

Señores:

JUZGADO DIECINUEVE (19º) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI.

E. S. D.

RADICACIÓN: 76001-33-33-019-**2020-00031-00.**

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA.

DEMANDANTES: ROBERT ARTURO GONZALEZ DAVILA Y OTRA.

DEMANDADOS: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI - EMCALI EICE S.A. E.S.P.

LLAMADO EN GTÍA: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA, 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 general **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, sociedad legalmente constituida, con NIT. No. 891700037-9, con domicilio principal en Bogotá D.C., y sucursal en Cali, (V), como se acredita con la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Cali, que anexo a este escrito, respetuosamente manifiesto que en ejercicio del mandato a mi conferido y dentro del término legal, respetuosamente procedo, primero, a contestar la demanda instaurada por el señor **ROBERT ARTURO GONZALEZ DÀVILA Y OTRA** en contra del **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA**, y, en segundo lugar, a contestar el llamamiento en garantía formulado a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, por dicho ente territorial, de acuerdo con los fundamentos que se esgrimen a continuación:

OPORTUNIDAD PARA CONTESTAR LA DEMANDA.

De conformidad con lo establecido en el Auto Interlocutorio del 12 de noviembre de 2021, notificado en estados el 16 de noviembre de la anualidad, proferido por el Juzgado Diecinueve (19º) Administrativo de Cali, por medio del cual se admitió el llamamiento en garantía respecto de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, y se le concedió el término de quince (15) días para contestar la demanda y el llamamiento en garantía. La notificación electrónica efectuada por el Despacho se surtió el 1º de diciembre de 2021.

El Decreto No. 806 de 2020, en el artículo 8º, reza:

“Artículo 8. Notificaciones personales.

Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio. El interesado afirmará bajo la gravedad del

juramento, que se entenderá prestado con la petición, que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar, informará la forma como la obtuvo y allegará las evidencias correspondientes, particularmente las comunicaciones remitidas a la persona por notificar.

*La notificación personal se entenderá realizada una vez **transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación**". (Énfasis propio).*

De conformidad con la norma citada, se tiene que los quince (15) días de traslado para contestar se contabilizaran dos (2) días hábiles después de la remisión del correo. En el caso de estudio la notificación electrónica se surtió el 1º de diciembre de la anualidad. Por lo que los días 2 y 3 de diciembre de 2021, son los días que indica la norma citada.

Así las cosas, los quince (15) días para contestar se surtirían desde el 6, 7, 9, 10, 13, 14, 15 y **16** de diciembre de 2021, y los días 11, 12, 13, 14, 17, 18 y 19 de enero de 2021, por lo que se concluye que este escrito es presentado dentro del tiempo previsto para tal efecto.

CAPÍTULO I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I. FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Frente al hecho 1º: no me consta de forma directa ni indirecta que el 22 de diciembre de 2017 a las 11:35 a.m., el demandante se trasladara al Liceo Superior del Valle y menos que lo hiciera en la motocicleta de placas NYC 43 E, por ser un hecho ajeno a la compañía que represento y por carecer de valor probatorio que permita constatar lo afirmado.

Sin embargo, de la documental anexa al dossier se observa que el ingreso del actor a la clínica fue a las 16:00:30 p.m., es decir después de 4 horas y 25 minutos.

Conforme a ello, deberá la parte actora cumplir con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente y útil.

Frente al hecho 2º: no me consta de forma directa que el demandante sea titular de la licencia de conducción No. 16797039, por tratarse de asuntos que escapan al radio competencial de la aseguradora que represento.

Sin embargo, de la documental anexa a la foliatura se observa copia de la licencia de conducción No. 16797039, la cual aparentemente corresponde al demandante. No obstante, debe advertirse que en dicho documento existe la restricción de conducir con lentes.

Conforme a ello, deberá la parte actora cumplir con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente y útil.

Frente al hecho 3º: no me consta directa ni indirectamente que el demandante transitara en sentido norte sur por la Avenida Ciudad de Cali, como tampoco que lo hiciera portando casco reglamentario, por ser un hecho ajeno a la compañía que represento, máxime cuando carece de valor probatorio que permita constatar lo allí afirmado. No obstante, pese a existir restricción de conducir con lentes nada se dice de ello en el libelo introductorio.

Valga precisar que del supuesto accidente no se levantó Informe Policial de Accidente de Tránsito y/o reporte de autoridad competente, y mucho menos hubo testigos presenciales. Es oportuno destacar que para probar la supuesta ausencia de la tapa de la alcantarilla únicamente se aportó un registro fotográfico, el cual se tomó según lo afirmado en la demanda casi un mes después del accidente de tránsito, esto es el 16 de enero de 2018.

En consecuencia, no se le podrá asignar valor probatorio alguno, toda vez que no reúne los requisitos mínimos para ello, estos son: i) origen, ii) lugar, iii) época en que fue tomada, iv) reconocimiento o ratificación, v) autenticidad y certeza, tal y como lo refirió el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Actor: Sociedad Salomón Melo C Ltda., Demandado: Distrito Especial-Industrial y Portuario de Barranquilla, Radicación No. 08001-23-31-000-1997-11812-01 (27353), en providencia del 13 de junio de 2013:

“Sobre la posible valoración de las fotografías que fueron allegadas al proceso por el demandante, y que pretenden demostrar la ocurrencia de un hecho, debe precisarse que éstas sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las cuales no se puede determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas, y al carecer de reconocimiento o ratificación, no pueden ser cotejadas con otros medios de prueba allegados al proceso. (...) se tiene que las fotografías son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado que los requisitos formales para la valoración de este tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar.”

Conforme a lo anterior, deberá la parte actora cumplir con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente y útil.

Frente al hecho 4º: no me consta directa ni indirectamente que en la supuesta vía en la cual se presentó el accidente de tránsito no existieran señales que advirtieran de la ausencia de

la tapa de alcantarilla por tratarse de asuntos que escapan al objeto social de la aseguradora que represento.

Conforme a lo anterior, deberá la parte actora cumplir con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente y útil.

Frente al hecho 5º: no me consta de forma directa ni indirecta la velocidad con la que conducía el demandante, máxime cuando no obra Informe Policial de Accidente de Tránsito Que determinara la distancia en la que quedó la motocicleta, la huella de arrastre, etc.

Conforme a lo anterior, deberá la parte actora cumplir con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente y útil.

Frente al hecho 6º: no me consta de forma directa ni indirecta que la vía en la que supuestamente ocurrió el accidente sea de alta peligrosidad, menos que por sus propios medios se trasladara a la Clínica Cristo Rey, como tampoco el diagnóstico que se le dio al paciente por tratarse de asuntos totalmente ajenos a la aseguradora que represento.

Conforme a lo anterior, deberá la parte actora cumplir con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente y útil.

Frente al hecho 7º: no me consta de forma directa ni indirecta las diferentes intervenciones quirúrgicas a las que supuestamente ha sido sometido el demandante, menos la presunta discapacidad permanente, como tampoco la incapacidad de treinta (30) días, por tratarse de actos médicos que escapan al radio competencial de la aseguradora que represento.

Conforme a lo anterior, deberá la parte actora cumplir con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente y útil.

Frente al hecho 8º: no me consta de forma directa ni indirecta que el desempeño laboral del actor se hubiese visto afectado a raíz del presunto accidente, máxime cuando ni siquiera existe concepto de un médico laboral determinando lo propio.

Conforme a lo anterior, deberá la parte actora cumplir con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente y útil.

Frente al hecho 9º: no es un hecho, corresponde a manifestaciones subjetivas del extremo activo pretendiendo instituir la responsabilidad del accidente a los demandados. El Municipio de Santiago de Cali no ha incumplido ningún componente obligacional que estuviera a su cargo, razón por la cual no es responsable de los perjuicios que supuestamente padeció el actor.

Frente al hecho 10º: no me consta de forma directa ni indirecta que al demandante se le hubiese imposibilitado desarrollar actividades cotidianas por tratarse de aspectos personales que escapan al radio competencial de mi representada.

Conforme a lo anterior, deberá la parte actora cumplir con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente y útil.

