

RADICACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA - HDI SEGUROS // RAD. 76001-33-33-001-2021-00129-00 // DTES. DEICY FLÓREZ JIMÉNEZ Y OTROS // CACH

Notificaciones GHA <notificaciones@gha.com.co>

Mar 09/04/2024 16:46

Para:Oficina 02 Apoyo Juzgados Administrativos - Seccional Cali <of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co>
CC:escobarandres81@gmail.com <escobarandres81@gmail.com>;juanselo2504@gmail.com <juanselo2504@gmail.com>;
Producjudadm58@procuraduria.gov.co <Producjudadm58@procuraduria.gov.co>;notificacionesjudiciales@cali.gov.co
<notificacionesjudiciales@cali.gov.co>;Camila Cardenas <ccardenas@gha.com.co>

📎 1 archivos adjuntos (656 KB)

RECURSO CONTRA SENTENCIA HDI - DEICY FLOREZ JIMENEZ.pdf;

Señores:

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI (V)

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO:	76001-33-33-001-2021-00129-00
DEMANDANTES:	DEICY FLÓREZ JIMÉNEZ Y OTROS
DEMANDADO:	DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI
LLAMADOS EN	
GARANTÍA:	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. Y OTROS

REFERENCIA: RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No. 035 DEL 18 DE MARZO DE 2024

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de **HDI SEGUROS S.A.**, me permito presentar respetuosamente **RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia de primera instancia No. 035 de fecha 18 de marzo de 2024.

Nota: Se copia a todas las partes intervinientes en el proceso de las cuales se conoce el correo electrónico.

Agradezco confirmar la recepción del documento.

Cordialmente,

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA
C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.
T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.

Señores:

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI (V)

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 76001-33-33-001-2021-00129-00
DEMANDANTES: DEICY FLÓREZ JIMÉNEZ Y OTROS
DEMANDADO: DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI
LLAMADOS EN
GARANTÍA: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. Y OTROS

REFERENCIA: RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No. 035 DEL 18 DE MARZO DE 2024

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de **HDI SEGUROS S.A.** me permito presentar respetuosamente **RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia de primera instancia No. 035 de fecha 18 de marzo de 2024, donde se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, para que la misma sea revocada en su integridad, atendiendo a los siguientes argumentos de hecho y de derecho.

I. OPORTUNIDAD

La sentencia en cuestión fue notificada personalmente el pasado 19 de marzo de 2024. De modo que los términos para presentar apelación contra el fallo corrieron los días 20, 21, 22 de marzo y 1, 2, 3, 4, 5, 8 y 9 de abril de la misma anualidad. De conformidad con el artículo 243 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 247 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el presente recurso se interpone y sustenta dentro del término legal establecido.

II. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD FRENTE A LA SENTENCIA

A. LA JUEZA NO DECLARÓ LA RUPTURA DEL NEXO CAUSAL A PESAR DE COMPROBARSE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA EN LA OCURRENCIA DE LOS HECHOS – DEFECTO FÁCTICO-

En la sentencia de primera instancia, el despacho sostiene como hecho probado que el día 4 de abril de 2019, aproximadamente a las 7:00am, en la calle 59 con carrera 11 de la ciudad de Cali, la señora Deicy Florez Jiménez sufrió un accidente de tránsito al perder el control de su motocicleta de placas NJE11D a causa de un hueco existente en la vía. En consecuencia, considera que las lesiones físicas y morales que padecen los demandantes son responsabilidad del Distrito Especial de Santiago de Cali. Sin embargo, la atribución se realiza sin tener en cuenta las pruebas que acreditan que las acciones propias de la víctima llevaron a la ocurrencia de los hechos y por ende a la generación de su propio daño. Incurriendo así en un defecto fáctico negativo por una indebida valoración probatoria, pues de haber interpretado estos correctamente y de manera íntegra, la decisión de la sentencia hubiese sido diferente.

El día de los hechos, la señora Deicy Flórez Jiménez con su actuar imprudente transgredió las normas de tránsito dispuestas en el Código Nacional de Tránsito Terrestre para conductores, concretamente las siguientes:

Artículo 55. Comportamiento del conductor, pasajero o peatón. Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón, debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito.”

“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.

Al respecto de la culpa exclusiva de la víctima por violación de normas de tránsito, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha mencionado:

La causa eficiente del daño no fue la falta de señal de pare. Los conductores habrían evitado el accidente si hubieran cumplido las normas de tránsito y conducido de manera prudente y cuidadosa. Imputar la causación del accidente a la falta de señalización implica desconocer quién tenía la administración del riesgo cuando ocurrió el accidente. Las nociones de autorresponsabilidad y la prohibición de regreso, que son principios desarrollados a partir de la <<imputación objetiva>>, permiten entender claramente la razón por la cual el daño no puede imputársele a la entidad demandada.¹

Por otra parte, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre que las posibles faltas de mantenimiento de la malla vial por si solas no son suficientes para predicar la responsabilidad del estado. Específicamente ha establecido que:

Esta Sección tiene definido que en los casos en que se imputa a las autoridades la omisión en el cumplimiento de sus deberes, es preciso identificar los preceptos de orden constitucional, legal y reglamentario, así como los pronunciamientos judiciales, que hubieren precisado el alcance de sus obligaciones. Una vez determinado el contenido obligacional a cargo de la entidad pública en el caso concreto, “debe proceder a establecer si el sujeto accionado defraudó las expectativas de actuación que se desprendían del que constituye su rol, de este modo configurado.

