

Señores:

**JUZGADO VEINTE ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE CALI (V)**

E. S. D.

**MEDIO DE CONTROL:** REPARACIÓN DIRECTA  
**RADICADO:** 76001-33-33-020-2019-00323-00  
**DEMANDANTES:** CARLOS ALBERTO GALVIS ARISTIZABAL Y OTROS  
**DEMANDADO:** DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI Y OTROS  
**LLAMADOS EN**  
**GARANTÍA:** ALLIANZ SEGUROS S.A. Y OTROS

**REFERENCIA:** RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No. 03-010 DEL 31 DE JULIO DE 2024

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** me permito presentar respetuosamente **RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia de primera instancia No. 03-010 de fecha 31 de julio de 2024, donde se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, para que la misma sea revocada en su integridad, atendiendo a los siguientes argumentos de hecho y de derecho.

## I. OPORTUNIDAD

La Sentencia No. 03-010 fue notificada personalmente el pasado 31 de julio de 2024. De modo que los términos para presentar apelación contra el fallo corrieron los días 1, 2, 5, 6, 8, 9, 12, 13, 14 y 15 de agosto de la misma anualidad. De conformidad con el artículo 243 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 247 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el presente recurso se interpone y sustenta dentro del término legal establecido.

## II. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD FRENTE A LA SENTENCIA

### **A. SE EQUIVOCÓ EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA AL ATRIBUIR RESPONSABILIDAD SOLIDARIA A METROCALI S.A, A PESAR DE PROBAR SU FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA CON LA CONCESIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE**

En la sentencia de primera instancia, se argumentó que la responsabilidad de MetroCali S.A. por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión del accidente de tránsito del 5 de enero de 2018 se fundamentó en el contrato de concesión celebrado con ETM S.A. Este contrato establece que el concesionario reconoce a Metrocali S.A. como gestor y titular del Sistema MIO, sometiéndose a sus decisiones en relación a la contratación de concesiones para la prestación del servicio de transporte. El despacho consideró que esta relación contractual justifica la solidaridad entre el contratista y el concesionario en cuanto a la responsabilidad por el accidente, que involucró la motocicleta conducida por Carlos Alberto Galvis y un bus padrón propiedad de

ETM Masivo S.A. No obstante, se omitió considerar que Metrocali S.A. no tuvo injerencia alguna en la causación del daño. La responsabilidad se predica únicamente sobre la entidad propietaria del vehículo, ETM S.A., y su conductor, ya que fueron estos los directamente involucrados en el incidente y son quienes tienen la guarda material y jurídica del vehículo que desarrolló la actividad peligrosa.

La legitimación en la causa por pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material. La jurisprudencia constitucional ha definido esta facultad procesal como la “*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*”<sup>1</sup>, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión de fondo, o en caso de que ello ocurra, la misma no puede resultar favorable a los intereses procesales de aquella.<sup>2</sup>

Es importante tener en cuenta que la legitimación en la causa es el primer presupuesto que se debe revisar antes de realizar cualquier estudio sobre un caso concreto. En un sentido material, la legitimación en la causa implica la relación verdadera que tiene la parte convocada con los hechos que dieron lugar al litigio. Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que:

(...) **la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio**, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente **en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales**; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra (...). (Énfasis propio).

La Corte Constitucional, definió la falta de legitimación en la causa como una cualidad subjetiva de las partes, derivada de la relación de estas con el interés sustancial que se discute en el proceso. Al respecto, el tenor literal de la sentencia expuso:

2.1. La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. **En resumen, la legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso.** Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo. (Énfasis propio).

