

Doctor

OSCAR EDUARDO GARCIA GALLEGO

Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Cali
Ciudad

PROCESO No.	76001333301420160020200
DEMANDANTE	ACENETH DUQUE ZÚÑIGA Y OTROS
DEMANDADO	DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI Y METROCALI S.A.
ACCIÓN	REPARACIÓN DIRECTA
ASUNTO	RECURSO DE APELACIÓN

MARIO ANDRÉS DUQUE ZÚÑIGA, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi forma, abogado en ejercicio con tarjeta profesional No. 86.676. del C.S.J., presento **RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia No. 110 notificada por correo electrónico el 16 de junio de 2025 en los siguientes términos.

I. SOBRE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI (en adelante el Distrito).

Indica la sentencia que prospera la falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito, al exponer lo siguiente:

“Al respecto, para esta Sede Judicial la excepción formulada tiene vocación de prosperar, en la medida en que, de acuerdo con el Convenio Interadministrativo de utilización de vías y Operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cali, suscrito entre la entonces Secretaria de Tránsito y Transporte de Santiago de Cali y Metro Cali S.A. el 11 de febrero de 2003¹, se le concedió a esta última entidad la autorización general de operación del servicio público de transporte masivo de conformidad con el artículo 8 del Decreto 3109 de 1997.

Por su parte, el Contrato No. MC-OP-01-12 del 3 de julio de 2012, suscrito con el Consorcio C&G COMSA², tuvo como objeto la “CONSTRUCCIÓN DE LA TERMINAL INTERMEDIA JULIO RINCÓN Y OBRAS COMPLEMENTARIAS DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO DE PASAJEROS DE SANTIAGO DE CALI”, localizada sobre la Calle 70 entre las Carreras 28D y 29, en el que se determino como riesgos del contratante, desde la fecha de inicio de las obras hasta la fecha de emisión de certificados de defectos, entre otros “(a) *Los riesgos personales, de muerte o perdida o daños a la propiedad (sin incluir las Obras, Planta, Materiales y Equipos) como consecuencia de: (i) uso u ocupación de Sitio de las Obras por las Obras, o con el objeto de realizar Obras, como resultado de las Obas, o (ii) negligencia, violación de los deberes establecidos por la ley, o la interferencia con los derechos legales por parte del Contratante o cualquiera persona empleada por él o contrata por él, excepto el Contratista (...)*”.

El convenio Interadministrativo para **Intervención**, Ocupación y utilización de Vías y Espacio Público de Santiago de Cali, suscrito entre el alcalde de la entidad territorial, el Director del Departamento Administrativo de Planeación Municipal, el Secretario de Infraestructura

¹Tomado del aplicativo SECOP, I, numero de proceso 15-4-3281149

²Tomado de “https://www.cli.gov.co/aplicaciones/boletín_publico/detalle_boletín.php?id=550&num=122”

y Valoración y la Presidente de Metro Cali S.A. el 10 de julio de 2013, estableció en la cláusula octava el compromiso de Metro Cali S.A. de “...**coordinar con la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal (STTM) de Santiago de Cali y/o con las autoridades competentes según corresponda, de tal manera que se ejerza el control permanente durante la ejecución de las obras, y se obligue al contratista de obra de realizar un estricto cumplimiento del Plan de Manejo de Tránsito (PMT) que se haya aprobado para las obras que contrate MC**”.

Adicionalmente, al encontrarse probado que para el 18 de junio de 2015, la entidad Metro Cali S.A. realizaba la construcción de una obra por la que se produjo una intervención vial, esa entidad era la encargada de establecer la responsabilidad de la instalación de señales en las obras que se realicen en la vía o en zonas adyacentes a ella, de conformidad con el Manual de Señalización Vial del Ministerio de Transporte vigente desde el año 2004.

(...).

Al constatarse que la demanda se fundamenta en una presunta falla del servicio por la indebida señalización de una vía objeto de intervención, resulta acertado determinar que la entidad legitimada materialmente por pasiva dentro de este proceso es la sociedad Metro Cali S.A., por lo que se declarara fundada la excepción formulada por el Distrito Especial de Santiago de Cali y se le desvinculara de la relación jurídico procesal.