En atención a lo anterior, la Sección Tercera ha desarrollado un marco jurisprudencial del análisis de responsabilidad del Estado en eventos de accidentes de tránsito por falta de mantenimiento vial. Ha sostenido que el Estado está obligado a realizar las labores necesarias para cumplir con el sostenimiento de la red vial, de manera que deberá responder en los siguientes eventos: i) cuando conozca las condiciones naturales del terreno, de las cuales sea previsible el desprendimiento de materiales de las montañas aledañas a las carreteras y, sin embargo, no adopte las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de tragedias naturales o accidentes de tránsito y ii) cuando incurra en omisión de sus tareas de conservación y mantenimiento rutinario y periódico de la

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de junio de 2021, C.P. Martin Bermúdez Muñoz, Rad. 19001-23-00-001-2007-00082-01(45802),

infraestructura vial, responsabilidad que acarreará mayor exigencia si se demuestra que los daños u obstáculos permanecieron sobre una carretera durante un tiempo razonable para actuar, sin que la entidad demandada hubiera efectuado las obras de limpieza, remoción, reparación o señalización, con miras a restablecer la circulación normal en la vía, evento en el cual se deberán evaluar las condiciones y circunstancias del caso particular, con el fin de determinar la razonabilidad del tiempo, valoración que será más estricta si se llega a demostrar que el hecho anormal que presentaba la vía fue puesto en conocimiento de la accionada y que ésta omitió el cumplimiento de sus funciones; no obstante, en este punto cabe advertir que la falta de aviso a la entidad encargada no la exonera de responsabilidad.

La demostración de la existencia de un obstáculo en una vía -en este caso, una lámina fracturada y levantada- no es, por sí sola, suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de producirse un daño por ello, pues esa prueba debe acompañarse de la acreditación del nexo causal entre éste y la acción u omisión en que pudo haber incurrido la administración en su deber de mantenimiento de la malla vial.²

En ese sentido, según el Informe Policial de Accidente de Tránsito No. A000893100, la declaración de la demandante y los testimonios recaudados, el accidente de tránsito ocurrió en horas de la mañana, aproximadamente a las 7:00am. Es decir, había iluminación natural y buena visibilidad, a pesar de la llovizna, lo que hizo posible que la señora Deicy Flórez Jiménez se percatara de la existencia de un hueco y/o de los posibles obstáculos de la vía. Además, la misma señora Flórez Jiménez admitió que, momentos antes de la ocurrencia de los hechos “venía sola”, es decir no circulaban otros vehículos y cambio de carril. No continuó transitando por el carril derecho, como era su deber, si no que conducía por el izquierdo, maniobra que finalmente terminó en su caída de la motocicleta.

Además, se comprobó en la audiencia de pruebas del 17 de noviembre de 2022 (1 hora y 34 minutos de la videograbación) que la actora se desplazaba diariamente a su lugar de trabajo por la misma ruta, lo que sugiere que conocía muy bien el camino de la calle 59 con carrera 11 y, por lo tanto, estaba al tanto del estado de deterioro de la vía. A pesar de ello, no tomó las precauciones necesarias para evitar transitar por dicha zona. Es importante resaltar que existía otra ruta alterna para llegar a su trabajo, la cual no presentaba obstáculos y representaba la opción más segura para desplazarse en motocicleta. Sin embargo, la demandante optó por transitar el tramo en mal estado, según sus propias declaraciones, con el fin de evitar los embotellamientos de tráfico en la ruta alterna, poniendo así en riesgo su integridad física.

La evidente falta de prudencia y precaución por parte de la demandante fue determinante y la causa exclusiva para la materialización de los perjuicios sufridos. Si bien es posible que existiera una omisión por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali en el mantenimiento de la malla vial, no es posible atribuirle responsabilidad alguna, puesto que la conducta imprudente de la víctima fue la causa cierta y eficaz para la producción de su propio daño. La demandante pudo haber evitado la ocurrencia de los hechos con un actuar más precavido y cauteloso al momento de conducir su motocicleta por una vía en mal estado, de la cual tenía pleno conocimiento previo.

