
Señores:

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Sala de Oralidad

M.P. Eduardo Antonio Lubo Barros.

E. S. D.

Referencia: Reparación directa No. 76001-33-333002-2020-00108-01

Demandante: ESPERANZA SERRANO DE ZAPATA y OTROS.

Demandado: DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI.

Llamado en garantía: ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. Y OTROS.

Asunto: Alegatos de conclusión de segunda instancia.

Respetados señores:

MARÍA ALEJANDRA HENAO SIERRA, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderada sustituta de **ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.**, en aplicación del artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presento **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**.

I. OPORTUNIDAD DEL RECURSO. -

El numeral 4 del artículo 247 de la Ley 2080 de 2011, establece:

“4. Desde la notificación del auto que concede la apelación y hasta la ejecutoria del que la admite en segunda instancia, los sujetos procesales podrán pronunciarse en relación con el recurso de apelación formulado por los demás intervinientes.”

Teniendo en cuenta que a la fecha no se ha notificado el auto que admite el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida el 11 de diciembre de 2023, notificada el 15 de enero de 2024, el presente escrito se radica oportunamente.

II. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA. -

En el presente asunto se considera que el Juzgado Segundo (2) Administrativo de Oralidad de Santiago de Cali erró al encontrar probados los elementos de la responsabilidad del Estado dado que es evidente y se encuentra completamente acreditado que acaeció un eximente de responsabilidad siendo la culpa de la víctima (1), y por otro, hubo una errónea consideración sobre la causa adecuada del daño (2).

De manera subsidiaria, en el evento en que el Tribunal considere que existe responsabilidad en cabeza del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI,

deberá tener en cuenta que existió un error por parte del *a quo* al considerar que la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1501216001931 tiene cobertura, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1055 del Código de Comercio, el riesgo es inasegurable dado que existió una conducta dolosa del asegurado. (3)

En cualquier caso, de insistirse en la responsabilidad del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, y considerar que, contrariamente, si hay cobertura de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1501216001931, no podrá ignorarse que la conducta adoptada por el señor VÍCTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO fue relevante en la causación del daño, luego, debió reducirse el valor de la indemnización en al menos un 50% por la existencia de una coparticipación causal (4)

Por otra parte, se considera que existen errores en el reconocimiento de los perjuicios, pues el daño moral quedó erróneamente tasado (5) y el lucro cesante no debió concederse porque a la fecha está siendo reparado, adicional a que se evidencian errores en la aplicación de la fórmula para su reconocimiento (6).

Finalmente, se considera que hubo una indebida valoración del contrato de seguro, toda vez que no se valoraron las condiciones generales y particulares que lo regulan, especialmente lo relacionado con el deducible y el coaseguro pactado. (7)

1. Erróneo reconocimiento de los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado por ruptura del nexo causal al haber operado la culpa de la víctima. -

El Juzgado segundo (2) Administrativo de Oralidad de Santiago de Cali erró al considerar que los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado se encuentran acreditados. Esto debido a que, al hacer la revisión de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, no hay duda de que, adicional a que el nexo de causalidad no se encuentra debidamente probado, operó una causal exonerativa de responsabilidad siendo la culpa exclusiva de la víctima.

Si bien es cierto que en el expediente encontramos un Informe Policial de Accidentes de Tránsito en donde se consignó la existencia de un hueco en la vía, y se señaló como hipótesis del accidente la existencia de este; no por ello podemos concluir que se encuentra acreditado el nexo de causalidad.

Al respecto sea lo primero tener en cuenta que, esta es apenas una hipótesis del accidente, lo que quiere decir que se trata de una suposición que, en todo caso, está sujeta a verificación.¹ En segundo lugar, es importante precisar que en el proceso no se allegó ninguna prueba que permita establecer que la existencia del hueco fue la causa directa del accidente de tránsito, ello sumado a que el despacho omitió valorar otros elementos probatorios que descartan por completo la tesis del demandante.

¹ De acuerdo con la Real Academia Española, el concepto “Hipótesis” se define como “Suposición de algo posible o imposible para sacar de ello una consecuencia.” Y establece como sinónimos los siguientes: “Suposición, conjetura, posibilidad, presunción, especulación, supuesto, presupuesto, probabilidad, teoría, sospecha.” Tomado de: <https://dle.rae.es/hip%C3%B3tesis>

En ese sentido, algunas de las pruebas que se omitió tener en cuenta son, por ejemplo, la valoración integral del Informe Policial de Accidente de Tránsito, en donde, a pesar de que el despacho le dio mérito y total credibilidad a la hipótesis consistente a la existencia de huecos como causa del accidente, no consideró la hipótesis relacionada a la falta de atención por parte del señor VÍCTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO.

