

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
CALI VALLE**

SENTENCIA 1ª instancia No. 071

Santiago de Cali, veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Proceso No. 76001-33-33-015-2016 – 00210-00

Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA

Actores: JOHN EDWARD SAMBONI FRANCO Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y METROCALI.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Por medio de la presente providencia, se ocupa el Juzgado de decidir de fondo el asunto de la referencia, en el que se pretende se declare administrativa y extracontractualmente responsables al Municipio de Santiago de Cali y a Metro Cali S. A. por los perjuicios ocasionados a Jhon Edward Samboní Franco, quien obra en nombre propio y en representación del menor Jossue Samboní Zuñiga; a María Eugenia Samboní Franco quien obra en nombre propio y en representación del menor Daniel Fernando Valderrama Samboní; a Elcira Franco García y a Fabriciano Samboní Imbachí.

Como fundamentos fácticos, adujo la parte actora que el día 18 de junio de 2015, aproximadamente a las 0:45 horas, el señor Jhon Edward Samboní Franco, se transportaba en compañía de la señorita Brigith Vanessa Gamboa (QEPD), en la motocicleta de placas GZR92C. A la altura de la calle 70 con carrera 28D de Cali, donde se encuentra la estación Mio Calipso – Julio Rincón, perdió la estabilidad debido a un prominente hueco que no contaba con señalización alguna y presentaba fallas de visibilidad por tener una bombilla apagada, produciéndose el fallecimiento de la señorita Brigith Vanessa Gamboa, lesiones personales en la humanidad del señor Jhon Edward Samboní Franco y daños materiales.

Una vez ocurrido el accidente, el señor Jhon Edward Samboní Franco, fue trasladado a la Clínica Colombia en ambulancia, donde le prestaron la atención

médica inicial y le fue diagnosticado politraumatismo, TCE severo, fractura de cara, fractura malar izquierda, fractura de piso de órbita izquierda, trauma cerrado de tórax, fractura clavicular izquierda, TX de cuello, herida en cara, fractura dedo meñique mano derecha.

Al lugar de los hechos se presentó el agente de tránsito Jhon Fredy Guevara, identificado con la placa No. 263, quien elaboró el informe Policial de Accidentes de Tránsito No. 036949 del 18 de junio de 2015, anotando como hipótesis el código 157.

Hasta la fecha el señor Jhon Edward Samboní Franco no se ha podido recuperar por completo de las lesiones que padeció él y su grupo familiar se vieron muy afectados con lo ocurrido.

DERROTERO PROCESAL

Admitida la demanda se surtió el traslado con las entidades demandadas. El Municipio de Santiago de Cali la contestó oportunamente, en escrito visible a folios 183 a 200, señalando que de ninguna de las pruebas aportadas se desprende la existencia de una falla del servicio.

Aclaró que en el lugar donde ocurrieron los hechos no había un hueco, como se señala en la demanda, se trata de una vía que estaba sin terminar, no estaba habilitada para ser transitada, que contaba con cerramiento, señalización e iluminación suficiente y que, dada la magnitud de la obra, era de conocimiento de la ciudadanía y absolutamente notoria a la vista.

Propuso como excepciones las denominadas hecho exclusivo de la víctima, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de nexo causal, hecho exclusivo de un tercero y cobro de lo no debido.

En escrito visible a folio 230 llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

Por su parte, Metro Cali S.A., en escrito visible a folios 260 a 271, señaló que en el lugar de los hechos se estaban realizando obras que contaban con señalización iluminación y que dicha zona no estaba habilitada para la circulación de vehículos de ninguna clase.

Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de responsabilidad, inexistencia del daño antijurídico por cuanto el nexo de causalidad material no se deriva del título jurídico de imputación, culpa exclusiva de la víctima y la genérica.

En escrito visible a folios 315 a 317, llamó en garantía a la compañía Mundial de Seguros S.A.

Mediante auto interlocutorio No. 180 del 3 de abril de 2017 (folios 319 a 320), se admitieron los llamamientos formulados y se les corrió el traslado respectivo.

En escrito visible a folios 346 al 354, La Compañía Mundial de Seguros S.A., señaló respecto de la demanda que se opone a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto no se estructuró la responsabilidad que pretende endilgársele a las entidades demandadas

Frente a los perjuicios extrapatrimoniales reclamados, manifestó que las cuantías solicitadas por perjuicios morales exceden los montos fijados por el Consejo de Estado y que el único que puede reclamar indemnizaciones por daño a la salud es el señor Jhon Edward Samboní Franco. Respecto de los perjuicios materiales señaló que no fueron probados.

Propuso como excepciones las que denominó falta de estructuración de la responsabilidad, carencia de la prueba del supuesto perjuicio, genérica y otras.

En cuanto al llamamiento en garantía, manifestó que cuando ocurrió el accidente de tránsito ya no se estaba realizando ninguna obra en el sector y por ende, no nació la obligación indemnizatoria.

Propuso como excepciones respecto del llamamiento en garantía las de inexistencia de cobertura, riesgo expresamente excluido de amparo, límites máximos de responsabilidad y condiciones del seguro, genérica y otras.

Por su parte, Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., en escrito visible a folios 394 a 398, señaló respecto de la demanda que se opone a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto no se estructuró la responsabilidad que pretende endilgársele a las entidades demandadas

Frente a los perjuicios extrapatrimoniales reclamados, manifestó que las cuantías solicitadas por perjuicios morales exceden los montos fijados por el Consejo de

Estado y que el único que puede reclamar indemnizaciones por daño a la salud es el señor Jhon Edward Samboní Franco. Respecto de los perjuicios materiales señaló que no fueron probados.

Propuso como excepciones las que denominó falta de estructuración de la responsabilidad, carencia de la prueba del supuesto perjuicio, genérica y otras.

En cuanto al llamamiento en garantía manifestó que el contrato de seguros fue expedido por Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., que es una persona distinta a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., por lo que la convocatoria formulada no surte efecto.

Propuso como excepción la denominada falta de legitimación en la causa por pasiva. En la audiencia inicial fue declarada no probada dicha excepción (folio 440). Tal decisión fue recurrida y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decidió revocarla (folios 600 a 601).

Rituadas las audiencias y trámite correspondiente, se cerró el debate probatorio y se les dio la oportunidad a las partes e intervinientes para presentar sus alegatos de cierre, lo cual hicieron oportunamente las demandadas y la llamada en garantía, mientras que la parte demandante guardó silencio.

La Compañía Mundial de Seguros S. A., en escrito visible a folios 547 a 569, reiteró los argumentos expuestos en la contestación, aclarando que se encuentran probados con las recaudadas. Advirtió que debe restársele valor probatorio al testimonio del agente de tránsito, como quiera que no recordaba lo ocurrido y su relato es sumamente impreciso.

A su vez, el Municipio de Santiago de Cali, en escrito visible a folios 558 a 559, concluyó que analizados los testimonios y el interrogatorio de parte del demandante, no tienen vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda.

Por su parte, Metro Cali S.A., en escrito visible a folios 570 a 586, se ratificó en lo manifestado en la contestación de la demanda y citó apartes de las pruebas recaudadas que sustentan sus argumentos.

Se procede ahora a emitir la decisión de fondo que se considere acertada en derecho, dejando sentadas previamente las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

La reparación directa como medio de control como lo denomina la ley hoy en día, tiene su venero en los artículos 2º (inciso segundo) y 90 de la Constitución Política (inciso primero). El primero de ellos estatuye que:

“las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

El segundo canon constitucional citado impone al Estado la obligación de indemnizar todo daño originado en la actividad administrativa cuyos efectos los asociados no tengan el deber legal de soportar, que es lo que se ha denominado daño antijurídico.