Así pues, se deduce que por la ubicación del supuesto hueco o hundimiento del asfalto causante del accidente de tránsito y dada la magnitud del volcamiento, la señora Deicy Flórez Jiménez no solo no conducía por la derecha, sino que además conducía en exceso de la velocidad. Más

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de julio de 2022, Exp. 54171.

aun, teniendo en consideración que en el Informe Policial de Accidente de Tránsito se estableció que el lugar de los hechos corresponde a una zona residencial, donde el límite de velocidad es de 30 Km/h. Entonces, lo que realmente provocó la caída y las posteriores lesiones fue la pérdida de control de la motocicleta a causa de la velocidad en la que era conducida, mas no los posibles huecos o mal estado de la vía. Constatando así que la demandante hizo caso omiso a una previsión normativa y causó su propio daño, al conducir de manera imprudente e inobservante de las normas de tránsito.

Por otra parte, según el testimonio del señor Alveiro Aguilón, la declaración de parte de la señora Deicy Flórez Jiménez y el Informe Policial de Accidente de Tránsito quedó demostrado que el día del accidente las condiciones climáticas eran adversas, con fuertes lluvias que dificultaban la visibilidad y hacían el pavimento resbaladizo. Esta situación exigía que la señora Flórez, como conductora, adoptara una serie de medidas de precaución para garantizar la seguridad vial. Tales como reducir la velocidad por debajo del límite máximo permitido, a fin de mantener un control adecuado del vehículo y poder reaccionar oportunamente ante cualquier eventualidad. Adicionalmente, las reglas de la experiencia, indican que la presencia de charcos en la vía es una señal inequívoca de desniveles o irregularidades en el pavimento. Estos desniveles, sumados a la acumulación de agua, incrementan significativamente el riesgo de provocar la pérdida total del control direccional de la motocicleta.

Queda claro que existe un yerro en la valoración probatoria realizada por el despacho, configurándose un defecto factico y sustancial en dimensión negativa, toda vez que, en la sentencia de primera instancia no se hace una correcta interpretación de dichos elementos de convicción. De lo contrario, se hubiese arribado a la conclusión de que existió una ruptura del nexo de causalidad entre los perjuicios ocasionados a la parte demandante y la responsabilidad del ente territorial. Como consecuencia, no se hubiese accedido a las pretensiones de la demanda y se hubiese exonerado a mi representada.

En conclusión, y después de haber realizado una interpretación de los elementos de convicción, es evidente que la víctima fue quien provocó su propio daño al cerciorarse del mal estado de la vía y aun así haber transcurrido por el lugar, incluso tomó la decisión de transitar en exceso de velocidad a pesar que la zona demandaba transitar máximo a 30 km/h, en una distancia no permitida al andén o berma y sin las precauciones debidas teniendo en cuenta que ese día se presentaban fuertes lluvias. Por lo tanto, es quien deberá asumir las consecuencias de su comportamiento y no atribuirlo al Distrito Especial de Santiago de Cali, ni a mi representada, dado que con la configuración de esta casual de exoneración rompe por completo el nexo causal entre el daño y la responsabilidad estatal.

B. SE EQUIVOCA EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA AL DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CON BASE EN PRUEBAS INEFICACES

La Juez de primera instancia incurrió en un defecto fáctico al darle indebida valoración probatoria al Informe Policial de Accidente de Tránsito y las declaraciones rendidas en audiencia. Estos medios de prueba presentaban inconsistencias sustanciales respecto a la hora en que ocurrieron los hechos, un elemento modal fundamental para determinar las circunstancias del accidente.

Específicamente el despacho argumento que:

“Ahora bien, cabe mencionar que en el informe pericial de accidente de tránsito se dejó consignado como hora del suceso las 09:55 de la mañana, no obstante, los declarantes en el proceso concordaron en que éste ocurrió antes de las 8 de la mañana...

(...).

Es del caso aclarar que estas posibles inconsistencias en que pudieron afectar aspectos técnicos del informe al no coincidir la hora presunta del suceso con aquella informada por la demandante y los testigos, no son suficientes para desvirtuar el contenido del documento en su dimensión material dado que no afectan la coherencia de la hipótesis planteada”

Si bien el juzgado intentó restarle importancia a esta divergencia arguyendo que “no afectaba la coherencia de la hipótesis planteada”, lo cierto es que confirió plena validez probatoria a los testimonios para establecer el tiempo, modo y lugar de la ocurrencia, pasando por alto que estos carecían de eficacia al contradecir abiertamente la prueba documental.

Al no estar debidamente acreditadas las circunstancias temporales y modales del hecho, la Juez no contaba con los elementos necesarios para realizar un juicio de imputación fáctica contra el Municipio de Santiago de Cali. Si bien es válido el reproche jurídico por el mal estado de la vía, existen pruebas que sugieren que una causa extraña pudo haber determinado la ocurrencia del accidente.

En consecuencia, no están acreditadas las circunstancias modales y temporales de la ocurrencia del hecho, por lo tanto, la Juez a pesar de realizar el reproche jurídico al Municipio de Santiago de Cali sobre el mal estado de la vía, no puede realizarle un juicio de imputación fáctica ni mucho menos endilgarle la responsabilidad patrimonial y administrativa al Ente Territorial dado que existen pruebas dentro del proceso que dan cuenta que una causa extraña determinó la ocurrencia de los hechos.