Debe resaltarse que, contrario a lo manifestado por el despacho, si bien es cierto que en el Informe se resalta la existencia de huecos, ello no constituye prueba del nexo causal. En igual sentido, debe decirse que, aunque tiene razón el despacho al considerar que tampoco es prueba del nexo de causalidad la hipótesis correspondiente a la falta de atención del conductor, si se valora en conjunto las pruebas practicadas, puede verificarse que esta hipótesis cobra mayor relevancia, siendo la única realmente atinada.

En ese sentido, el despacho omitió tener de presente la versión del agente de tránsito, quien refirió que, a pesar de no presenciar los hechos, pudo observar que en la vía donde ocurrieron los hechos existe un semáforo, así como una señal de tránsito que relaciona el límite máximo de velocidad de 30 Km/h, soportada también en el informe de seguridad vial realizado por APROVAR, los cuales son claramente indicativos que toda persona debe transitar una reducida velocidad.

De cualquier modo, se recuerda que en el código Nacional de Transito se establece:

***“ARTÍCULO 74. REDUCCIÓN DE VELOCIDAD.** Los conductores deben reducir la velocidad a treinta (30) kilómetros por hora en los siguientes casos:*

- En lugares de concentración de personas y en zonas residenciales.*
- En las zonas escolares.*
- Cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad.*
- Cuando las señales de tránsito así lo ordenen.*
- En proximidad a una intersección.”*

Luego, por lo descrito anteriormente no existe duda alguna que era obligatorio para el conductor del vehículo tipo motocicleta, transitar a una velocidad de 30 Km/h.

No obstante lo anterior, es evidente que el despacho omitió valorar este aspecto tan relevante, pues, a pesar de que reconoce que las lesiones del señor VÍCTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO fueron de gravedad, no hay ningún análisis relacionado con la posible velocidad a la que transitaba, así como con la posible violación de las normas de tránsito especialmente las señales existentes indicativas de transitar a una velocidad reducida, así como lo contemplado en el artículo 74 del Código Nacional de Tránsito.

Recuérdese que, al respecto, cuando se interrogó al agente de tránsito, este manifestó que por la ubicación final del vehículo conducido por el señor VÍCTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO, es posible que este estuviera transitando a una velocidad superior a los 30 Km/h. **(Minuto 36:20 a 37:00 audiencia del 21 de abril de 2023)**

De igual modo, al doctor Fernando Ramírez Álvarez, médico especialista que participó en la elaboración del dictamen de pérdida de capacidad laboral por parte de la ARL Sura, fue claro al indicar que las lesiones sufridas por el señor VICTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO demuestran que existió un impacto de alta energía. En este sentido indicó:

“Se que fue un impacto de alta violencia, ósea de alta energía porque el trauma, los traumas que sufrió la cabeza y el tronco fueron muy grandes. Lo que se reporta en la nota de urgencias es que la persona tuvo una fractura, como les digo, fronto-temporal, y tuvo una fractura múltiples en cara, eso se llama un lefot 3, es decir, la cara se desprende del cráneo, todas sus articulaciones se salen de su posición normal, y, adentro a nivel cerebral hubo lesiones a nivel de el encéfalo, a nivel frontal, parietal y temporal, entonces fue un trauma de muy alta energía que normalmente uno se da es cuando va un vehículo a alta velocidad y de pronto lo frena algo de sopetón, una pared, otro vehículo... lo que se describió en el reporte del accidente es que chocó contra otro vehículo u el otro vehículo, pues mejor dicho, los dos vehículos se estrellaron, la moto y ese otro vehículo.” (Minuto 1:19:37 a 1:20:50 audiencia del 21 de abril de 2023)

Sumado a lo anterior, el despacho omitió considerar que, de acuerdo con la versión del agente de tránsito, el hueco era visible a una distancia considerable dado el tamaño del mismo y las condiciones climáticas del día en que ocurrieron los hechos. Sobre este aspecto manifestó:

“No estar atento a la vía se impetra ahí como hipótesis para el conductor porque sale a menos de 20 metros de una intersección semaforizada, una intersección semaforizada con un hueco a mas o menos, ósea en esa cantidad de metros más o menos 20 metros, un hueco muy grande que se visibiliza desde el mismo semáforo, entonces la situación de arrancar un vehículo desde el semáforo y llegar hasta el hueco, perder el control del vehículo y recorrer tratando de estabilizarlo cerca de 7 metros o algo un poquito más, me refiere, como agente de tránsito, la hipótesis de que el señor no estaba atento a la vía. Es una vía de caso 10 metros de ancho donde reta la visual de cualquier conductor es total a más de 100 - 200 metros, entonces el hueco está como muy visible y a raíz de eso, incluyo esa hipótesis [...]” (minuto 23:13 a 24:28 de la audiencia del 21 de abril de 2023).

