Doctor:
CESAR AUGUSTO SAAVEDRA MADRID
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE CALI
of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

RADICACIÓN: 76001-33-33-002-**2022-00185**-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACION DIRECTA
DEMANDANTES: TATIANA VARGAS MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI
LLAMADOS EN GARANTIA: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. Y OTRAS
ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Cali, Valle del Cauca, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en la ciudad de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, con oficina en la Avenida 6 A Bis # 35N – 100 – Centro Empresarial de Chipichape – Oficina 212 de la ciudad de Cali, actuando en mi calidad de apoderado judicial de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, conforme se acredita con el poder de representación obrante en el plenario, por medio del presente escrito **REASUMO** el mandato a mi conferido, y por tanto, encontrándome dentro del término legal procedo a presentar **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**, solicitando desde ahora mismo que se profiera **SENTENCIA FAVORABLE** para mi representada, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas por mi defendida al momento de contestar la demanda y el llamamiento en garantía, de conformidad con los argumentos que enseguida se exponen:

I. OPORTUNIDAD

Mediante Auto de Sustanciación No. 282 notificado en estrados el 01 de abril de 2025, durante el desarrollo de la audiencia de pruebas, el despacho resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 del CPACA, corriendo traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión por escrito dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, siendo que vencido el término de traslado se proferirá la sentencia respectiva, la cual se notificará al amparo del artículo 203 *ibidem*. En ese orden de ideas, los términos se computan durante los días 02, 03, 04, 07, 08, 09, 10, 11, 21 y **22 de abril de 2025**[1], por lo que se colige que este escrito se presenta dentro de la oportunidad procesal pertinente.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: LO QUE SE DEFINE

En atención a la confrontación de los hechos y los cargos planteados en la demanda, los presupuestos del objeto demandado, su contestación, las excepciones formuladas y los pronunciamientos de las llamadas en garantía, se tiene que el problema jurídico a resolver según

[1] Teniendo en cuenta que los días 05, 06, 12 y 13 de abril fueron fin de semana, mientras que entre el 14 y 20 de abril, se presentó vacancia judicial, por lo cual no son contables como días hábiles.

el acta de la audiencia inicial[2], es:

> *"Determinar si el DISTRITO ESPECIAL DEPORTIVO, CULTURAL, TURISTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI, es responsable por la omisión que se alega, en el mantenimiento de la vía pública, donde se desplazaban las demandantes y por tanto corresponde establecer si deben ser indemnizados.".*

En dicho sentido, para sostener nuestra posición y que la misma sea relevante para el desenlace del litigio, se formulan los siguientes alegatos

II. OPOSICIÓN A LAS CONSIDERACIONES DE LA PARTE ACTORA RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DE LAS DEMANDADAS

1. NO SE DEMOSTRÓ LA FALLA EN EL SERVICIO EN QUE INCURRIÓ EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

De lo actuado y efectivamente probado en el proceso debe concluir que no se logró estructurar por la parte actora que se hayan dado las condiciones para endilgar al Distrito Especial de Santiago de Cali una responsabilidad administrativa por la presunta omisión en el deber de mantenimiento, pues contrario a lo que afirmaron en su escrito petitorio, no se probó que en el sitio y para el momento de los hechos narrados se presentase una malformación vial, lo cual es notoriamente advertible porque no existe medio probatorio idóneo que de fe de ello, situación ante la cual se debe recordar que cualquier decisión judicial debe soportarse en la realidad procesal, y en el caso de autos, dicha realidad evidencia que no existe claridad sobre los pormenores de tiempo, modo y lugar en los que presuntamente ocurrieron los sucesos que nos ocupan, lo cual sólo deja una conclusión lógica, y es que no se demostró que el ente territorial incumpliera su función de mantenimiento de las vías, para el momento y lugar puntual de los hechos, como se dijo antes.

Para que se configure una falla en el servicio es necesario que se acredite un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación en cabeza de la entidad prestadora del servicio, sea por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia de este. En relación con la conservación, mantenimiento y mejoramiento continuo de la infraestructura vial existen principios rectores o fundamentales del transporte terrestre, tales como el derecho al uso y goce de las vías públicas, de conformidad con los artículos 678 y 1005 del Código Civil, el principio de seguridad consignado en el Código Nacional de Tránsito y en el capítulo 8 de la Ley 336 de 1996; el principio de libertad de locomoción para las personas y vehículos, consagrado igualmente en el Código Nacional de Tránsito y el principio de conservación que es el que nos centra la atención en el presente caso.

Conforme a este último principio, se infiere que cuando las entidades públicas que tienen a su cargo el deber de señalar las vías omiten su cumplimiento o lo hacen de manera defectuosa, comprometen su responsabilidad bien por falla o falta del servicio a ellas encomendado. Así mismo, conforme al principio en comento, se encuentra la obligación de construir carreteras seguras y adecuadas al requerimiento del tráfico y mantenerlas en buen estado, es así como la administración obtiene el deber primario de ejercer el control, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones legales y

[2] Llevada a cabo el 28 de agosto de 2025.

reglamentarias que ordenan su señalización y advertencia de los peligros en las vías. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado[3], que en jurisprudencia reciente aclaró:

> *"Así las cosas, es claro que para derivar la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por las deficiencias u omisiones en la señalización de vías públicas, así como la falta de mantenimiento o conservación de las vías,* ***es indispensable demostrar además del daño, la falla en el servicio*** *consistente en el desconocimiento de los deberes de la administración consistentes en la obligación de implementar las señales preventivas, vigilar la realización de las obras públicas, controlar el tránsito en calles y carreteras y prevenir los riesgos que con ellos se generan".* (Subrayado y negrita fuera del texto original)

En el caso de marras, y si bien el Distrito Especial de Santiago de Cali tiene asignado la conservación y mantenimiento de las vías del perímetro urbano, lo cierto es que, habiéndose cerrado el debate probatorio, no se demostró de manera eficiente un incumplimiento en cuanto a dicho componente obligacional, pues como se refirió en apartes anteriores, lo cierto es que no hay prueba obrante y fidedigna de los supuestos de hecho del caso, pues no se presentó un dictamen pericial o informe alguno que diera fe de las condiciones de la vía en la que se presentaron los hechos, ni siquiera los dos testimonios practicados coincidieron en que el presunto hueco fue la causa eficiente del daño.

Aunado a lo anterior, pero en la misma línea argumentativa, se tiene que dentro del acervo obra prueba de que sobre el caso particular no existe antecedente de requerimiento o llamado a la autoridad para que atendiera el evento, véase:

> Asunto: Respuesta antecedente 76001-33-33-002—2022-00185-00
>
> Cordial saludo,
>
> Se realizó la consulta en nuestro sistema QX-accidente y no se observa registro de Informe Policial de Accidente de Tránsito, en fecha 21 de agosto de 2020 carca o en la calle 70 N° 5n-21 entrada de las canchas sintética en el "parque del amor"
>
> En el sistema de reporte de incidentes de la Secretaria de Movilidad de Cali, no se posee reporte de ninguna novedad en fecha desde 20 de agosto al 22 de agosto de 2020, por lo cual no se puede dar ningún tipo de dato en cuanto a la ocurrencia de estos supuestos hechos.
>
> *Respuesta del líder de equipo de Custodia y Gestión Judicial – Subsecretaria de servicios de movilidad, Jhon Henry Stacey Marín, Radicado Orfeo: 20234121010003307 4.*

> Revisadas las diferentes solicitudes que llegan a la Subsecretaria de Mantenimiento Vial con especificidad para la Comuna 2, no hay reportes de alguna entidad o de la señora en mención, que hagan alusión a un accidente en bicicleta o similar para esa fecha descrita.
>
> *Respuesta emitida por parte de la subsecretaria de infraestructura y mantenimiento vial, Eliana Martínez Tenorio.*

De las respuestas emitidas por parte de la secretaria de Infraestructura y Valorización y de Movilidad del Municipio de Santiago de Cali, se advierte que, en el lugar en donde refiere la demandante que ocurrieron los hechos y para el día de estos, no se ha reportado por parte de ciudadano alguno y/o de alguna autoridad policiva o del tránsito municipal, situación relacionada con la ocurrencia de un siniestro o situación de desperfecto en la capa asfáltica de la vía.

[3] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (10 de noviembre de 2016) Expediente 35796. [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

En ese orden de ideas, se tiene que, no está determinado si la causa de la caída pudiese ser el hueco o el bache sobre la vía, primero porque el reporte del evento jamás fue realizado por la persona afectada ante las autoridades competentes del Municipio de Santiago de Cali y en tal caso no fue posible que se enviara a un agente de tránsito al lugar de los hechos y/o a la clínica de Occidente, para que atendiera el evento, conforme al procedimiento establecido para tales fines, es decir para la elaboración del IPAT y el respectivo croquis. Conclusión de lo anterior es que no se ha determinado con claridad suficiente, las circunstancias fácticas que pudieron ocasionar lo hechos materia de estudio, sobre los que pudieron intervenir diferentes factores como incumplimiento de normas de tránsito como se explicó en apartados anteriores, exceso de velocidad, impericia u otros.

Por su parte, se tiene que la censura realizada al Distrito Especial de Santiago de Cali, tuvo sustento en lo siguiente: "*Como consecuencia del mal estado de dicha vía cuyo mantenimiento y reparación está a cargo de la Alcaldía Distrital de Cali, es decir, que la capa asfáltica presentaba una protuberante deformación e imperfección, se produjo el hecho dañino (…)*". No obstante, podemos afirmar sin lugar a duda, que la parte actora no aportó los medios de prueba para acreditar la falla en el servicio que alega y que pretende presentar como la causa adecuada del daño, lo que deviene en el fracaso absoluto de las pretensiones.