Para esta parte, no es de recibo el argumento con el que se declara fundada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito, basándose en el argumento de que la ejecución de la obra estaba a cargo de METRO CALI S.A. Esta interpretación desconoce dos fundamentos jurídicos esenciales:

i) **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CUANDO SE BENEFICIA DE UNA OBRA PÚBLICA CONTRATADA EN VIRTUD DEL PRINCIPIO “UBI EMOLUMENTUM IBI ONOS ESE DEBET”.**

El Consejo de Estado, entre muchas otras, en sentencia del 24 de abril de 2024, proceso No. 66 001 23 31 000 2009 0 0194 01 (55081), demandante Nydia Jineth Pinzón Sánchez y otros, demandado Nación Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otros, C.P. Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas, analizó el tema de la responsabilidad extracontractual cuando el Estado contrata **a otra entidad pública** para ejecutar una obra, al respecto indicó:

“La Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que en aquellos casos en los que **la administración contrata a otra persona (pública o privada)**, para que lleve a cabo la ejecución de una obra pública, y aquel contratista, por acción u omisión, causa un daño a un tercero, se compromete la responsabilidad del Estado³, porque: i) la dueña o titular de la obra es la administración pública; ii) la realización de la obra obedece a razones de servicio público y/o de interés general; y/o iii) una entidad pública es quien se beneficia de la realización de la obra, por lo que, en aplicación del principio **“ubi emolumentum ibi onos ese debet”** que establece que donde esta la utilidad debe estar la carga, es aquella quien debe responder por los daños causados por la ejecución de dicha labor⁴.

En consecuencia, al habilitar la posibilidad de que los afectados exijan al Estado la reparación de los perjuicios que les fueron causados por su

³ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2007. Radicación No. 08001 23 31 000 1991 0 6256 01 (21322)

⁴ Ibidem.

contratista en desarrollo de una obra pública, la jurisprudencia ha creado una ficción en la que entiende que es la administración quien ejecuta la obra y, por lo tanto, **no puede oponer a los terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista**⁵, pero si puede obtener el reembolso, por parte de aquel, de la indemnización pagada⁶. (Negrilla y subrayas fuera de texto).

Como se observa, si la administración contrata la ejecución de una obra⁷ es como si la hubiere ejecutado directamente, sin tener relevancia si el contratista es una entidad de derecho público o privado, en aplicación del principio **“ubi emolumentum ibi onus esse debet”**, que dice que cuando el ente que se beneficia del servicio -en este caso **el Distrito como titular de la infraestructura pública y receptor del beneficio-debe responder por los daños causados por la ejecución de dicha obra.**

Tampoco puede el Distrito escudarse en pactos de indemnidad frente a terceros como lo dice la sentencia **“no puede oponer a los terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista”**.

En iguales circunstancias, pero en sede de tutela, se ordeno volver a dictar sentencia por desconocer el Tribunal accionado que cuando la administración contrata la ejecución de una obra es como si la hiciera directamente, como se ve en la sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera del 12 de agosto de 2019, proceso No. 11 001 03 15 000 2018 0 4086 01, accionante Dalila Mercedes Rosales Ortega y otros, accionado Tribunal Contencioso de Nariño, C.P. Martha Nubia Velásquez Rico, donde se indicó:

“Al respecto, Esta Sección del Consejo de Estado -en abundante jurisprudencia, incluida aquella citada en el fallo de tutela de la Sección Cuarta., ha establecido:

“En este punto resulta importante precisar que la jurisprudencia de la Sala ha reiterado la posibilidad de imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas en el entendido de que la actividad realizada por estos, **en la ejecución de un convenio celebrado con una entidad pública,** debe ser analizada como si aquella hubiere sido desplegada directamente por la administración a efectos de establecer si debe deducirse responsabilidad extracontractual al Estado⁸.⁹”. (Negrilla y subrayas fuera de texto).

ii) **EL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DEL 10 DE JULIO DE 2013.**

⁵ Ver, entre otros: (i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 14 de octubre de 2021. Radicación No. 760012331 000 2009 0 0703 02 (53448); (ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 2007, expediente No. 19420; (iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 11 de mayo de 2017. Radicación No. 25000 23 26 000 2003 01208 01 (39901) y (iv) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2015. Radicación No. 44 001 23 31 000 2001 0 0706 01 (25640)