Todo lo anteriormente referido quiere indicar que cualquier conductor prudente circulando a la velocidad permitida hubiese podido prever su existencia y tomar las medidas necesarias como reducir la velocidad para atravesar.

En igual sentido, no se tuvo en cuenta otros aspectos como por ejemplo la ubicación del hueco, que, según lo expuesto por el agente de tránsito, así como por lo graficado en el croquis, este se encontraba en el carril central; así como tampoco tuvo en cuenta la confesión realizada por la parte actora en el hecho primero al indicar: *“al tratar de esquivar un hueco que se encontraba en la vía, colisionó contra el vehículo de placas WZC202 sobre la llanta trasera derecha”*; ni se contrastó con la conducta que, de acuerdo con las normas de tránsito, debió adoptar el señor VÍCTOR HERNÁN ZAPATA.

Esto es completamente relevante comoquiera que el Código Nacional de Transito establece lo siguiente:

“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.

[...]

Deben respetar las señales, normas de tránsito y límites de velocidad.

No deben adelantar a otros vehículos por la derecha o entre vehículos que transiten por sus respectivos carriles. Siempre utilizarán el carril libre a la izquierda del vehículo a sobrepasar.

[...]

ARTÍCULO 108. SEPARACIÓN ENTRE VEHÍCULOS. La separación entre dos (2) vehículos que circulen uno tras de otro en el mismo carril de una calzada, será de acuerdo con la velocidad.

Para velocidades de hasta treinta (30) kilómetros por hora, diez (10) metros.

[...]

En todos los casos, el conductor deberá atender al estado del suelo, humedad, visibilidad, peso del vehículo y otras condiciones que puedan alterar la capacidad de frenado de éste, manteniendo una distancia prudente con el vehículo que antecede.”

Así las cosas, no existe duda que el señor VICTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO infringió la normativa ya que, por un lado, si el hueco se encontraba en el carril central y fue el causante del accidente como refiere el actor, entonces evidentemente no transitaba a una distancia no mayor a 1 metro de la acera.

En segundo lugar, si se observa el croquis y se contrasta con lo confesado por la parte demandante en el hecho primero del escrito de demanda donde se indicó: “al tratar de esquivar un hueco que se encontraba en la vía, colisionó contra el vehículo de placas WZC202 sobre la llanta trasera derecha”; no solo se corrobora que el señor VICTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO transitaba a más de 1 metro de la acera, sino que, aparentemente iba en exceso de velocidad, no guardaba la debida distancia de seguridad y eventualmente pretendía sobrepasar por el lado derecho el vehículo de placas WZC202 con el que colisionó.

Por todo lo anterior, se encuentra suficientemente motivada la razón por la que se rompe el nexo de causalidad por la culpa exclusiva de la víctima, pues, en conclusión, es evidente que el señor VICTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO podía prever y resistir lo ocurrido si hubiese adoptado una conducta diligente y perita,

atendiendo las normas de tránsito cuya finalidad es proteger y evitar accidentes como el que aquí ocurrió.

Así las cosas, solicito se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2) Administrativo de Oralidad de Santiago de Cali acogiéndose a la comprobada existencia de una causal exonerativa de responsabilidad como lo es la culpa exclusiva de la víctima.

2. Errónea consideración de la causa adecuada del daño. -

En suma a lo expuesto, se resalta que existe error del despacho al considerar que la existencia del hueco en la vía es la causa adecuada del daño, entendido como la lesión sufrida por el señor VÍCTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO.

Lo anterior es así debido a que, por una parte, no existe prueba en el proceso que el accidente se haya causado por la existencia del hueco, pues, si bien fue referido como hipótesis del accidente en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito, esta no es la causa cierta comoquiera que, como lo refirió el mismo agente y lo reconoció el despacho en la sentencia de primera instancia, este no presencié los hechos llegando solo 40 minutos después.

En el mismo sentido, se omitió tener en cuenta que la misma parte reconoce en el hecho primero de la demanda que **el accidente ocurre como consecuencia del choque con el vehículo de placas WZC202**, pues si realmente este vehículo no se hubiese encontrado en el lugar de los hechos, el señor VÍCTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO hubiese podido continuar su trayecto sin presentar lesión alguna.