Así lo ha referido el Consejo de Estado[4] de forma reiterada, veamos lo discurrido sobre el tópico:

> *"ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR ACCIDENTE DE VEHICULOS, NAVES O AERONAVES / DAÑO CAUSADO POR FALTA DE SEÑALIZACIÓN O MANTENIMIENTO DE LAS VÍAS / CARGA DE LA PRUEBA*
>
> ***[L]a parte actora no aportó los medios de prueba necesarios para acreditar la supuesta falta de mantenimiento y de señalización preventiva en la vía; así pues, la falta de acreditación de la falla en el servicio alegada conlleva la imposibilidad de imputación al Estado, bajo la aplicación de un régimen subjetivo de responsabilidad, lo cual deviene en el fracaso de las pretensiones****. Las omisiones probatorias de la parte actora desconocen el contenido normativo del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que impone a las partes el deber de probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen, premisa que, en casos como el analizado y respecto de la parte demandante, se traduce en la carga de probar los acontecimientos sobre los cuales se fundamenta la pretensión de reparación directa."* (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Sobre el particular, de parte del Consejo de Estado ha hecho mención bajo el siguiente sentido, respecto la omisión de la autoridad:

> *"La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en aquellos supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido,* ***es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de***

[4] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil veinte (2020) Radicación número: 76001-23-31-000-2011-00352-01(55980). Actor: DIANA CAROLINA DUQUE ACOSTA Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI. Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada.[5]" (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Desde la óptica legal y procesal, los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, establecen que las decisiones deben fundarse en las pruebas allegadas al proceso y que incumbe a la parte probar el supuesto de hecho de la norma para lograr el efecto jurídico que se persigue. Bien, si las pruebas documentales no son contundentes y aclaratorias respecto las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos reclamados, el relato elaborado en la demanda no viene precedido de una verificación de tales eventos, para el caso en cuestión, por ejemplo, no hay un Informe Policial de Accidente de Tránsito, que si bien no debe ser considerado como prueba exclusiva para este tipo de accidentes, lograría en cierta forma dar una aclaración objetiva sobre las circunstancias ya referidas. Expresado en otras palabras, no hay aportado ningún elemento que permita señalar que, en efecto, el daño alegado deviene por la censura que realiza la parte demandante.

De otro lado, si bien en el escrito genitor se acerca una serie de fotos que pretender demostrar el objeto de la demanda, debe recordarse que sobre este aspecto se ha pronunciado el honorable Consejo de Estado para dar luces de cuál es el rol que cumple en un proceso en el que se discute la responsabilidad administrativa de una entidad, bajo la óptica de un régimen subjetivo de falla en el servicio, como se pasa a explicar a continuación.

En primer lugar respecto de las fotografías aportadas, se debe manifestar que: (i) no fue posible determinar con base en los metadatos, la fecha real en la que se capturaron las mismas y ni siquiera se sugiere en el escrito petitorio; (ii) no fue posible establecer desde los metadatos la ubicación del lugar en donde fueron tomadas; (iii) no fue posible establecer si la ubicación en la que fueron tomadas corresponde con el lugar y momento de los hechos que aquí se debaten, más allá de que esta última tampoco ha sido claramente determinada; (iv) no fue posible establecer el autor encargado de capturar las fotografías, y finalmente; (v) no fue posible establecer la autenticidad y por tanto la validez del contenido reflejado en las fotografías. En este escenario es claro que el contenido de dicho material no puede ser utilizado para sustentar la existencia o no de un aspecto particular, en cuanto de ellas no se puede concluir nada sobre tiempo, modo y lugar.

Por todo ello, lo correcto de concluir, en aras de propender por el respeto del principio de legalidad y por el valor que debe tener la realidad procesal de cara a una decisión condenatoria o absolutoria en cualquier proceso judicial, es que no puede dársele razón o calidad de certeza a las fotografías aludidas, respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cómo se presentó el supuesto hecho dañoso, es decir, no se puede considerar -de manera definitiva- que todo ocurrió debido a la existencia del hueco, por el simple hecho de que a la demanda se allegó un material fotográfico en el que se aprecia un hueco, pero del cual no se tiene constancia alguna de estar relacionado, como se dijo, ni con el momento, ni con el lugar, ni con el modo, ni con el sujeto involucrado.

Sobre el valor probatorio de materiales fotográficos, el Consejo de Estado en sentencia reciente ha considerado que:

(...) ***las fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los***

[5] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA CONSEJERA PONENTE: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008) Radicación: 15.263 (R-0736) Actor: Álvaro Omar Rosero Erazo y otros Demandado: Municipio de Cali, Empresas Municipales de Cali, EMCALI

> ***hechos que pretenden probarse****, con lo cual, el valor probatorio que puedan tener no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición. En otras palabras,* ***para que las fotografías tengan connotación probatoria y puedan ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, se debe tener certeza sobre la persona que las realizó y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas****, lo que normalmente se devela a través de otros medios complementarios.* ***De esta forma, la autonomía demostrativa de dichos documentos se reduce en la medida que se requieran otros medios de convicción que las soporten***[6]*.* (Subrayado y negrillas fuera de texto original)

Por lo anterior, es menester indicar al despacho que la parte actora no ha cumplido con la carga probatoria de demostrar la falla en el servicio como elemento constitutivo de la responsabilidad del Estado, pues no obra en el expediente algún medio de convicción idóneo, pertinente, útil y concluyente que permita establecer la existencia de la presunta omisión del Distrito de Santiago de Cali, habiéndose explicado ampliamente el alcance limitado que tienen los elementos de convicción allegados.

Lo anterior tiene perfecta concordancia con lo planteado por el principio de necesidad de la prueba, el cual exhorta a que las decisiones judiciales se basen en la realidad procesal que es producto de la evidencia que aportan los materiales probatorios a cada caso particular. Al respecto dice el Consejo de Estado:

> *En efecto, el denominado principio de la 'necesidad de la prueba' se funda en la vigencia de la publicidad u contradicción de la prueba, y en que el conocimiento adquirido por el juez al interior de proceso se ha logrado con la intervención de las partes, u con observancia del rito previsto para los medios de convicción.* ***Ese postulado entraña dos límites para el juez: el primero (positivo) que lo grava con el deber de ajustar su juicio crítico-valorativo solamente al conjunto de las probanzas incorporadas al proceso en forma legal, regular u oportuna; el segundo (negativo) que le impide fundar su decisión en soporte distinto a ese caudal probatorio***[7]*.* (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Lo que implica una necesidad imperiosa para quien demanda, de asumir la carga probatoria en el debate, y en tal sentido sobre la carga probatoria de los demandantes cuando se trata de regímenes subjetivos como la falla del servicio, la doctrina nacional ha reforzado la anterior posición jurisprudencial, cuando dice:

> *"…es claro que el hecho de que un daño le sea imputable a una persona pública no es suficiente normalmente para hacerla responsable:* ***es necesario que la víctima demuestre que en su origen se encuentra un mal funcionamiento administrativo****. Se trata de que el actor establezca sobre todo la realidad de los hechos, porque la calificación propiamente jurídica corresponde al juez. Naturalmente, un cúmulo probatorio deficiente pone en riesgo la prosperidad de las pretensiones. Se trata entonces de que, normalmente,* ***la responsabilidad por falta es una responsabilidad por falta probada.*** *Según Llorens-Fraysse, "hay responsabilidad por falta probada cuando el juez exige que la falta sea establecida con certeza (habitualmente) el juez no se contenta con indicios".*
>
> *En consecuencia,* ***si el demandante no prueba la falla y en el caso concreto ésta no se***

[6] Consejo de Estado, Sección Tercera (2018). Sentencia 05001233100020030399301 del 14 de febrero. C.P Ramiro Pazos Guerrero.
[7] Consejo de Estado, SC 1819 del 28 de mayo de 2019, Rad. 2010-00324-01

***presume**, aun cuando la Administración nada haga para exonerarse, el fallo será absolutorio.*

*Ahora bien, la prueba de la falta puede descomponerse en dos elementos, a saber: primero, la prueba del hecho invocado y, segundo, **la prueba de su carácter anormal, o sea, la prueba de la violación de las obligaciones administrativas.** Esta segunda cuestión es en realidad una operación de calificación jurídica que el actor demanda al juez confirmar, y en la cual interviene la apreciación de este último."*[8] (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En esa medida, se puede concluir efectivamente que en el proceso no se presentaron elementos de prueba que permitan determinar que existió falla en el servicio por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali respecto del mantenimiento de la vía y que fue imposible para la parte actora cumplir con su carga de probar las falencias a las que aludió para pretender la responsabilidad administrativa del ente territorial respecto de los hechos demandando.

Así entonces, y teniendo en cuenta que era obligación de la parte actora acreditar que los deberes y obligaciones a cargo de la entidad demandada fueron completamente desconocidos o cumplidos parcial o tardíamente, y que, en el presente asunto no se ha logró acreditar ninguno de los elementos para derivar una falla en el servicio en la entidad territorial, lo correspondiente y consecuente debe ser que se decrete la procedencia de este medio exceptivo.

2. SE ACREDITÓ QUE EL SUPUESTO MAL ESTADO DE UNA VÍA NO ES, POR SI SÓLO, DETERMINANTE PARA ATRIBUIRLE LA RESPONSABILIDAD AL ESTADO POR DAÑOS GENERADOS EN UN ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Teniendo en cuenta que para la producción de un hecho como el que nos ocupa intervienen diferentes elementos que requieren especial análisis al momento de establecer causas materiales y/o, los responsables, se debe tener en cuenta que, para este caso particular, incluso de haberse demostrado un mal estado la vía, no hubiese sido suficiente para considerar a esa situación como la generadora del daño, pues es claro que para el caso de la señora Monsalve, intervinieron otros elementos que resultaron siendo determinantes, y ello se estructura claramente en que sin los incumplimientos a los deberes objetivos de cuidado y/o sin las desatenciones a las normas de tránsito que se han explicado antes, el evento no se hubiese presentado, pues debe entenderse que para el ejercicio de una actividad riesgosa como la de conducir, situaciones como un imperfecto de la vía o un elemento extraño de improvisto como un animal, son cotidianos y se deben poder sortear por el conductor con pericia, pero nunca va a ser posible, si como en este caso se tiene un vehículo que carece de elementos como la iluminaria de que habla el artículo 94 del Código Nacional de Tránsito, pues, conducir en la oscuridad sin luces es comparable con conducir sin frenos. Dicha situación fue la que a la postre generó el desenlace que nos ocupa, y no propiamente si había un hueco en la vía o no, lo que se reitera, tampoco se probó en el proceso y lo que deja claro que el estado de la vía no pudo, por sí sólo, ser el generador del presunto daño.

La presente excepción encuentra su fundamento en un campo meramente jurisprudencial pues en sentencia del 8 de febrero de 2017 (1998-000663), con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón, este Tribunal precisó que el mal estado de una vía no es, por si solo determinante para atribuirle la responsabilidad al estado por los daños generados por un accidente de tránsito, indicando que:

[8] Saavedra Becerra, R. (2018). De la responsabilidad patrimonial del Estado. Tomo I. Grupo Editorial Ibañez. Págs. 313-314.

"se precisa por parte de la corporación que el mal estado de una vía no es óbice para endilgar la responsabilidad estatal por los daños causados por el siniestro pues se debe acreditar un nexo de causalidad entre el accidente y la acción u omisión en que pudo haber incurrido la administración en su deber de mantenimiento de la malla vial".

Así pues, el Consejo de Estado recordó que existen dos eventos que obligan al estado a realizar las labores necesarias de mantenimiento, cuyo incumplimiento lo hacen responsable por lo que ocurra: i) cuando conozca las condiciones naturales del terreno, de las cuales sea previsible el desprendimiento de materiales de las montañas aledañas a las carreteras y, sin embargo, no adopte las medidas necesarias para evitar su ocurrencia y, además, ii) cuando incurra en omisión de sus tareas de conservación y mantenimiento rutinario y periódico de la infraestructura vial.