El problema jurídico versa en esclarecer si hay lugar a atribuirle responsabilidad extracontractual a las entidades demandadas Municipio de Santiago de Cali y Metrocali S. A., por los hechos en los que resultó lesionado el señor Jhon Edward Samboní Franco, en accidente de tránsito ocurrido en esta ciudad, en la calle 70 con carrera 28D, el 18 de junio de 2015 y en consecuencia, determinar si es procedente la indemnización de los perjuicios reclamados. Así mismo, dilucidar si la Compañía Mundial de Seguros S.A. debe reembolsar los dineros por una eventual condena a Metro Cali S.A.

Para desarrollar argumentativamente el problema jurídico planteado, el Despacho analizará la prueba recaudada como premisas primigenias y posteriormente extraerá las conclusiones respectivas en forma de silogismo lógico jurídico.

Al plenario se allegaron las siguientes pruebas relevantes:

Informe de tránsito No. 036949, elaborado por los agentes No. 263 y 022 el día 18 de junio de 2015 (folios 20 a 22 y 216 a 217).

Historia clínica del señor Jhon Edward Samboní Franco (folios 23 a 49, 51 a 62, 66 a 67, 84 a 94, 110 a 115), emanada de la Clínica Colombia,.

Copia de consulta del señor Jhon Edward Samboní Franco en el Instituto para niños ciegos y sordos del Valle del Cauca (folio 50).

Certificado de incapacidades del señor Jhon Edward Samboní Franco (folios 63 a 65, 68 a 75) y de la historia clínica emanada de Cruz Blanca (folios 76 a 83, 101 a 109, 116 a 124).

Historia clínica del señor Jhon Edward Samboní Franco, emanada de la Clínica Sigma (folios 95 a 98).

Historia clínica del señor Jhon Edward Samboní Franco, emanada de la Clínica Orthohand SAS (folios 99 a 100).

Copia de facturas de medicamentos y servicios médicos al parecer suministrados a Jhon Edward Samboní (folios 125 a 131).

Copia de inventario físico, servicio de grúa y diagnóstico técnico del vehículo de placas GZR-92C (folios 132 a 135).

Copia de recibos por concepto de arreglos de motocicleta (folios 136 a 142).

Siete fotografías con las que se pretende demostrar el estado en que se encontraba la vía en el lugar donde ocurrieron los hechos (folios 143 a 149).

Recorte de prensa del diario el Q'hubo en el que se narran los hechos de la demanda (folio 150).

Copia del SPOA y del formato único de noticia criminal, en el que se consignó que se inició investigación de oficio por el homicidio culposo de la señora Brigitte Vanessa Gamboa Duque, en el que el indiciado es el señor Jhon Edwar Samboní Franco (folios 218 a 219).

Solicitud de aclaración suscrita por el líder superior del grupo técnico de investigación criminal, dirigida al agente de tránsito No. 263, por posible inconsistencia en fecha y hora de muerte de la señora Brigitte Vanessa Gamboa Duque (folio 220).

Informe técnico de la calle 70 con carrera 28D, elaborado por el Subsecretario de Infraestructura y Mantenimiento Vial (folios 221 a 223).

Copia de hipótesis de los accidentes de tránsito (folios 224 a 227).

Historial de infracciones del señor Jhon Edward Samboní Franco (folio 228).

Fotografías tomadas en el lugar de los hechos (medio magnético visible a folio 229).

Acta de terminación de obras del empalme vial y de los tramos 7T1 y 7T2 de la troncal de agua blanca, suscrita el 1 de octubre de 2014 (folios 252 a 253).

Acuerdo No. 0389 de 2015, por el cual el Concejo de Santiago de Cali desafectó unas zonas verdes, ordenó su compensación y se dictaron otras disposiciones (folios 254 a 256).

Informe de antecedentes del accidente de Jhon Edward Samboní Franco, suscrito por el Director de Infraestructura y dirigido a la Coordinadora de Defensa Judicial de Metro Cali S.A. y a Abogada Contratista de Metrocali (folios 257 a 259).

Contrato No. 5.4.7.08.09 de 2009, celebrado entre Metro Cali S.A. y el Consorcio CC, con el objeto de revisar y ajustar los estudios, diseños y construcción del corredor centro troncal de Aguablanca y obras complementarias del sistema integrado de transporte masivo de pasajeros de Santiago de Cali (folios 272 a 294).

Archivo digital informe policial del accidente de tránsito, elaborado el 18 de junio de 2015 (Medio magnético visible a folio 478)

Testimonio del señor Martín José Morales Fontana: Ingeniero Civil trabaja en Metro Cali como profesional (minutos 6:11 a 43:24 del medio magnético visible a folio 533).

Testimonio del señor Miller Antonio Rengifo Males: (minutos 46:36 a 56:32 del medio magnético visible a folio 533).

Interrogatorio de parte del señor Jhon Edward Samboní Franco: Narró cómo ocurrieron los hechos de la demanda (minutos 57:50 a 01:25:18 del medio magnético visible a folio 533).

Testimonio del señor Jhon Freddy Guevara Bautista: Agente de tránsito que elaboró el informe de accidente (minutos 5:27 a 47:27 del medio magnético visible a folio 543).

Por otro lado, como antes se dijo, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, la responsabilidad del Estado se presenta cuando se genera un daño que puede calificarse de antijurídico, o sea que el afectado, esto es, la persona natural o jurídica que lo sufra, no tenga la obligación legal de soportarlo.

El Consejo de Estado ha señalado que en los eventos en los que el daño se deriva de la falta de señalización de una obra en la vía, el régimen de responsabilidad será el subjetivo fundado en la falla del servicio. Lo anterior significa que se deben analizar las obligaciones que, en abstracto, las normas establecen para la administración y el grado de cumplimiento de la autoridad demandada.

La misma autoridad judicial, en su Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, en sentencia del 5 de mayo de 2020, Rad. 76001-23-31-000-2010-01894-01 (50036), adujo:

“En relación a la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia de la desatención, omisión o inactividad de las autoridades públicas encargadas de la conservación, mantenimiento y señalización de las vías, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio. En efecto, la Corporación ha indicado que es necesario efectuar, de un lado, el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado y, de otro, el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto. En este sentido se ha sostenido, (1) que la responsabilidad que deriva de incumplir obligaciones de control que se ejercen en las vías no es objetiva, debiéndose establecer que se produjo un incumplimiento de alguna o todas ellas (2) lo que implica encuadrar dicha responsabilidad bajo el régimen de la falla en el servicio, sin perjuicio de analizar los demás fundamentos (3) debe acreditarse que la actividad desplegada por la administración pública fue inadecuada ante el deber que legalmente le correspondía asumir (4) para lo anterior se precisa establecer el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración pública (...) Así las cosas, es claro que para derivar la responsabilidad patrimonial extracontractual

del Estado por las deficiencias u omisiones en la señalización y mantenimiento de vías públicas es indispensable demostrar además del daño, la falla en el servicio consistente en el desconocimiento de los deberes de la administración de vigilar la realización de las obras públicas, controlar el tránsito en calles y carreteras y prevenir los riesgos que con por dichas actividades se generan...”

De conformidad con lo anterior, en los eventos en que el daño se deriva de la falta de señalización o mantenimiento de las vías públicas, se debe demostrar el desconocimiento de los deberes de la autoridad demandada de vigilancia, control y prevención.

Señalización vial

La Organización de Naciones Unidas ONU, convocó en Ginebra Suiza, a una asamblea de países miembros en 1949, con el objeto de analizar una propuesta para la unificación de las señales de tránsito que permitiera a los conductores identificarlas fácilmente al viajar de un país a otro.