Frente al hecho 11º: no me consta de forma directa ni indirecta que el demandante fuera privado de realizar actividades de disfrute familiar y menos que no pudiera asistir a su hija menor de edad por hacer referencia aspectos personales que son ajenos a la aseguradora que represento.

Conforme a lo anterior, deberá la parte actora cumplir con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente y útil.

Frente al hecho 12º: no es un hecho. Se trata de la imputación del daño a los demandados y con fundamento en ello pretenden se les resarza los perjuicios. Sin embargo, no está acreditada en el dossier la responsabilidad del ente territorial, máxime cuando en el libelo introductorio se indica que el accidente acaeció por la ausencia de una tapa de alcantarilla, lo cual no comporta una obligación para el Municipio de Santiago de Cali.

II. FRENTE AL ACÁPITE DE PRETENSIONES

Me opongo a la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda, por cuanto carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad, como quiera que se pretende, al hacer la narración de los supuestos hechos, imputar una responsabilidad administrativa, la cual como se establecerá dentro del proceso, no se estructuró, toda vez

que en estos casos impera el principio de la carga de la prueba, tanto de la supuesta culpa o falla del servicio, como del daño, de la cuantía del presunto detrimento y el nexo de causalidad entre uno y el otro.

En efecto, en el derecho colombiano la carga de la prueba corresponde a quien alegue un hecho del que pretenda derivar consecuencias jurídicas y/o económicas, por ello debe comprobar su realización. En ese orden de ideas, en materia de responsabilidad administrativa del Estado, quien demanda y solicita indemnización, debe acreditar que se reúnen los requisitos que conforman esa clase de vínculo jurídico, como son la falla o falta del servicio, la existencia de un daño indemnizable, cuya cuantía debe demostrarse también, y la relación de causalidad entre aquella y tal daño.

En tal virtud, con miras a la obtención de una indemnización, no basta alegar la supuesta falla, ni el daño o el supuesto detrimento, por cuanto los mismos no son susceptibles de presunción, de manera que es menester acreditar debidamente su producción, esto comprende la demostración de esos hechos, su identificación y obviamente su cuantificación cierta, sin perjuicio de la relación de causalidad que tienen aquellos con la acción u omisión de las entidades demandadas y por lo tanto, la obligación de indemnizar de éstas, toda vez que al funcionario juzgador le está vedado presumirlos y se tiene que restringir a lo que ciertamente está comprobado en el expediente y probado con los medios consagrados por la normatividad procesal, de forma que lo que no aparezca ahí o no fue probado de legal forma, simplemente no existe y por ende, no puede ser considerado por el juzgador.

Lo anterior exige que la comprobación del supuesto daño por medio de los elementos de prueba pertinentes sea satisfactoria, es decir, suficiente, para que en ejercicio de la elevada misión de administración de justicia se apliquen atinadamente los principios de la sana crítica para la acertada valoración del acervo probatorio.

De esta manera, y con el ánimo de lograr una indudable precisión frente a los improbados requerimientos pretendidos en la demanda, me refiero a cada pretensión de la siguiente manera:

Frente a la pretensión primera: me opongo a que se declare que se estructuró la responsabilidad del ente territorial demandado por los perjuicios que alega haber sufrido la parte actora, por el presunto accidente de tránsito en el que resultó lesionado el señor ROBERT ARTURO GONZALEZ DAVILA, el 22 de diciembre de 2017.

Debe resaltarse en este punto, que en el expediente no hay prueba de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que lo rodearon, ni de la relación de causalidad con el presunto suceso, ni del perjuicio alegado.

Luego, es claro que en este caso no se reúnen los elementos que estructuran la responsabilidad del ente demandado, pues no existe prueba que algún hecho, acción u omisión del municipio haya incidido en alguna forma en la ocurrencia del presunto accidente de tránsito, ni de la imprescindible relación de causalidad entre el presunto perjuicio alegado y la conducta de la parte pasiva de este medio de control. Todo lo contrario, se encuentra acreditada la falta de legitimidad de la entidad territorial, toda vez que la imputación recae sobre una alcantarilla servicio público que no hace parte de su contenido obligatorio.

Frente a la pretensión segunda: me opongo a que se reconozcan los perjuicios morales, daño a la salud, afectación a derechos constitucionales y materiales en la modalidad de lucro cesante deprecados por cuanto no hay relación de causalidad que permita inferir que el presunto daño fue consecuencia de una acción y/u omisión de la entidad territorial, máxime cuando se encuentra configurada la falta de legitimidad en la causa por pasiva, pues el servicio público de alcantarillado no hace parte del contenido obligatorio del Municipio de Santiago de Cali.

PERJUICIOS INMATERIALES:

Respecto al perjuicio moral: me opongo a que se reconozcan los perjuicios morales deprecados por cuanto no hay relación de causalidad que permita inferir que el presunto daño fue a consecuencia de una acción y/u omisión de la entidad territorial.

Se deprecia por **perjuicios morales**, el total de SESENTA, (60), salarios mínimos mensuales vigentes para la víctima directa y para su hija menor de edad. Justifican la causación de los mismos por el supuesto sufrimiento, congoja y preocupación que les generó el padecimiento del señor ROBERT ARTURO GONZALEZ DAVILA, por las supuestas lesiones que le ocasionó el accidente de tránsito acaecido el 22 de diciembre de 2017.

Si bien es cierto que por tratarse de un perjuicio extrapatrimonial la tasación tiene parámetros subjetivos, los precedentes jurisprudenciales en materia contencioso administrativa han establecido unos topes indemnizatorios de acuerdo a las situaciones que se generen, a la gravedad de las mismas y a la relación de cercanía con la persona afectada del evento dañoso. Es así como actualmente, por concepto de daño moral, se reconoce el monto de 100 SMLMV, para las personas que tengan relaciones afectivas conyugales y paternofiliales con la persona que fallece, o en el evento de lesiones, cuando las mismas son iguales o superan el 50% de la pérdida de capacidad laboral.

De acuerdo con las circunstancias fácticas presentadas en la demanda, es claro que lo pretendido obedece a una situación de lesiones, sin embargo, no obra en el expediente dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que determinara una pérdida de

capacidad laboral igual o superior al 30% e inferior al 40% que encasille en los supuestos jurisprudenciales para acceder a una indemnización de sesenta (60) salarios mínimos mensuales vigentes, por lo que desde ya se concluye que la tasación es excesiva.

Frente al daño a la salud: me opongo a la prosperidad de dicha pretensión en la cuantía de sesenta (60), salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el señor ROBERT ARTURO GONZALEZ DAVILA, por cuanto el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, no desplegó acción y/u omisión que le generara algún daño al demandante, todo lo contrario, no obra ningún medio probatorio que dé cuenta de vulneración al contenido obligacional del ente territorial, máxime cuando se indica en el libelo introductorio que el accidente de tránsito ocurrió por la falta de una tapa de alcantarilla. Valga la pena advertir que el servicio público de alcantarillado no hace parte del contenido obligacional del municipio de Santiago de Cali, pues el mismo se encuentra a cargo de una empresa autónoma e independiente que cuenta con personería jurídica y presupuesto propios.

Consecuentemente, el ente territorial no está en la obligación de resarcir el perjuicio reclamado, y menos en la cuantía deprecada, la cual desborda los límites establecidos por el Consejo de Estado.

En efecto en Sentencia del 12 de marzo de 2014, El Consejo de Estado, dispuso lo siguiente:

“Se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente -como quiera que empíricamente es imposible- una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo”¹.

En la misma línea, el Consejo de Estado, frente al daño a la salud, estableció lo siguiente:

“4. CONCEPTO Y REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD.

En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

*La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, **única y exclusivamente para la víctima directa**, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, (...).”*

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre 2011, exp. 19031, M.P. Enrique Gil Botero.

En virtud de lo anterior, es evidente que dicho perjuicio única y exclusivamente se encuentra instituido para la víctima directa, siempre que se demuestre la afectación psicofísica, sin embargo, hasta el momento la parte actora no logra acreditar tal perjuicio, máxime cuando no obra dictamen de Medicina Legal y/o de la Junta Regional de Invalidez, que acredite secuelas o pérdida de capacidad laboral en el demandante, en consecuencia, dicha pretensión no podrá prosperar, y menos en la cuantía incoada.