Resulta entonces meridianamente claro que no estamos frente ninguno de los supuestos pues el presente litigio no versa sobre responsabilidad patrimonial del Estado por desprendimiento de materiales de las montañas aledañas a las carreteras y; además, ni el Distrito de Cali, ni mi mandante, incurrieron en omisión de sus tareas de conservación y mantenimiento rutinario y periódico, pues no se probó omisión alguna en ese sentido.

Por lo expuesto anteriormente, solicito se declare fundada la excepción.

3. SE PROBÓ LA CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA EXTRAÑA EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO

De lo actuado y efectivamente probado en el proceso se debe concluir que existe una responsabilidad inequívoca de la víctima en el desenlace dañoso que ocupa este litigio, pues como se ha podido observar de la práctica de pruebas, especialmente las testimoniales, la víctima actuó de manera impropia en relación con las normas de tránsito y ello estuvo directamente relacionado con la ocurrencia del hecho que se alega, pues se advierte que se presentó incumplimiento de los deberes determinados de manera inequívoca en el artículo 95 del Código Nacional de Tránsito relacionados con el uso de dispositivos de iluminación delantera (determinante en este caso) y trasera.

Al respecto, se expone la postura Jurisprudencial del Consejo de Estado en sentencia del 25 de julio de 2002, expediente 13744, la cual que encuentra su reflejo en providencias anteriores, y que ha definido la culpa exclusiva de la víctima, de la siguiente forma:

*"**Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima**, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, **exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño**. Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado:*

*(...) **Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la victima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta**. Por tanto, puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. **Lo anterior permite***

> ***concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad****; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (...)"* (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Aterrizando al caso concreto, es claro que, según el relato de los hechos de la demanda, así como de los relatos testimoniales practicados, que la señora Elizabeth Monsalve Buitrago no transitaba respetando los lineamientos legales establecidos en la Ley 769 de 2002 (Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones), específicamente lo reglado en el artículo 95 relativos al uso de dispositivos de iluminación delantera (determinante en este caso) y trasera.

En ese hilo argumentativo entonces, dice el artículo 95 *ibídem* que:

> *NORMAS ESPECÍFICAS PARA BICICLETAS Y TRICICLOS.* ***Las bicicletas*** *y triciclos* ***se sujetarán a las siguientes normas específicas****:*
>
> *1. Debe transitar ocupando un carril, observando lo dispuesto en los artículos 60 y 68 del presente código.*
>
> *2. Los conductores que transiten en grupo deberán ocupar un carril y nunca podrán utilizar las vías exclusivas para servicio público colectivo.*
>
> *3. Los conductores podrán compartir espacios garantizando la prioridad de estos en el entorno vial.*
>
> *4. No podrán llevar acompañante excepto mediante el uso de dispositivos diseñados especialmente para él o ni transportar objetos que disminuyan la visibilidad o que impida un tránsito seguro.*
>
> *5.* ***Cuando circulen en horas nocturnas, deben llevar dispositivos en la parte delantera que proyecten luz blanca, y en la parte trasera que reflecte luz roja*** *(...)* (Subrayado y negrillas fuera del original)

Sobre este aspecto es claro que, en primera medida, es una norma imperativa, pues no deja espacio a interpretaciones, dice el compendio especifico que los usuarios de bicicletas **deben** usar los dispositivos de luz tanto delantera como trasera, en el caso de autos, la demandante decidió salir a dar su paseo en un horario nocturno, así lo dice el -hecho- primero de la demanda "*el día 21 de agosto del año 2020 a las 7:00 p.m., la señora Elizabeth Monsalve Buitrago, se dispuso a montar bicicleta con su vecino, el señor Francisco Javier Peña Berrio*", esta manifestación se debe entender por el despacho como una confesión y así lo solicito de manera puntual, en los términos del artículo 193 del Código General del Proceso.

Lo anterior es totalmente relevante en este caso porque como bien se aseguró por el señor Francisco Javier Peña, la ruta en que sucedieron los hechos objeto de debate, fue una ruta improvisada, que no habían usado antes (no conocían) y que tenía baja iluminación por la presencia

de árboles, es decir el contexto es el siguiente: los ciclistas decidieron conscientemente tomar una ruta desconocida en un horario nocturno haciendo uso de bicicletas que no contaban con dispositivos de iluminación, para este caso es relevante la delantera de luz blanca, y ello es así porque dicha exigencia legal pretende que los usuarios de este tipo de vehículos puedan sortear las condiciones de cualquier vía de manera autónoma, pues a la ya peligrosa actividad de conducir se pueden añadir aspectos eventuales como la presencia de cualquier objeto extraño en la vía o la irrupción de un animal que se interponga en el trayecto, y dichas situaciones son ostentosamente más sorteables, si se cuenta con el dispositivo de luz adecuado, el cual en este caso sabemos que no se llevaba, pues como se manifestó tanto en el testimonio del señor peña como en el interrogatorio de parte de la señora Monsalve, no tenían visibilidad de la vía en la que transitaban.

Ahora bien, como se expuso en la sentencia referida al inicio de este aparte, la culpa exclusiva de la víctima hace referencia a una acción u omisión de esta que resulta relevante para el desenlace dañoso y ello hace que aún en presencia de una falla en el servicio, dicha acción u omisión resulta ser determinante para la ocurrencia del hecho que se demanda, en este caso se presenta en forma de incumplimiento, uno que es de tal entidad que sin él, el suceso aludido en la demanda no se hubiese presentado, pues en el relato del escrito genitor se indica claramente que no se conducía a mucha velocidad, ello es confirmado por los testimonios tanto del señor Francisco Javier Peña como de la señora Yulieth Muñoz, y ello implica que a una baja velocidad, sortear un imprevisto en la vía sería de fácil solución, si se pudiese advertir, y ello aplica para, como se dijo antes, un objeto extraño como una piedra, un animal o un bache en la vía, este último es el que se aduce como productor del resultado que genera esta demanda, sin embargo, su presencia resultaría irrelevante si dentro del ejercicio de conducción, la señora Monsalve hubiese cumplido su deber normativo de contar con un dispositivo de iluminación blanca en la parte delantera de la bicicleta que le hubiese permitido prever el presunto bache, y consecuencialmente evitar la caída que generó los daños que se alegan, es decir hay una omisión de la víctima *ex ante* del encuentro con el presunto bache, que resulta irremplazable en la estructura de los elementos de fueron relevantes para la producción de daño, y ello es así porque como se dijo, la caída pudo ser producto de cualquier otro aspecto que fuera endilgable a la entidad territorial, pero que para la conveniencia de la demanda fue un aspecto de la vía, aunque de ser cualquier otro, el resultado hiciese sido el mismo si no se llevaba la luz delantera, o no se hubiese presentado, si por el contrario se llevase la luz delantera.

Atendiendo lo anterior, se concluye que es perfectamente aplicable al caso la figura de la culpa exclusiva y determinante de la víctima, dada la evidente injerencia de su actuar descuidado, irresponsable y en contravía de normas de tránsito, respecto del resultado dañoso, dado que en el acervo probatorio del *sub-lite* existen elementos que permitan determinar que se presentaron comportamientos desplegados por la demandante, que fueron determinantes para el desenlace, porque como se dijo, decidir una ruta desconocida en un horario nocturno a sabiendas de contar con un vehículo (bicicleta) que no contaba con iluminación blanca delantera (ni roja trasera), conllevó a la creación de un riesgo que indefectiblemente se podía concretar, y que en el caso de marras se terminó por concretar.

Todas estas situaciones constituyen -en conjunto- una actuación que atenta flagrantemente con la finalidad que la norma de tránsito tiene para evitar que se presente accidentalidad, o para que esta disminuya. Así lo ha considerado el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, en pronunciamiento reciente cuando dice:

"(…) es importante resaltar el sentido teleológico o finalista de las normas de tránsito, arraigado en los fines del Estado de salvaguardar las vidas de las personas, reducir y evitar la accidentalidad, instruir orden en las vías y encaminar la sana convivencia, ante los incontables fallecimientos y lesiones que la accidentalidad vial cobra en Colombia, en donde, "*si el número de muertos y heridos se confronta con el número de vehículos que circula en Colombia, encontramos tasas porcentuales desproporcionadas frente a países con mucho mayor número de vehículos, en los cuáles la velocidad de circulación es definitivamente superior a la media que se conoce en Colombia*.

(…)

Así, el flagrante incumplimiento de (…) al C.N.T.T. permite afirmar que en el sub judice la conducta de la conductora de la motocicleta emerge como la causa adecuada del accidente de tránsito en el que perdiera la vida, toda vez que el acatamiento de la reglamentación en la circulación automovilística es, precisamente, el que tiene la potencialidad de soslayar la concreción de los riesgos propios de la conducción de vehículos.

En síntesis, se establece que **la conducta desplegada por (…) en la conducción de su motocicleta se traduce en incumplimiento de los artículos 55, 60, 61, 68, 94 y 96 de la Ley 769 de 2002 y configura la culpa exclusiva de la víctima como causa adecuada del hecho dañoso**[9]". (Resaltado y negrillas fuera del texto original)

Bajo esta perspectiva, es menester indicar que la demandante, al circular incumpliendo las normas de tránsito especiales y particulares para el tipo de vehículo que conducía, se expuso completamente al riesgo, en el entendido de que renunció a su propia seguridad y confió en sortear de manera imprudente la actividad peligrosa, a pesar de tener la obligación de conocer que no debía conducir el vehículo sin un dispositivo que le permitiera tener iluminación autónoma para su viaje nocturno, situación que fue prevista, justamente para que su integridad se vea lo menos comprometida en un escenario de riesgo latente, por lo que desconocerla le expuso a un resultado como el que nos ocupa.

En tal contexto entonces es procedente concluir que las lesiones que manifiesta haber sufrido la actora, son un claro ejemplo de transgredir las normas de tránsito, de dejar al azar su seguridad y de no adoptar las precauciones necesarias a fin de evitar sucesos dañosos, y bajo esta premisa, es claro que la causa eficiente del daño no corresponde ni puede ser atribuida a la falla en el servicio alegada, sino a una falta de cumplimiento de deberes legales y a la falta de precaución en el deber objetivo de cuidado, pues de haberse cumplido con las obligaciones indicadas *in extenso* este punto, las cuales revisten las características de imperativas cuando de bicicletas en asuntos de tránsito se refiere el caso, el hecho dañoso objeto de litigio no se hubiera configurado.

A todo ello se debe añadir, en el mismo sentido de los desconocimientos normativos de la víctima, que para el caso **también** incumplió su deber de portar los elementos de protección de que habla el artículo 94 *ibídem*, ello fue pacíficamente aceptado por el señor Francisco Javier Peña, quién ante la pregunta sobre el porte de casco y chaleco reflectivo, contestó sin condicionantes que "no", y es claro que para el efecto, portar el casco, por ejemplo, es directamente relacionado con la afectación en el rostro de la que hacen eco.