El grupo técnico encargado de dicho estudio presentó su informe ante la Comisión de Transportes y Comunicaciones de la ONU en 1952, estableciendo las bases para un sistema mundial de señales, el cual fue aprobado por el Consejo Económico y Social de la misma organización en 1955. Posteriormente, en noviembre de 1968 se celebró la reunión de la Convención de Tráfico Vial en Viena, Austria, en la cual se acordó que todas las señales deberían formar un sistema coherente y de fácil reconocimiento.

A continuación, fue aprobado el proyecto de convenio para adoptar el Manual Interamericano de Dispositivos para el Control del Tránsito en Calles y Carreteras, durante el XI Congreso Panamericano de Carreteras (COPACA), llevado a cabo en 1971 en Quito, Ecuador.

Mediante la Ley 62 del 30 de diciembre de 1982, Colombia aprobó el Convenio para adoptar el Manual Interamericano, cuyo instrumento de ratificación fue inscrito en la OEA el 8 de febrero de 1984.

En marzo de 1985 fue publicada la primera edición del Manual Sobre Dispositivos para el Control del Tránsito en Calles y Carreteras, por el entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte de Colombia y adoptada como reglamento oficial en materia de señalización vial mediante Resolución No. 5246 del 12 de julio de 1985, modificada y adicionada por las resoluciones Nos. 8171/1987, 1212/1988 y 11886/1989, por lo que fue necesario realizar una

segunda edición del Manual, que fue publicada en 1992 y adoptada por el entonces Instituto Nacional de Transporte y Tránsito (INTRA), al tiempo que fue adoptado como reglamento oficial mediante la Resolución No. 3968 del 30 de septiembre del mismo año y ratificado por el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), por medio de la Resolución No. 3201 del 5 de mayo de 1994.

En el año 2002, el Ministerio de Transporte, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 769 de 2002, conformó una mesa técnica de trabajo que desarrolló un documento acorde con las necesidades en materia de regulación del tránsito, destinado a fortalecer la seguridad vial en el país.

Mediante la Resolución No. 1050 del 5 de mayo de 2004, se adoptó el documento técnico, como reglamento oficial en materia de señalización denominado Manual de Señalización Vial – Dispositivos para la Regulación del Tránsito en Calles, Carreteras y Ciclorrutas de Colombia.

En el año 2008, el Ministerio de Transporte, conforme con el Plan Nacional de Seguridad Vial (Resolución No. 4101 de 2004), decidió revisar el manual con el fin de ajustarlo a las nuevas condiciones del país, implementando una mesa técnica de trabajo interinstitucional, que estudió y recomendó la aprobación de varias modificaciones introducidas al texto del Manual del año 2004, contenidas en la Resolución No. 4577 del 23 de septiembre de 2009.

El anterior recuento histórico es un resumen de los antecedentes consignados en el Manual de Señalización Vial - Dispositivos uniformes para la regulación del tránsito en calles, carreteras y ciclorrutas de Colombia 2015¹, que entró en vigencia el 17 de junio de 2015, es decir un día antes de que ocurrieran los hechos narrados en la demanda. En su capítulo 4 denominado Señalización y Medidas de Seguridad para Obras en la Vía, se señala que cuando se ejecutan obras de construcción, rehabilitación y mantenimiento se presentan condiciones especiales que pueden afectar la circulación de personas y vehículos.

Del mencionado capítulo, se extraen los apartes más relevantes para el caso en concreto:

“4.2. ZONA DE OBRAS EN LA VÍA

Una zona de obras en la vía está compuesta por las áreas o sectores mostrados en la Figura 4-1 y detallados a continuación.

¹ Consultado en la página del Ministerio de Transporte <https://www.mintransporte.gov.co/documentos/29/manuales-de-senalizacion-vial/>

4.2.1. Zona de Prevención

En esta área se debe advertir a los usuarios la situación que la vía presenta más adelante, proporcionando suficiente tiempo a los conductores para modificar su patrón de conducción (velocidad, atención, maniobras, etc) antes de entrar a la zona de transición.

4.2.2. Zona de Transición

Es el sector donde los vehículos deben abandonar el o los carriles ocupados por las obras. Esto se consigue generalmente con canalizaciones o angostamientos suaves, delimitados por conos, delineadores tubulares, canecas u otro de los dispositivos especificados en la sección 4.7.

4.2.3. Área de Seguridad

Es el espacio que separa el área de obras de los flujos vehiculares o peatonales. Su objetivo principal es proporcionar al conductor, que por error traspasa las canalizaciones de la zona de transición o la de tránsito, un sector despejado en el que recupere el control total o parcial del vehículo antes que éste ingrese al área de trabajo, aumentando también la seguridad de los obreros. Por ello no deben ubicarse en ella materiales, vehículos, excavaciones, señales u otros elementos.

4.2.4. Área de Obras

Es aquella zona cerrada al tránsito donde se realizan las actividades requeridas por las obras, en su interior operan los trabajadores, equipos y se almacenan los materiales.

4.2.5. Fin Zona de Obras

Es el sector utilizado para que el tránsito retorne a las condiciones de circulación que presentaba antes de la zona de obras.

4.2.6. Zona de Tránsito

Es la parte de la vía a través de la cual es conducido el tránsito.

4.3. SEÑALES Y DISPOSITIVOS DE SEGURIDAD

La habilitación de toda zona de obras en la vía debe contemplar los siguientes tipos de señales y elementos:

4.3.1. Señales Verticales

De acuerdo con la función que desempeñan, como ya se señaló en el Capítulo 2, las señales verticales se clasifican en:

4.3.1.1. Reglamentarias:

Tienen por finalidad notificar a los usuarios de las vías las prioridades en el uso de las mismas, así como las prohibiciones, restricciones, obligaciones y autorizaciones existentes.

4.3.1.2. Señales Preventivas o de Advertencia de Peligro:

Su propósito es advertir a los usuarios de la vía sobre el cambio de condiciones o la existencia y naturaleza de riesgos y/o situaciones imprevistas presentes en la vía o en sus zonas adyacentes.

4.3.1.3. Señales Informativas:

Tienen como propósito guiar a los usuarios de las vías a través de la zona de obras y entregarles la información necesaria para transitar por ella en forma segura.

El color de fondo de las señales de prevención de peligro e informativas que deban ser instaladas solo mientras se efectúan las obras debe ser naranja, con excepción de la señal TRABAJOS EN LA VÍA (SPO-01) que es naranja fluorescente.

4.3.2. Dispositivos de Canalización

Su propósito es delimitar las superficies disponibles para el tránsito, guiar a los conductores y peatones a través de la zona de trabajo, y aislar las áreas destinadas a la obra propiamente. También permiten definir las variaciones en el perfil transversal, garantizándose de esta forma un nivel de seguridad adecuado tanto a los usuarios de la vía como al personal a cargo de los trabajos.

4.3.3. Demarcación

Se utiliza para regular la circulación, advertir, guiar y encauzar a los usuarios que transitan por la zona de obras.

4.3.4. Sistemas de Manejo de Tránsito

Su propósito es regular el paso de vehículos y peatones en la zona de obras en aquellos puntos o tramos donde dos o más flujos deben compartir la vía.

4.3.5. Elementos para aumentar la visibilidad de trabajadores y vehículos

Se utilizan para asegurar que los trabajadores y vehículos de la obra sean distinguidos y percibidos apropiadamente por los conductores en cualquier condición.

4.4. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

4.4.1. Mensaje

Toda señal o elemento utilizado en la zona de obras debe transmitir un mensaje inequívoco al usuario del sistema vial, lo que se logra a través de símbolos y/o leyendas. Estas últimas se componen de palabras y/o números.

Dado que los símbolos se entienden más rápidamente que las leyendas, se recomienda dar prioridad al uso de ellos, los cuales deben corresponder solo a los especificados en este Manual.