Teniendo en cuenta estas precisiones jurisprudenciales, Metrocali S.A. no estaba legitimado en la causa para comparecer como demandado en este proceso. Como entidad descentralizada del orden municipal, Metrocali S.A. tiene la responsabilidad de gestionar el diseño, construcción y puesta en marcha del Sistema Integrado de Transporte Masivo (SITM). Sin embargo, su objeto

<sup>1</sup> Sentencia T-416 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

<sup>2</sup> Sentencia C-965 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

social no incluye la operación directa de los buses ni la prestación del servicio de transporte público. En un caso análogo, el Juzgado Veintiuno Administrativo de Cali, profirió Sentencia negando las pretensiones de la demanda en contra de Metrocali S.A., bajo el siguiente argumento:

(...)... conforme a las pruebas aportadas al expediente, no observa este juzgador que ni el ente territorial, ni la entidad demandada Metrocali S.A. Acuerdo de Reestructuración, hayan tenido injerencia alguna en la causación del daño, toda vez que el mismo se predica únicamente de la entidad GIT MASIVO S.A., quien es propietaria del vehículo que causó el daño aquí acreditado, y del señor Joaquín Mauricio Herrera, quien al desconocer el ordenamiento jurídico en lo referente al límite de velocidad en las intersecciones, y al ser además quien administraba la actividad de riesgo en ese momento, actuó de manera inexcusable mediante infracción directa de la ley, lo que configura una conducta gravemente culposa en su proceder.<sup>3</sup>

En ese sentido, es fundamental reconocer que el servicio público de transporte masivo es operado por empresas privadas independientes a Metrocali S.A. En este escenario específico, ETM Masivo S.A. asumió la operación por su cuenta y riesgo, hecho que fue debidamente acreditado en el proceso y reconocido por el despacho judicial. Específicamente, de la Sentencia cuestionada se extrae lo siguiente: *“En virtud de ello y sin mayores miramientos, tenemos que Metrocali S.A. en su calidad de contratante para la prestación de un servicio público, resulta responsable solidariamente de los perjuicios que se derivaron del actuar imperfecto del contratista concesionario -conductor del autobús articulado-, **a pesar de no ser dicha entidad la dueña del vehículo en mención o la que se encontraba operándolo directamente.**”* (Énfasis propio)

Es evidente que el juzgado estableció una responsabilidad solidaria de Metrocali S.A. por los perjuicios derivados del actuar imperfecto del contratista concesionario y el conductor del articulado. Desconociendo completamente que Metrocali S.A. no es propietario del vehículo involucrado ni lo operaba directamente. Por ello resulta importante resaltar la naturaleza de MetroCali S.A. como gestor y planeador del SITM. En dicho ejercicio la entidad convocó una licitación pública para la concesión de la operación de transporte del Sistema MIO y otras actividades accesorias, incluyendo el transporte de pasajeros. Desde 2006, la operación de transporte ha sido contratada con cuatro concesionarios: UNIMETRO S.A., BLANCO Y NEGRO MASIVO S.A., ETM S.A. y GIT MASIVO S.A. Estos concesionarios, en virtud de sus contratos, asumen la explotación del servicio de transporte público masivo de pasajeros del sistema MIO por su cuenta y riesgo, como se evidencia en el contrato de concesión suscrito con ETM Masivo S.A. y son los únicos responsables teniendo en cuenta que son los guardianes del vehículo que se involucra en una actividad peligrosa.

Ante este panorama, se hace evidente que Metrocali S.A., como asegurado, carece de legitimación pasiva en el presente proceso. Los hechos que se reprochan no forman parte del contenido obligacional de Metrocali S.A., ya que la prestación del servicio público de transporte masivo no está dentro de sus competencias directas. El bus de placas VCQ-867, involucrado en el accidente de tránsito en el que resultó lesionado el señor Carlos Alberto Galvis, pertenece al

<sup>3</sup> Juzgado 21 Administrativo del Circuito de Cali, Sentencia del 12 de julio de 2021, Rad. 2020-00052

sistema operado por el concesionario, no a Metrocali S.A. y este no tiene el control de los vehículos cuando ejercen la actividad peligrosa.

En ese sentido, se solicita al H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca reconsiderar la responsabilidad atribuida a Metrocali S.A. en este caso, teniendo en cuenta su rol real como gestor y no como operador directo del servicio de transporte. La responsabilidad debería recaer principalmente sobre la empresa concesionaria que opera directamente el vehículo involucrado en el incidente.