C. REPARO SUBSIDIARIO: EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NO ESTUDIO LA FIGURA DE LA CONCAUSALIDAD

Señor Juez, si no fuera de su convencimiento la teoría de la ruptura absoluta del nexo de causalidad por la ocurrencia de una causa extraña mencionada en un acápite anterior, de manera subsidiaria ruego se tenga en cuenta la figura de la concausalidad contemplado el artículo 2357 del Código Civil el cual estipula que *“la apreciación del daño está sujeto a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”*. Dado que quedó demostrado en todo el material probatorio allegado que la víctima contribuyó con la ocurrencia de su propio daño.

Al respecto se debe tener presente lo dicho por el Consejo de Estado, sobre la asunción del riesgo por la víctima y la disminución de la indemnización a que hubiere lugar, en proporción a su contribución al daño por ella sufrido así:

Eso es así, porque los elementos probatorios -que la Sala relacionó previamente- demuestran que, al margen del mal estado de la vía y de que el vehículo transitara sin el cumplimiento de los

requisitos legales, la causa eficiente del daño fue la asunción que, libre y voluntariamente, el conductor y la víctima hicieron del riesgo que comporta viajar en el platón de una volqueta, previsto para el transporte de carga y no de personas.

(...).

Así las cosas y dado que el daño se produjo tanto por la intervención de la víctima, quien libre, voluntaria e imprudentemente solicitó ser transportada en las peligrosas condiciones, anteriormente descritas, de las que era esperable un resultado similar al ocurrido, como por la actuación imprudente del conductor. De suerte que la Sala reducirá -en un 30%- la apreciación patrimonial del daño, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2357 del Código Civil. Esto, en razón de que -a diferencia de lo afirmado por el a quo- es mayor el grado de responsabilidad del municipio demandado que el de la víctima, como quiera que -en primer lugar- la conducción de vehículos automotores exige especiales condiciones de cuidado y diligencia que el servidor público vinculado a la entidad territorial, en una actividad propia de su cargo, no cumplió, contribuyendo - en gran medida- al desenlace fatal que ha venido estudiándose.³

La actuación de la víctima denota claramente que incidió en la ocurrencia de sus lesiones, toda vez que dejó al arbitrio su seguridad y no adoptó las precauciones necesarias a fin de evitar el accidente. Se demostró que el accidente ocurrió en una zona residencial, en la cual, las normas de tránsito exigían a la señora Deicy Flórez Jiménez conducir a una velocidad máxima de 30 km/h. A esta velocidad moderada, le hubiera sido posible visualizar oportunamente cualquier irregularidad en el pavimento, como el supuesto hueco, y tomar las acciones necesarias para evitarlo, ya sea frenando totalmente o realizando una maniobra evasiva. Además, la propia víctima confesó durante la audiencia del 17 de noviembre de 2022 que acostumbraba transitar por ese sector para ir a su trabajo. Esta manifestación implica que la demandante era plenamente consciente del mal estado de la vía, lo cual incrementaba su deber objetivo de cuidado al conducir por esa zona. Sin embargo, actuó de manera negligente al no ajustar su comportamiento al riesgo conocido.

Adicionalmente, las pruebas demuestran que ese día llovía, circunstancia que obligaba a reducir aún más la velocidad por debajo del límite permitido de 30 km/h en zonas residenciales, a fin de poder reaccionar adecuadamente ante cualquier eventualidad. La demandante también confesó que transitaba solo por esa vía, sin presencia de otros vehículos que pudieran obstruir su visibilidad. Por lo tanto, no existía impedimento alguno para que divisara oportunamente el supuesto hueco en el pavimento y tomara las medidas pertinentes para evitar el accidente.

La actuación de la víctima denota claramente que incidió en la ocurrencia de sus lesiones, ya que dejó al arbitrio su seguridad y no adoptó las precauciones necesarias a fin de evitar el accidente. Toda vez que debía evitar transitar por la vía que conocía estaba en mal estado, además de hacerlo a más de 1 metro de la acera, cambiar de carril y conducir en exceso de velocidad, contraviniendo lo dispuesto en el Código Nacional de Tránsito para la conducción de motocicletas. Todo ello hace concluir que la hoy demandante transitaba sin atender ninguna reglamentación obligatoria para la conducción de vehículos tipo motocicletas. Por lo tanto, en la sentencia de primera instancia existe un defecto factico y sustancial toda vez que el Juez al momento de decidir no tomo en consideración que el demandante no respeto las normas que

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de mayo de 2013, C.P. Stella Conto Díaz, Rad. 18001-23-31-000-1998-00223-01(26132)

le correspondían como conductor, y por lo tanto debe asumir las consecuencias de las normas transgredidas.