Si el mensaje está compuesto por un símbolo y una leyenda, ambos deben ser concordantes.

Cuando se utilizan leyendas, estas se deben construir con las letras, números y especificaciones contenidas en el Capítulo 2 de este Manual, tratándose de señales verticales, y en el Capítulo 3 en el caso de demarcaciones. Esta Normalización optimiza la legibilidad de las señales.

4.4.2. Forma, Color y Dimensiones

La forma, color y dimensiones mínimas que caracterizan a cada señal facilitan que sean reconocidas y comprendidas por los usuarios de la vía. En las siguientes secciones de este capítulo se detallan dichas características para cada tipo de señal.

En particular, el color de fondo naranja de las señales de prevención de peligro, informativas y elementos de canalización utilizados en zonas de obras indica a los usuarios de la vía el carácter transitorio de ellos.

Los colores de las señales y elementos de canalización deben corresponder a los especificados en el Capítulo 2, Tablas 2.1-1 y 2.1-2.

4.4.3. Retrorreflexión

Las señales y dispositivos de seguridad deben ser visibles en cualquier período del día y bajo toda condición climática. Por ello, se elaboran con materiales apropiados y se someten a procedimientos que aseguren su retrorreflexión en toda su superficie expuesta al tránsito en el caso de las señales usando para ello lámina retrorreflectiva tipo IV o de características superiores excepto en los casos que se especifique otro tipo, y al menos parcialmente en el caso de los dispositivos que no cuentan con iluminación propia. Esta propiedad permite que sean más visibles en la noche al ser iluminados por las luces de los vehículos, ya que una parte significativa de la luz que reflejan retorna hacia la fuente luminosa.

En las secciones siguientes de este capítulo se especifican para cada caso los estándares mínimos de retrorreflexión que las señales y dispositivos deben cumplir permanentemente.

Hay que hacer énfasis en que la retrorreflexión de las señales y dispositivos se ve muy afectada por el polvo y cualquier suciedad que se adhiere a ellos, por lo que el mantenimiento de los niveles especificados requiere de un programa de limpieza acorde a las características climáticas y medioambientales de cada zona en particular.

4.4.4. Ubicación de Señales y Dispositivos

Dado que las obras en la vía constituyen una alteración de las condiciones normales de circulación, tanto la ubicación de dichas obras como sus características deben ser advertidas a los usuarios con una anticipación tal que les permita reaccionar y maniobrar en forma segura. Esto requiere que las señales y dispositivos estén ubicados apropiadamente respecto a la situación a que se refieren y de tal manera que sean claramente perceptibles para los usuarios de la vía.

En las secciones siguientes de este capítulo se detallan los criterios y reglas que definen la distancia de ubicación para los distintos tipos de señales y dispositivos utilizados en zonas de obras en la vía.

4.4.5. Sistema de Soporte

El sistema de soporte de las señales y elementos de canalización en zonas de obras debe asegurar que estos se mantengan en la posición correcta ante cargas de viento y que si inadvertidamente son impactados por un vehículo, no representen un peligro grave para este, para los peatones o para los trabajadores de la obra.

Cuando sea necesario lastrar las bases de esas señales y/o elementos, se recomienda el uso de sacos de arena colocados lo más abajo posible. Nunca deben utilizarse en sus bases hormigón o estructuras metálicas que no sean abatibles.

4.4.6. Retiro de Señales y Elementos de Canalización

La señalización permanente cuya presencia pueda inducir a error debido a las nuevas condiciones de operación impuestas por el

esquema de tránsito adoptado, deberá ser retirada o cubierta de tal manera que no pueda ser vista de día o de noche.

De la misma manera, las señales y dispositivos utilizados durante la realización de las obras y que no sean aplicables a las condiciones del tránsito sin ellos, deben ser retiradas o borradas según corresponda, al momento de la finalización de las obras.

(...)

4.7. CANALIZACIÓN

La canalización de una zona de trabajos en las vías cumple las funciones de guiar a los peatones y conductores de vehículos en forma segura a través del área afectada por la obra, advertir sobre el riesgo que ésta representa y proteger a los trabajadores. Se materializa a través de los elementos presentados en esta sección, los que además de cumplir con los estándares mínimos aquí especificados, deben ser de forma, dimensiones y colores uniformes a lo largo de toda la zona de trabajos.

El diseño de la canalización debe proveer una gradual y suave transición, ya sea para desplazar el tránsito de un carril hacia otra, para conducirlo a través de un desvío o para reducir el ancho de la vía.

4.7.1. Dispositivos de Canalización

Las canalizaciones se pueden materializar a través de diversos elementos:

- Conos
- Delineadores
- ◆ Delineadores Tubulares Simples
- ◆ Delineadores Tubulares Compuestos
- ◆ Delineadores de curva horizontal Simples
- ◆ Delineadores de curva horizontal Dobles
- Barricadas
- ◆ Barricadas de listones
- ◆ Barreras Plásticas (Maletines)
- Canecas
- Luces
- ◆ Faros
- ◆ Balizas de Alta Intensidad
- ◆ Reflectores
- Hitos de Vértice
- Paneles de Mensaje Variable
- Flechas Direccionales Luminosas

4.7.2. Función

Según la función que cumple, la canalización puede dividirse en dos tipos:

- Aquellas donde es necesario generar transiciones con angostamientos e incluso el cierre de una vía, y
- Tramos donde se debe delinear el trazado de la vía.

4.7.3. Color

En general, los elementos de canalización utilizan combinaciones de franjas o sectores blancos y naranjas, con las excepciones mencionadas más adelante.

4.7.4. Retrorreflexión

Los colores de las partes retrorreflectantes de los elementos de canalización deben cumplir siempre con los niveles mínimos de retrorreflexión que se especifican en la Tabla 4-6, cuyos ángulos de entrada y de observación corresponden a los definidos en la Norma NTC 4739-2011 o su actualización adoptada por el Ministerio de Transporte para lámina tipo IV.

4.7.5. Ubicación

La ubicación de los elementos canalizadores debe asegurar una transición suave y una delineación continua, de tal manera que las maniobras necesarias para transitar a través de ella se puedan realizar en forma segura. Estos elementos nunca deben estar separados por una distancia superior a 9 m...”

Conforme a lo anterior, una zona de obras en la vía está compuesta por 6 áreas que son la de prevención, la de transición, la de seguridad, la de obras, la del fin de las obras y la de tránsito. Toda zona en la que se estén realizando obras en la vía debe contar con señales verticales (que se dividen en reglamentarias, preventivas e informativas), dispositivos de canalización, demarcación y sistemas de manejo de tránsito, entre otros. Las señales de prevención de peligro, informativas y elementos de canalización utilizados en las zonas de obras deben tener un fondo naranja que le indica a los usuarios de la vía el carácter transitorio de ellas.

Respecto del número mínimo de señales que debe tener una obra en la vía pública y sus características, se ha pronunciado el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, en sentencia del 30 de agosto de 2018, Rad. 73001-23-31-000-2007-00616-01(45211), en los siguientes términos:

“En efecto, las señales preventivas tienen por objeto advertir sobre la existencia de calles y carreteras en construcción o sometidas a proceso de conservación, para prevenir riesgos tanto a usuarios como a personas que trabajan en la vía. Por lo anterior, mediante la citada resolución, se reguló “la cantidad mínima de señales temporales a utilizarse” y, mediante Resolución 5246 del 2 de julio de 1985, se acogió el manual sobre dispositivos para el control del tránsito en calles y carreteras, adicionado y modificado mediante Resoluciones 1212 del 29 de febrero de 1988, 11886 del 10 de octubre de 1989 y 8171 del 9 de septiembre de 1987, todas estas expedidas por el entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte y vigentes para la época de los hechos.

Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo primero de la Resolución 8408 de 1985, siete es el número mínimo de señales de aproximación que deben instalarse en un lugar de construcción o conservación de carreteras. Estas deben ser colocadas en un orden preestablecido: la señal de vía en construcción a 500 metros; reducción de velocidad a 50 k.p.h., en los siguientes 100 metros; la de vía en construcción, a 300 metros; la de prohibido adelantar, en los 80 metros siguientes; hombres trabajando en la vía, en los otros

80 metros; reducción de velocidad a 30 k.p.h., en los 60 metros siguientes y señal de desvío 20 metros antes de la obra. En todo caso, estas distancias pueden variar según las condiciones de la vía, así como el tipo de señales, pero siempre sujetándose a lo establecido en el capítulo III del manual de dispositivos para el control de tránsito en calles y carreteras.

Asimismo, está regulado que para señalar un sitio donde se están realizando trabajos se deben colocar conos reflectivos o delineadores “con espaciamiento mínimo de dos metros” y dos barricadas o canecas puestas una a cada lado del sitio. Ésta misma señalización debe utilizarse también para “obstáculos sobre la berma, como gravas, arenas cables, materiales, etc”.

En el mismo capítulo III del manual de dispositivos para el control de tránsito en calles y carreteras, se establece que la señalización de etapas de construcción, reconstrucción o conservación de carreteras es de carácter temporal y debe instalarse antes de que se inicie la obra y permanecer durante todo su desarrollo, es decir, que sólo puede ser levantada cuando se estabilice la circulación de la vía. También se establece que las señales deben ser reflectivas o debidamente iluminadas, para garantizar su visibilidad en horas de la noche y deben permanecer limpias y legibles.

Las señales se clasifican en preventivas, reglamentarias, informativas y varias. Las preventivas son las de vía en construcción a 500 y 300 metros, se deben poner en forma de rombo, pero por su carácter de seguridad deben tener un mayor tamaño que las usuales (60 a 75 cm. de lado) y ser de color anaranjado, con las letras y las orlas negras (SP- 101 y SP-102). Las reglamentarias, entre las cuales se encuentra la señal de desvío, deben ser redondas, en fondo blanco, orla roja y letras negras y con una flecha que oriente el sentido (SR-102). Las señales informativas suministran los datos básicos de la obra.

El aludido capítulo del manual relaciona otra clase de señales como son las barricadas, conos de guía, canecas, mecheros y delineadores “que por su carácter temporal pueden transportarse fácilmente y emplearse varias veces”. Las barricadas tienen varias alternativas de diseño, pero deben estar formadas por varios listones de no más de tres metros de largo por 30 c. de ancho, dispuestos de manera horizontal y de una altura mínima de 1.50 metros. Estos deben estar pintados en franjas, en ángulo de 45° vertical, alternadas negras y anaranjadas reflectivas, deben obstruir la calzada o el eje de la vía donde no debe haber circulación.

Si las barricadas no son factibles se podrán utilizar canecas, pintadas alternativamente con franjas negras y anaranjadas reflectivas de 20 cm. de ancho; su altura no debe ser inferior a 80 cm. Los conos de delineación deben ser de color rojo o anaranjado, con un área de 15 x 20 cm., y altura mínima de 30 cm.

Se pueden utilizar delineadores luminosos a una distancia de no más de diez metros o mecheros o antorchas distanciados no más de cinco metros, para el tránsito nocturno, cuando se presentan riesgos temporales. Las tres últimas señales se emplean “para delinear canales temporales de circulación, especialmente en los períodos de conservación de las marcas viales en el pavimento, y en la formación de canales que entran a zonas de reglamentación especial o en

general cuando el flujo de tránsito ha de ser desviado temporalmente de su ruta”²...

La jurisprudencia antes citada, permite concluir que cuando hay una obra en la vía se deben instalar, como mínimo, siete señales de aproximación. En el lugar donde se están realizando trabajos se deben poner conos reflectivos o delineadores y dos barricadas o canecas puestas una a cada lado del sitio. La señalización sólo puede ser levantada cuando se establezca la circulación de la vía y las señales deben ser reflectivas o debidamente iluminadas para garantizar su visibilidad en horas de la noche y deben permanecer limpias y legibles.

Caso concreto

En el presente caso, se demostró el daño, consistente en las lesiones que sufrió el señor Jhon Edward Samboní Franco.

En efecto, su historia clínica emanada de la Clínica Colombia (folios 23 a 49, 51 a 62, 66 a 67, 84 a 94, 110 a 115), da cuenta que tuvo un accidente de tránsito y sufrió trauma facial, trauma craneoencefálico moderado, trauma cerrado de tórax y contusión pulmonar bilateral y estuvo hospitalizado desde el 18 de junio hasta el 4 de julio de 2015.

Así mismo, su historia emanada de la Clínica Sigma, da cuenta de que acudió a consulta con oftalmología general, dado que presentaba secuelas de neuropatía óptica traumática con defecto pupilar aferente, cambios en el nervio óptico y escotoma central (folios 95 a 98).

En la historia emanada de la Clínica Orthohand SAS, se consignó que presentaba secuela de lesión de hemicara izquierda, fractura del quinto dedo de la mano derecha, fractura de clavícula izquierda, secuelas funcionales y se le ordenó fisioterapia de hombro izquierdo y de mano derecha (folios 99 a 100).

En cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos, es claro que el señor Jhon Edward Samboní Franco transitaba por la calle 70 y a la altura de la carrera 28D tuvo un accidente de tránsito ocasionado porque parte de la vía se encontraba sin terminar.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 27 de junio de 2012, radicado: 66001-23-31-000-1999-00126-01(22683), actor: Jair Antonio Amaya Cárdenas y otros. En términos similares, consultar entre otras la siguiente providencia: sentencia de 5 de junio de 2008. Sección Tercera. Exp.: 730012331000199716698 01 (16.398), C.P. Enrique Gil Botero.

Las entidades demandadas señalaron que en el lugar en el de los hechos se estaban realizando obras que contaban con señalización e iluminación y que dicha zona no estaba habilitada para la circulación de vehículos de ninguna clase y propusieron la excepción de hecho exclusivo de la víctima, entre otras.

No obstante, para el Despacho tales argumentos no son de recibo, pues en el presente caso se demostró que la zona en la que ocurrió el accidente no contaba con una señalización adecuada. De ello da cuenta el informe de tránsito No. 036949, elaborado por los agentes No. 263 y 022 el día 18 de junio de 2015 (folios 20 a 22 y 216 a 217), las siete fotografías aportadas con la demanda que dan cuenta que para el día 18 de junio de 2015 no existían señales adecuadas en el lugar de los hechos y que fueron puestas el 21 de junio de 2015 (folios 143 a 149). Como también el informe de antecedentes del accidente de Jhon Edward Samboní Franco, suscrito por el director de infraestructura y dirigido a la coordinadora de defensa judicial de Metro Cali S. A. y a abogada contratista de la misma entidad, en el que se consignó que los elementos de cerramiento y señalización eran constantemente vandalizados (folios 257 a 259); las fotografías tomadas en el lugar de los hechos aportadas por el Municipio de Santiago de Cali (medio magnético visible a folio 229), el archivo digital informe policial del accidente de tránsito, elaborado el 18 de junio de 2015, aportado por Metro Cali S.A. (medio magnético visible a folio 478) y el testimonio del señor Jhon Freddy Guevara Bautista, agente de tránsito que elaboró el informe de accidente, quien manifestó que en el lugar había una capa asfáltica que no estaba terminada y no contaba con demarcaciones de la construcción en la vía, estaba a la intemperie sin ningún tipo de señalización y estaba oscura. En este mismo sentido, explicó que el 80% de la vía estaba habilitada para el tránsito de vehículos, solamente al lado izquierdo hacía falta un tramo para que se terminara su construcción (minutos 5:27 a 47:27 del medio magnético visible a folio 543).