Frente a la afectación de derechos constitucionales: en vista de que en el presente asunto no se estructuró bajo ninguna óptica, conforme a los elementos de hecho y de derecho, la responsabilidad administrativa del Municipio de Santiago de Cali, por encontrarse demostrada la falta de legitimación en la causa por pasiva, y el hecho determinante de un tercero, me opongo rotundamente a la obligación de indemnizar a los demandantes por este rubro, el cual ni siquiera se encuentra acreditado en el dossier.

PERJUICIO MATERIAL:

Frente al lucro cesante: me opongo rotundamente al reconocimiento del perjuicio material en la modalidad de LUCRO CESANTE, por cuanto el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, no desplegó actuación ni omitió obligación alguna que desencadenara en el mencionado accidente de tránsito en el que presuntamente resultó lesionado el demandante, todo lo contrario se encuentra demostrada la falta de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial al indicarse en la demanda que el presunto accidente de tránsito se ocasionó por la ausencia de una tapa de alcantarilla servicio público que no hace parte del contenido obligacional de la entidad territorial.

Al respecto, es preciso destacar frente al perjuicio de índole patrimonial, en su modalidad de Lucro Cesante, que la estimación presentada por la parte actora en la suma de \$87.375.056, no se encuentra fundada en elementos documentales que permitan acreditar detrimento alguno, ni privación de ingresos; es más, los cálculos realizados por los demandantes, parten de una premisa sin bases, pues debe recordarse que en el libelo introductorio no existe prueba alguna que demuestre que el señor GONZALEZ dejara de percibir ingresos durante la incapacidad, razón por la cual se deberá negar dicha petición.

Teniendo en cuenta lo anterior, no pueden los demandantes solicitar el pago de dicho perjuicio, cuando éste no se encuentra debidamente demostrado. Al respecto, es imprescindible rememorar el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 055 de 24 de junio de 2008 Exp. 2000-01141-01, cuando señala que el lucro cesante debe **ser cierto, y suponer una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual**, como ocurre en el caso particular:

“En efecto, en cuanto perjuicio, el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual. Ahora, sin ahondar en la materia, porque no es del caso hacerlo, esa certidumbre no se opone a que, en determinados eventos, v. gr. lucro cesante futuro, el requisito mencionado se concrete en que el perjuicio sea altamente probable, o sea, cuando es posible concluir, válidamente, que verosímilmente acaecerá, hipótesis en la cual cualquier elucubración ha de tener como punto de partida una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado.(...) (Negrilla y sublínea fuera de texto).

Lo anterior, se reitera en Sentencia del 9 de septiembre de 2010, expediente 2005-00103-01, en la que se expuso:

“En tratándose del daño, y en singular, del lucro cesante, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión.

“La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320).

“(...

“Justamente, la jurisprudencia de esta Corte cuando del daño futuro se trata y, en particular, del lucro cesante futuro, ha sido explícita ‘en que no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho’, acudiendo al propósito de determinar ‘un mínimo de razonable certidumbre’ a ‘juicios de probabilidad objetiva’ y ‘a un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del ‘lucro cesante’ y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido’ (cas. civ. sentencia de 4 de marzo de 1998, exp. 4921).

“Más exactamente, el daño eventual no es resarcido, ‘por no ser cierto o no haber ‘nacido’, como dice la doctrina, dejando a salvo los eventos de pérdida de una probabilidad” (cas. civ. sentencias de 5 de noviembre de 1998, exp. 5002, 9 de agosto de 1999, [S-033-99], exp. 4897), y en estrictez, en tanto no se puede profetizar ni conocer razonablemente su ocurrencia, es decir, su existencia es una simple conjetura, descartando per se, incluso la simple posibilidad de su acaecimiento. Tal es el caso, de los simples sueños, hipótesis, suposiciones, fantasías e ilusiones carentes de todo margen razonable de probabilidad objetiva en su acontecer. (...) (Negrilla y sublínea fuera de texto).

Por su parte, el H. Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019, frente al lucro cesante, sostuvo lo siguiente:

“La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante.

1.1 Presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante

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

1.1.2 *Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.²).*

*Así, para acceder al reconocimiento de este perjuicio material en los eventos de privación injusta de la libertad debe haber **prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos**. Cuando la persona privada injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante, conforme a*

² Para la Corte Constitucional (sentencia T-733 de 2013): “La noción de carga de la prueba ‘onus probandi’ es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que la carga de la prueba es la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla cuando no ‘el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado’, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”.

los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945)”.

De lo anterior, se colige que para efectos de reconocer el lucro cesante se debe partir de un perjuicio cierto, pues el eventual no otorga derecho a indemnización. Ahora bien, en el caso de marras, se observa que en el libelo introductorio se deprecia un lucro en favor del presunto lesionado por valor de **\$87.375.056**, sin que se aportara prueba alguna que acreditara tal situación, razón por la cual se deberá negar dicha petición.

Aunado a lo anterior, el H. Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación, citada, respecto a la liquidación del lucro cesante, consideró:

1.2 “Parámetros para liquidar el lucro cesante:

2.2.1 Período indemnizable

El período indemnizable, para la liquidación del lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, será el tiempo que duró la detención, es decir, el período que transcurrió desde cuando se materializó la orden de detención con la captura o la aprehensión física del afectado con la medida de aseguramiento y hasta cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra.

La liquidación del lucro cesante comprenderá, si se pide en la demanda y se prueba suficientemente su monto, el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención y, además, si se solicita en la demanda, el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de pérdida de ésta.

2.2.2 Ingreso base de liquidación

El ingreso base de liquidación deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima al tiempo de su detención, proveniente del ejercicio de la actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos.

Para que la prueba del ingreso sea suficiente, debe tenerse en cuenta que, si se trata de un empleado, se debe acreditar de manera idónea el valor del salario que recibía con ocasión del vínculo laboral vigente al tiempo de la detención; al respecto, debe recordarse que los artículos 232 (inciso segundo) del Código de Procedimiento Civil y 225 del Código General del Proceso señalan que: “Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar

haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión” (negrillas de la Sala).

El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado

y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas³, las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario⁴, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso.

2.2.3 Aplicación del salario mínimo legal mensual

Cuando se acredite suficientemente que la persona privada injustamente de la libertad desempeñaba al tiempo de su detención una actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos y que no pudo continuar desempeñando por causa de la detención, pero se carezca de la prueba suficiente del monto del ingreso devengado producto del ejercicio de tal actividad lícita o la privada de la libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, **la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa**, lo cual se aplica teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en la ley 100 de 1993, ese es el ingreso mínimo o el salario base de cotización al sistema general de seguridad social (artículos 15 y 204) y, además, que el artículo 53 constitucional ordena tener en cuenta el principio de la “remuneración mínima vital y móvil” y que, según el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo, “... el salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a las necesidades normales y a las de su familia”.

2.2.4 Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales

Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales⁵, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida **trabajaba como empleado al tiempo de la detención**, pues las pretensiones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada⁶.

³ “**ARTICULO 615. OBLIGACIÓN DE EXPEDIR FACTURA.** Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

“Para quienes utilicen máquinas registradoras, el documento equivalente será el ticket expedido por ésta”.

⁴ Ver la cita 60 de la página 31.

⁵ De las prestaciones trata el Código Sustantivo del Trabajo (capítulos VIII y IX) y están concebidas como beneficios legales que el empleador debe pagar a sus trabajadores, adicionalmente al salario ordinario, para atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de la actividad laboral.

⁶ La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, precisó que las prestaciones sociales solo se causan en virtud de la existencia de un contrato de trabajo subordinado y que a ellas no tienen derecho quienes desarrollan una actividad como independientes; al respecto, dijo:

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener

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

De la anterior reproducción, se tiene que para calcular el ingreso del lucro se tendrá en cuenta los ingresos ciertos, y únicamente se podrá aumentar el 25% de prestaciones sociales cuando se logre demostrar que efectivamente existía una vinculación laboral, es decir, en el caso de la presunción del salario mínimo de ninguna manera se podrá acceder al 25%, por prestaciones sociales, en consecuencia, el juzgador deberá sujetarse a la Sentencia de Unificación.