En mérito de lo expuesto y a modo de conclusión, es claro que la participación causal de la señora Deicy Florez Jiménez en el hecho que derivó en su lesión incidió directamente en la misma, adecuándose de facto y de derecho a lo aquí estudiado y debatido. Por lo tanto, deberá el despacho revocar el fallo de primera instancia y determinar el porcentaje y/o proporción de su participación en aras de fijar el quantum indemnizatorio, que, a juicio de lo esgrimido por este extremo de la Litis, no deberá ser inferior al 50% respecto de la víctima.

D. REPARO SUBSIDIARIO: EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA IMPONE EQUIVOCADAMENTE UNA CONDENA POR CONCEPTO DE DAÑO A LA SALUD

Como consecuencia de la indebida valoración probatoria mencionada en los acápites anteriores, se libró una condena que no debe asumir el Distrito Especial de Santiago de Cali, y que por ende derive en afectar la póliza con la que se vinculó al proceso a mi representada, pues existe una causa extraña que rompe el nexo de causalidad de la responsabilidad del Estado. Por ende, tampoco es viable condena alguna, la cual se cuestiona en todas sus orbitas, en entre ellas el hecho de que se haya proferido una condena por concepto de daño a la salud desproporcional a la gravedad de las lesiones físicas y secuelas que acreditó la demandante.

Frente a dicho perjuicio, es necesario precisar que el mismo, se repara con base en dos componentes: (i) uno objetivo, el cual está determinado por el porcentaje de invalidez; y, (ii) uno subjetivo, que puede permitir incrementar o disminuir en determinada proporción el primer valor, conforme a las consecuencias particulares y específicas. Al respecto se ha establecido:

[P]or lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

Adicionalmente, en el documento del 28 de agosto de 2014 de la Sala Plena de la Sección del Tercera del Consejo de Estado, existen unas variables que deberán ser tenidas en cuenta por el operador jurídico. Veamos:

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán

las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado. - Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.

Así mismo es importante mencionar lo expuesto por el Consejo de Estado, sobre el reconocimiento de la indemnización por daño a la salud, así:

(...)... Si bien existe un arbitrio iuris para la estimación de la indemnización por daño a la salud (como lo alega la parte impugnante), lo cierto es que deben estar debidamente expuestos los motivos para efecto de apartarse de los criterios fijados en la tabla. El arbitrio iuris no es ilimitado, pues exige que el juez del asunto explique los motivos por los que la indemnización debe ser diferente a la establecida en las tablas indemnizatorias fijadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado. (...) Siendo así, la Sala también concuerda con el a quo en que fue desconocido el precedente fijado por la Sección Tercera del Consejo de Estado frente al tema de la estimación de indemnizaciones de perjuicios por daño a la salud.⁴

Ahora bien, sobre la condena impuesta por concepto de dicho perjuicio en la sentencia dice lo siguiente:

Con fundamento en el anterior medio probatorio se considera procedente enmarcar la gravedad de las lesiones padecidas por DEICY FLOREZ JIMENEZ en el nivel de gravedad “Igual o superior al 40% e inferior al 50%” teniendo en cuenta que padeció una alteración permanente de su sistema musculo esquelético axial (pubis) y presentó daño a la salud mental.

En consecuencia, la indemnización a reconocer por el daño a la salud causado al accionante es la siguiente:

- DEICY FLÓREZ JIMÉNEZ (víctima directa): 80 SMLMV

Sin embargo, el despacho no se expone razones suficientes para encuadrar el nivel de gravedad de las lesiones sufridas entre el 40% y el 50%. Esto debido a que, en el Dictamen N° 66971132 del 26 de octubre de 2022, se determinó una pérdida de capacidad laboral del 34,48%, en el cual se analizaron tanto sus deficiencias físicas como mentales o psicológicas.

⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 29 de abril de 2021, C.P. Julio Roberto Piza, Rad. 11001-03-15-000-2020-04563-01(AC)

Además, es importante considerar el dictamen médico legal de clínica forense efectuado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde se concluyó lo siguiente:

Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; Perturbación funcional de órgano sistema musculo esquelético axial (pubis) de carácter permanente.

(...).

Además, desde el punto de vista psiquiátrico, la peritada cumple criterios para considerar que presenta un DAÑO A LA SALUD (MENTAL).

Es decir, los mismos aspectos fueron analizados por ambas entidades, resultando en un porcentaje de gravedad de las lesiones del 34,48%, lo que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, correspondería al *quantum* indemnizatorio del 30% al 40%, equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), y no a 80 SMLMV como erróneamente condenó el juzgado de primera instancia. Esta decisión no se sustenta en prueba alguna que dé cuenta de una afectación adicional a las ya estudiadas y dictaminadas por las entidades correspondientes.

Por lo tanto, al no existir justificación suficiente para apartarse de los criterios establecidos por el Consejo de Estado, y al contradecir los dictámenes médicos que determinaron un porcentaje de afectación del 34,48%, la condena impuesta por el juzgado de primera instancia resulta equivocada y desconoce el precedente jurisprudencial en materia de indemnización por daño a la salud.