[9] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia No. 65017, 19 de febrero de 2024, M.P. Nicolas Yepes Corrales

En conclusión, al acreditarse la culpa exclusiva de la víctima, no es posible conceder una declaratoria de la responsabilidad, por lo que, solicito al señor Juez declarar probada esta excepción.

4. **SE PROBÓ LA INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR LA FALTA DE ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL HECHO Y LA ACTUACIÓN U OMISIÓN DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**

Se invoca el medio exceptivo atendiendo a que la parte actora no logró probar en el desarrollo del proceso, la responsabilidad que pretende sea imputada al ente territorial, pues por una parte no acercó medio de convicción con el que se pueda acreditar que existió una falla en el servicio la cual la cual fue producto de una conducta negligente, retardada u omisiva del extremo pasivo, pero sumado a ello y con mayor relevancia en este caso debido a lo que sí se logró probar, es que por otra parte se presentó la configuración de la culpa exclusiva de la víctima, situaciones de las cuales es correcto afirmar que impiden que pueda predicarse un nexo de causalidad entre la presunta indebida prestación de servicios y el daño alegado, fruto del hecho ocurrido el 21 de agosto del 2020 a las 7:00 p.m..

Respecto del nexo de causalidad, dice el artículo 2341 del Código Civil:

> *"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido", se desprende necesariamente que es obligatorio que la parte demandante acredite la existencia de tres elementos: 1) el hecho dañoso acaecido culpablemente (o delictualmente si es el caso), 2) el daño y 3)* ***la relación de causalidad entre esos dos elementos****.* (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En este sentido la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de septiembre de 2002, expediente 6143, señaló:

> *"(...) Toda responsabilidad civil extracontractual se estructura sobre tres pilares fundamentales que, por lo general, debe demostrar el demandante: el hecho dañoso o culpa, el daño* ***y la relación de causalidad*** *(...)".* (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En igual sentido, ha manifestado la Corte Suprema que es el demandante quien debe acreditar este elemento -nexo de causalidad-, así:

> *"(...) se tiene por verdad sabida que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que equivale a decir que quien reclama a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar en principio, el perjuicio padecido, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y* ***la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre ambos factores*** *(...)".* (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En el escenario de análisis conductual que ofrece el esquema de la falla de prestación del servicio, los elementos que deben soportar la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado también son semejantes. No debe perderse nunca de vista que siempre, recae en la parte actora la carga probatoria de demostrar al operador judicial la culpa -en este caso- el hecho o conducta constitutiva de falla en el servicio, el daño y su respectiva magnitud en aras de poderlo cuantificar y

finalmente, pero no menos importante, el nexo de causalidad entre los dos primeros. Así lo entendió el Magistrado Jorge Santos Ballesteros en sentencia 6878 de 26 de septiembre del 2002, cuando dice:

> *"El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responderá de los primeros cuando son "consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento". Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. el que da la pauta, junto con el anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil. (…) El causalismo ha sido entendido como un método filosófico- científico que intenta explicar los fenómenos a través del estudio de sus causas, de tal manera que la pretensión de reconocer en los sucesos de la vida una relación de causa-efecto se presenta como una de las búsquedas más grandes del ser humano, un delito o culpa" –es decir, de acto doloso o culposo– hace responsable a su autor, en la medida en que ha inferido daño a otro"*

Es claro entonces que el nexo de causalidad es un elemento que debe probarse para que prosperen las pretensiones en un caso en que se alega la existencia de una responsabilidad del Estado cuando el fundamento de la exigencia es la cláusula de responsabilidad del artículo 90 de la carta magna.

Ahora bien, dicho elemento no sólo debe ser demostrado, situación que en el caso *sub examine* no se da, sino que su estructuración se puede romper cuando se presenta un eximente de responsabilidad. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado en Sentencia 19548, del 22 de junio de 2011, con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, que:

> *CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD – Efectos*
>
> *La jurisprudencia nacional ha reconocido la existencia de cuatro causales que impiden la imputación de responsabilidad a la administración, a saber: fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero y* ***hecho de la víctima****. En efecto, los aludidos eventos "dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo".* (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En ese sentido se expone que, para la configuración de la culpa exclusiva de la víctima, se requiere de la presencia de un actuar -positivo o negativo-, esto es, de una acción u omisión por parte de quien alega padecer el daño, y que ese actuar resulte ser el determinante del hecho que materializa el acontecer de las lesiones infligidas. Al respecto ha dicho el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa lo siguiente:

> *(...) Desde la perspectiva general, es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de irresistibilidad e imprevisibilidad de la fuerza mayor, como quiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa del daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos. En efecto, el demandado sólo se encuentra obligado a evitar los daños padecidos por la víctima en aquellos eventos en que se encuentre en posición de garante frente a aquélla, casos en los cuales, a efectos de enervar la acción indemnizatoria debe acreditar la imprevisibilidad e irresistibilidad de*

la conducta que origina el daño, con miras a exonerarse de la responsabilidad que se le endilga. A contrario sensu, en las demás circunstancias, el demandado se libera si logra acreditar que fue la consecuencia del comportamiento de la propia persona que sufrió el daño. En ese sentido, la Sala debe precisar y desarrollar la posición jurisprudencial vigente. ***No se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño****; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación. Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis*[10]*".* (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En el caso en cuestión lo que se puede extraer de los elementos de hecho y de derecho, es que la víctima tuvo una participación determinante en el desenlace que se alega, toda vez que no existe prueba de la falla, pero sí, por el contrario, se advierte una actuación de la demandante la cual se caracteriza por haber sido en pleno desconocimiento de obligaciones legales respecto del uso del dispositivo luminario exigido en el numeral 5 del artículo 95 del Código Nacional de Tránsito, lo que por supuesto termina siendo determinante, puesto que es claro que de contar con la iluminación autónoma del vehículo, a una baja velocidad como dice se transportaba, hubiese podido sortear cualquier imprevisto de la vía, incluida (más allá de la falta de prueba sobre ello) la deformación que dicen se presentó, y por tanto, no se hubiese producido el hecho que nos convoca, en este contexto es claro que nos encontramos ante la configuración de uno de los eximentes de responsabilidad de que habla la jurisprudencia, (lo que ya se había explicado y argumentado con suficiencia) y por tanto de una de las situaciones en las que se rompe el nexo de causalidad.

En este sentido, al acreditarse el elemento que rompe el nexo de causalidad, no es posible conceder una declaratoria de la responsabilidad, por lo que, solicito al señor Juez declarar probada esta excepción.

5. SE DEMOSTRÓ LA INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR LA FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD

Habiéndose dado la argumentación de los puntos anteriores, se debe traer a colación que conforme a lo efectivamente probado en el caso *sub examine* no se probaron los elementos que constituyen la responsabilidad administrativa del Estado, ello porque no se demostró la falla en el servicio, no se demostró la antijuridicidad del daño y se logró establecer el rompimiento del nexo de causalidad a expensas de la culpa exclusiva de la víctima.

Al respecto ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia 25000232600020050088301 (38139), del 08 de octubre de 2016, con ponencia del doctor Hernán

[10] Sentencias: de 4 de octubre de 2007, exp. 15567, de 4 de diciembre de 2007, exp. 16894, y 20 de febrero de 2008, exp. 16696; sentencia de 23 de abril de 2008, exp. 16235, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

Andrade Rincón, que los elementos que para que se estructure la responsabilidad administrativa del estado son:

- Un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado o determinable, que se inflige a uno o a varios individuos
- Una conducta, activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública y -cuando hubiere lugar a ella-
- Una relación o nexo de causalidad entre esta y aquél, vale decir, "que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción o la omisión atribuible a la entidad accionada"

Ello hace que resulte indispensable que el despacho realice una confrontación exhaustiva de los tres elementos y determine si los mismos fueron efectivamente demostrados en el transcurso del proceso, y la respuesta adecuada a ello, conforme a la realidad procesal del caso es que no fue así.

En primera medida, respecto del daño, dice la parte actora que se presentó una afectación que desencadenó en una pérdida de capacidad laboral que le lleva a no poder adelantar actividades productivas, sin embargo, no existe en el plenario prueba de ello, aún cuando era una prueba solicitada por la parte actora, pero respecto de la cual presentó renuncia, ante lo cual se podría especular sobre si ello se dio porque el resultado no beneficiaria la teoría de la demanda o algo similar, pero ello sería incurrir en la misma tónica de los accionantes, es decir, sugerir las cosas en lugar de probarlas, lo cierto es que el daño no se logró probar, inclusive si se hubiese presentado el daño, ya se explicó anteriormente porque este hubiese sido producto del desconocimiento legal de portar elementos de seguridad, lo cual sí quedó demostrado con el testimonio del señor Peña.

Debe recordarse a este efecto que no cualquier daño es objeto de responsabilidad administrativa, éste sólo procederá en el evento que se demuestre que es antijurídico, por lo que si se presenta un daño producto de un desconocimiento legal, no encontramos ante la antijuridicidad del daño.

Respecto de la conducta omisiva del ente territorial, ello ocupó un medio exceptivo independiente que no viene al caso rememorar al detalle, pero sobre lo que se debe decir que no existe prueba alguna de la falla, no existe IPAT, no existe reporte a las autoridades y no se puede inferir el suceso de las fotos y vídeos allegados porque los mismos no permiten extraer la información que evidencie que representan el lugar y momento exactos de los hechos, además los mismos no fueron contrastados porque se desconoce de ellos quién los generó. Aunado a ello respecto de la ubicación exacta de los hechos se pudo observar del recuento testimonial que se dijeron frases como "*por la calle 70 entre 4 y 6 más o menos*[11]" o "*por la calle 70 frente a una discoteca*[12]", es decir que se dejó un amplio margen de duda sobre en dónde ocurrió realmente al hecho, sin ello claro no podría ser posible para el despacho determinar si los hechos objeto de demanda fueron como se relataron, incluso si hubiese prueba de la supuesta falla.

Finalmente respecto de la relación de causalidad, se explicó ampliamente como el actuar de la víctima de desconocer obligaciones normativas fue determinante para concesión del riesgo, pues portar un dispositivo de iluminación en una vía en la que tanto ella como los testigos dijeron que no contaba buena visibilidad por la presencia de árboles y la oscuridad de la noche, era indispensable para evitar un accidente, al no darse esta situación la actora se expuso a un riesgo que era

[11] Testimonio del señor Francisco Javier Peña
[12] Testimonio de la señora Yulieth Muñoz

sumamente probable de concretarse y suyo suceso fue producto de dicha omisión, pues aún si se hubiese probado la falla en el servicio, el contar con luz propia el vehículo y al conducir a una velocidad moderada, se hubiese podido evitar el presunto hecho, y sin ella, algo similar se hubiese presentado por cualquier otra situación.