Aunque la llamada en garantía Compañía Mundial de Seguros S.A, señaló que se le debe restar valor probatorio al testimonio del agente de tránsito Jhon Fredy Guevara Baustista, como quiera que es sumamente impreciso, este Despacho considera que debe dársele valor probatorio, pues fue enfático en afirmar que en el lugar de los hechos no había señalización alguna, afirmación que además se ve soportada con el informe de antecedentes, suscrito por el director de infraestructura y las fotografías aportadas no solo por la parte demandante sino también por las entidades demandadas.

Respecto del informe de accidente de tránsito, el Consejo de Estado³ ha dicho:

“Ante esta discrepancia, la Sala da crédito a lo consignado en el informe de accidente de tránsito, en la medida en que refleja lo que pudo constatar el agente de la policía que llegó al lugar de los hechos y ayudó a la víctima poco después del accidente, sin que lo allí señalado pueda tacharse de parcializado, toda vez que su dicho no fue desmentido por ninguna de las demandadas y sí, por el contrario, se ve reforzado por lo declarado por el único testigo directo de los hechos, lo que en síntesis, demuestra que no existía en ese lugar una adecuada señalización preventiva y le resta credibilidad al dicho del ingeniero residente de la obra Andrés Llinás Gómez...”

En tales condiciones, se le debe dar credibilidad a lo consignado en el informe de tránsito y a lo manifestado en la audiencia de pruebas por el mismo agente de tránsito que lo elaboró.

En efecto, lo que se observa en las fotografías aportadas por las partes no cumple con los requisitos establecidos en la Resolución 1885 de 2015, que entró en vigencia el 17 de junio de 2015, un día antes de que ocurrieran los hechos de la demanda y que dispone que una zona de obras en la vía debe estar compuesta por 6 áreas: la de prevención, la de transición, la de seguridad, la de obras, la del fin de las obras y la de tránsito y debe contar con señales verticales (que se dividen en reglamentarias, preventivas e informativas), dispositivos de canalización, demarcación y sistemas de manejo de tránsito, que debe tener un fondo naranja, de lo cual carecía el tramo donde ocurrió el accidente.

Frente a lo anterior, podría considerarse que no era posible cumplir con las exigencias de la Resolución 1885 de 2015, pues entró en vigencia un día antes de que ocurrieran los hechos narrados en la demanda.

No obstante, la señalización que había en el lugar de los hechos tampoco cumple con los requisitos de los manuales anteriores que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado citada con antelación, disponían que cuando hay una obra en la vía se deben instalar, como mínimo, siete señales de aproximación, que en el lugar donde se están realizando trabajos se deben poner conos reflectivos o delineadores y dos barricadas o canecas puestas una a cada lado del sitio y las señales deben ser reflectivas o debidamente iluminadas para garantizar su visibilidad en horas de la noche y deben permanecer limpias y legibles.

³ Sección Tercera, Sala Plena, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, sentencia del 27 de junio de 2017, Rad. 50001-23-31-000-2000-30072 01(33945)B.

Confrontados los diferentes medios de prueba allegados al plenario a fin de establecer si el sitio de la ocurrencia de los hechos contaba o no con la señalización adecuada para estos casos, se tiene que en el expediente reposan fotografías del lugar donde se accidentó el señor Jhon Edward Samboní Franco, allegadas tanto por los demandantes como por las entidades demandadas, en las cuales se constata únicamente la existencia de unas colombinas de guadua.

Metro Cali señaló que cumplía con la obligación de señalizar, pero que a la vez las personas retiraban dichas señales preventivas y de seguridad. No obstante, esta aseveración no se acompaña de ninguna otra prueba que demuestre que efectivamente se realizó la señalización de la obra pública, como se hizo, si se formuló algún tipo de denuncia penal.

Bajo este panorama, se debe determinar que según el acervo probatorio que reposa en el expediente, el sitio de la ocurrencia de los hechos solo contaba con unas colombinas de guadua, sin la respectiva cinta de seguridad, resultando este elemento insuficiente como una medida adecuada de prevención y seguridad en la obra.

Respecto de lo señalado por Metro Cali S.A., en cuanto a que el contrato se había dado por terminado, se debe señalar que de conformidad con las resoluciones y la jurisprudencia citada, la señalización sólo puede ser levantada cuando se estabilice la circulación de la vía.

En cuanto a la conducta desplegada por la víctima, se debe señalar que no se demostró que el señor Jhon Edward Samboní Franco cometiera alguna infracción el día de los hechos o transitara de forma inadecuada o imprudente.

Aunque en su interrogatorio de parte, el señor Samboní Franco señaló que transitaba a 60KM/H, lo anterior no constituye una infracción como quiera que en el lugar no había señalización alguna de la velocidad a la que debía transitar.

Dado lo anterior, aunque fue allegada copia del historial de infracciones del señor Jhon Edward Samboní Franco (folio 228), ello resulta irrelevante, puesto que el daño fue ocasionado por la falta de señalización en el lugar de los hechos.

En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado⁴, en los siguientes términos:

“En cuanto a la causal impeditiva de imputación, y desde luego excluyente de responsabilidad alegada por la entidad demandada, consistente en el hecho exclusivo de la víctima, en razón a la falta de licencia de conducción para el día de los hechos, no está llamada a prosperar, comoquiera que se torna irrelevante frente a la causación del daño; en efecto, que el señor Fabio Alberto Callejas Ossa no tuviera licencia de conducción el día del accidente, ni que no hubiera realizado los trámites correspondientes al traspaso del automotor, como tampoco efectuado el pago del impuesto de rodamiento, tienen incidencia sobre el resultado en el caso concreto (...).”

Respecto de la responsabilidad del Municipio de Santiago de Cali, debe señalarse que aunque de conformidad con el artículo 76 de la Ley 715 de 2001, es deber de los municipios mantener en buenas condiciones las vías municipales y que adicionalmente para desarrollar el contrato de obra que se llevaba a cabo en el lugar de los hechos se requería de la intervención de algunas zonas verdes que fueron adquiridas por el ente territorial, pero cuya desafectación tuvo demoras en los trámites con el Agustín Codazzi, lo cierto es que en el presente caso la responsabilidad de señalizar la obra era exclusiva de Metro Cali, entidad que celebró el contrato de obra con el consorcio CC, con el objeto de construir el corredor del centro troncal de Aguablanca y obras complementarias del Sistema Integrado de Transporte Masivo (folios 272 a 294).

La entidad contratante tiene el deber de controlar el cumplimiento de las normas de señalización, de conformidad con el artículo 14.1 de la Ley 80 de 1993.

En este sentido, el Consejo de Estado⁵, adujo lo siguiente:

“En todo caso, la Sala advierte que la entidad contratante tiene el deber ejercer la vigilancia y control del contrato, conforme al artículo 14.1 de la Ley 80 de 1993⁶. Para ello, suelen requerirse conocimientos técnicos y especializados, lo que hace necesario el concurso de la interventoría, que, como lo ha indicado esta Corporación, es “[...] el representante de la entidad pública frente al

⁴ Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, sentencia del 8 de agosto de 2012, Rad. 05001-23-31-000-1995-00643-01(24674)

⁵ Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia del 21 de noviembre de 2017, Rad. 76001-23-31-000-2004-01113-02(39312).

⁶ Ley 80 de 1993. Artículo 14º.- “De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: || 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”.

contratista, en relación con los aspectos que requieren conocimientos técnicos, bajo cuya responsabilidad se verifica que los trabajos se adelanten conforme a todas las reglamentaciones correspondientes [...]”⁷. La entidad contratante tiene así el deber de verificar y controlar el cumplimiento de las normas de señalización a través de la interventoría, que tiene los conocimientos especializados necesarios para representar a la Administración en la obra en relación con estos aspectos...”