⁶ Ibidem

⁷ Se subraya lo indicado en el artículo 311 de la Constitución Política, la cual establece que les corresponde a los municipios **“construir obras”**. A su vez la ley 136 de 1994 en su artículo 3º determino que es competencia de los municipios **“construir obras que demande el Progreso municipal”**. En ese orden, el acuerdo 01 de 1996 del Consejo de Cali, indico en su artículo 425 que **es función de la Secretaria de Mantenimiento y Construcción de Vías Rurales “...el adecuado mantenimiento de la malla vial urbana y rural...” del Distrito Especial de Santiago de Cali.**

⁸ Original de la cita: “Sentencia de 7 de junio de 2007, exp 16.089”.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. sentencia del 7 de abril de 2011, radicación: 520012331000199800249-01 (19.256), C.P. Mauricio Fajardo Gomez.

En el convenio interadministrativo del 10 de julio de 2013 para la “***Intervención, Ocupación y utilización de Vías y Espacio Público de Santiago de Cali***”, se puso de presente la obligación de Metro Cali S.A., con el Distrito – Secretaria de Tránsito y Transporte Municipal de ejercer el control permanente de la obra como se expuso en la cláusula octava el compromiso de Metro Cali S.A. de “...***coordinar con la Secretaria de Tránsito y Transporte Municipal (STTM) de Santiago de Cali y/o con las autoridades competentes según corresponda, de tal manera que se ejerza el control permanente durante la ejecución de las obras***...”, quedando clara la obligación de Distrito.

En síntesis, en el mismo convenio quedo plasmado el “*control permanente durante la ejecución de las obras*” por parte del Distrito con Metro Cali S.A. Luego entonces, como el Distrito tenía la obligación de controlar la ejecución de la obra, no se puede decretar la falta de legitimación en la causa por pasiva, siendo este un motivo adicional a lo indicado por el H. Consejo de Estado al estudiar la responsabilidad por ser el dueño de la obra.

Por lo tanto, se solicita al H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca revoque la sentencia en este aspecto y se condene solidariamente al Distrito.

II. EL PERJUICIO A LA SALUD.

Con relación al perjuicio a la salud, la sentencia indicó que reconocía 5 SMLMV para Aceneth Duque Zúñiga y Kenedy Gamboa Pabón:

“En relación a la demandante Aceneth Duque Zúñiga, refirió que esta padece un trastorno obsesivo compulsivo, por lo ocurrido con su hija, situación que a la fecha de análisis sigue latente, y le esta generando un deterioro físico. Por su parte, en relación con el señor Kenedy Gamboa Pabón – padre de la víctima, padece un trastorno pasivo agresivo, con igual deterioro físico a nivel emocional. Señalando al final de la experticia que ambos demandantes requieren Terapia Cognitiva Conductual.

Ante el daño actual que padecen los demandantes a nivel emocional permite a esta Sede Judicial reconocer un equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos, pues se acreditó el impacto negativo causado con ocasión al fallecimiento de su hija y la forma en que su relación con el entorno vario con los acontecimientos”.

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2014, proceso No. 230012331 000 2001 0 0278 01 (28804), demandante Amparo de Jesús Ramírez Suarez, demandado Hospital San Vicente de Paul de Lorica y otro, C.P. Dra. Stella Conto Diaz del Castillo, indicó:

“En igual sentido, se entenderá aquí que, en tanto que el concepto de salud no se limita a la ausencia de enfermedad, cabe comprender dentro de éste la alteración del bienestar psicofísico debido a condiciones que, en estricto sentido, no representan una situación morbosa, como por ejemplo, la causación injustificada de dolor físico o psíquico (estados de duelo). Y es que, en efecto, el dolor físico o psíquico bien pueden constituirse, en un momento dado, en la respuesta fisiológica o psicológica normal a un evento o circunstancia que no tenía por qué padecerse. En conclusión se puede decir que se avanza a una noción más amplia del daño a la salud, que se pasa a definir en términos de **alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar**, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su

configuración a **la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma**".

Conforme a la sentencia anterior el perjuicio a la salud es una alteración psicológica o física que no tiene el demandante el debe de soportar y por ende, se debe indemnizar, sin importar su gravedad o duración y "*sin que sea posible limitar su configuración a **la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma***", por tanto, no se limita a un certificado donde se determine la magnitud de este.