**B. EL JUEZ NO DECLARÓ LA RUPTURA DEL NEXO CAUSAL A PESAR DE COMPROBARSE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA EN LA OCURRENCIA DE LOS HECHOS – DEFECTO FÁCTICO-**

El despacho sostiene como hecho probado que el día 5 de enero de 2018, aproximadamente a las 9:40am, el señor Carlos Alberto Galvis conducía la motocicleta de placas HAQ-37C por la carrera 8 con calle 15 de la ciudad de Cali, cuando colisiono por el costado con un bus padrón de placas VCQ-867, de propiedad de la empresa ETM Masivo S.A y conducido por el señor Fernando Ordoñez. En consecuencia, considera que las lesiones físicas y morales que padecen los demandantes son responsabilidad de las entidades demandadas a excepción del Distrito Especial de Santiago de Cali. Sin embargo, la atribución se realiza sin tener en cuenta las pruebas que acreditan que las acciones propias de la víctima llevaron a la ocurrencia de los hechos y por ende a la generación de su propio daño. Incurriendo así en un defecto fáctico negativo por una indebida valoración probatoria, pues de haber interpretado estos correctamente y de manera íntegra, la decisión de la sentencia hubiese sido diferente.

El día de los hechos, el señor Carlos Alberto Galvis con su actuar imprudente transgredió las normas de tránsito dispuestas en el Código Nacional de Tránsito Terrestre para conductores, concretamente las siguientes:

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

**“Artículo 94. Normas generales para bicicletas, triciclos, motocicletas, motociclos y mototriciclos.** Los conductores de bicicletas, triciclos, motocicletas, motociclos y mototriciclos, estarán sujetos a las siguientes normas:

- Deben transitar por la derecha de las vías a distancia no mayor de un (1) metro de la acera u orilla y nunca utilizar las vías exclusivas para servicio público colectivo.
- Deben respetar las señales, normas de tránsito y límites de velocidad.

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

La causa eficiente del daño no fue la falta de señal de pare. Los conductores habrían evitado el accidente si hubieran cumplido las normas de tránsito y conducido de manera prudente y

cuidadosa. Imputar la causación del accidente a la falta de señalización implica desconocer quién tenía la administración del riesgo cuando ocurrió el accidente. Las nociones de autorresponsabilidad y la prohibición de regreso, que son principios desarrollados a partir de la <<imputación objetiva>>, permiten entender claramente la razón por la cual el daño no puede imputársele a la entidad demandada.<sup>4</sup>

Con el Informe Policial de Accidente de Tránsito No. A000704166, la declaración del demandante y los testimonios recaudados, se evidenciaron circunstancias que fueron omitidas por el despacho. Específicamente, las siguientes:

- El accidente de tránsito ocurrió en horas de la mañana, aproximadamente a las 9:40am, en condiciones de tráfico ligero. Este implica que había iluminación natural y buena visibilidad, factores que deberían haber permitido al señor Carlos Alberto Galvis percibir con claridad la aproximación del bus articulado. Pues la presencia de un vehículo de tales dimensiones en un entorno de tráfico escaso debería haber sido notoria para cualquier conductor atento.
- En el informe policial de Accidente de Tránsito, se atribuye la hipótesis No. 142: "pasar cuando el semáforo se encuentra en luz roja" al vehículo No. 1, identificado como la motocicleta conducida por el demandante.
- Adicionalmente, el croquis del accidente indica que la colisión se produjo con la parte trasera del bus padrón. Esto demuestra que el bus ya había avanzado considerablemente en la intersección cuando ocurrió el impacto y que el motociclista ingresó a la intersección de manera imprudente, desatendiendo la señalización semafórica.

La conjunción de dichos factores como: buena visibilidad, tráfico escaso, la hipótesis de que el motociclista ignoró la señal roja del semáforo, y el punto de impacto en la parte trasera del bus, dan cuenta de una falta de atención e imprudencia por parte del demandante. Estas circunstancias demuestran que el señor Galvis actuó con negligencia al no observar adecuadamente su entorno y las señales de tránsito, contribuyendo exclusivamente a la ocurrencia del accidente.