En tales condiciones, no resulta acertado endilgarle responsabilidad al Municipio de Santiago de Cali cuando la obra que se estaba llevando a cabo en el lugar de los hechos fue contratada por Metro Cali S.A.

Por lo tanto, se declararán probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y hecho exclusivo de un tercero, formuladas por el Municipio de Santiago de Cali y se condenará únicamente a Metro Cali S.A.

Ahora bien, respecto del llamamiento en garantía de la Compañía Mundial de Seguros, se encuentra acreditado que el Consorcio CC tenía vigente para el momento en que ocurrieron los hechos, la póliza de responsabilidad civil número 100000889 (vigencia del 21 de diciembre de 2009 hasta el 15 de agosto de 2015), la cual amparaba la responsabilidad civil extracontractual por daños a terceros.

De esta forma, la entidad demandada puede exigirle a la Compañía Mundial de Seguros S. A., el valor de la indemnización de los perjuicios o el reembolso total o parcial del pago que tenga que realizar en cumplimiento de esta sentencia, en los términos referidos en el contrato suscrito entre ellas y hasta concurrencia de la suma asegurada, en la forma prevista por el artículo 1079 del Código de Comercio.

Tasación de perjuicios

1. Materiales

Siguiendo la tradición civilista de responsabilidad contractual y extracontractual, tenemos que los perjuicios materiales comprenden el daño emergente y el lucro cesante, siendo el primero la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse tardado su cumplimiento y entendiéndose por el segundo la ganancia o provecho que deja

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 14 de julio de 2016, exp. 35763.

de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento⁸.

Por otro lado, varios doctrinantes se han ocupado del tema, entre los que destacamos el siguiente extracto:

“Hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima⁹.

Esta definición tiene la virtud de retomar la distinción tradicional de los dos conceptos a partir del egreso patrimonial o de la falta de ingreso. Es decir, lo que vendría a diferenciarlos sería que en el daño emergente se produce un “desembolso” mientras que en el lucro cesante un “no embolso” o, al decir de los hermanos Mazeaud, una “pérdida sufrida” o una “ganancia frustrada”, como lo afirma la jurisprudencia colombiana cuando expresa que “el lucro cesante corresponde a la ganancia frustrada, a los intereses no percibidos o a la utilidad esperada y no obtenida¹⁰.

En la demanda se pretende a título de perjuicios materiales que se reconozca a favor del lesionado, la suma de \$2.406.642 por concepto de daño emergente y que corresponden a los gastos en los que incurrió con motivo de sus lesiones.

Para demostrar los gastos en los que incurrió por concepto de medicamentos y de reparación de su motocicleta, fueron aportados una serie de recibos de caja que obran en los folios 126 a 142 del cuaderno principal. No obstante, no es posible acreditar los perjuicios reclamados con los mismos, toda vez que no se cuenta con otro medio probatorio que permita reafirmar su contenido.

En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado¹¹, en los siguientes términos:

“En criterio de la Sala, el referido documento no tiene la virtualidad suficiente para acreditar el perjuicio reclamado por el extremo activo,

⁸ Artículos 1613 y 1614 del Código Civil Colombiano.

⁹ Tamayo Jaramillo Javier, De la responsabilidad civil, cit., T. 2, p. 117, citado por Henao Juan Carlos, *El Daño*. U. Externado de Colombia, pág. 197.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 20 de septiembre de 1990, C. P. De Greiff Restrepo, exp. 5758.

¹¹ Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia del 17 de agosto de 2017, Rad. 25000-23-26-000-2012-00748-01(51093)

toda vez que: *i)* no se cuenta con otro medio probatorio que permita contrastar o reafirmar el contenido de dicho certificado, esto es, que efectivamente esa erogación se haya producido, y *ii)* quienes pagaron la mencionada obligación son personas diferentes a la que solicitó el perjuicio¹², razón por la cual, no se le concederá, a la parte actora, indemnización por dicho concepto.”

2. Perjuicios morales

Son aquellos que, a diferencia de los materiales, no tienen una naturaleza económica, vale decir, no son cuantificables a través de una fórmula u operación aritmética, en la medida que el dolor, sufrimiento, depresión o congoja por la pérdida de un ser querido, por una lesión corporal o mental sufrida o por cualquier otra clase de daño, no tiene ningún precio por ser aspectos subjetivos de la persona que generalmente no salen a la luz pública. Sin embargo, la indemnización en este caso debe ser compensatoria y no restitutiva.

Se trata, como ha dicho el profesor Juan Carlos Henao, “...de otorgarle una suma de dinero a una viuda, a un lesionado, para que tenga un bien que le ayude a mitigar su pena. No se busca entonces que se quede materialmente indemne, sino que se tenga el dinero u otro bien que permita hacer más llevadera la pena y sufrir en las mejores condiciones la alteración emocional producida y permitir así que cese o se aminore el daño ocasionado”¹³

Dentro del plenario, como ha quedado escrito, se halla demostrado el daño sufrido por los demandantes, consistente en las lesiones del señor Jhon Edward Samboní Franco.

No obstante, como quiera que no le fue dictaminado el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, resulta procedente el reconocimiento de perjuicios morales con base en el arbitrio juris, tal como lo ha determinado el Consejo de Estado¹⁴:

“Como antes se señaló, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Sección¹⁵, para el reconocimiento de perjuicios morales constituye un parámetro el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral sufrida por el lesionado.

¹² Esto se consignó en el libelo introductorio: “Condenar a la Nación – Fiscalía General de la Nación **a pagar a favor de José Mauricio Camacho Guarín**, en calidad de víctima y como perjuicios materiales en calidad de daño emergente... la suma de (\$28'800.000) **Dinero que tuvo que cancelar la familia del señor José Mauricio Camacho Guarín**, por concepto de transporte” (se destaca).

¹³ Henao Juan Carlos, El Daño. U. Externado de Colombia, pág. 231.

¹⁴ Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, en sentencia del 2 de agosto de 2018, Rad. 20001-23-31-000-2011-00196-01(45967).

¹⁵ Sección Tercera, Sala Plena, expediente 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172), CP: Olga Mérida Valle de De La Hoz.

En este caso, la prueba que determinaría ese porcentaje no se solicitó; no obstante, la Sala considera que ante la gravedad y el carácter permanente de la lesión y las secuelas sufridas por el demandante, el reconocimiento de los perjuicios morales tanto para el lesionado como para su familia sí es procedente con base en el arbitrio juris, como así lo ha señalado la Sección Tercera y lo reiteró esta Subsección en providencias recientes¹⁶...”

Por lo tanto, se le reconocerán a su favor 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, dada la gravedad de sus lesiones que le produjeron secuelas de neuropatía óptica traumática con defecto pupilar aferente, cambios en el nervio óptico y escotoma central (folios 95 a 98) y secuela de lesión de hemicara izquierda, fractura del quinto dedo de la mano derecha, fractura de clavícula izquierda y secuelas funcionales (folios 99 a 100).

Respecto del menor Jossue Samboní Zuñiga¹⁷ Se demostró que es hijo del señor Jhon Edward Samboní Franco, por lo que se ordenará que se reconozca a su favor la suma de 25 SMLMV.

En cuanto a la señora María Eugenia Samboní Franco¹⁸ y del menor Daniel Fernando Valderrama Samboní¹⁹, demostraron que tienen la calidad de hermana y sobrino del afectado directo, por lo que se ordenará que se reconozca a favor de cada uno una indemnización equivalente a 25 SMLMV y 15 SMLMV, respectivamente.