Frente a la pretensión tercera: me opongo a la prosperidad de esta pretensión por cuanto al no reunirse los requisitos esenciales para endilgar responsabilidad alguna en cabeza de la entidad territorial demandada, no es viable imponer una obligación por pago de costas y agencias en derecho.

Frente a la pretensión cuarta: al respecto, de esta pretensión debe indicarse al Despacho que la misma no puede considerarse, por cuanto se refiere al cumplimiento de disposiciones normativas.

III. EXCEPCIONES FRENTE A LA DEMANDA

1. EXCEPCIONES PLANTEADAS POR QUIEN FORMULÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

Respetuosamente solicito al juzgador de instancia, tener como excepciones contra el medio de control de reparación directa, todas las planteadas por el demandado MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, las cuales coadyuvo, en cuanto favorezcan los intereses de mí procurada, y en ese sentido, las que propongo a continuación:

2. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: LA CONDUCTA REPROCHADA NO HACE PARTE DEL CONTENIDO OBLIGACIONAL PROPIAMENTE DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.

frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”.

La legitimación en la causa por pasiva, en su carácter de requisito o presupuesto para el acogimiento favorable de la pretensión, ha sido definida como la coincidencia que debe existir entre los demandantes y los demandados (la persona a quien la ley impone la obligación de satisfacer el derecho reclamado por el demandante).

Luego, la falta de legitimación en la causa por pasiva es entendida como la ausencia de la citada coincidencia, que en el presente asunto se encuentra plenamente acreditada debido a que la entidad demandada no tiene por qué reconocer y pagar indemnización por el accidente de tránsito supuestamente ocasionado por la ausencia de una tapa de alcantarilla, servicio público que está a cargo de una sociedad que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, siendo evidente que no existió actuación y/u omisión del ente territorial en los hechos que son objeto del medio de control, luego, no es la persona jurídica llamada a responder por los perjuicios irrogados por el actor.

En efecto, el artículo 1º del Acuerdo No. 34 de 1999, señala:

*“ARTICULO PRIMERO: Naturaleza Jurídica. Las Empresas Municipales de Cali transformadas mediante el Artículo Cuarto del Acuerdo 014 de 1996, seguirá siendo una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, prestadora de servicios públicos domiciliarios, **dotada de personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y de objeto social múltiple**”.*

Por su parte, en el artículo 4º ibídem, se dispone lo siguiente:

*“ARTICULO CUARTO: Objeto Social. Las Empresas Municipales de Cali, EMCALI E.I.C.E. E.S.P., tienen como objeto social la prestación de servicios públicos domiciliarios contemplados en las Leyes 142 y 143 de 1994, tales como acueducto, **alcantarillado**, distribución y comercialización de energía, distribución de gas combustible, telefonía básica conmutada, telefonía móvil y móvil rural y demás servicios de telecomunicaciones incluyendo los servicios agregados, generación de energía y tratamiento de aguas residuales.*

Podrán también prestar otros servicios públicos domiciliarios a que se refieren las Leyes 142 y 143 de 1994 y demás disposiciones legales que las adicionen o reformen previa aprobación del Concejo Municipal de Santiago de Cali”.

De la anterior referencia, se concluye que el servicio público de alcantarillado es prestado por una empresa que goza de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, razón por la cual se debe demandar directamente a dicha empresa y no al Municipio de Santiago de Cali, lo que no sucede en el caso estudiado, pues el actor demandó a la entidad territorial por el supuesto accidente de tránsito por la ausencia de una tapa de alcantarilla, luego, es evidente la falta de legitimidad en la causa por pasiva del asegurado.

En virtud de lo expuesto, respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

3. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR LA FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD – IMPUTACIÓN.

Una de las implicaciones más importantes al determinar el régimen de responsabilidad es el comportamiento probatorio de las partes. El régimen subjetivo de responsabilidad, además de ser el postulado general, le impone a la parte demandante la carga probatoria, por tanto, es ella quien debe tener un comportamiento activo en la aportación del material que soporta los supuestos de hecho registrados en la demanda. Como bien se puede revisar en el proceso, no hay prueba que permita estructurar los elementos de la responsabilidad que se pretende atribuir al Municipio de Santiago de Cali.

Con respecto a las condiciones en que se presentó el supuesto accidente, no hay ninguna prueba que estructure la atribución del daño a la entidad territorial demandada. Así pues, no se tiene certeza de que el incumplimiento obligacional que refiere la parte demandante haya determinado la causación del accidente y consecuentemente generado los perjuicios que pretende, por tanto, ante la inexistencia de estos elementos no se configura la responsabilidad patrimonial del Estado.

Las pruebas que obran en el expediente se fundamentan en la acreditación del daño y no en la imputación. Por esto, ni siquiera indiciariamente se podría servir probatoriamente para realizar un juicio causal y así atribuir responsabilidad a la entidad demandada, la ausencia de la causalidad impide que se estructuren los elementos de la responsabilidad para imputar el daño respecto a la entidad demandada.

Entonces, retomando, no hay prueba de la imputación que se pretende estructurar hacia el Municipio de Santiago de Cali. Tampoco hay prueba de que haya una falla del servicio, pues no se indica en ningún momento cuál fue el incumplimiento obligacional por parte de la entidad territorial que determinó el daño. No se prueba que la entidad demandada haya cumplido defectuosa, tardía o simplemente incumplido con sus obligaciones administrativas, aterrizando al caso, no se probó la existencia del supuesto indebido mantenimiento de la vía ni que el mismo fuera el causante de los daños reclamados.

Ahora, en el remoto evento en que el Despacho considere que sí estamos en presencia de un incumplimiento obligacional por parte de la entidad territorial demandada, el juicio de responsabilidad de igual forma debe fracasar. Esto debido a que si hipotéticamente se acreditara cualquier supuesto que conllevara al incumplimiento, falta la prueba de un elemento estructural de la responsabilidad, la imputación. Como se ha dicho, no hay elementos probatorios que acrediten que la supuesta falla fue la que determinó el daño reclamado.

Frente a la prueba de la causalidad en un régimen subjetivo, ha dicho el Consejo de Estado:

“Así, entonces, *la demostración del mal estado de la vía no es, por sí sola, suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de producirse un daño, 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.*”⁷

La relación entre la prueba de la falla del servicio y la causalidad ha sido estudiada por la doctrina y la jurisprudencia, concluyendo que, sin la última, la prueba de la falla del servicio serviría para establecer políticas de prevención de daños, pero no para atribuir responsabilidad.

El apoderado de la actora debe probar los elementos estructurales de la responsabilidad, el daño y la imputación. Estos dos elementos estructurales nunca se presumen y deben estar debidamente acreditados por la parte actora. A pesar de realizar una desestimación de la cuantía de los perjuicios en la objeción a las pretensiones, y de manifestar que no existe prueba para la consolidación de los mismos, en caso de que el Juez considere probado el daño, de igual manera deberá evaluar lo relativo a la imputación, y la conclusión es que no hay prueba que permita su estructuración, ni siquiera indiciaria.

Con todo, no hay material probatorio idóneo que permita acreditar la imputación como elemento estructural. La imputación se ha concebido jurisprudencialmente como la atribución jurídica del daño respecto de quien está llamado a responder. Para configurar este elemento, debe confluir una causalidad material, en el sentido de encontrar en el mundo fenomenológico la causa que sea determinante y eficiente en la producción del daño (teoría de la causalidad adecuada); y, por otro lado, una causalidad jurídica que requiere de un análisis jurídico normativo establecido en los diferentes títulos de imputación aplicables en esta materia. Como se analizó, el juicio realizado por el demandante para atribuir la causa del daño fue indebido, pues, en primer lugar, no soportó su argumento en las pruebas que debió haber aportado al proceso, y segundo, no es cierto que el Municipio de Santiago de Cali haya intervenido en la producción del daño.