Esta versión igualmente se corrobora cuando el doctor Fernando Ramírez Álvarez, médico especialista que participó en la elaboración del dictamen de pérdida de capacidad laboral por parte de la ARL Sura, manifestó que las lesiones son producto del choque que se produjo con el otro vehículo automotor, tal y como se observa en la cita realizada en el acápite anterior.

Ahora bien, al no existir prueba de que el hueco sea la causa real de las lesiones en la medida que de ninguna prueba se puede concluir que el señor VÍCTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO tomó el mismo cayendo posteriormente al suelo, no es posible afirmar que se encuentre acreditado el nexo de causalidad y en consecuencia los elementos de la responsabilidad del Estado.

En sentencia del 31 de agosto de 2022 Rad. 76001-33-33-08-2018-00177-01 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, se aclaró la importancia de encontrar acreditado el nexo de causalidad, en los siguientes términos:

“Ahora bien, corresponde a la Sala dilucidar dentro de los elementos de la responsabilidad, lo concerniente a la imputación jurídica por responsabilidad extracontractual que se le hace al Estado, de la cual, como quiera que la parte demandante la circunscribe a la falla del servicio, debe probarse la conducta reprochable en la cual eventualmente incurrió la administración, por un hueco o hundimiento en la vía y su consecuente señalización que advirtiera del peligro en la vía.”

Así las cosas, la Sala no desconoce el mal estado de la vía en que ocurrieron los hechos, pues de ello dan cuenta los testimonios que informan de la presencia de un hueco en la vía. No obstante, en esta instancia judicial no existen pruebas que determinen las condiciones y/o circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, por lo que no es posible predicar responsabilidad en cabeza de la entidad demandada, pues se carece de la comprobación del nexo causal entre el daño y su necesaria imputación al ente territorial demandado.

Se reitera en este punto que, conforme lo ha indicado el Consejo de Estado, en asuntos como el aquí debatido no es suficiente demostrar que la vía se encontraba en mal estado y/o que la administración había incurrido en alguna omisión frente a sus obligaciones, pues para endilgar responsabilidad al Estado es menester acreditar fehacientemente que existe un nexo causal entre dicha falla y el daño que se alega en la demanda."

Así las cosas, ante la falta de acreditación de uno de los elementos de la responsabilidad por inexistencia de material probatorio que demuestre que el accidente se ocasionó por la existencia del hueco, deberá revocarse el fallo de primera instancia desestimando en su totalidad las pretensiones de la demanda.

3. Falta de cobertura de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1501216001931 por existir una conducta dolosa del asegurado. -

Como argumento subsidiario al anterior, se pone de presente que, en este asunto, el despacho cometió un error al otorgar la facultad al DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI de ejercer la acción de recobro frente a las compañías aseguradoras por el valor de la indemnización. Esto debido a que, al hacer la revisión de las consideraciones del despacho, se observa con claridad que existe un riesgo inasegurable.

El artículo 1055 del Código de Comercio, a la letra indica:

"El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo."

Ahora bien, el Juzgado Segundo (2) Administrativo de Oralidad de Santiago de Cali, en sus consideraciones indicó:

" [...]

En el presente caso existe animun nocendi en la defensa. El DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI (antes MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI) es quien por mandato legal y constitucional la obligación de garantizar el principio de seguridad en el transporte (art. 2.a, ley 105), según el cual, "La seguridad de las personas constituye una prioridad del Sistema y del Sector Transporte". Ese elemento de prioridad lo reitera de nuevo el art. 2 de la ley 336. El art. 5 de la ley 1702 lo desagrega señalando que tal principio implica un conjunto de acciones y políticas que pasan por el mantenimiento de la infraestructura vial, y que están

dirigidas a prevenir, controlar y disminuir el riesgo de muerte o de lesión de las personas en sus desplazamientos ya sea en medios motorizados o no motorizados. Se trata de un enfoque multidisciplinario sobre medidas que intervienen en todos los factores que contribuyen a los accidentes de tráfico en la vía, desde el diseño de la vía y equipamiento vial, el mantenimiento de las infraestructuras viales, la regulación del tráfico, el diseño de vehículos y los elementos de protección activa y pasiva, la inspección vehicular, la formación de conductores y los reglamentos de conductores, la educación e información de los usuarios de las vías, la supervisión policial y las sanciones, la gestión institucional hasta la atención a las víctimas.