Conclusión de lo anterior es que por no haberse demostrado ninguno de los elementos de la responsabilidad administrativa, esta no puede endilgarse a la entidad accionada y en consecuencia las pretensiones de la demanda deben ser desestimadas y se deberá declarar probada esta excepción.

6. IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS POR NO EXISTIR ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y POR LA EXAGERADA TASACIÓN DEL MISMO

Se ha podido demostrar que se configura la culpa exclusiva de la víctima en la producción de la afectación alegada, motivo por el cual, resulta incuestionable que nos encontramos ante un daño que no es antijurídico, y al carecer éste de tal condición, resulta improcedente atender las pretensiones de la demanda, pues las mismas tienen sustento en la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, la cual exige para su aplicación que exista un daño antijurídico, se resalta. En tal contexto no puede haber reconocimiento a ningún tipo de perjuicios y en consecuencia, tampoco puede darse el reconocimiento a la tasación que de estos se hace en la acción, en primera medida porque como se dijo, materialmente carecen de sustento probatorio y, en segunda medida, formalmente, porque han sido planteados en desconocimiento de los criterios pacíficos que ha planteado el Consejo de Estado para dicha labor, como se explicará adelante.

Sustento evidente de lo anterior, es que para la parte demandante fue imposible aportar material probatorio que dejara evidencia de la responsabilidad del Distrito Especial de Santiago de Cali, así como tampoco demostró las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la demanda, ni mucho menos el nexo de causalidad entre el daño y el actuar del Distrito. En este sentido, no es posible que el despacho condene a la entidad y/o a mi procurada al pago de perjuicios, debido a que la parte actora no cumplió con la carga probatoria de demostrar la responsabilidad.

Cabe destacar que, al tenor del criterio de la Corte Constitucional en Sentencia C- 043 de 2004:

> *El sentido de la antijuridicidad en el daño implica que no todo daño deba ser reparado, sino sólo aquel que reviste la connotación de antijurídico, es decir, no se repara el daño justificado.* (Subrayado fuera del texto original)

Es decir, que el daño no tiene la condición de reparable por el hecho de producirse, sino por tener la calidad de antijurídico, y aunque en el caso *sub examine* se hubiese presentado un daño, el mismo no reviste la calidad de antijurídico por haberse configurado los medios exceptivos que se han abordado anteriormente.

En relación con el daño antijurídico como presupuesto de configuración de perjuicios y del nexo de causalidad que le da sustento a aquel, ha dicho la sección tercera del Consejo de Estado en Sentencia con radicado número: 17001-23-3-1000-1999-0909-01(22592) del 23 de mayo de 2012, que:

El daño antijurídico, entendido como la lesión a un derecho o bien jurídico o interés legítimo que los demandantes no están obligados a soportar (…)

En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión– por consiguiente, es en la imputación fáctica o material, en donde se debe analizar y definir si el daño está vinculado en el plano fáctico con una acción u omisión de la administración pública, o si a contrario sensu, el mismo no resulta atribuible por ser ajeno a la misma o porque operó una de las llamadas causales eximentes de responsabilidad, puesto que lo que éstas desencadenan que se enerve la posibilidad de endilgar las consecuencias de un determinado daño. (Subrayado fuera del texto original)

En tal sentido tenemos que justamente el daño se ha presentado producto de la culpa exclusiva y determinante de la víctima como ya se explicó líneas atrás, es decir, de una causal eximente de responsabilidad y en tal contexto no se puede predicar de él, que sea del tipo del que no debía soportar la víctima, pues la obligación de soportarlo surge de su actuar contrario a las normas de tránsito, imprudente y en desconocimiento del deber objetivo de cuidado.

Aunado a lo anterior, se debe mencionar que se presentó por la parte activa una indebida y exagerada tasación de perjuicios, pues como es de conocimiento, el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa ha sido pacífica en su criterio acerca de cómo tasar los perjuicios morales en los procesos de responsabilidad del Estado, lo cual tiene sustento en los preceptos de la sentencia de unificación de la sala plena de la sección tercera del Consejo de Estado con radicación No. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251), cuyo consejero ponente fue el doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, y en donde se establece que, para la tasación del daño moral en caso de lesiones, se deberán atender fielmente los criterios expuestos en la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Contrario a esta determinación pacíficamente instituida, la demandante solicita, (más allá de la ausencia probatoria para ello), cantidades injustificables que, en el remoto e improbable caso que

el despacho considere proferir un fallo condenatorio, es necesario que se tenga en cuenta que conceder cualquier tipo de indemnización sin sustento probatorio resultaría contrario a derecho, puesto que ninguno de los perjuicios fue acreditado por la parte demandante, veamos:

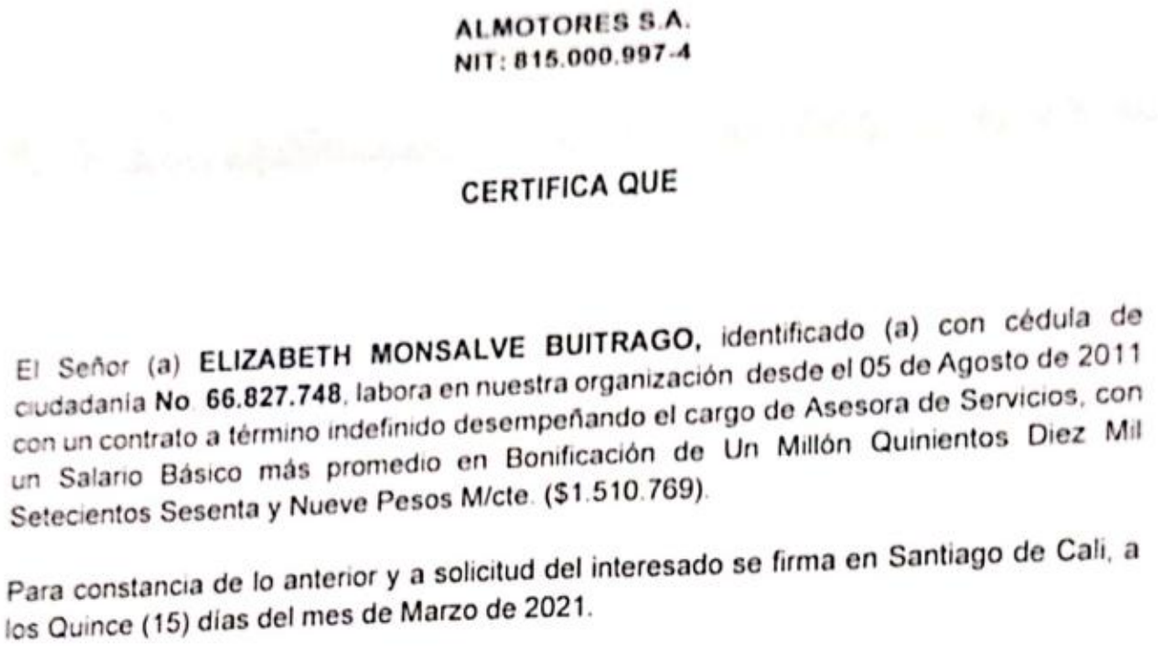
- **Lucro cesante**

La parte demandante en el libelo petitorio indica en el numeral cuarto de las pretensiones sobre "perjuicios materiales" que pretende el reconocimiento de:

- **$3.021.538 millones de pesos**, por concepto de "los salarios dejados de percibir"

Ahora bien, respecto de las sumas y criterios que se exponen, salta a la vista que sus resultados carecen de una liquidación objetiva, pues podemos ver que se usan como criterios base de liquidación, aspectos desacertados como se explica en seguida:

Respecto del ingreso mensual sobre el cual calcular la pérdida, se incurre en un error, pues se observa que la demanda sugiere que el valor que se relaciona fue el que la señora Ramírez percibió hasta el momento de los hechos y dejó de percibir, cuando realmente ello nunca dejó de suceder, es decir su pago siempre fue constante, ello fue corroborado por la actora en su interrogatorio, quien ante la pregunta sobre si había recibido su salario manifestó que sí, que lo había pagado sin inconvenientes su empleador y su EPS, ello se corrobora con el anexo que acompaña el escrito introductorio, en el que se advierte que la accionante nunca dejó de percibir sus ingresos, véase:



ALMOTORES S.A.
NIT: 815.000.997-4

CERTIFICA QUE

El Señor (a) **ELIZABETH MONSALVE BUITRAGO,** identificado (a) con cédula de ciudadanía **No. 66.827.748**, labora en nuestra organización desde el 05 de Agosto de 2011 con un contrato a término indefinido desempeñando el cargo de Asesora de Servicios, con un Salario Básico más promedio en Bonificación de Un Millón Quinientos Diez Mil Setecientos Sesenta y Nueve Pesos M/cte. ($1.510.769).

Para constancia de lo anterior y a solicitud del interesado se firma en Santiago de Cali, a los Quince (15) días del mes de Marzo de 2021.

Dicha información relata claramente que incluso un año despúes de los hechos, la señora Monsalve seguía trabajando en el mismo cargo, con las mismas condiciones y devengando el mismo ingreso, lo que a su vez significa que nunca perdió la capacidad laboral, y sobre todo para la relevancia de este punto, que nunca dejó de percibir su salario a causa de los hechos que aquí se discuten, motivo por el cual, no es dable considerar que su salario es el ingreso base para calcular una pérdida que nunca se dio.

En este sentido, es necesario recordar que el perjuicio del lucro cesante ha sido entendido como

uno de naturaleza material, económico, de contenido pecuniario y que consiste en la afectación de un derecho patrimonial reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir a causa del daño padecido.

Por lo anterior, para que sea posible el reconocimiento del perjuicio de naturaleza económica, es necesario que se acredite su existencia cierta, actual o futura mediante elementos de convicción que permitan determinar el valor dejado de percibir. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

> *El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del "(…) perjuicio que el daño ocasionó (…).* ***Este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, "(…) cierto y no puramente conjetural, [por cuanto] (…) no basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario*** *(...).*[13] (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En igual sentido, la misma corporación afirmó en sentencia del 24 de junio de 2008, que:

> *(…)* ***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 (…)*
>
> *Vale decir que* ***el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afinca en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente*** *(…) Por último, están* ***todos aquellos "sueños de ganancia", como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables****".*[14] (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En consecuencia, el lucro cesante no puede constituirse sobre conceptos hipotéticos o simples conjeturas que no están justificadas en posibilidades ciertas y objetivas y mucho menos en datos equívocos. De manera que resulta como deber indispensable de la parte demandante acreditar el ingreso que dejó de percibir al momento de la ocurrencia del daño, pero todo esto basado en medios de convicción ciertos y no meramente especulativos.