En conclusión, este fallo debe ser revocado por las evidentes falencias de que adolece y que se han demostrado con suficiencia en el presente escrito.

III. REPAROS FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO

A. LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA IMPUESTA A MI REPRESENTADA TENDRÁ QUE REVOCARSE TODA VEZ QUE NO ESTA PROBADA LA REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO

Del análisis de los argumentos fácticos y jurídicos esbozados en precedencia que, en suma, se traducen en la pretensión de impugnación, conllevarían a la revocatoria de la sentencia recurrida dada la ausencia de los elementos axiológicos de la responsabilidad del Estado. Bajo ese entendido, la obligación desplegada en cabeza de la aseguradora, deviene inexistente, pues dicho deber indemnizatorio sólo nace en la medida que se realice el riesgo asegurado, que no es otro que indemnizar la responsabilidad civil extracontractual de los hechos imputables al asegurado, el cual, como acabamos de ver no se estructura.

En la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 420-80-994000000054, cuya vigencia corrió desde el 24 de mayo de 2018 hasta el 29 de mayo de 2019, se pactó como objeto el de amparar los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo los perjuicios morales y de vida en relación y el lucro cesante, que cause a terceros el asegurado, con motivo de la responsabilidad civil en que incurra o le sea imputable de acuerdo con la Ley colombiana, durante el giro normal de sus actividades. Dicha condición nunca se cumplió y el riesgo no se

estructuró por no existir falla de parte del Distrito Especial de Santiago de Cali que haya originado algún perjuicio a los demandantes. Por lo tanto, los hechos y pretensiones de la demanda carecen de cobertura bajo la póliza de seguro utilizada como fundamento del llamamiento en garantía, pues no se cumplió la condición a la que está sometida la obligación de la aseguradora, esto es, que se realice el riesgo asegurado en los términos de la póliza.

Luego al no realizarse el riesgo asegurado, o no existir amparo para el evento, el juzgador debe exonerar a mi representada de toda obligación. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, Sentencia del 2 de mayo de 2000. Ref. Expediente: 6291. M.P: Jorge Santos Ballesteros; indicó lo siguiente:

Son la columna vertebral de la relación asegurativa y junto con las condiciones o cláusulas particulares del contrato de seguros conforman el contenido de este negocio jurídico, o sea el conjunto de disposiciones que integran y regulan la relación. Esas cláusulas generales, como su propio nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a todos los contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aún por los aseguradores del mismo mercado y están destinadas a delimitar de una parte la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro, definir la oportunidad y modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanen.

Por lo tanto, son estas las manifestaciones las que enmarcan las condiciones que regulan las obligaciones del asegurador, por lo que el juzgador debe ceñirse a lo expresamente enunciado en el condicionado del contrato de seguro.

Vale la pena recordar al respecto, que el contrato de seguro contiene una obligación condicional a cargo del asegurador, (la de indemnizar), una vez ha ocurrido el riesgo que se ha asegurado (Arts. 1045, 1536 y 1054 del Código de Comercio). Por ello, el nacimiento de la indemnización pende, exclusivamente, de la realización del siniestro contractualmente asegurado, por lo cual, no cualquier acto o hecho tiene la propiedad de ser un acto asegurado, sino únicamente tienen esta característica aquellos actos y hechos que son expresamente pactados en la póliza del contrato de seguro.

En efecto, al no darse los elementos que permitan declarar la responsabilidad del Asegurado, no hay fundamento para afectar la póliza en comento por ausencia de realización del riesgo asegurado, es decir que en el presente asunto **no se ha estructurado un siniestro**, lo que deviene en que no se cumple la condición esencial para que surja la obligación contractual de resarcir a cargo de mi procurada.

Así las cosas, de manera concreta y certera, no existe obligación por parte de **HDI SEGUROS S.A.** dado que no se configuran las presuntas causas del daño que se pretenden endilgar al ente territorial asegurado, por lo que no es posible entenderse comprometido el asegurador por riesgos que no le fueron trasladados por el tomador.

B. REPARO SUBSIDIARIO: EL DESPACHO OMITIÓ ESTUDIAR LAS EXCLUSIONES DE AMPARO PACTADAS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 420-80-994000000054

En la póliza en estudio, se estipularon algunas exclusiones al amparo que en el caso de presentarse la compañía de seguros no está obligada a responder, no obstante, en la sentencia de primera instancia el despacho no las tuvo en cuenta para evaluar la responsabilidad indemnizatoria de mi representada. Específicamente la siguiente: ***“17. DAÑOS A CAUSA DE LA INOBSERVANCIA DE DISPOSICIONES LEGALES, DE ÓRDENES IMPARTIDAS POR LA AUTORIDAD COMPETENTE O DE INSTRUCCIONES Y ESTIPULACIONES CONTRACTUALES.”***

Dentro del proceso, si bien por la parte activa no se logró probar fehacientemente la responsabilidad en cabeza de la entidad demandada, es importante que el despacho tenga en cuenta que, en caso de que por su parte se insista en la condena impuesta, se deben tener en cuenta que el asegurado incurrió en una de las causales de exclusión expresas en el clausulado la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 420-80-994000000054 siendo vinculante para sus partes. En ese sentido, si a juicio del juez de segunda instancia los hechos ocurridos el día 4 de abril de 2019 son responsabilidad del Estado, debe tenerse en cuenta que el mantenimiento y reparación de la malla vial de la ciudad de Cali es una obligación legal que le compete al Distrito Especial de Santiago de Cali, en tanto que su inobservancia está expresamente excluida de amparo por el contrato de seguro.

