de Talento humano, solicitando fuera citada la persona mencionada, o en su lugar quien hiciera las veces de colaborador(a) del área de talento humano; no obstante, la persona que suscribió la

certificación laboral no compareció a la audiencia de pruebas citada para el día 02 de marzo de 2023, razón por la cual no fue posible que se surtiera la debida contradicción.

Con todo, esto no fue impedimento para que el despacho tuviera por acreditado el vínculo laboral con la mera declaración de la víctima, obviando que la misma no puede construir su propia prueba y beneficiarse de la desidia de probar el supuesto de hecho; aunado al hecho de que nunca se aportaron otros medios de prueba que soportaran lo mencionado en la certificación aportada por la demandante, como, por ejemplo, desprendibles de pago o el contrato laboral.

En ese orden, se tiene que el despacho incurrió en un defecto factico, pues ante la imposibilidad de verificación de autenticidad del documento aportado como certificación laboral, el despacho no tenía opción diferente que la de desconocer dicho elemento, determinando así su ineficacia probatoria.

6. INDEBIDA CUANTIFICACIÓN DE LOS PERJUICIOS RECONOCIDOS - IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE LUCRO CESANTE

En sentencia de primera instancia el juez procede a aplicar condena en abstracto por concepto de lucro cesante, no obstante, no se acreditó que la concreción del accidente sea responsabilidad de la demandada, ni mucho menos que este accidente le haya ocasionado la imposibilidad de seguir percibiendo los recursos derivados de la actividad económica que desempeña.

Ahora bien, es preciso destacar frente a los perjuicios de índole patrimonial, reconocidos en su modalidad de Lucro Cesante, no se encuentran fundados en elementos documentales que permitan acreditar una ganancia o productividad frustrada, ni privación de ingresos; es más, la conclusión a la que llega el despacho, parte de una premisa sin bases, pues debe recordarse que en el libelo introductorio no existe prueba alguna de las supuestas alteraciones que sobrevinieron a la parte actora y como incidieron estas en su capacidad productiva. En ese orden, se tiene que no existe prueba que acredite la cesación de los ingresos que la demandante percibía a título de salario en razón a su cargo como operaria de producción, más cuando se tiene por confeso que la señora Claudia Viviana continúa hoy en día vinculada laboralmente a la empresa FURUKUWA INDUSTRIAL COLOMBIA SAS. Soporte de lo anterior se tiene lo señalado por la señora Claudia Vivian, que al ser interrogada en audiencia de pruebas afirmó que labora para la empresa FURUKUWA INDUSTRIAL COLOMBIA SAS desde hace cuatro (04) años hasta la actualidad.

De igual manera en la foliatura obra una certificación laboral expedida por FURUKAWA INDUSTRIAL COLOMBIA S.A.S., donde se indica que la señora CLAUDIA VIVIANA GONZÁLEZ, labora desde el 1º de agosto de 2019 y que a la fecha 01 de marzo de 2021, es decir, más de un año después del accidente, continuaba vinculada:



A su vez, en la documental aportada correspondiente a la calificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, se indica:

Argumento: Paciente de 40 Años. Sexo: Femenino.
Empresa: Furukawua Industrial Colombia S.A.S. **Cargo:** operaria de producción . **Tiempo:** 4 Años, **Actualmente:** vinculada

Al respecto, La Sección Tercera del H. Consejo de Estado, al unificar la jurisprudencia sobre el reconocimiento del lucro cesante, consideró que procede si se solicita en la demanda y se acredita la actividad económica lícita de la víctima, o la ruptura de una vinculación laboral cierta al momento de la ocurrencia del daño.¹¹

Así pues, esta modalidad de daño patrimonial puede definirse como **una cesación de pagos, una ganancia o productividad frustrada ya sea de un bien comercialmente activo o de una persona que haga parte del mercado laboral de forma dependiente**, liberal o como una empresa unipersonal. Valga decir que cuando se habla de una ganancia o utilidad frustrada, no puede basarse esta en una mera expectativa, sino en una utilidad razonablemente esperada en razón de una ocupación productiva permanente de un bien **o persona en razón a su proyección personal o comercial, de la que se deduzca sin duda alguna, que en el futuro, antes de producirse el daño que le deja cesante, se ocuparía productivamente en algo que le generaría una renta o utilidad.**