A su vez el Consejo de Estado en sentencia de unificación reciente del 10 de julio de 2019, limitó todas las posibles discusiones que se pudieran derivar de este perjuicio y eliminó la presunción de que toda persona en edad productiva devenga al menos un salario mínimo, en cuanto contrariaba

[13] Sentencia del 12 de junio de 2018. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente SC 2107-2018.
[14] Sentencia del 24 de junio de 2008. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente SC 2000-01121-01

con uno de los elementos, esto es, la certeza exigida para conceder dicha indemnización, de manera que estableció que el lucro cesante solo sería reconocido cuando obren las pruebas suficientes que lo acrediten:

> ***La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como el incumplimiento de la carga probatoria dirigida a demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios debe conducir, necesariamente, a denegar su decreto.*** *(…)*
>
> ***En los casos en los que se pruebe*** *que la detención produjo* ***la pérdida del derecho cierto a obtener un beneficio económico****, lo cual se presenta cuando la detención ha afectado el derecho a percibir un ingreso que se tenía o que con certeza se iba a empezar a percibir,* ***el juzgador solo podrá disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se cumplen los presupuestos para ello****, frente a lo cual se requiere que se demuestre que la posibilidad de tener un ingreso era cierta, es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada que le permitiría a la víctima directa de la privación de la libertad obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención.*
>
> *Entonces, resulta oportuno recoger la jurisprudencia en torno a los parámetros empleados para la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, unificarla en orden a establecer los criterios necesarios para: i) acceder al reconocimiento de este tipo de perjuicio y ii) proceder a su liquidación.*
>
> *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.*[15] (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En definitiva, resulta claro que no es posible reconocer ningún perjuicio a título de lucro cesante (consolidado o futuro), en cuanto la parte demandante sustentó sus pretensiones en meras suposiciones y no allegó ningún medio probatorio que permitiera demostrar que la presunta afectada dejó de percibir una remuneración como consecuencia del hecho que se alega, pues aunque en el caso puede entenderse que la demandante tenía un ingreso por su trabajo, no se explica cuál fue el ingreso que dejó de percibir a causa del hecho, por lo que cualquier indemnización de este perjuicio, en el caso puntual, resultaría insostenible y exagerada.

- **Perjuicios morales**

Los demandantes solicitaron como indemnización de perjuicios morales la suma de 200 SMMLV, es decir 100 SMMLV para Elizabeth Monsalve Buitrago y 100 SMMLV para Tatiana Vargas Monsalve.

Sobre tales pretensiones debe afirmarse que su tasación no puede derivarse de calificaciones subjetivas por parte del apoderado de los demandantes, sino que debe basarse en factores

[15] Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación No. 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572).

objetivos como el porcentaje de pérdida de capacidad laboral emitido por la entidad correspondiente, es decir una Junta de Calificación de Invalidez, tal como lo ha determinado el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014.

En este sentido, la parte actora está solicitando como indemnización por concepto de perjuicios morales, valores evidentemente desproporcionados, pues como se adujo anteriormente, es pacífica la determinación del Consejo de Estado acerca de estos aspectos, y ha realizado una labor resaltable al determinar con detalle las sumas que pueden proceder en cada caso de reparación, por lo que era un deber del actor judicial el atender dichos parámetros.

En ese sentido ha dicho el órgano de cierre que para la reparación del daño moral en casos en los que se alega una lesión antijurídica producto de una acción u omisión de un agente del Estado, puntualmente hablando de daños como lesiones físicas ocasionadas con ocasión de responsabilidad administrativa, los valores procedentes son los establecidos en la tabla que fue citada al inicio de este medio exceptivo, y que en cualquier caso distan de lo probado efectivamente en este caso.

Habiéndose señalado lo anterior, debe dejarse claro que, al momento de este escrito, la pérdida de capacidad laboral demostrada por la parte actora es cero (0), pues la parte demandante desistió de la prueba pericial que sería útil para determinar dicha incógnita, incumpliendo de esa manera con el deber establecido en el artículo 167 del CGP, motivos por los cuales no podría ubicarse, ni quién presuntamente fue la directamente afectada, ni sus familiares, en ninguno de los rangos establecidos por el órgano de cierre de lo contencioso administrativo, motivo por el cual, los valores pretendidos resultan claramente exagerados y consecuencialmente improcedentes.

Ahora bien, más allá de la delimitación en abstracto de las sumas procedentes según qué casos y qué tipo de lesión, no se puede perder de vista que el daño o lesión a reparar al que se hace referencia, no es un daño cualquiera, debe tratarse indefectiblemente de un daño antijurídico para que proceda la correspondiente indemnización, al respecto dice Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández Rodríguez[16]:

> *La lesión a la que se refiere la cláusula constitucional y legal es otra cosa, sin embargo. Para que exista lesión en sentido propio no basta que perjuicio exista un perjuicio material, una pérdida patrimonial;* ***es absolutamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico, antijuridicidad en la que está el fundamento, como ya notamos, del surgimiento de la obligación reparatoria***. (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Y como en el caso que nos ocupa es evidente que el daño alegado por la parte actora es uno que no puede predicarse como antijurídico, dada la configuración de los medios exceptivos ya argumentados en apartes anteriores, es claro que no puede proceder reparación alguna sobre este aspecto.

No obstante, si en el remoto e improbable caso, el despacho considera que sí existen los elementos para determinar la procedencia de la indemnización, esta deberá obedecer a los topes establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, y en atención única y exclusivamente a lo

[16] García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomas Ramón, Curso de derecho administrativo, t II, 14 edición, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 378

efectivamente demostrado en el proceso.

Por lo anterior, no es posible que el despacho considere reconocer dicha indemnización toda vez que no tienen ningún sustento.

- **Frente a los perjuicios daño a la salud**

La parte actora solicita que se reconozca en favor de la señora Elizabeth Monsalve Buitrago la suma de 100 SMMLV. Sobre este aspecto, el Consejo de Estado ha definido el daño a la salud, así: *"(…) se puede decir que se avanza a una noción más amplia del daño a la salud, que se pasa a definir en términos de alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma"*[17].

Ahora bien, respecto a la acreditación y liquidación de este tipo de perjuicio inmaterial, el Alto Tribunal ha afirmado lo siguiente:

> *"La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la victima 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, conforme a la siguiente tabla:*

GRAFICO REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
REGLA GENERAL	
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	**Víctima directa**
	SMLMV
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

> *Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.*
>
> *Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se podrán considerar las siguientes variables:*
>
> *- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)*
> *- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.*
> *-La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.*
> *- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.*
> *- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.*
> *- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.*
> *- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.*

[17] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Rad. 28804 del 28 de agosto de 2014, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso"[18]*.*

Como vemos, el daño a la salud también se reconoce dependiendo de la gravedad o levedad de la lesión y, en la misma medida, atendiendo a criterios como los ya expuestos, esto es, afectaciones a la actividad rutinaria de la víctima directa que se pudiese acreditar con un dictamen de pérdida de capacidad laboral, el cual no solo no fue aportado al proceso sino que fue objeto de desistimiento de la parte actora, incumpliendo con ello el deber de probar establecido en el artículo 167 del CGP, motivos por los cuales, al momento de este escrito, no existe porcentaje de pérdida de capacidad laboral o daño alguno el cual se pueda cuantificar para liquidar, obviando, por supuesto, la inexistencia de la obligación de indemnizar por parte de la entidad demandada.

Ahora bien, más allá de la delimitación en abstracto de las sumas procedentes según qué casos y qué tipo de lesión, no se puede perder de vista que el daño o lesión a reparar al que se hace referencia, no es un daño cualquiera, debe tratarse indefectiblemente de un daño antijurídico para que proceda la correspondiente indemnización, para lo cual se pueden atender los criterios expuestos por Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández Rodríguez, ya citados[19].

Como en el caso que nos ocupa es evidente que el daño alegado por la parte actora es uno que no puede predicarse como antijurídico, dada la configuración de los medios exceptivos ya argumentados en apartes anteriores, es claro que no puede proceder reparación alguna sobre este aspecto en el caso particular.

No obstante, si en el remoto e improbable caso, el despacho considera que sí existen los elementos para determinar la procedencia de la indemnización, esta sólo podrá ser reconocida a la víctima y deberá obedecer a los topes establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, y en atención única y exclusiva a lo efectivamente demostrado en el proceso.

En este sentido, no es posible reconocer dicho perjuicio, ya que carece de sustento probatorio.

7. SUBSIDIARIA: REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR CONCURRENCIA DE CAUSAS

Sin que el presente alegato implique una aceptación de la responsabilidad que se pretende atribuir al Distrito Especial de Santiago de Cali, ni mucho menos a mi mandante, se propone este medio exceptivo pues con base en los testimonios y el interrogatorio practicados, se pudo probar que la parte actora incumplió mandatos normativos relacionados a no contar con un dispositivo que generará iluminación en su vehículo, aun cuando el día de los presuntos hechos eligió una ruta desconocida y en horario nocturno. Dichas acciones implican que la conducta de la víctima fue determinante para la causación del hecho que nos convoca.

[18] Ibídem.
[19] García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomas Ramón, Curso de derecho administrativo, t II, 14 edición, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 378

Como en efecto se comprobó la intervención de la víctima en la ocurrencia del daño, nos encontramos indefectiblemente ante un eximente de responsabilidad, y corolario de ello, ante la configuración del fenómeno conocido como concurrencia de culpas o de causas y se deberá producir una repartición de la responsabilidad del daño (que haya entendido demostrado el juzgador), entre el extremo activo y el extremo pasivo.

Dicho lo cual, sin lugar a duda nos encontramos frente a un caso en el que se rompe el vínculo causal del daño por un hecho exclusivo de la víctima, pero en caso de que el Juzgado de instancia no lo aprecie así, deberá atender que la víctima coadyuvó con su comportamiento a la producción del daño por lo cual deberá reducirse la eventual prestación indemnizatoria determinando el grado de participación de la víctima.

En este orden de cosas, en el remoto e improbable evento de que el fallador de instancia declarare la responsabilidad de la entidad demandada o las vinculadas, el quantum indemnizatorio deberá reducirse respecto de estas últimas ya que su acción u omisión no constituyen las únicas causas determinantes en el acaecimiento del accidente.

Por lo expuesto solicito se declare fundada la excepción.