*La importancia de la seguridad vial es tal, indicó el Consejo de Estado (CE, SCCC, Concepto de 25/09/2018, exp. (interno 2397)), que ella representa un fin constitucionalmente válido, habida cuenta que, de acuerdo con el artículo 2º de la Constitución Política, las autoridades tienen el deber de proteger la vida y bienes de las personas. Buscar trasladar la responsabilidad en el usuario de la infraestructura alegando que deben transitar por determinado lugar de un carril, sin poder efectuar maniobras de adelantamiento o evitar obstáculos en la vía, haciéndolo responsable de la inacción e insustancialidad de una administración en cumplir las obligaciones legales y constitucionales, no sólo es desconocer la base normativa que la obliga sino que la omisión en el diseño y mantenimiento de la infraestructura vial de Santiago de Cali que garantice al menos niveles mínimos de seguridad a los usuarios, constituye una omisión a los deberes que incluso causan lesiones y muertes a los usuarios. Pero, además, dan lugar como en el sub lite a detrimentos patrimoniales. Por ello, dando cumplimiento al art. 38.15, ley 1952, art. 67 ley 906 y art. 268.5 constitucional, se pondrá en conocimiento de dichas entidades la situación para lo de su cargo, **en razón al posible dolo eventual por una posible previsión efectiva del resultado**, que en todo caso corresponde determinar a la autoridad judicial, con el efecto de asumir como propio el resultado al no señalar la existencia de la dificultad en la vía, si no podía ser reparada. Es lo que en principio señala la Resolución 1050 de 2004, modificado por la Resolución 4577 de 2009 -Manual de Señalización Vial: SP-26, depresión, complementada por la reglamentaria SR-30, velocidad de circulación. Resumió así la Corte (CSJ SP, 25/08/2010, exp. 32.964):*

El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable.

Líbrense las comunicaciones por Secretaría.

*Conforme al Acuerdo PSAA16-10554, art. 5, 1ª instancia i), se condena en agencias en derecho al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI y en favor de VICTOR HERNAN ZAPATA SERRANO, el 5% de los 900 SMLMV que debe pagar a título de perjuicios, **permitiéndosele recobrar dicho pago de las compañías de seguro aquí condenadas**, pues evitar un litigio dada la existencia de estados del arte normativos y jurisprudenciales es parte a la actividad de las compañías de seguro.” (subrayado y negrilla fuera de texto)*

De acuerdo con lo anterior, tal y como lo dispone el despacho, la conducta adoptada por el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI puede catalogarse como dolosa, aspecto que, conforme lo establece la ley, no es asegurable aún cuando se pacte en contrario.

Luego, al existir un riesgo inasegurable, no era viable, como posteriormente lo indica el despacho, facultar al asegurado para solicitar a las compañías aseguradoras, entre ellas a mi mandante, el reembolso de lo gastos incurridos con la finalidad de dar cumplimiento a la sentencia impuesta.

Por lo anterior, solicito se revoque el fallo de primera instancia, en el sentido de exonerar de toda responsabilidad a las compañías aseguradoras, incluyendo a ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. ya que, aun en el evento en que se encuentre responsable al DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, la póliza no tiene cobertura por la existencia de una conducta inasegurable como lo es el dolo del asegurado.

4. Subsidiaria a la anterior: reducción de la indemnización por la existencia de una coparticipación causal. -

Sin ánimo de admitir algún tipo de responsabilidad a cargo del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, se considera que el juzgado Segundo (2) Administrativo de Oralidad de Santiago de Cali cometió un error al no contemplar para la imposición de la condena, la existencia de una coparticipación causal.

En este proceso se encuentra completamente acreditado que la conducta adoptada por el señor VÍCTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO contribuyó en la causación de su propio daño, pues, tal y como se expuso con anterioridad, existió negligencia y falta de pericia en la conducción del vehículo tipo motocicleta.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 7 de abril de 2011, Radicado 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750), indicó:

“Sobre el tema de la concausa, esta Corporación ha sostenido² 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 haya 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 se configuran los elementos estructurales -daño antijurídico, factor de imputación y nexo causal-, la conducta del dañado solamente puede tener relevancia como factor de aminoración del cuántum indemnizatorio, a condición de que su comportamiento adquiera las notas características de una co-causación del daño. [...]

² Sección Tercera, Sentencia de 13 de septiembre de 1999, Expediente N° 14.859; Demandante: Edgar Gallego Salazar y otros.

De conformidad con lo anterior, en el evento en que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca estime que se encuentran acreditados los elementos constitutivos de responsabilidad en cabeza del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, se solicita ajustar el valor de la indemnización acogiéndose a la tesis de la concausalidad o coparticipación causal tratada previamente por el Consejo de Estado.