Al respecto se sirve citar lo sostenido por la doctrina, acogido en el amplio desarrollo jurisprudencial que ha desarrollado el Consejo de Estado sobre la materia:

“Salvo lo que se dirá más adelante, consideramos que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por quien ejerce el derecho de acción, independientemente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa o en alguna de las especies de responsabilidad objetiva. *El nexo de causalidad a diferencia de la culpa, no admite, por norma general, ningún tipo de presunción.* Esa es la razón por la

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (8 de febrero de 2017) Expediente 38432. [C.P. Hernán Andrade Rincón].

cual es necesario quitarnos de la cabeza la sinonimia entre culpabilidad y causalidad; cierto, un hecho puede ser producto de muchos factores, entre ellos una culpa, lo que de suyo no implica un nexo causal que obligue a reparar a quien cometió culpa. Por fortuna, el Consejo de Estado ha superado la discusión sobre la presunción de culpabilidad, de causalidad y de responsabilidad en los regímenes objetivos y actualmente se tiene claro en la jurisprudencia del Alto Tribunal que cuando se está en presencia de un régimen objetivo de responsabilidad no se tiene por existente una presunción de culpabilidad ni de causalidad ni de responsabilidad, sino que es un régimen en el cual el actor deberá probar todos los elementos de la responsabilidad (incluida, por supuesto, la relación causal), mientras que el demandado deberá acreditar una causa extraña para exonerarse de responsabilidad, pues demostrar diligencia y cuidado no le será suficiente para liberarse.

El nexo de causalidad, como lo ha dicho el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, debe ser probado en todos los casos. Así, por ejemplo en sentencia del 2 de mayo de 2002 se dijo:

El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado.⁸

No hay ninguna prueba en el plenario que acredite la ocurrencia del supuesto accidente de tránsito aducido en los hechos de la demanda. La imputación, como elemento axiológico de la responsabilidad, debe probarse a partir de criterios técnicos objetivos que impidan trasladar la causalidad al ámbito de la incertidumbre.

Aunado a lo anterior, no existe Informe Policial de Accidente de Tránsito que dé cuenta de las condiciones de tiempo, modo y lugar del mencionado accidente de tránsito en el que presuntamente resultó lesionado el demandante.

Una vez acreditado que no existe causalidad material, menos puede concluirse que existe causalidad jurídica, pues atendiendo al régimen de imputación de falla probada del servicio, no hay prueba en el proceso del incumplimiento obligacional de la entidad demandada.

⁸ Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración – Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano*. *Revista de derecho privado*, No. 14, Universidad Externado de Colombia. 194.

Por otra parte, el H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en Sentencia del 22 de agosto de 2019⁹, frente a un caso similar, sostuvo lo siguiente:

“(…)

De conformidad con el acervo probatorio la Sala advierte que se acreditó la ocurrencia del daño, con las lesiones padecidas por el señor Fabián Alonso Cardona Aristizábal en un accidente de tránsito, cuando transitaba por la calle 70 de esta ciudad; igualmente la existencia de un hueco sobre la vía, probándose la falla de la administración frente a su mantenimiento, sin embargo en cuanto al elemento de responsabilidad del nexo causal entre el daño y la falla del servicio no se evidencia configurado o por lo menos no existe prueba que así lo acredite.

En efecto, como lo argumenta el llamado en garantía en su escrito de apelación, la sentencia de primera instancia al arribar a la conclusión de la atribución de responsabilidad a la entidad demandada, se apoya únicamente en el informe policial de tránsito IPAT No. 179660 y en su aclaración obrante a folios 238 a 250 del cuaderno principal, argumentando que encontró probado que el daño sufrido por el demandante se produjo como consecuencia del accidente de tránsito por la existencia del hueco de acuerdo al informe en el que aparece que “la hipótesis del accidente fue la codificación No. 306 huecos”, igualmente afirma que se probó la falta de señalización.

“(…)

La Sala destaca que la labor de la parte demandante se concentró en probar la ocurrencia del daño, los perjuicios derivados del mismo y la falla de la administración; no obstante, falló en aportar los medios probatorios suficientes para acreditar que la existencia del hueco en la vía haya sido la causa eficiente del daño, máxime si se tiene que por la hora del siniestro se exigía al conductor pericia y cuidado en el desarrollo de la actividad peligrosa, así como portar todos los implementos de seguridad y conducir a una velocidad que le permitiera evadir o mitigar el daño, situaciones que se encuentran totalmente huérfanas de prueba.

Así entonces, el informe policial de accidente de tránsito y su aclaración por si solos no permiten determinar que el hueco en la vía haya sido la causa eficiente y única del daño; las demás pruebas obrantes en el plenario como la historia clínica, los testimonios, los dictámenes periciales de la Junta Regional de Calificación del Valle y del Instituto de Medicina Legal, analizados en conjunto tampoco permiten a la Sala tener certeza acerca de cuál fue la causa eficiente del daño, específicamente determinar si el accidente se causó por la existencia del hueco en la vía, o por culpa exclusiva de la víctima, pues dichos elementos probatorios solo indican la ocurrencia del accidente, la causación del daño y de algunos perjuicios al demandante pero no el nexo causal entre unos y otros”.

Descendiendo en el caso en particular, tenemos que en reciente jurisprudencia el H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, precisó que el Informe Policial de Accidente de Tránsito, la historia clínica, testimonios, dictámenes periciales, no son medios probatorios suficientes

⁹ Tribunal Administrativo del Valle, Magistrada Ponente Dra. Zoranny Castillo Otálora, Sentencia del 22 de agosto de 2019. Radicación No. 76-001-33-33-013-2014-00198-01.

para acreditar el nexo causal entre el daño y la actuación y/u omisión de la administración municipal. En consecuencia, en el caso estudiado, estamos ante el mismo supuesto fáctico, luego, no estando acreditado el nexo causal lo lógico es la negación de las pretensiones deprecadas por los demandantes.

4. INEXISTENCIA DE PRUEBA Y EXCESIVA TASACIÓN DE LOS PERJUICIOS DEPRECADOS.

PERJUICIOS INMATERIALES:

Respecto al perjuicio moral: me opongo a que se reconozcan los perjuicios morales deprecados por cuanto no hay relación de causalidad que permita inferir que el presunto daño fue a consecuencia de una acción y/u omisión de la entidad territorial.

Se deprecia por perjuicios morales, el total de SESENTA, (60), salarios mínimos mensuales vigentes para la víctima directa y para su hija menor de edad. Justifican la causación de los mismos por el supuesto sufrimiento, congoja y preocupación que les generó el padecimiento del señor ROBERT ARTURO GONZALEZ DAVILA, por las supuestas lesiones que le ocasionó el accidente de tránsito acaecido el 22 de diciembre de 2017.

Si bien es cierto que por tratarse de un perjuicio extrapatrimonial la tasación tiene parámetros subjetivos, los precedentes jurisprudenciales en materia contencioso administrativo han establecido unos topes indemnizatorios de acuerdo a las situaciones que se generen, a la gravedad de las mismas y a la relación de cercanía con la persona afectada del evento dañoso. Es así como actualmente, por concepto de daño moral, se reconoce el monto de 100 SMLMV, para las personas que tengan relaciones afectivas conyugales y paternofiliales con la persona que fallece, o en el evento de lesiones, cuando las mismas son iguales o superan el 50% de la pérdida de capacidad laboral.

De acuerdo con las circunstancias fácticas presentadas en la demanda, es claro que lo pretendido obedece a una situación de lesiones, sin embargo, no obra en el expediente dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que determinara una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 30% e inferior al 40% que encasille en los supuestos jurisprudenciales para acceder a una indemnización de sesenta (60) salarios mínimos mensuales vigentes, por lo que desde ya se concluye que la tasación es excesiva.

Frente al daño a la salud: me opongo a la prosperidad de dicha pretensión en la cuantía de sesenta (60), salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el señor ROBERT ARTURO GONZALEZ DAVILA, por cuanto el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, no desplegó acción y/u omisión que le generara algún daño al demandante, todo lo contrario, no obra ningún medio probatorio que dé cuenta de vulneración al contenido obligacional del ente territorial, máxime cuando se indica en el libelo introductorio que el accidente de tránsito

ocurrió por la falta de una tapa de alcantarilla. Valga la pena advertir que el servicio público de alcantarillado no hace parte del contenido obligacional del municipio de Santiago de Cali, pues el mismo se encuentra a cargo de una empresa que cuenta con personería jurídica y presupuesto propio.