III. DE LAS EXCEPCIONES FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO EN CONTRA DE LA ASEGURADORA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA

1. FRENTE A LA AUSENCIA DE PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Con relación a este punto, se debe reiterar que el escrito de llamamiento en garantía se evidencia que, en el mismo no se encuentra consignada ninguna pretensión declaratoria o condenatoria en contra de la aseguradora que represento, por lo que no hay lugar al reconocimiento de pretensiones que claramente no fueron solicitadas en la oportunidad procesal correspondiente, atendiendo que nos encontramos en una jurisdicción que es eminentemente rogada y en la que el juez no podrá fallar ni *ultra petita* ni *extra petita*. En ese sentido, es necesario señalar que el principio de congruencia es la regla del derecho procesal, en virtud del cual el juez se encuentra obligado a que sus decisiones sean concordantes con los hechos y pretensiones que se presentan en los escritos que se elevan ante los despachos. Razón por la cual, el juez no podrá ordenar el pago de suma alguna en cabeza de mi representada. cuando es claro que el llamante en garantía en ningún momento solicitó la afectación de la póliza de seguro emitida por mi representada, sino que tan sólo la referenció.

No obstante, lo anterior, si llegare a surgir la necesidad de resolver lo concerniente a la relación sustancial que sirve de base a la convocatoria que se hizo respecto de mi representada, pese a la evidente inexistencia de una falla del servicio, y la evidente concurrencia de la culpa exclusiva de la víctima, solicito que, sin que esta observación constituya aceptación de responsabilidad alguna, sino que por el contrario oposición a las pretensiones, se verifique por parte del señor juez, circunstancias como: i) límites y coberturas acordadas; ii) condiciones particulares de la póliza y sus respectivas exclusiones; y iii) prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, entre otras, en el remoto evento de que prosperen una o algunas de las pretensiones formuladas por el apoderado en su líbelo demandatorio.

2. **SE DEMOSTRÓ LA INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA AL NO REALIZARSE EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA**

Es preciso informar al despacho, que en el presente caso no existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada respecto de la **Póliza de responsabilidad Civil Extracontractual No. 420-80-994000000181-0**, por cuanto no se ha realizado el riesgo asegurado y amparado en el contrato de seguro.

En este sentido, el contrato de seguro solo entrará a operar sí y solo sí, el asegurado es declarado patrimonialmente responsable por los presuntos daños que alega la parte demandante, siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que impida los efectos jurídicos del contrato de seguro. Es así, como la declaratoria de responsabilidad civil constituirá el siniestro, esto es, la realización del riesgo asegurado (artículo 1072 del Código de Comercio).

En igual sentido se pactó el objeto de la póliza en los siguientes términos, veamos:

1. Objeto del Seguro
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,.

Al respecto, la parte demandante no ha demostrado los elementos constitutivos de la responsabilidad en cabeza del Distrito Especial de Santiago de Cali, pues es claro que: i) no ha acreditado que la causa eficiente del accidente haya sido la supuesta omisión en el mantenimiento de la malla vial, ii) como se ha explicado ampliamente a lo extenso de este escrito, se presenta una evidente culpa exclusiva de la víctima que es quién conduce su vehículo en claro desconocimiento de las normas de tránsito y que iii) genera un ineludible rompimiento del nexo de causalidad necesario para declarar la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada.

Por lo anterior, en razón a que no se ha demostrado la responsabilidad del Distrito de Santiago de Cali en la causación del daño y que, en todo caso, existe una causal de exoneración de la responsabilidad, solicito señor juez se declare probada esta excepción en cuanto no le asiste ninguna obligación a la compañía aseguradora, toda vez que no se ha realizado el riesgo asegurado.

3. **LA EVENTUAL OBLIGACIÓN DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA NO PUEDE EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA**

Sin que implique el reconocimiento de la responsabilidad, es necesario que el Juez observe las condiciones particulares y generales de la **Póliza de responsabilidad Civil Extracontractual No. 420-80-994000000181-0**, dado que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, que establece que el asegurador estará obligado a responder únicamente hasta la concurrencia de la suma asegurada, sin excepción y sin perjuicio del carácter meramente indemnizatorio de esta clase de pólizas, consagrado en el artículo 1088 del mismo Código, que establece que los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

Para el caso concreto, el límite del valor asegurado pactado en la póliza para los casos de responsabilidad civil extracontractual respecto de predios, labores y operaciones es de $7.000.000.000 pesos m/cte. Miremos:

DESCRIPCION	AMPAROS	SUMA ASEGURADA	% INVAR
PATRIMONIO DEL ASEGURADO		$ 7,000,000,000.00	
	PREDIOS, LABORES Y OPERACIONES	7,000,000,000.00	

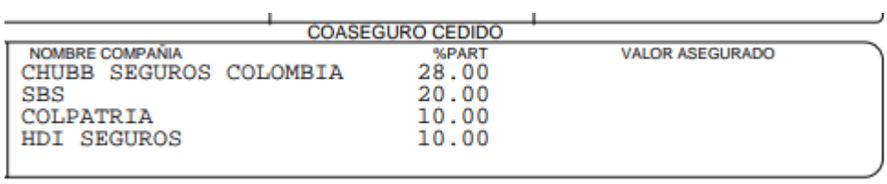
Dicho valor de $7.000.000.000 pesos m/cte, se encuentra sujeto a la disponibilidad de la suma asegurada, dado que la ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que, es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra de mi representada.

En todo caso, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados y a la fehaciente demostración, por parte del asegurado en este caso, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

Por lo anterior, solicito señor Juez declarar probada esta excepción.

4. **LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA SE CIRCUNSCRIBE AL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN CONFORME AL COASEGURO PACTADO - INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD**

Ahora, sin que lo siguiente implique aceptación de responsabilidad por parte de mi representada, es necesario precisar que, si llegaré a existir una condena en contra de la compañía aseguradora, el despacho debe tener en cuenta que los riesgos fueron distribuidos entre diferentes aseguradoras, así:



COASEGURO CEDIDO		
NOMBRE COMPAÑIA	%PART	VALOR ASEGURADO
CHUBB SEGUROS COLOMBIA	28.00	
SBS	20.00	
COLPATRIA	10.00	
HDI SEGUROS	10.00	

Al respecto se debe mencionar que el treinta y dos por ciento (32%) restante pero que no se observa en la imagen, es el porcentaje asumido por mi prohijada. En ese sentido, existiendo la distribución del riesgo entre las compañías de seguros citadas, debe tenerse en cuenta que en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar en virtud del contrato de seguro, la responsabilidad de cada una de las aseguradoras está limitada a los porcentajes antes señalados, pues no se puede predicar solidaridad alguna entre ellas.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio, el cual sostiene: *"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 y negrillas fuera del texto original)

Lo estipulado en la norma en cita, se aplica al coaseguro por estipulación expresa del artículo 1095 del Código de Comercio, que establece lo siguiente: *"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 y negrillas fuera del texto original)

Es así como las obligaciones que asumen las coaseguradoras son conjuntas en proporción al porcentaje de riesgo aceptado por cada una de ellas y no existe solidaridad legal ni contractual entre ellas. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2021 con radicación No. 08001-23-33-000- 2013-00227-01 (54460) estableció:

> *(…) 18.1.- En atención al coaseguro existente, se precisa que la llamada en garantía reembolsará únicamente el 55% de lo que llegue a pagar el Municipio de Santiago de Cali, pues, en estos eventos, **los distintos aseguradores deben responder con sujeción a la participación que asumieron al momento de la celebración del contrato sin que exista solidaridad** de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio: La jurisprudencia ha reconocido que en estos **casos de coaseguro se responde en proporción a la cuantía que se asumió**, **sobre todo en el caso en que ello se pacte expresamente**. De hecho, ha indicado que en esos casos de coaseguro*.[20] (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En consecuencia, al momento de resolver lo concerniente a mi procurada y en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar a su cargo, deberá tenerse en cuenta que la póliza de seguro antes referida fue tomada en coaseguro. En virtud de lo anterior, es claro que mí procurada y las aseguradoras citadas, acordaron distribuirse el riesgo según los porcentajes señalados, sin que pueda predicarse una solidaridad entre ellas y limitándose la responsabilidad de estas en proporción con el porcentaje del riesgo asumido.

Siendo así, resulta necesario aclarar que entre las coaseguradoras no existe solidaridad en la acreencia eventual por la pasiva, así lo ha entendido el Consejo de Estado en Sentencia del 26 de enero del 2022, en la que se afirmó:

> *Es claro para la Sala que las obligaciones que asumen las coaseguradoras son conjuntas en proporción al porcentaje de riesgo aceptado por cada una de ellas y no existe en este caso solidaridad legal ni contractual entre ellas, de modo que la contratista violó el debido proceso a Segurexpo SA al negar la vinculación del coasegurador Colpatria SA al trámite administrativo e imponerle, sin fundamento jurídico admisible, la carga de responder por la obligación de un tercero que no fue citado al proceso y que, en tal virtud, carece de interés para cuestionar los actos administrativos objeto de control, con todo, como lo estimó el tribunal, ello solo otorga derecho a Segurexpo S.A. para reclamar la nulidad parcial del acto, precisamente porque las obligaciones no eran solidarias y bien podía reclamársele su parte sin la comparecencia del coasegurador*.[21]

En virtud de lo anterior, solicito se tenga en cuenta el porcentaje del treinta y dos por ciento (32%) asumido por **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, respecto del contrato de seguro

[20] Sentencia del 9 de julio de 2021. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. M.P. Martín Bermúdez Muñoz. Radicación No. 08001-23-33-000- 2013-00227-01 (54460).
[21] Sentencia del 26 de enero de 2022. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. M.P. Freddy Ibarra Martinez. Radicación No. 25000232600020110122201 (50.698).

representado en la **Póliza de Responsabilidad Civil No. 420-80-994000000181-0**.

5. LAS EXCLUSIONES DE AMPARO CONCERTADAS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 420-80-994000000181-1

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del contrato de seguro, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

> *"Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro"*[22]

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, se exhorta a los jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los contratos de seguro. Razón por la cual, es menester señalar que la **póliza de responsabilidad civil No. 420-80-994000000181-0 cuya vigencia corrió desde el 23 de junio de 2020 hasta el 19 de mayo 2021**, en su página 1 y siguientes señala la obligación de las partes de atender una serie de exclusiones contempladas en el clausulado general depositado por la aseguradora en la Superintendencia Financiera, tal como se ve a continuación:

12. Riesgos excluidos

En materia de riesgos excluidos el DISTRITO de Santiago de Cali acepta únicamente los expresamente mencionados como exclusiones absolutas de cobertura las que figuran en el texto del condicionado general depositado por la Aseguradora en la Superintendencia Financiera con anterioridad no inferior a quince (15) días hábiles al cierre del proceso y la Exclusión por COVID-19. Serán válidas las exclusiones relativas consignadas en los mencionados condicionados generales solo cuando no contradigan las condiciones técnicas básicas habilitantes del presente proceso, en cuyo caso prevalecerán las condiciones técnicas básicas habilitantes.