5. Errores en el reconocimiento del daño moral. -

Según lo expuesto en la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2023, el daño moral se reconoció a los siguientes demandantes por las siguientes sumas:

- A favor de VICTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO, ESPERANZA SERRANO DE ZAPATA y VICTOR HERNÁN ZAPATA TORRES la suma equivalente a 100 SMLMV
- A favor de FARIDE ZAPATA SERRANO, MARTHA CECILIA SERRANO SANABRIA, LUZ NELLY SERRANO SANABRIA, GLADYS SERRANO SANABRIA, CRISTINA SERRANO SANABRIA, STELLA SERRANO SANABRIA, RICARDO SERRANO SANABRIA y MARIA FRANCELA SERRANO SANABRIA la suma equivalente a 50 SMLMV

Así mismo, argumentó el despacho que la misma se ajustó a las tablas dispuestas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del año 2014, y que corresponde a lo siguiente:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	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

No obstante, y sin perjuicio de lo expuesto en el anterior reparo, el despacho cometió un error al reconocer la suma de 50 SMLMV para cada uno de los señores MARTHA CECILIA SERRANO SANABRIA, LUZ NELLY SERRANO SANABRIA, GLADYS SERRANO SANABRIA, CRISTINA SERRANO SANABRIA, STELLA SERRANO SANABRIA, RICARDO SERRANO SANABRIA y MARIA FRANCELA SERRANO SANABRIA toda vez que **no son hermanos** del señor VICTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO, sino **tíos**.

Así las cosas, si nos remitimos igualmente a la tabla utilizada por el despacho para establecer el valor de los perjuicios morales, la suma máxima a reconocerse es la de 35 SMLMV, ya que todos ellos se encuentran en el tercer grado de consanguinidad con la víctima directa.

6. Errores en el reconocimiento del lucro cesante consolidado y futuro, adicional a la errónea aplicación de la fórmula para su tasación. -

En la determinación del lucro cesante, el despacho manifestó en la parte resolutive, lo siguiente:

“INDEMNIZAR a VICTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO (victima directa) por los daños materiales en la modalidad de lucro cesante, vencido y consolidado y futuro o anticipado, para lo cual se tomará como base, la totalidad del salario que devengada para la época de los hechos, como mensajero en el año 2018, teniendo en cuenta que invalidez dictaminada del 95.69% y se le sumará el 25% correspondiente a las prestaciones sociales; suma que debe actualizarse conforme a la formula establecida para el evento por el Consejo de Estado. Liquidación a la que se deberá deducir el valor de la mesada que recibió el señor VICTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO, como beneficiario del 100% de la pensión por invalidez reconocida. Esta condena se hace en abstracto con fundamento en el art. 193 de la ley 1437. En este sentido, se resalta que en lo que respecta al lucro cesante consolidado, el presente Despacho al desconocer desde qué fecha y en qué porcentajes empezó a recibir la pensión por invalidez el señor VICTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO, se reconocerá en abstracto, como se mencionó; Igual acontece con el lucro cesante futuro, para lo cual deberá realizarse una predicción pensional/salarial de las sumas aquí referidas, hasta la hasta la vida probable del lesionado dentro del incidente de regulación de perjuicios a presentarse de conformidad con el art. 193 de la ley 1437.”

Al respecto, vale la pena advertir que existe un error del despacho al conceder dicho perjuicio en la medida que existe material probatorio suficiente para concluir que este perjuicio no se ha causado.

De acuerdo con la parte considerativa de la sentencia, se encuentra acreditado que el señor VÍCTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO devengaba mensualmente un salario mínimo, pues así lo manifestó la señora ESPERANZA SERRANO DE ZAPATA en su interrogatorio.

En el mismo sentido, está probado que, a raíz del accidente, se reconoció una pensión por invalidez del 100% incrementado en un 15% por asistencia de terceros; reconociéndose para el año 2023 una mesada pensional por la suma de \$1.334.000, suma que incluso superaba el valor del salario mínimo de ese año e incluso del presente, toda vez que para el 2023 se encontraba tasado en \$1.160.000 y para 2024, en la suma de \$1.300.000.

Luego, al evidenciarse que el valor de la pensión por invalidez es superior al valor del salario mínimo legal mensual vigente, no hay lugar a su reconocimiento ya que este contempla el valor total del salario que devengaba previo a la existencia del accidente.

De igual modo, es claro que no hay lugar a reconocer alguna suma remanente dado que, de acuerdo con la misiva del 23 de agosto de 2018 remitida por ARL Sura al señor VÍCTOR HERNÁN ZAPATA SERRANO (ANEXOS - NEXOS 2 - pág. 2), la mesada pensional ajustada en los términos antes dispuestos se viene reconociendo desde la fecha de estructuración, la cual coincide con la fecha de la ocurrencia del accidente.