Las declaraciones de la señora Claudia Campo y del señor Wilson García coinciden en que el comportamiento del señor Galvis fue temerario, pues no solo no se percató de la presencia del bus articulado, sino que además aceleró de manera abrupta e injustificada. Es importante contextualizar que el incidente tuvo lugar en una zona comercial del centro de Cali, un área caracterizada por su elevada actividad peatonal y comercial. Lo que demanda un nivel de atención y cautela aún mayor por parte de los conductores, dada la presencia constante de transeúntes, vendedores ambulantes y, en ocasiones, personas en situación de calle. La conducta del motociclista, al acelerar intempestivamente en un área tan concurrida, denota una falta de consideración hacia los demás usuarios de la vía y un desconocimiento de las particularidades del entorno en el que se encontraba.

Si bien es posible que existiera una omisión por parte del vehículo articulado al no lograr culminar su paso con el cambio del semáforo, dado el gran tamaño del vehículo, no es posible

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de junio de 2021, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, Rad. 19001-23-00-001-2007-00082-01(45802),

atribuirle responsabilidad alguna. Puesto que la conducta imprudente de la víctima fue la causa cierta y eficaz para la producción de su propio daño. El demandante pudo haber evitado la ocurrencia de los hechos con un actuar más precavido y cauteloso al momento de conducir su motocicleta.

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

En conclusión, y después de haber realizado una interpretación de los elementos de convicción, es evidente que la víctima fue quien provocó su propio daño al no respetar las señales de tránsito dispuestas y conducir sin prestar atención su entorno. Por lo tanto, es quien deberá asumir las consecuencias de su comportamiento y no atribuirlo a Metrocali S.A, ni a mi representada, dado que con la configuración de esta casual de exoneración rompe por completo el nexo causal entre el daño y la responsabilidad estatal.

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

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

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

Eso es así, porque los elementos probatorios -que la Sala relacionó previamente- demuestran que, al margen del mal estado de la vía y de que el vehículo transitara sin el cumplimiento de los requisitos legales, la causa eficiente del daño fue la asunción que, libre y voluntariamente, el conductor y la víctima hicieron del riesgo que comporta viajar en el platón de una volqueta, previsto para el transporte de carga y no de personas.

(...)

Así las cosas y dado que el daño se produjo tanto por la intervención de la víctima, quien libre, voluntaria e imprudentemente solicitó ser transportada en las peligrosas condiciones, anteriormente descritas, de las que era esperable un resultado similar al ocurrido, como por la actuación imprudente del conductor. De suerte que la Sala reducirá -en un 30%- la apreciación patrimonial del daño, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2357 del Código Civil. Esto, en razón de que -a diferencia de lo afirmado por el a quo- es mayor el grado de responsabilidad del municipio demandado que el de la víctima, como quiera que -en primer

lugar- la conducción de vehículos automotores exige especiales condiciones de cuidado y diligencia que el servidor público vinculado a la entidad territorial, en una actividad propia de su cargo, no cumplió, contribuyendo -en gran medida- al desenlace fatal que ha venido estudiándose.<sup>5</sup>

La actuación de la víctima denota claramente que incidió en la ocurrencia de sus lesiones, toda vez que dejó al arbitrio su seguridad y no adoptó las precauciones necesarias a fin de evitar el accidente. El punto de impacto en la parte trasera del bus articulado es un indicador significativo de la falta de precaución del motociclista. Dado que el vehículo de mayor tamaño ya había iniciado su marcha y estaba en proceso de completar su trayecto cuando se produjo la colisión. Lo que demuestra que el señor Carlos Alberto Galvis no prestó la debida atención a su entorno ni respetó las señales de tráfico.