Ahora bien, dentro del contenido del documento en comento, entiéndase, el clausulado general, se encuentra la exclusión número "17" de la cláusula segunda, que reza lo siguiente: "*DAÑOS A CAUSA DE LA INOBSERVANCIA DE DISPOSICIONES LEGALES, DE ÓRDENES IMPARTIDAS POR LA AUTORIDAD COMPETENTE O DE INSTRUCCIONES Y ESTIPULACIONES CONTRACTUALES*". Por tal motivo solicito respetuosamente aplicar ésta última exclusión expresamente al caso concreto.

Por otro lado, si bien la Circular Básica Jurídica establece que las exclusiones deben constar en la primera página de la póliza y en caracteres destacados, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Unificación No. SC328 del 21 de septiembre de 2023 ha aclarado que lo necesario es que deban empezar en la primera página de la póliza, más no de su carátula, y en caracteres destacados para que tengan eficacia. Criterios que se cumplen dentro del proceso, pues las exclusiones se encuentran desde la primera página del condicionado en caracteres destacados de forma

[22] Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020

ininterrumpida. Lo anterior, en estricto cumplimiento del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

> *Artículo 184. Régimen de pólizas y tarifas. (…) 2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: a. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva; b. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.* (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil mediante la Sentencia de Unificación No. SC328 del 21 de septiembre de 2023, señaló que:

> *Ahora bien, con el propósito de aquilatar la hermenéutica de la norma en cuestión, debe recordarse que, conforme lo establece el artículo 1046 del Código de Comercio, se denomina póliza al documento que recoge el contrato de seguro. Esta póliza en sentido amplio contiene, como se ha visto, (i) la carátula, en la que se consignan las condiciones particulares del artículo 1047 ibídem y las advertencias de mora establecidas en los cánones 1068 y 1152 del mismo Código; (ii) el clausulado del contrato, que corresponde a las condiciones negociales generales o clausulado general; y (iii) los anexos, en los términos del artículo 1048 ejusdem. En ese sentido, se insiste en que el ordenamiento mercantil diferencia con claridad la carátula de la póliza de la póliza misma, y que, dada esa distinción, no cabe sostener que la regla del precepto 184 del ESOF debe cumplirse incluyendo los amparos básicos y las exclusiones, «en caracteres destacados» en la referida carátula. Cuando la norma en cita alude a «la primera página de la póliza» debe entenderse que se refiere a lo que esa expresión significa textualmente, es decir, al folio inicial del clausulado general de cada seguro contratado, pues es a partir de allí donde debe quedar registrado, con la claridad, transparencia y visibilidad del caso, uno de los insumos más relevantes para que el tomador se adhiera, de manera informada y reflexiva, a las condiciones negociales predispuestas por su contraparte: la delimitación del riesgo asegurado.*

Conforme a lo anterior, las exclusiones son eficaces siempre que consten en caracteres destacados y comiencen a partir de la primera página de las condiciones generales de la póliza, tal y como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia; exigencia que se cumple en el caso de marras, toda vez que las exclusiones fueron estipuladas a partir de la primera página de las condiciones generales de la póliza.

Sobre la ubicación de las exclusiones pactadas en el instrumento asegurativo, en la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, de la referida entidad, se reafirmó la postura realizando una regulación de la emisión de las pólizas y del contenido que estas debían tener, así:

> *1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros: Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el numeral 2 del art. 184 del EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información: 1.2.1.1. En la carátula: 1.2.1.1.1. Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del C.Co. 1.2.1.1.2. En caracteres destacados o resaltados, es decir, que se distingan del resto del texto de la impresión, el contenido del inciso 1º del art. 1068 del C.Co. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento*

> *legal.* ***1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones) Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza****. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral.* (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En ese sentido, la regulación de la Superintendencia Financiera de Colombia es completamente clara, pues indica que los amparos y exclusiones deben consignarse a partir de la primera página de la póliza, esto es, no de forma restrictiva en la carátula de esta, puesto que, por razones prácticas, por imposibilidad física, y por las indicaciones legales referidas, no es viable que confluyan en esta misma página del contrato de seguro. De hecho, la misma Superfinanciera a través de su Dirección Legal dio respuesta a consulta formulada por el Representante Legal de Liberty Seguros el pasado 04 de febrero de 2020 (Superintendencia Financiera de Colombia, Radicación No. 2019153273-007-000, trámite: Consultas específicas, remitente: 334000 – Dirección Legal de Seguros, firmado por Luz Elvira Moreno Dueñas, Director Legal de Seguros), conceptuando lo siguiente:

> *Bajo esta línea de interpretación, debe entenderse que en aquellos casos en que en consideración al número de amparos y sus respectivas exclusiones, así como la necesidad de ofrecer una descripción legible, clara y comprensible de los mismos, no sea susceptible incorporar todos estos conceptos en una sola página, pueden quedar, tanto los primeros como las segundas, consignados en forma continua a partir de la primera página de la póliza, como lo precisa la instrucción de este Supervisor.*

Es preciso enfatizar que la Superintendencia Financiera de Colombia, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que tiene por objeto supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados. Conforme a lo anterior, y a su clara condición de organismo estatal regulador de la actividad financiera y aseguradora, que por tanto ejerce la supervisión de manera idónea, es que el Decreto 2739 de 1991, en su artículo 3.3, estableció como una de sus funciones, la siguiente:

> *Emitir las órdenes necesarias para que las entidades sujetas a la inspección, Vigilancia y control de la Superintendencia suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas o inseguras, y para que se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento.*

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

En conclusión, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse la exclusión arriba señalada o alguna de las exclusiones de las que constan en las condiciones generales y particulares de la **Póliza de Responsabilidad Civil No. 420-80-994000000181-0 cuya vigencia corrió desde el 23 de junio de 2020 hasta el 19 de mayo 2021**, éstas deberán ser aplicadas y deberán dársele los efectos señalados por la jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en

cabeza del asegurador como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

En los anteriores términos, solicito señor juez declarar probada esta excepción.

6. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, al valor asegurado se le imputarán los pagos realizados por la aseguradora conforme a los siniestros extrajudiciales y judiciales, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismos hechos, la disponibilidad del valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha de la sentencia y ante una condena, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada.

7. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO DE LOS CONTRATOS DE SEGUROS

Un principio que rige el contrato de seguro de daños es el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo. Siendo así, la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado. Por lo anterior, el carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el beneficiario con el pago de la indemnización.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia No. 5065 del 22 de julio de 1999, estableció:

> *Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato*.[23]

En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio establece lo siguiente: ***"respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento.*** *La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso".* (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Así las cosas, no debe perderse de vista que las pretensiones de la parte actora no son de recibo por cuanto su reconocimiento por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali implicaría correlativamente una transgresión del principio indemnizatorio esencial del contrato de seguro. Lo

[23] Sentencia No. 5065. (22 de julio de 1999). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

anterior, puesto que se enriquecería la parte demandante recibiendo un pago por parte del ente territorial que no tiene origen en una obligación legal o contractual.

Conforme a ello, dado que los perjuicios solicitados en el petitum de la demanda presentan serias inconsistencias, reconocer el pago de suma alguna con cargo a la póliza de seguro, implicaría correlativamente transgredir el carácter meramente indemnizatorio que revisten los contratos de seguro. En efecto, se estaría supliendo la carga probatoria de la parte actora frente a los presupuestos de una responsabilidad patrimonial del Estado y eventualmente enriqueciéndola.

En los anteriores términos solicito señor Juez declarar probada esta excepción.

8. PAGO POR REEMBOLSO

Sin que el planteamiento de esta excepción constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, se solicita al honorable operador judicial que, en el improbable caso de encontrar responsable al asegurado y de llegarse a establecer que ha surgido alguna obligación resarcitoria en cabeza de la aseguradora, la obligación de mi representada deberá imponerse por reembolso y no por pago directo a los demandantes, ya que es el asegurado quien debe decidir si afecta o no el seguro, quedándole la opción de realizar el pago directo de la hipotética condena. Así las cosas, se solicita que en el remoto caso de condena la misma no sea a través de pago directo, sino por rembolso o reintegro.

9. AUSENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE MI MANDANTE Y EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

Esta excepción se propone con fundamento en que la solidaridad surge exclusivamente cuando la Ley o la convención la establecen. En el caso que nos ocupa, la fuente de las obligaciones de mi procurada está contenida en el contrato de seguro y en él no está convenida la solidaridad entre las partes del contrato.

Debe aclararse que las obligaciones de la aseguradora que represento están determinadas por el límite asegurado para cada amparo, por las condiciones del contrato de seguro y por la normatividad que lo rige. Por lo tanto, la obligación indemnizatoria está estrictamente sujeta a las estipulaciones contractuales y al límite asegurado, con sujeción a las condiciones de cada póliza; en virtud de ello, es válido afirmar desde ya que, de conformidad con la exposición previa, no le asiste a mi representada en todo caso la obligación de hacer efectiva la póliza de responsabilidad civil extracontractual vinculada en esta contienda, toda vez que el acaecimiento del riesgo asegurado y otorgado en la misma, no se ha demostrado y se tiene que esta no se afectaría como resultado de la configuración de una causal de exclusión de responsabilidad indemnizatoria taxativamente determinada en la caratula de las mismas.

Respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

10. GENÉRICA O INNOMINADA

Solicito señor Juez declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, que se encuentre originada en la ley o en el contrato de seguro expedido por mi procurada, incluida

la de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Lo anterior, conforme a lo estipulado en el artículo 282 del Código General del Proceso que establece *"(...) Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes (...)".*

En este sentido, cualquier hecho que dentro del proceso constituya una excepción deberá declararse de manera oficiosa por el despacho en la sentencia que defina el mérito.

Sin más consideraciones, elevo las siguientes:

IV. SOLICITUDES

1.- En garantía de los derechos procesales de nuestro asegurado, solicitamos al Honorable Despacho, se sirva denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda ante la ausencia de los elementos axiológicos de la responsabilidad del Estado**,** accediendo a las excepciones de mérito propuestas por mi representada y aquellas que le beneficien de las propuestas por las demás partes e inclusive las que el Despacho logré encontrar fundadas de los hechos probados en este juicio.

2.- De manera subsidiaria, en el remoto e hipotético caso que se considerara acceder a las pretensiones de la demanda en contra del Distrito Especial de Santiago De Cali, solicito se tengan en cuenta las condiciones particulares y generales de la póliza con la cual fue vinculada mí procurada al presente litigio, relativas a la disponibilidad del valor asegurado, coaseguro, ausencia de solidaridad, límite del valor asegurado, exclusiones pactadas, y cualquier otra que el señor juez, en su buen entender, encuentre probada en beneficio de mi procurada.

V. NOTIFICACIONES

La parte convocante, en el lugar indicado en el escrito de Llamamiento en Garantía. 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 ÁVILA
C.C. 19.395.114 de Bogotá
T.P. 39.116 del C. S. de la J.