Por lo anterior, y en línea con lo expuesto en la sentencia de primera instancia, no había lugar al reconocimiento del lucro cesante dado que es inexistente.

No obstante, si se llega a considerar lo contrario, esto es que, si existe un valor remanente que deba ser asumido por el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI por concepto de lucro cesante consolidado o futuro, y en consecuencia por las llamadas en garantía, deberá tenerse de presente que, de igual manera es erróneo el reconocimiento del 25% de prestaciones sociales toda vez que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara al indicar que este valor es únicamente procedente en casos en que haya sido solicitado en el escrito de la demanda y cuando se encuentre probada la existencia de un contrato laboral.

Sobre este asunto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, reiterada en la sentencia con radicado 76001233100020060047801 (50395) y M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, indicó:

“2.1 Presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante

*2.1.1. Por concepto de lucro cesante sólo se puede conceder **lo que se pida en la demanda**, de forma tal **que no puede hacerse ningún reconocimiento oficioso** por parte del juez de la reparación directa; así, lo que no se pida en la demanda no puede ser objeto de reconocimiento alguno.*

2.1.2. Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.)³.”

Posteriormente, en la misma sentencia se indicó:

“Ahora bien, para que se incluya el señalado 25% por concepto de prestaciones sociales, si bien es cierto, fue solicitado en la demanda, para su procedencia se debe cumplir con el segundo presupuesto, esto es, que se haya probado, pero no solo eso, en la sentencia de unificación mencionada se estableció que ese porcentaje adicional era procedente cuando el demandante acreditara que para la fecha de la detención se encontraba vinculado con un contrato de trabajo⁵.

³ Nota del original: “Para la Corte Constitucional (sentencia T-733 de 2013): “La noción de carga de la prueba ‘onus probandi’ es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que la carga de la prueba es la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla cuando no ‘el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado’, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2019, expediente 73001- 23-31-000-2009-00133-01 (44.572).

⁵ Al respecto se indicó: “2.2.4 Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales “Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida trabajaba como empleado al tiempo de la detención, pues las pretensiones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada.

“Así, se debe acreditar la existencia de una relación laboral subordinada, de manera que no se reconoce el incremento en mención cuando el afectado directo con la medida de aseguramiento sea un trabajador independiente, por cuanto, se insiste, las prestaciones sociales constituyen una prerrogativa en favor de quienes tienen una relación laboral subordinada, al paso que los no asalariados carecen por completo de ellas”.

En consecuencia, no basta con que se haya solicitado en la demanda la inclusión del 25% por concepto de prestaciones sociales, sino que además el actor debe probar que tenía un contrato de trabajo, que lleve aparejado el reconocimiento de esos emolumentos adicionales.”

De acuerdo con lo anterior, no existía motivo alguno para reconocer el lucro cesante y aun en ese evento, el reconocer el 25% correspondiente a prestaciones sociales toda vez que, además de no haber sido solicitado por el demandante, no existe prueba, al menos sumaria, de la existencia de un contrato laboral.

7. Indebida aplicación de las normas que regulan el contrato de seguro, así como de las condiciones particulares y generales del mismo, especialmente, en lo relativo a la aplicación del deducible y del coaseguro pactados. -

En lo atinente a la responsabilidad que podría asistirle a las compañías aseguradoras, el despacho resolvió:

“3-. AUTORIZAR DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI (antes MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI), para recobrar de las compañías de seguros MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA: ALLIANZ SEGUROS S.A, ZURICH COLOMBIA DE SEGUROS (antes QBE) y AXA COLPATRIA S.A, lo pagado a título de perjuicios, en los términos y montos de los límites de amparo y cobertura, responsabilidad, deducible y sub límite del contrato de seguro. Y en los demás aspectos pertinentes consagrados en el contrato.”

Así mismo, manifestó en la parte considerativa, lo siguiente:

“No obstante, tales razones jurídicas nacidas de la propia figura jurídica y de la jurisprudencia de la Corte Suprema, el Tribunal resolvió otra cosa. Y conforme establece la ley, era mi obligación acatar lo decidido. Consecuente con ello, se tendrán a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, ALLIANZ SEGUROS S.A, AXA COLPATRIA SEGUROS S.A y ZURICH COLOMBIA DE SEGUROS (antes QBE), como solidariamente responsables, para lo cual se autoriza al DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI (antes MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI) a recobrar las mentadas compañías de seguro, los 900 SMLMV que debe pagar a título de perjuicios, así como el lucro cesante consolidado y el lucro cesante futuro al que en abstracto se condenó, en los términos y montos de los límites de amparo y cobertura, responsabilidad, deducible y sub límite del contrato de seguro. Y en los demás aspectos pertinentes consagrados en el contrato.”