En sub – lite se aportó dictamen psicológico el cual indicó con relación a la Sra. Aceneth Duque Zúñiga madre de la fallecida lo siguiente:

"R/ A partir de la Entrevista Clínica Dirigida y de los resultados arrojados e interpretados en los diferentes Test, como por cada escala de las Pruebas Psicológicas (M.M.P.I), y el Análisis de la Figura Humana, de KAREN MACHOVER, se pudo dictaminar desde el punto de vista Psicológico, que la señora ACENETH DUQUE ZUÑIGA, EN CALIDAD DE PROGENITORA DE LA FALLECIDA; PRESENTA DESEQUILIBRIOS COGNITIVOS Y VOLITIVOS QUE HAN FRACCIONADO LA INTEGRACION DE LA PERSONALIDAD Y DETERMINÁNDOSE DESDE EL PUNTO DE VISTA PSICOLÓGICO, QUE LA SEÑORA ACENETH DUQUE ZUÑIGA, PRESENTA: TRASTORNO MÚLTIPLE DE PERSONALIDAD OBSESIVO-COMPULSIVO – DEPENDIENTE – EVITACIÓN – TRASTORNO POR ESTRÉS AGUDO Y TRASTORNO POR ESTRÉS PSICOSOCIAL POSTRAUMÁTICO. DE CONFORMIDAD A LOS CRITERIOS DEL DSM - 5 Y DEL MANUAL THE DIAGNOSTIC AND STATISCAL OF MENTAL DISORDERS, COMO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. ADEMÁS, DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN Y A LA SALUD.

En el caso del Sr. Kenedy Gamboa Pabón, se indicó:

"(...) el señor KENEDY GAMBOA PABÓN, EN CALIDAD DE PROGENITOR DE LA FALLECIDA; PRESENTA TRASTORNO DE PERSONALIDAD PASIVO-AGRESIVO - DEPENDIENTE – OBSESIVO COMPULSIVO - TRASTORNO DE ANSIEDAD GENERALIZADA Y TRASTORNO POR ESTRÉS PSICOSOCIAL POSTRAUMÁTICO DE ACUERDO A LOS CRITERIOS DEL DSM – 5 Y DEL MANUAL THE DIAGNOSTIC AND STATISCAL OF MENTAL DISORDERS, COMO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD".

Se divisa que la Sra. Aceneth Duque Zúñiga presenta las siguientes secuelas:

- 1) "TRASTORNO MÚLTIPLE DE PERSONALIDAD OBSESIVO-COMPULSIVO – DEPENDIENTE – EVITACIÓN.
- 2) "TRASTORNO POR ESTRÉS AGUDO Y TRASTORNO POR ESTRÉS PSICOSOCIAL POSTRAUMÁTICO".

A su vez el Sr. Kenedy Gamboa Pabón presenta las siguientes secuelas:

- 1) "TRASTORNO DE PERSONALIDAD PASIVO-AGRESIVO - DEPENDIENTE – OBSESIVO COMPULSIVO.
- 2) TRASTORNO DE ANSIEDAD GENERALIZADA Y TRASTORNO POR ESTRÉS PSICOSOCIAL POSTRAUMÁTICO".

Estas secuelas constituyen una afectaron grave y permanente, que alteran sustancialmente la integridad psíquica de los padres, por lo que se debe modificar la sentencia y fijar la indemnización por daño a la salud en 100 SMLMV o

subsidiariamente 50 SMLMV para cada uno de ellos conforme a los precedentes jurisprudenciales y a la naturaleza del daño.

PETICIÓN

En mérito de lo expuesto, se solicita al H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca:

1. Revocar parcialmente la sentencia en cuanto declaro la falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito de Cali y declarar su responsabilidad solidaria junto con Metro Cali S.A, pues al tenor de la abundante jurisprudencia del Consejo de Estado quien se beneficia de la obra que es el Distrito de Cali tiene responsabilidad en virtud del principio **“ubi emolumentum ibi onos ese debet,** y por el hecho de que contractualmente se estableció la obligación del Distrito de coordinar la ejecución de la obra.
2. Modificar la condena por daño a la salud, y fijarla en la suma de 100 SMLMV o 50 SMLMV para cada uno de los señores Aceneth Duque Zúñiga y Kenedy Gamboa Pabón.

Atentamente,



MARIO ANDRÉS DUQUE ZÚÑIGA

C.C. No. 94.413.612 de Cali

T.P. No. 86.676 del C.S.J.