Consecuentemente, no está en la obligación de resarcir el perjuicio incoado, y menos en la cuantía deprecada, la cual desborda los límites establecidos por el Consejo de Estado.

En efecto en Sentencia del 12 de marzo de 2014, El Consejo de Estado, dispuso lo siguiente:

“Se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente -como quiera que empíricamente es imposible- una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo”¹⁰.

En la misma línea, el Consejo de Estado, frente al daño a la salud, estableció lo siguiente:

“4. CONCEPTO Y REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD.

En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

*La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, **única y exclusivamente para la víctima directa**, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, (...).”*

En virtud de lo anterior, es evidente que dicho perjuicio única y exclusivamente se encuentra instituido para la víctima directa, previo se demuestre tal afectación, sin embargo, hasta el momento la parte actora no logra acreditar tal perjuicio, máxime cuando no obra dictamen de Medicina Legal y/o de la Junta Regional de Invalidez, que acredite secuelas o pérdida de capacidad laboral en el demandante, en consecuencia, dicha pretensión no podrá prosperar, y menos en la cuantía incoada.

Frente a la afectación de derechos constitucionales: en vista de que en el presente asunto no se estructuró bajo ninguna óptica, conforme a los elementos de hecho y de

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre 2011, exp. 19031, M.P. Enrique Gil Botero.

derecho, la responsabilidad administrativa del Municipio de Santiago de Cali, por encontrarse demostrada la falta de legitimación en la causa por pasiva, y el hecho determinante de un tercero, me opongo rotundamente a la obligación de indemnizar a los demandantes por este rubro, el cual ni siquiera se encuentra acreditado en el dossier.

PERJUICIO MATERIAL:

Frente al lucro cesante: me opongo rotundamente al reconocimiento del **perjuicio material** en la modalidad de LUCRO CESANTE, por cuanto el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, no desplegó actuación y/u omitió obligación alguna que desencadenara en el mencionado accidente de tránsito en el que presuntamente resultó lesionado el demandante, todo lo contrario se encuentra demostrada la falta de legitimidad en la causa por pasiva del ente territorial al indicarse en la demanda que el presunto accidente de tránsito se ocasionó por la ausencia de una tapa de alcantarilla servicio público que no hace parte del contenido obligacional de la entidad territorial.

Al respecto, es preciso destacar frente al perjuicio de índole patrimonial, en su modalidad de Lucro Cesante, que la estimación presentada por la parte actora en la suma de **\$87.375.056**, no se encuentra fundada en elementos documentales que permitan acreditar detrimento alguno, ni privación de ingresos; es más, los cálculos realizados por los demandantes, parten de una premisa desafortunadamente sin bases, pues debe recordarse que en el libelo introductorio no existe prueba alguna que demuestre que el señor GONZALEZ dejara de percibir ingresos durante la incapacidad, razón por la cual se deberá negar dicha petición.

Teniendo en cuenta lo anterior, no pueden los demandantes solicitar el pago de dicho perjuicio, cuando éste no se encuentra debidamente demostrado. Al respecto, es imprescindible rememorar el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 055 de 24 de junio de 2008 Exp. 2000-01141-01, cuando señala que el lucro cesante debe **ser cierto, y suponer una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual**, como ocurre en el caso particular:

*“En efecto, en cuanto perjuicio, **el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual**. Ahora, sin ahondar en la materia, porque no es del caso hacerlo, esa certidumbre no se opone a que, en determinados eventos, v. gr. lucro cesante futuro, el requisito mencionado se concrete en que el perjuicio sea altamente probable, o sea, cuando es posible concluir, válidamente, que verosímilmente acaecerá, hipótesis en la cual cualquier elucubración ha de tener como punto de partida una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado.(...) (Negrilla y sublínea fuera de texto).*

Lo anterior, se reitera en Sentencia del 9 de septiembre de 2010, expediente 2005-00103-01, en la que se expuso:

“En tratándose del daño, y en singular, del lucro cesante, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión.

“La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320).

“(…)

“Justamente, la jurisprudencia de esta Corte cuando del daño futuro se trata y, en particular, del lucro cesante futuro, ha sido explícita ‘en que no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho’, acudiendo al propósito de determinar ‘un mínimo de razonable certidumbre’ a ‘juicios de probabilidad objetiva’ y ‘a un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del ‘lucro cesante’ y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido’ (cas. civ. sentencia de 4 de marzo de 1998, exp. 4921).

“Más exactamente, el daño eventual no es resarcido, ‘por no ser cierto o no haber ‘nacido’, como dice la doctrina, dejando a salvo los eventos de pérdida de una probabilidad’ (cas. civ. sentencias de 5 de noviembre de 1998, exp. 5002, 9 de agosto de 1999, [S-033-99], exp. 4897), y en estrictez, en tanto no se puede profetizar ni conocer razonablemente su ocurrencia, es decir, su existencia es una simple conjetura, descartando per se, incluso la simple posibilidad de su acaecimiento. Tal es el caso, de los simples sueños, hipótesis, suposiciones, fantasías e ilusiones carentes de todo margen razonable de probabilidad objetiva en su acontecer. (...) (Negrilla y sublínea fuera de texto).

Por su parte, el H. Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019, frente al lucro cesante, sostuvo lo siguiente:

“La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante.

1.3 Presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante

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

1.3.2 *Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.¹¹).*

*Así, para acceder al reconocimiento de este perjuicio material en los eventos de privación injusta de la libertad debe haber **prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos**. Cuando la persona privada injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945)”.*

De lo anterior, se colige que para efectos de reconocer el lucro cesante se debe partir de un perjuicio cierto, pues el eventual no otorga derecho a indemnización. Ahora bien, en el caso de marras, se observa que en el libelo introductorio se deprecia un lucro en favor del presunto lesionado por valor de **\$87.375.056**, sin que se aportara prueba alguna que acreditara tal situación, razón por la cual se deberá negar dicha petición.

Aunado a lo anterior, el H. Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación, citada, respecto a la liquidación del lucro cesante, consideró:

¹¹ Para la Corte Constitucional (sentencia T-733 de 2013): “La noción de carga de la prueba ‘onus probandi’ es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que la carga de la prueba es la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla cuando no ‘el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado’, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”.

1.4 “Parámetros para liquidar el lucro cesante:

2.2.1 Período indemnizable

El período indemnizable, para la liquidación del lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, será el tiempo que duró la detención, es decir, el período que transcurrió desde cuando se materializó la orden de detención con la captura o la aprehensión física del afectado con la medida de aseguramiento y hasta cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra.

La liquidación del lucro cesante comprenderá, si se pide en la demanda y se prueba suficientemente su monto, el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención y, además, si se solicita en la demanda, el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de pérdida de ésta.

2.2.2 Ingreso base de liquidación

El ingreso base de liquidación deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima al tiempo de su detención, proveniente del ejercicio de la actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos.

Para que la prueba del ingreso sea suficiente, debe tenerse en cuenta que, si se trata de un empleado, se debe acreditar de manera idónea el valor del salario que recibía con ocasión del vínculo laboral vigente al tiempo de la detención; al respecto, debe recordarse que los artículos 232 (inciso segundo) del Código de Procedimiento Civil y 225 del Código General del Proceso señalan que: “Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, **o el correspondiente pago**, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión” (negrillas de la Sala).

El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado

y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas¹², las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario¹³, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso.

¹² “**ARTICULO 615. OBLIGACIÓN DE EXPEDIR FACTURA.** Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

“Para quienes utilicen máquinas registradoras, el documento equivalente será el ticket expedido por ésta”.

¹³ Ver la cita 60 de la página 31.

2.2.3 Aplicación del salario mínimo legal mensual

Cuando se acredite suficientemente que la persona privada injustamente de la libertad desempeñaba al tiempo de su detención una actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos y que no pudo continuar desempeñando por causa de la detención, pero se carezca de la prueba suficiente del monto del ingreso devengado producto del ejercicio de tal actividad lícita o la privada de la libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, **la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa**, lo cual se aplica teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en la ley 100 de 1993, ese es el ingreso mínimo o el salario base de cotización al sistema general de seguridad social (artículos 15 y 204) y, además, que el artículo 53 constitucional ordena tener en cuenta el principio de la “remuneración mínima vital y móvil” y que, según el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo, “... el salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a las necesidades normales y a las de su familia”.