Al respecto, vale la pena indicar que el despacho comete un error al considerar que la responsabilidad entre MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, ALLIANZ SEGUROS S.A, AXA COLPATRIA SEGUROS S.A y ZURICH COLOMBIA DE SEGUROS es solidaria. Esto por cuanto es totalmente claro tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de las altas cortes, que entre las compañías aseguradoras no hay solidaridad ya que cada una asume única y exclusivamente el porcentaje de riesgo pactado.

Sobre la inexistencia de solidaridad entre las compañías aseguradoras, la Sección Tercera del Consejo⁶ de estado ha expuesto lo siguiente:

“G.- Aunque las Resoluciones 3534 y 3535 de 2012 respetaron el debido proceso, desconocieron las normas sobre coaseguros

[...]

12.- En relación con las normas de coaseguros, el recurrente indicó que no surge **responsabilidad solidaria**. Para ello, citó los artículos 1092 y 1095 del Código de Comercio, que establecen lo siguiente:

<<ARTÍCULO 1092. 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.>>

<<ARTÍCULO 1095. 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.>>

La jurisprudencia ha reconocido que en casos de coaseguro se responde en proporción a la cuantía que se asumi (sic), sobre todo en el caso en que ello se pacte expresament. (sic) De hecho, ha indicado que en casos de coaseguro <<el riesgo, entonces, es dividido en el número de coaseguradores que participan del contrato, en las proporciones que entre ellos dispongan, sin que se predique solidaridad entre ello>>.

[...]

El aparte subrayado adolece de nulidad porque, como se explicó previamente, la obligación causada no es solidaria. De acuerdo con el artículo 1568 del Código Civil: <<cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, **es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda**, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.>>.

Así entonces, es claro que Colpatria respondía en un sesenta y cinco por ciento (65%) y Mapfre en un treinta y cinco por ciento (35%) de los siniestros que se configuraran en desarrollo del contrato. Lo anterior sin tener en cuenta si el incumplimiento fue parcial o total, porque ello desconocería justamente que la obligación no era solidaria. En ese caso, Colpatria y Mapfre responderán por el porcentaje acordado del siniestro, porque así se pactó la cuota de la obligación. En ese sentido, no procede imponer a una sola aseguradora el pago de la totalidad del valor del siniestro, sin tener en cuenta el porcentaje establecido en la póliza.”

Así las cosas, incurre en error el *a quo* al disponer que la responsabilidad entre las diferentes compañías coaseguradoras es solidaria, y que, en esos términos se faculta

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 9 de julio de 2021. Radicado No. 08001-23-33-000-2013-00227-01 (54460). M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

al DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI para realizar el recobro del valor de la indemnización que le corresponde.

Dicho esto, de mantenerse la decisión adoptada por el Juzgado Segundo (2) Administrativo de Oralidad de Santiago de Cali, el valor de la indemnización deberá repartirse según el porcentaje del coaseguro, que, de acuerdo con lo pactado, ALLIANZ SEGUROS S.A. tiene el 23% del riesgo amparado, AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. el 21%, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. el 34%, y mi representada ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. el 22%.

Por otra parte, es importante manifestar que, aunque el despacho omite realizar pronunciamiento alguno respecto del valor del deducible, no puede dejarse de lado que previo a realizar la afectación del contrato de seguro, deberá hacerse efectivo el valor del deducible, entendido como un porcentaje de riesgo que asume el asegurado.

Al revisar las condiciones particulares de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1501216001931, se evidencia que el amparo de Predios, labores y operaciones tiene pactado un deducible del 15% o mínimo 40 SMLMV para la fecha de la sentencia, el valor que sea mayor sobre el valor de la indemnización.

Luego, de llegarse confirmar el fallo de primera instancia de forma total o parcial, deberá, en primer lugar, dar aplicación al deducible pactado, y, posteriormente, dar aplicación al valor del coaseguro, lo que quiere decir que ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. responderá solo por el 22% del valor de la indemnización.

III. SOLICITUD. -

Con fundamento de lo expuesto, se solicita revocar el fallo proferido por el Juzgado Segundo (2) Administrativo de Oralidad de Santiago de Cali el 11 de diciembre de 2023 y notificado el 15 de enero de 2024; y, en su lugar, acogerse a las excepciones propuestas por el demandado y llamadas en garantía.

Atentamente,


MARIA ALEJANDRA HENAO SIERRA
C.C. No. 1.032.477.552 de Bogotá D.C.
T.P. No. 338.677 del C.S.J.
litigios@medinaabogados.co