En este punto se debe tener como referente que la Superintendencia Financiera de Colombia, ha desarrollado el tema incluso desde el año 1996 a través de la Circular 007, donde indico: ***“1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones). Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada”.***

Posteriormente en la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, de la referida entidad, se reafirmó la postura realizando una regulación de la emisión de las pólizas y del contenido que estas debían tener, así:

1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros: Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el numeral 2 del art. 184 del EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información:

1.2.1.1. En la carátula:

1.2.1.1.1. Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del C.Co.

1.2.1.1.2. En caracteres destacados o resaltados, es decir, que se distingan del resto del texto de la impresión, el contenido del inciso 1º del art. 1068 del C.Co. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal.

1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones)

Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la

cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral. (Negrilla fuera de texto)

La regulación de la Superintendencia Financiera de Colombia, es completamente clara, pues indica que los amparos y exclusiones deben consignarse a partir de la primera página de la póliza, esto es, no de forma restrictiva en la carátula de la misma, puesto que, por razones prácticas, por imposibilidad física, y por las indicaciones legales referidas, no es viable que confluyan en esta misma página del contrato de seguro. De hecho, la misma Superfinanciera a través de su Dirección Legal dio respuesta a consulta formulada por el Representante Legal de Liberty Seguros el pasado 04 de febrero de 2020⁵, conceptuando lo siguiente: *“Bajo esta línea de interpretación, debe entenderse que en aquellos casos en que en consideración al número de amparos y sus respectivas exclusiones, así como la necesidad de ofrecer una descripción legible, clara y comprensible de los mismos, no sea susceptible incorporar todos estos conceptos en una sola página, pueden quedar, tanto los primeros como las segundas, consignados en forma continua a partir de la primera página de la póliza, como lo precisa la instrucción de este Supervisor”*.

Es preciso enfatizar que la Superintendencia Financiera de Colombia, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que tiene por objeto supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.

Conforme a lo anterior, y a su clara condición de organismo estatal regulador de la actividad financiera y aseguradora, que por tanto ejerce la supervisión de manera idónea, es que el Decreto 2739 de 1991, en su artículo 3.3, estableció como una de sus funciones, la siguiente: *“Emitir las órdenes necesarias para que las entidades sujetas a la inspección, Vigilancia y control de la Superintendencia suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas o inseguras, y para que se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento”*.

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

C. REPARO SUBSIDIARIO: EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA DESCONOCIÓ LA INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE LAS COASEGURADORAS, DADO QUE LA OBLIGACIÓN DE HDI SEGUROS S.A. SE LIMITA AL PORCENTAJE QUE LE CORRESPONDE DE ACUERDO CON EL COASEGURO PACTADO

La Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 420-80-994000000054, tomada por el Distrito Especial de Santiago de Cali, y que sirvió como fundamento del llamamiento en garantía en la presente Litis, fue tomada por el mencionado bajo la figura de COASEGURO, esto es, pactando la distribución del riesgo entre las compañías así: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. con el 35% siendo la aseguradora líder, CHUBB SEGUROS COLOMBIA con el

⁵ Superintendencia Financiera de Colombia, Radicación No. 2019153273-007-000, trámite: Consultas específicas, remitente: 334000 – DIRECCIÓN LEGAL DE SEGUROS, firmado por Luz Elvira Moreno Dueñas, Director Legal de Seguros

30%, SBS SEGUROS con el 25% y HDI SEGUROS con el 10% lo cual quedo probado dentro del proceso. Sin embargo, dentro de la sentencia no se mencionó que dentro de dicha figura no cabe la solidaridad entre las coaseguradoras.

En esa medida, al existir un coaseguro entre las mencionadas aseguradoras y mí representada, en el improbable caso que el Distrito Especial de Santiago De Cali deba responder por la acusación de los perjuicios sufridos por la parte demandante, deberá tenerse en cuenta que, al no existir solidaridad entre las compañías aseguradoras, cada una deberá responder de acuerdo al porcentaje pactado.

Lo anterior, tiene fundamento en el artículo 1092 y 1095 del Código de Comercio, el cual establece referente al Coaseguro, lo pertinente:

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.