2.2.4 Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales

Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales¹⁴, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida **trabajaba como empleado al tiempo de la detención**, pues las pretensiones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada¹⁵.

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

De la anterior reproducción, se tiene que para calcular el ingreso del lucro se tendrá en cuenta los ingresos ciertos, y únicamente se podrá aumentar el 25% de prestaciones sociales cuando se logre demostrar que efectivamente existía una vinculación laboral, es decir, en el caso de la presunción del salario mínimo de ninguna manera se podrá acceder al

¹⁴ De las prestaciones trata el Código Sustantivo del Trabajo (capítulos VIII y IX) y están concebidas como beneficios legales que el empleador debe pagar a sus trabajadores, adicionalmente al salario ordinario, para atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de la actividad laboral.

¹⁵ La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, precisó que las prestaciones sociales solo se causan en virtud de la existencia de un contrato de trabajo subordinado y que a ellas no tienen derecho quienes desarrollan una actividad como independientes; al respecto, dijo:

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino **la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales**; a contrario sensu, **en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales**, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”.

25%, por prestaciones sociales, en consecuencia, el juzgador deberá sujetarse a la Sentencia de Unificación.

5. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA POR PARTE DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.

De los argumentos esbozados anteriormente, se desprende la inexistencia de la obligación indemnizatoria solicitada por los demandantes. Al respecto, vale mencionar que la obligación indemnizatoria surge una vez se ha logrado acreditar la totalidad de elementos que constituyen la responsabilidad administrativa, en ese orden de ideas, al no estar acreditado en el plenario ninguno de éstos elementos, por cuanto la responsabilidad del contenido obligacional no se estructuró, no es posible defender la existencia de una obligación indemnizatoria a cargo del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, por lo que se deberá exonerar a dicha institución del pago de cualquier suma de dinero a título de indemnización a favor de los demandantes.

6. ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA.

Es imposible imponer una condena y ordenar el resarcimiento de un detrimento por perjuicios no demostrados o presuntos, o si se carece de la comprobación de su magnitud y realización, ya que no es admisible la presunción en esa materia, de manera que una indemnización sin fundamentos fácticos ni jurídicos necesariamente se traducirá en un lucro indebido, como sucedería en un caso como el presente.

Por todo lo anterior, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

7. GENÉRICA O INNOMINADA.

Solicito declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, siempre que exima parcial o totalmente a las instituciones médicas demandadas y a mí procurada de responsabilidad, incluidas las de caducidad y prescripción.

CAPÍTULO II **CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** **FORMULADO POR EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.**

I. FRENTE A LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Frente al hecho 1º: no es un hecho que describa, pruebe o acredite la existencia de una relación sustancial entre el llamante en garantía y el llamado, por ello, no cumple con la finalidad contemplada en el artículo 225 del C.P.A.C.A., la cual es establecer la existencia de

una relación sustancial por parte de quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir.

Hace referencia al medio de control de reparación directa que se impetró en contra del ente territorial, por parte del señor ROBERT ARTURO GONZALEZ DAVILA y otra, frente a lo cual no emitiré pronunciamiento alguno por cuanto se estará a lo manifestado en el primer acápite de esta contestación.

Frente al hecho 2º: no es un hecho que describa, pruebe o acredite la existencia de una relación sustancial entre el llamante y el llamado en garantía, por ello, este hecho no cumple con la finalidad contemplada en el artículo 225 del C.P.A.C.A., la cual es establecer la existencia de una relación sustancial por parte de quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir.

Se trata de la pretensión de declaratoria de responsabilidad en contra del ente territorial demandado, por el presunto accidente en el que supuestamente resultó lesionado el señor ROBERT ARTURO GONZALEZ DAVILA, y por el que se reclama indemnización de perjuicios, respecto de lo cual no proferiré pronunciamiento alguno.

Frente al hecho 3º: es parcialmente cierto, solo en cuanto tiene que ver con que, entre el Municipio de Santiago de Cali, como tomador y mi representada, como aseguradora líder, se celebró el contrato de seguro documentado en la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, vigente desde el 31 de marzo de 2017 hasta el 1º de enero de 2018, por medio de la cual se amparó la responsabilidad civil extracontractual del ente asegurado, sin embargo, tal contrato opera con estricta sujeción a las condiciones del mismo, que determinan la extensión y alcance del amparo otorgado.

El objeto del contrato de seguro documentado en la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1501216001931, según su condicionado particular es *“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”*, pero en este caso concreto, como no se estructuró la responsabilidad extracontractual del ente territorial, no se realizó el riesgo asegurado y por ende la póliza carece de amparo.

En el numeral noveno de las condiciones particulares de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1501216001931, se definió el alcance de la cobertura otorgada, en los siguientes términos:

“PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

(...)

9. Cobertura

*La compañía se obliga a indemnizar, los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de la responsabilidad civil extracontractual en que incurra de acuerdo con la ley colombiana, por hechos imputables al asegurado, **que causan la muerte, lesión o menoscabo en la salud de las personas (daños personales) y/o el deterioro o destrucción de bienes (daños materiales) y perjuicios económicos, incluyendo lucro cesante y perjuicios extrapatrimoniales, como consecuencia directa de tales daños personales y/o daños materiales.***

(...)

Lucro cesante hasta el 50% del límite asegurado (...). (Énfasis ajeno al texto original).

A partir de la anterior reproducción parcial y atendiendo al acontecer fáctico inmerso en la demanda, es dable concluir que, en este caso, como no se estructuró la responsabilidad del Municipio de Santiago de Cali, no se realizó el riesgo asegurado y, por ende, no nació la obligación de indemnizar a cargo de la aseguradora.

Además debe resaltarse que la cobertura de la póliza, está estrictamente sujeta a los amparos, a las condiciones que regulan su extensión y alcance, las causales de exoneración, a los límites asegurados, al deducible pactado, etc., de tal suerte que cualquier pronunciamiento debe sujetarse a tales condiciones contractuales, pues la obligación del asegurador no nace en cuanto no se cumpla la condición pactada de la que pende para su surgimiento, condición esa que es la realización del riesgo asegurado o siniestro, o sea que el evento en cuestión efectivamente esté previsto en el amparo otorgado, siempre y cuando no se configure una exclusión de amparo u otra causal convencional o legal que la exonere de responsabilidad; por ende, la eventual obligación indemnizatoria está supeditada al contenido de la misma, es decir a sus diversas condiciones, al ámbito del amparo, a la definición contractual de su alcance o extensión, a los límites asegurados para cada riesgo tomado, etc. Al respecto, siempre se deberán atender los riesgos asumidos por la convocada, los valores asegurados para cada uno de los amparos, etc.

Por último, es preciso señalar que la póliza de seguro utilizada como fundamento de la presente convocatoria, fue tomada por el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, bajo la figura de coaseguro, distribuyendo el riesgo entre las compañías Allianz Seguros S.A., compañía de seguros Colpatria (hoy Axa Colpatria seguros S.A.), QBE y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., tal y como se explicará ampliamente, más adelante.

II. EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

1. NO NACIÓ LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., COMO QUIERA QUE, AL NO ESTAR PROBADA

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA A CARGO DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, SE TIENE QUE NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO MEDIANTE EL CONTRATO DE SEGURO No. 1501216001931.

Sea lo primero manifestar al Despacho que, de acuerdo a lo probado en el proceso se tiene que efectivamente la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1501216001931, fue tomada por el Municipio de Santiago de Cali, para la vigencia que corrió del 31 de marzo de 2017 hasta el 1º de enero de 2018, por medio de la cual, se amparó la responsabilidad civil extracontractual del ente asegurado; dicho lo anterior, no está demás advertir que tal contrato de seguro opera con estricta sujeción a las condiciones generales y particulares pactadas en el mismo, las cuales determinan la extensión y alcance del amparo otorgado, causales de exoneración, límites asegurados, coaseguro, deducible pactado, etc.; de tal suerte que cualquier pronunciamiento deberá estar sujeto a las mencionadas condiciones contractuales.