Los testimonios recaudados durante el proceso coinciden en que el comportamiento del señor Galvis fue temerario, pues no solo no se percató de la presencia del bus articulado, sino que además aceleró de manera abrupta e injustificada. Es importante contextualizar que el incidente tuvo lugar en una zona comercial del centro de Cali, un área caracterizada por su elevada actividad peatonal y comercial. Este entorno requiere un nivel de atención y cautela aún mayor por parte de los conductores, dada la presencia constante de transeúntes, vendedores ambulantes y, en ocasiones, personas en situación de calle. La conducta del motociclista, al acelerar intempestivamente en un área tan concurrida, denota una falta de consideración hacia los demás usuarios de la vía y un desconocimiento de las particularidades del entorno en el que se encontraba. Si bien se podría argumentar que el conductor del bus articulado pudo haber tenido dificultades para completar su paso debido al cambio del semáforo, dadas las dimensiones del vehículo, este hecho no exime al motociclista de su responsabilidad en el accidente.

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

#### **D. REPARO SUBSIDIARIO: EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA INCURRIÓ EN UN DEFECTO PROCEDIMENTAL Y FACTICO AL DECLARAR SOLIDARIDAD ENTRE METROCALI S.A Y ETM MASIVO S.A.**

El presente reparo se fundamenta en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece los parámetros para la acción de reparación directa en casos de daño antijurídico causado por agentes del Estado y particulares. Específicamente estipula que:

**Artículo 140. Reparación directa.** En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de mayo e 2013, C.P. Stella Conto Díaz, Rad. 18001-23-31-000-1998-00223-01(26132)

permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

**En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.** (Énfasis propio)

La disposición legal en cuestión reviste particular importancia en el caso que nos ocupa, pues proporciona el marco jurídico para determinar la responsabilidad y, en su caso, la distribución de la misma entre los diversos actores involucrados en un incidente que resulta en daño antijurídico. El artículo es explícito al señalar que, en situaciones donde tanto entidades públicas como particulares están implicados en la causación del daño, es imperativo que la sentencia establezca la proporción de responsabilidad correspondiente a cada parte. Lo cual fue completamente omitido en la sentencia de primera instancia.

Al respecto, es importante resaltar que, dentro del ámbito de las obligaciones contractuales y legales de Metrocali S.A, no se contemplaba la función de guardián material de los vehículos involucrados en el sistema de transporte. Esta distinción es fundamental para una adecuada valoración de la participación y potencial responsabilidad de la entidad en los hechos que dieron lugar a la demanda.

En consecuencia, se solicita respetuosamente al Honorable Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que, en el supuesto de que no se revoque la sentencia de primera instancia, se proceda a una determinación precisa y equitativa del porcentaje de participación atribuible a Metrocali S.A. en el presente proceso. Esta determinación debe realizarse teniendo en cuenta el alcance real de las obligaciones de la entidad, así como su grado de influencia causal en la ocurrencia del daño. Pues como quedó demostrado Metrocali S.A. no ostentaba la calidad de guardián material de los vehículos, lo cual debería reflejarse en una reducción significativa de cualquier responsabilidad que se le pudiera atribuir en el daño alegado.

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

Como consecuencia de la indebida valoración probatoria mencionada en los acápites anteriores, se libró una condena que no debe asumir Metrocali S.A. y que por ende derive en afectar la póliza con la que se vinculó al proceso a mi representada, pues no hay legitimación en la causa por pasiva y además existe una causa extraña que rompe el nexo de causalidad de la responsabilidad del Estado. Por ende, tampoco es viable condena alguna, la cual se cuestiona en todas sus orbitas, en entre ellas el hecho de que se haya proferido una condena por concepto de daño a la salud que no fue acreditada por la demandante.

Frente a dicho perjuicio, es necesario precisar que el mismo, se repara con base en dos componentes: (i) uno objetivo, el cual está determinado por el porcentaje de invalidez; y, (ii) uno

subjetivo, que puede permitir incrementar o disminuir en determinada proporción el primer valor, conforme a las consecuencias particulares y específicas. Al respecto se ha establecido:

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

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

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

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

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

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

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

de la estimación de indemnizaciones de perjuicios por daño a la salud.<sup>6</sup>

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

En este caso, se acudirá a un criterio de valoración cualitativo, más no cuantitativo, para determinar con base en la naturaleza, intensidad y duración de las lesiones, que aparecen probadas en el proceso, la magnitud del perjuicio padecido.