En ese orden, se tiene que no existe prueba que acredite la cesación de los ingresos que la demandante percibía a título de salario en razón a su cargo de operaria de producción dentro de la empresa FURUKUWA INDUSTRIAL COLOMBIA SAS. más cuando se encuentra acreditado que la demandante en la actualidad continúa vinculada laboralmente, razón por la cual no resultaba procedente el reconocimiento de indemnización de perjuicios a título de lucro cesante.

7. DEFECTO SUSTANTIVO AL INDICAR QUE LAS COASEGURADORAS SON

¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2019, Rad. 44.572 [fundamento jurídico 2].

SOLIDARIAMENTE RESPONSABLES - LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA SE DEBE CEÑIR AL PORCENTAJE PACTADO EN EL COASEGURO - INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD PASIVA ENTRE LAS COASEGURADORAS.

El juez de primera instancia incurrió en un defecto sustantivo al indicar que las coaseguradoras son solidariamente responsables. Es importante mencionar, que conforme a las estipulaciones concertadas en el contrato de seguro que sirvió de fundamento para la vinculación de mi representada, los riesgos trasladados fueron distribuidos entre **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. y HDI SEGUROS S.A.** de la siguiente manera:

Compañía Aseguradora	Porcentaje
Aseguradora Solidaria de Colombia E.C.	35.00%
Chubb Seguros Colombia S.A.	30.00%
SBS Seguros Colombia S.A.	25.00%
HDI Seguros S.A.	10.00%

En ese sentido, existiendo coaseguro, es decir estando distribuido el riesgo entre las compañías de seguros mencionadas, debe tenerse en cuenta que en el caso de que se confirme la declaratoria de responsabilidad en cabeza de nuestro asegurado, la obligación de indemnizar en virtud del contrato de seguro mencionado, la responsabilidad de cada una de las aseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues no se puede predicar una solidaridad entre ellas.

Lo anterior, conforme a lo preceptuado en 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 Art. 1095 Ibídem, 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. (...)”*

Sobre el coaseguro el Consejo de Estado en sentencia reciente, determinó:

*“(…) 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 (…)”¹²(negrita por fuera del texto original)*

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 Expediente 25000232600020110122201 (50.698) con ponencia del consejero Freddy Ibarra Martínez

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.

Por consiguiente, al momento de resolver lo concerniente a mi procurada y en el hipotético caso en que se confirme 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. **Así las cosas, solicito se tenga en cuenta el porcentaje asumido por mi representada.**

PETICIÓN

En mérito de lo expuesto, solicito al Honorable despacho lo siguiente:

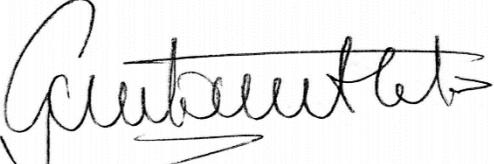
Bajo el claro entendido de que en el sub judice, no se acreditó responsabilidad alguna del aquí demandado, ruego al despacho respetuosamente que se sirva **REVOCAR** los numerales “1”, “2”, “2.1”, “2.2”, “2.3”, “2.4”, y “3” del fallo de primera instancia proferido dentro del presente caso.

Subsidiariamente solicito muy respetuosamente, que en el evento que se confirme la declaratoria de responsabilidad de la llamante en garantía, resolver la relación sustancial existente entre mi

¹² Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección B. Sentencia del 30 de marzo de 2022. C.P.Martín Bermúdez Muñoz.

procurada y la entidad demandada, con observancia a cada una de las especiales condiciones pactadas.

No siendo otro el motivo de la presente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. 19.395.114 de Bogotá

T.P. 39.116 del C. S. de la J.