Bajo este entendido, debe precisarse al Despacho que si se tiene en cuenta que el objeto del contrato de seguro referenciado, establece: *“amparar los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales 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”*, en relación al caso de marras, es permitido concluir que al no haberse estructurado el riesgo asegurado, precisamente porque no se acreditó la responsabilidad del ente territorial, no se cumple la condición de la que pende el nacimiento de la obligación indemnizatoria.

No puede perderse de vista que el objeto del contrato de seguro, de acuerdo a lo preceptuado en la mencionada póliza, se atiene a amparar los perjuicios causados a terceros con motivo de la estructuración de la responsabilidad civil en que llegare a incurrir el Municipio de Santiago de Cali, no obstante, en el sub lite ocurre todo lo contrario por cuanto la responsabilidad administrativa endilgada a mí asegurado no existió y, en esa medida, resulta imposible que se pueda afectar el contrato de seguro con fundamento en el cual el municipio de Santiago de Cali, llamó en garantía a mi prohijada.

2. LA OBLIGACIÓN DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., SE CIRCUNSCRIBE AL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN TENIENDO EN CUENTA LA EXISTENCIA DE COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE LAS COASEGURADORAS.

Debe señalarse señor Juez, que la relación sustancial entre el demandando Municipio Santiago de Cali y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., surge en el contrato de seguro documentado en la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, en el cual obra como coaseguradora líder MAPFRE SEGUROS

GENERALES DE COLOMBIA S.A., así las cosas, el llamamiento efectuado a mí defendida, se basa en un contrato de seguro, el cual fue tomado en un tipo contractual denominado coaseguro, el cual se presenta cuando el asegurado promueve o asiente la celebración de un acuerdo entre dos o más aseguradoras, con el fin de distribuir entre ellas el interés y riesgos asegurados, cuya formalización está sometida a la obligatoria reunión de las condiciones establecidas en el artículo 1094 del aludido código, aplicable por remisión expresa del mismo artículo 1095, es decir, se requiere que concurran "(...) 1. *Diversidad de aseguradores*; 2. *Identidad de asegurado*; 3. *Identidad de interés asegurado*, y 4. *Identidad de riesgo*".

En este orden de ideas puede afirmarse que quienes participan en un coaseguro es un conjunto de compañías de seguros, entre las cuales no existe relaciones recíprocas de aseguramiento, pues tales aseguradoras asumen responsabilidades individuales frente a un mismo riesgo, cuya iniciativa nace del asegurado que quiere hacerlas partícipes o de una de éstas con la aceptación del interesado, para efectos de hacer la repartición del riesgo.

Como usted podrá observar en la carátula de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1501216001931, mi prohijada MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., asumió el 34.00% de la participación en el negocio jurídico asegurador, de igual manera obsérvese el porcentaje que asumió cada compañía aseguradora:

Compañía Aseguradora	% de Participación
ALLIANZ SEGUROS S.A.	23.00%
COMPAÑÍA DE SEGUROS COLPATRIA	21.00%
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA	34.00%
QBE	22.00%

Dada la existencia del coaseguro, cada compañía de seguros asumió un porcentaje determinado, destacándose que ni siquiera en el improbable caso de que fueran viables las pretensiones de la parte actora y las que contiene el llamamiento en garantía, podría condenarse a mi representada por lo que le corresponde a las otras coaseguradoras, como quiera que en el coaseguro las aseguradoras no son responsables de forma solidaria, como se desprende del artículo 1092 del Código de Comercio, cada una responderá por el porcentaje de participación en el contrato de seguro.

La figura del coaseguro, como se manifestó en el párrafo precedente, se encuentra regulada en el artículo 1092 del Código de Comercio, el cual establece:

“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." (Subrayado fuera de texto).

Lo estipulado en la norma en cita se aplica al coaseguro, por estipulación expresa del artículo 1095 del mismo estatuto, que establece:

"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". (Subrayado fuera de texto).

Se colige de lo anterior, que en caso de una eventual condena en contra de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., frente a los riesgos cubiertos por la póliza, se limite la cuantía de la eventual condena en contra de mi procurada al porcentaje de participación que ella tiene en virtud del coaseguro, que en el caso estudiado corresponde al 34.00%, sin perjuicio del deducible pactado.

3. LA EVENTUAL OBLIGACIÓN DE MÍ REPRESENTADA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., NO PUEDE EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1501216001931, EL CUAL SE VA AGOTANDO EN LA MEDIDA QUE CADA SINIESTRO O INDEMNIZACIÓN SE PAGUE.

Sin que constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada, en el remoto evento de que prosperaren una o algunas de las pretensiones de la demanda, debe tenerse en cuenta que no se podrá condenar a mi representada a pagar una suma mayor a la asegurada, así se logre demostrar que los presuntos daños reclamados sean superiores, ni cifra que exceda del monto del daño que efectivamente se logre demostrar, aunque el valor que se encuentre asegurado fuese mayor, es decir que los demandantes no podrán de ninguna manera obtener una compensación más allá del límite de la suma asegurada estipulada en el contrato de seguro mediante el cual se vinculó a mi representada.

En ese orden de ideas, el valor indicado en la carátula de esta póliza o por anexo como "límite agregado anual", corresponde a la suma de \$5.000.000.000.oo., el cual es 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. En ningún caso, y por ningún motivo la responsabilidad de la compañía puede exceder este límite durante la vigencia, aunque durante el mismo período ocurran uno o más siniestros.

Adicionalmente, en el contrato de seguro se concertó un sublímite para el lucro cesante del 50% del límite asegurado, condiciones estas que deberá observar el Despacho, en el evento que se acceda a las pretensiones incoadas por la parte actora.

4. DEBERÁ TENER EN CUENTA EL DESPACHO, QUE, EN EL CONTRATO DE SEGURO, SE PACTÓ UN DEDUCIBLE QUE ESTÁ A CARGO DEL ASEGURADO MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.

Adicionalmente, y sin que ello constituya reconocimiento de responsabilidad alguna, es pertinente recordar de todas maneras que no sólo los límites asegurados para cada uno de los amparos otorgados, están concertados en la póliza, sino también el deducible concertado.

En ese orden de ideas, en el contrato de seguro que sirvió como fundamento para llamar en garantía a mí procurada, se pactó un deducible del 15% de valor de la pérdida, con un mínimo de **40 SMLMV**, por evento, lo que corresponde al valor que de cada pérdida deberá asumir de su propio peculio el asegurado MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.

5. EXCLUSIONES DE AMPARO DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 1501216001931.

Se propone esta excepción, en gracia de discusión y sin que implique reconocimiento de responsabilidad alguna a cargo de mí representada, por cuanto las condiciones particulares y generales del contrato de seguro utilizado como fundamento del llamamiento en garantía, contemplan algunas exclusiones de amparo que de presentarse relevan a la compañía aseguradora de la obligación de pagar cualquier indemnización.

Respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

6. GENÉRICA E INNOMINADA.

Solicito declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso ya sea frente a la demanda o incluso ante el llamamiento en garantía, incluida la de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

CAPÍTULO III
MEDIOS DE PRUEBA APORTADOS Y SOLICITADOS

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

● **DOCUMENTALES QUE SE APORTAN:**

Respetuosamente solicito se tengan como tales las que obran en el proceso, y especialmente:

1. Certificado de Existencia y Representación de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Cali.
2. Copia Escritura Pública No. 1804 del 20 de junio de 2003, expedida por la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, por medio de la cual se confiere poder general al suscrito.
3. Copia de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931 expedida por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. (Carátula, Condicionado General y Particular).

Respetuosamente solicito se decreten las siguientes:

1. INTERROGATORIO DE PARTE:

Ruego a su Despacho se decrete el interrogatorio de parte del señor ROBERT ARTURO GONZALEZ DAVILA de un cuestionario escrito que remitiré al Despacho antes de la fecha fijada para esta diligencia o de las preguntas que verbalmente le formularé durante la misma sobre los hechos narrados en la demanda.

CAPÍTULO IV
NOTIFICACIONES

El suscrito en la Avenida 6A Bis No. 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212, de la ciudad de Cali, o en la Secretaría de su Despacho. Dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



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