Respecto de los señores Elcira Franco Samboní y Fabriciano Samboní Imbachí²⁰, demostraron que son los padres del señor Jhon Edward Samboní Franco y por lo tanto se reconocerá a favor de cada uno de ellos la suma de 25 SMLMV.

Daño a la vida de relación

¹⁶ Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 05001-23-31-000-1997-01172-01(31170), CP: Enrique Gil Botero. En esta sentencia, la Sala Plena reiteró lo dicho por esta Sección en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 15.646, según la cual para establecer el monto de la condena por concepto de perjuicio moral, la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el *arbitrio juris*. Postura reiterada por la Subsección A en la sentencia del 1 de febrero del 2018, exp. 76001-23-31-000-2002-04483-01(40625) y en la sentencia del 26 de abril de 2018, expediente 05001-23-31-000-1999-03910-01 (43723).

¹⁷ Registro Civil de nacimiento visible a folio 17

¹⁸ Registro civil de nacimiento visible a folio 16

¹⁹ Registro civil de nacimiento visible a folio 18

²⁰ Registro civil visible a folio 15

En la demanda se solicita por concepto de este perjuicio la suma de 50 SMLMV a favor de cada uno de los demandantes.

Inicialmente debe señalarse que el Consejo de Estado se apartó de esta tipología y en la actualidad reconoce la categoría de daño a la salud cuando se trata de una lesión a la integridad psicofísica de la persona.

Así lo adujo esa alta corporación en su Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico(E), en sentencia del 5 de marzo de 2020, Rad. 76001-23-31-000-2006-00478-01(50395):

*“Sea lo primero manifestar que la Jurisprudencia de esta Sección, siguiendo los lineamientos planteados en sus sentencias de unificación, se apartó de la tipología de perjuicio inmaterial denominado perjuicio fisiológico o daño a la vida en relación, para en su lugar reconocer las categorías de **daño a la salud**²¹ (cuando estos provengan de una lesión a la integridad psicofísica de la persona) y de **afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados**²², estos últimos que se reconocerán siempre y cuando su concreción se encuentre acreditada dentro del proceso y se precise su reparación integral, teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos...”*

Una vez aclarado este punto, se debe señalar que no resulta procedente ordenar a la entidad demandada que indemnice el daño a la salud de todos los demandantes, toda vez que se configura cuando se presenta un menoscabo en la integridad física y estética, pero únicamente del lesionado, lo que no fue probado en el presente caso.

La referida corporación judicial, en sentencia del 22 de junio de 2017, Rad. 41001-23-31-000-2004-00435-01(38357), frente al tema que nos ocupa, precisó:

²¹ “(...) se recuerda que, desde las sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222 (...) se adoptó el criterio según el cual, cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad psicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico o al daño a la vida en relación o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud (...) **la Sala unifica su jurisprudencia en relación con la indemnización del daño a la salud por lesiones temporales en el sentido de indicar que, para su tasación, debe establecerse un parangón con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de reparación, pero de carácter permanente y, a partir de allí, determinar la indemnización en función del período durante el cual, de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar** (...)” (Se destaca). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 28832, M.P. Danilo Rojas Betancourth y exp. 31170. M.P. Enrique Gil Botero.

²² Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 32988 M.P. Ramiro Pazos Guerrero y exp. 26251. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

“Bajo esta óptica, se señala que de conformidad con lo plasmado en la historia clínica de la víctima, junto con lo que puede apreciar esta Subsección respecto de las fotografías de la cicatriz en su humanidad, la señora Jaqueline Téllez Barrios quedó con una deformidad en su cuerpo, dado que la cicatriz en mención irroga un menoscabo en su integridad física y estética, lo cual conlleva a una repercusión en su confianza y en su autoestima, toda vez que en la actualidad una persona con imperfecciones físicas como la del caso sub examine puede resultar rechazada en el contexto social.”²³

Por consiguiente, se tiene que a la víctima se le alteró su integridad psicofísica, es decir, no solo fue afectada por la modificación de su unidad corporal sino por las consecuencias que la misma genera, razón por la que padeció un daño a la salud, que no solo se configura con la presencia de una enfermedad²⁴, y a lo anterior se le aúna la extirpación de su bazo, corroborada en la ecografía abdominal total realizadas el 27 de febrero de 2003 y el 21 de marzo de 2003, motivo por el que se hace necesario aún más reparar los daños ocasionados a la integridad psicofísica de la víctima...”

Por lo tanto, este perjuicio se reconocerá únicamente a favor del señor Jhon Edward Samboní Franco, dada las graves secuelas que le ocasionó el accidente sufrido, en la suma de 50 SMLMV.

Queda de esta forma dilucidado el problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones, en el sentido que solo hay lugar a atribuirle responsabilidad estatal a Metrocali S. A. por las lesiones sufridas por el señor Samboní Franco, en el accidente de tránsito antes referido y por tanto se declararán probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y hecho de un tercero formuladas por el Municipio de Santiago de Cali y no probadas las presentadas por la primera entidad citada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Cali - Valle, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y hecho de un tercero, formuladas por el Municipio de Santiago de Cali y no probadas las presentadas por Metrocali S. A., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Sentencia del 24 de marzo de 2011, radicación nro. 52001-23-31-000-1996-07982-01, nro. Interno 19032.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, radicación nro. 23001-23-31-000-2001-00278-01, nro. Interno 28804.

SEGUNDO: Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a Metro Cali S. A., de los hechos ocurridos el día 18 de junio de 2015, donde resultó lesionado el señor Jhon Edward Samboní Franco en accidente de tránsito, conforme a las motivaciones consignadas en el cuerpo de esta providencia.

TERCERO: En consecuencia, condenar a Metro Cali S. A., a pagar por concepto de perjuicios morales a cada uno de los demandantes, las siguientes cantidades:

- Para el señor Jhon Edward Samboní Franco, la cantidad de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia.
- Para el menor Jossue Samboní Zuñiga, quien actúa representado por su padre Jhon Edward Samboní Franco, la cantidad de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia.
- Para la señora María Eugenia Samboní Franco la suma de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia.
- Para el menor Daniel Fernando Valderrama Samboní, quien actúa representado por su madre María Eugenia Samboní Franco, la suma de 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia.
- Para Elcira Franco Samboní y Fabriciano Samboní Imbachi, la suma de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia, para cada uno de ellos.

CUARTO: Condenar a Metro Cali S. A., a cancelar por concepto de daño a la salud, exclusivamente a favor de Jhon Edward Samboní Franco, la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia.

QUINTO: Condenar a la compañía aseguradora llamada en garantía Mundial de Seguros S. A., a reembolsar a Metro Cali S. A., el valor de las indemnizaciones que se le impusieron en esta sentencia, en los términos del contrato suscrito entre las partes en las condiciones en las que se encuentre el tope máximo asegurado, reembolso que no podrá superar el límite máximo de

responsabilidad pactado, ni el del valor asegurado, conforme a las voces del artículo 1079 del Código de Comercio.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Las condenas impuestas deberán cumplirse como lo estipulan los artículos 192 y 195 del CPACA.

OCTAVO: Ordenar la devolución de los dineros remanentes si a ello hubiere lugar por concepto de gastos del proceso, una vez se efectúe la liquidación respectiva.

Notificar esta providencia en la forma prevista por el artículo 203 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

CARLOS ARTURO GRISALES LEDESMA

Nota Importante: El presente documento se remite desde el correo o email institucional del Juzgado, con lo cual se garantiza su autenticidad, sin necesidad de firma física y sin que por ello se le reste credibilidad, de conformidad con los artículos 5 y 7 de la Ley 527 de 1999 y sus decretos reglamentarios, en armonía con el artículo 103 del CGP y artículo 11 del Decreto 806 de 2020.