De la misma manera en reiterada Jurisprudencia el Consejo de Estado, se ha pronunciado sobre la inexistencia de solidaridad entre coaseguradoras, así: *“La jurisprudencia ha reconocido que en casos de coaseguro se responde en proporción a la cuantía que se asumió, sobre todo en el caso en que ello se pacte expresamente. De hecho, ha indicado que en 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 ellos”*⁶

Por lo tanto, atendiendo al precepto de la inexistencia de solidaridad entre las coaseguradoras y en el improbable caso de que se confirme la sentencia de primera instancia es importante que el *ad-quem* realice la distribución porcentual del riesgo que le corresponde a cada coaseguradora en la parte resolutive de la sentencia.

D. REPARO SUBSIDIARIO: EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DESCONOCIÓ EL VALOR DEL DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 420-80-994000000054

En la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 420-80-994000000054, se estipuló adicionalmente la existencia de un deducible, el cual legalmente está permitido consagrado en el artículo 1103 del Código de Comercio, así: *“(…) Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original (…)”*

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 9 de julio de 2021, Exp. 54460

En ese sentido, en el remoto evento que se confirme la sentencia de primera instancia, debe tenerse en cuenta, que el deducible, el cual corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el Distrito Especial de Santiago de Cali, como asegurado, para el caso que nos ocupa se estableció en el 1% del valor de la pérdida o del valor total de la condena, como mínimo el valor de 1SMLM, lo cual no fue expresado en la Sentencia. Por lo tanto, en caso de que se deba cumplir la sentencia, el distrito deberá cubrir al menos el 1% de la pérdida o 1 SMLMV, lo que sea mayor, mientras que a la aseguradora le correspondería cubrir el saldo restante.

Así entonces, de acuerdo con lo señalado y toda vez que el deducible pactado es la porción o fracción que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado, en el hipotético evento en que la póliza en cuestión estuviere llamada a hacerse efectiva, se deberán tomar en consideración las anteriores estipulaciones reseñadas al momento de proferir sentencia de segunda instancia, de suerte que en el remoto e improbable evento de proferirse fallo desfavorable a los intereses de mi representada, se debe tener en cuenta para la tasación el porcentaje del deducible

E. REPARO SUBSIDIARIO: EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DESCONOCIÓ EL VALOR DEL LIMITE ASEGURADO PACTADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 420-80-994000000054

Sobre la responsabilidad de la aseguradora llamada en garantía, el despacho considera que debe indemnizar de los perjuicios causados a la parte demandante como consecuencia de la responsabilidad endilgada al Distrito Especial de Santiago de Cali, como tomador y asegurado de la Póliza No. 420-80-99000000054. Sin embargo, en la sentencia no se especifican las condiciones determinadas en el contrato de seguros, que son obligaciones contraídas por la Compañía aseguradora exclusivamente expresadas en su texto, las cuales por ningún motivo se pueden desconocer.

Por lo tanto, el despacho no podrá condenar a mi representada a pagar una suma mayor a la asegurada. De ninguna manera el demandante podrá obtener una compensación más allá del límite de la suma asegurada indicada en la carátula de la póliza suscrita con el Distrito Especial de Santiago de Cali, que para el presente caso el “límite asegurado evento/vigencia” es de \$7.000.000.000, siendo el límite máximo de responsabilidad de la compañía por todos los daños y perjuicios causados por todos los siniestros ocurridos durante la vigencia del seguro.

De acuerdo a lo estipulado en el artículo 1079 del Código de Comercio: *“El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”*.

En conclusión, en el improbable caso que los argumentos esgrimidos por mi representada para la revocatoria de la sentencia no sean de su total convencimiento, es imperativo tener en consideración que las condiciones determinadas en el contrato de seguros son obligaciones contraídas por la compañía aseguradora exclusivamente expresadas en su texto, las cuales por ningún motivo se podrán desconocer.

IV. PETICIÓN

PRIMERA: Se revoque la sentencia impugnada y se condene en costas a los demandantes.

SEGUNDA: Sin perjuicio de lo anterior y en el remoto evento que se llegara a declarar la responsabilidad de la entidad demandada, solicito de manera subsidiaria al despacho resolver que el mismo se ajuste en cuantificación a la concausalidad.

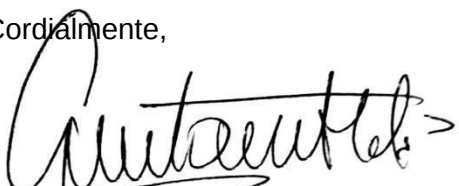
TERCERA: De manera subsidiaria, en el remoto e hipotético caso que se considerara acceder a las pretensiones de la demanda, en contra del Distrito Especial de Santiago de Cali se tenga en cuenta todas y cada una de las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza que sirvió de base para el llamamiento en garantía efectuado en el presente proceso.

V. NOTIFICACIONES

A la parte actora y a los convocados, en las direcciones consignadas en los escritos de demanda y contestaciones de la misma.

Al suscrito, en la Avenida 6 A Bis No. 35N-100 oficina 212 de la Ciudad de Cali (V), correo electrónico: **notificaciones@gha.com.co**

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No.19.395.114 de Bogotá

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