De acuerdo al informe expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses del 20 de marzo de 2019; al actor se le generaron secuelas definitivas en su mano izquierda, consistentes en una perturbación funcional de órgano de la prensión de carácter permanente.

En tal sentido, dicha evaluación médica orienta a determinar que el daño a salud que padeció es equiparable cualitativamente al de aquellas personas que se califican por un porcentaje superior al 1% e inferior al 10%; lo que lo ubica en el segundo nivel de indemnización, que se establece en este caso en la suma equivalente a diez (10) s.m.l.m.v.

El juzgado afirma basarse en un criterio de valoración cualitativo para determinar la magnitud del perjuicio padecido por el demandante. Sin embargo, la fundamentación de este criterio resulta insuficiente y poco clara. El despacho se limita a mencionar la naturaleza, intensidad y duración de las lesiones, sin proporcionar un análisis exhaustivo de cómo estos factores se traducen en la cuantificación del daño. La decisión de ubicar el daño a la salud en un rango superior al 1% e inferior al 10%, situándolo en el primer nivel de indemnización, carece de una justificación sólida, pues no expone el razonamiento que lo llevó a esta conclusión, ni presenta un análisis comparativo con casos similares o escalas de evaluación de daños corporales o físicos.

Además, el juzgado omitió la carga que recae en parte demandante de demostrar la gravedad de las afectaciones que sufrió el señor Carlos Alberto Galvis presuntamente con la ocurrencia del accidente de tránsito. Por lo tanto, al no existir justificación suficiente, la condena impuesta por el juzgado de primera instancia resulta equivocada y desconoce el precedente jurisprudencial en materia de indemnización por daño a la salud.

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

### **III. REPAROS FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO**

#### **A. LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA IMPUESTA A MI REPRESENTADA TENDRÁ QUE REVOCARSE TODA VEZ QUE NO ESTA PROBADA LA REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 022027557**

Del análisis de los argumentos fácticos y jurídicos esbozados en precedencia que, en suma, se traducen en la pretensión de impugnación, conllevarían a la revocatoria de la sentencia recurrida

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 29 de abril de 2021, C.P. Julio Roberto Piza, Rad. 11001-03-15-000-2020-04563-01(AC)

dada la ausencia de los elementos axiológicos de la responsabilidad del Estado. Bajo ese entendido, la obligación desplegada en cabeza de la aseguradora, deviene inexistente, pues dicho deber indemnizatorio sólo nace en la medida que se realice el riesgo asegurado, que no es otro que indemnizar la responsabilidad civil extracontractual de los hechos imputables al asegurado, el cual, como acabamos de ver no se estructura.

En la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 022027557, cuyo tomador y asegurado es la empresa Metrocali S.A., se pactó como objeto el de amparar los perjuicios que cause el asegurado, con motivo de determinada responsabilidad civil extracontractual en que incurra con relación a y terceros, de acuerdo con la ley, que sean consecuencia de un siniestro imputable al asegurado, causados durante el giro normal de sus actividades. Dicha condición nunca se cumplió y el riesgo no se estructuró por no existir falla de parte de Metrocali S.A que haya originado algún perjuicio a los demandantes. Por lo tanto, los hechos y pretensiones de la demanda carecen de cobertura bajo la póliza de seguro utilizada como fundamento del llamamiento en garantía, pues no se cumplió la condición a la que está sometida la obligación de la aseguradora, esto es, que se realice el riesgo asegurado en los términos de la póliza.

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

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

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

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

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

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

## **B. REPARO SUBSIDIARIO: EL DESPACHO OMITIÓ ESTUDIAR LAS EXCLUSIONES DE AMPARO PACTADAS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 022027557**

En la póliza en estudio, se estipularon algunas exclusiones al amparo que en el caso de presentarse la compañía de seguros no está obligada a responder, no obstante, en la sentencia de primera instancia el despacho no las tuvo en cuenta para evaluar la responsabilidad indemnizatoria de mi representada. Específicamente las siguientes:

Salvo que esté expresamente contratada la cobertura, esta póliza excluye la pérdida y cualquier tipo de siniestro, daño, costo o gasto de cualquier naturaleza éste fuese, que haya sido causado directa o indirectamente por las siguientes causas: (...)

- Responsabilidad civil propia de los contratistas o subcontratistas al servicio del asegurado
- Inobservancia de disposiciones legales u órdenes de la autoridad, de normas técnicas o de prescripciones médicas o de instrucciones y estipulaciones contractuales. (...)

Dentro del proceso, si bien por la parte activa no se logró probar fehacientemente la responsabilidad en cabeza de la entidad demandada, es importante que el despacho tenga en cuenta que, en caso de que por su parte se insista en la condena impuesta, se deben tener en cuenta que el asegurado incurrió en algunas de las causales de exclusión expresas en el clausulado la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 022027552 siendo vinculante para sus partes. En ese sentido, si a juicio del juez de segunda instancia los hechos ocurridos el día 5 de enero de 2018 son responsabilidad del MetroCali S.A, debe tenerse en cuenta que el accidente de tránsito se causó por ETM Masivo S.A, un contratista de la operación del servicio de transporte público del asegurado del asegurado. Además, en caso de reafirmar la transgresión de normas del Código Nacional de Tránsito por parte del conductor del bus de propiedad de ETM Masivo S.A, se encontraría también probada la exclusión inobservancia de disposiciones legales. Por lo tanto, dichos riesgos están expresamente excluidos de cobertura y no se podría derivar en la afectación de la Póliza.

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

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

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

1.2.1.1. En la carátula:

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

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

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

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

La regulación de la Superintendencia Financiera de Colombia, es completamente clara, pues indica que los amparos y exclusiones deben consignarse a partir de la primera página de la póliza, esto es, no de forma restrictiva en la carátula de la misma, puesto que, por razones prácticas, por imposibilidad física, y por las indicaciones legales referidas, no es viable que confluyan en esta misma página del contrato de seguro. De hecho, la misma Superfinanciera a través de su Dirección Legal dio respuesta a consulta formulada por el Representante Legal de Liberty Seguros el pasado 04 de febrero de 2020<sup>7</sup>, 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”.*

<sup>7</sup> 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

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

**C. REPARO SUBSIDIARIO: EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DESCONOCIÓ EL VALOR DEL LIMITE ASEGURADO PACTADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 022027557**

Sobre la responsabilidad de la aseguradora llamada en garantía, el despacho considera que debe indemnizar de los perjuicios causados a la parte demandante como consecuencia de la responsabilidad endilgada a Metrocali S.A., como tomador y asegurado de la Póliza No.022027557. Sin embargo, en la sentencia no se especifican las condiciones determinadas en el contrato de seguros, que son obligaciones contraídas por la Compañía aseguradora exclusivamente expresadas en su texto, las cuales por ningún motivo se pueden desconocer.

Por lo tanto, el despacho no podrá condenar a mi representada a pagar una suma mayor a la asegurada. De ninguna manera el demandante podrá obtener una compensación más allá del límite de la suma asegurada indicada en la carátula de la póliza suscrita con Metrocali S.A., que para el presente caso el "límite asegurado evento/vigencia" es de \$2.700.000.000 para el amparo de "RC Contratistas y subcontratistas independierntes", siendo el límite máximo de responsabilidad de la compañía por todos los daños y perjuicios causados por todos los siniestros ocurridos durante la vigencia del seguro.

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

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

**IV. PETICIÓN**

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

**SEGUNDA:** De manera subsidiaria, en el remoto e hipotético caso que se considerara acceder a las pretensiones de la demanda, en contra de MetroCali S.A, se tenga en cuenta todas y cada una de las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza que sirvió de base para el llamamiento en garantía efectuado en el presente proceso.

**V. NOTIFICACIONES**

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

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

Cordialmente,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. No.19.395.114 de Bogotá

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