

RV: C3762 RV: RADICACIÓN CONTESTACIÓN CARMEN ALICIA PALACIOS Y OTROS RAD. 2018-00122

Diana Carolina Argote Delgado <dargoted@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 31/07/2020 10:16 AM

Para: Juzgado 05 Administrativo - Valle Del Cauca - Cali <adm05cali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: notificaciones@gha.com.co <notificaciones@gha.com.co>; Tecnico Sistemas Oficina Apoyo Juzgados Administrativos - Seccional Cali <tecofadmcali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

8 archivos adjuntos (8 MB)

MAYELI TUFIÑO PALACIOS Y OTROS VS MUNICIPIO DE CALI.pdf; CERTIFICADO EXISTENCIA MAPFRE ACTUALIZADO 22 JULIO 2020.pdf; ESCRITURA 1804 NOTARIA 35 MAPFRE SEGUROS GENERALES_compressed.pdf; PÒLIZA 1501216001931 CERTIFICADO No. 0 vigencia 17 de marzo 2016 a 2 de diciembre 2016.pdf; CONDICIONADO RCE 2012.pdf; CERTIFICADO ALLIANZ SEGUROS S.A. MAYO 2020.PDF; AXA COLPATRIA SEGUROS CALI MARZO 2020.pdf; CAMARA DE COMERCIO ABSORCION Y CAMBIO RAZON SOCIAL ZURICH.pdf;

UniSoftware Ltda. - Registro de Actuaciones

Proceso Ver Opciones Ayuda

No. Proceso: 76001 - 33 - 33 - 005 - 2018 - 00122 - 00

> CALI (VALLE) > Juzgado Administrativo > Administrativo Oralidad

Información Principal | Sujetos | Secretaría | Despacho | Finalización

Demandante: MAYELI TUFIÑO PALACIOS Cédula: 27126723

Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTROS Cédula: 76001

Area: 0001 > Admin

Tipo de Proceso: 0001 > Ordina

Clase de Proceso: 0003 > ACCIO

Subclase: 0000 > Sin Su

Tipo de Recurso: 0000 > Sin Ti

Despacho: 05-JUZGADO 5 ADMIN

Asunto a tratar: ANEXA 1 COPIA Y 1

Correspondencia Of Apoyo

Actuación/Ciclo: 30023284

Fecha de Desanote

Actuación Desarrollo

Actuación a Registrar: 31/07/2020

Correspondencia Of Apoyo

Fecha Actuación: 31/07/2020 (dd/mm/aaaa)

Registrado en

Folios:

Cuadernos:

Término

Sin Término Término Legal Término Judicial

Calendario

Ordinario Judicial

Tiene Término

Días:

Inicial: (dd/mm/aaaa) Final: (dd/mm/aaaa)

Anotación:

C3762-viernes, 31 de julio de 2020 9:06 a. m. ALLEGA CONTESTACION A DEMANDA Y AL LLAMAMIENTO DE GARANTIA-GUSTAVO HERRERA-DCA ANEXOS 8

Ubicación: 0046 > Correspondencia OF AM

De: Oficina 02 Apoyo Juzgados Administrativos - Seccional Cali

Enviado el: viernes, 31 de julio de 2020 9:47

Para: Diana Carolina Argote Delgado

Asunto: C3762 RV: RADICACIÓN CONTESTACIÓN CARMEN ALICIA PALACIOS Y OTROS RAD. 2018-00122

De: H & G Notificaciones Abogados [<mailto:notificaciones@gha.com.co>]

Enviado el: viernes, 31 de julio de 2020 9:06 a. m.

Para: Oficina 02 Apoyo Juzgados Administrativos - Seccional Cali <of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Luis Alberto Bustos Perdomo <notificacionesjudiciales@cali.gov.co>; notificacionesjudiciales@allianz.co; notificaciones.co@zurich.com; notificacionesjudiciales@axacolpatria.co; Juzgado 05 Administrativo - Valle Del Cauca - Cali <adm05cali@cendoj.ramajudicial.gov.co>; lawyer.calicolombia@hotmail.com; equipojuridicoshalom@hotmail.com; GHA Kelly Alejandra Paz Chamorro <kpaz@gha.com.co>; GHA Luz Amparo Riascos Alomia <lriascos@gha.com.co>

Asunto: RADICACIÒN CONTESTACIÒN CARMEN ALICIA PALACIOS Y OTROS RAD. 2018-00122

Señores:

JUZGADO QUINTO (5o) ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI.

E.S.D.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA, en mi calidad de apoderado general de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 806 de 2020, en el Acuerdo PCSJA-11581 del 27 de junio de 2020 y demás normas concordantes, dentro del término de ley, radico por este medio contestación de la demanda y del llamamiento en garantía en representación de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., junto con los respectivos anexos.

Para el efecto, adjunto lo siguiente:

1. Contestación.
2. Certificado de Existencia y Representación Legal de Mapfre.
3. Escritura pública.
4. Póliza.
5. Condicionado general.
6. Certificados de existencia y representación de ALLIANZ SEGUROS S.A., AXA COLPATRIA y QBE ahora Zurich.

Cordialmente.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA

Señores:

JUZGADO QUINTO (5º) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI.

E. S. D.

Radicado: **76001-33-33-005-2018-00122-00.**

Medio de Control: **REPARACIÓN DIRECTA.**

Demandante: **MAYELI TUFÍÑO PALACIOS Y OTROS.**

Demandado: **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARÍA DE INFR.**

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, (V), identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá, D.C., abogado en ejercicio portador de la T. P. No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado general de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, sociedad legalmente constituida, con NIT. No. 891700037-9, con domicilio principal en Bogotá D.C., y sucursal en Cali, como se acredita con la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Cali, que anexo a este escrito, respetuosamente manifiesto que en ejercicio del mandato a mi conferido y dentro del término legal, respetuosamente procedo, primero, a contestar la demanda instaurada por la señora **MAYELI TRUFÍÑO PALACIOS Y OTROS** en contra del **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA**, y, en segundo lugar, a contestar el llamamiento en garantía formulado a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, por dicho ente, de acuerdo con los fundamentos que se esgrimen a continuación:

OPORTUNIDAD PARA CONTESTAR LA DEMANDA.

De conformidad con lo establecido en el Auto Interlocutorio No. 86 del 2 de febrero de 2020, notificado en estados el 10 de febrero de esa anualidad, proferido por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo de Cali, por medio del cual se admitió el llamamiento en garantía respecto de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., y se le concedió el término de quince (15) días para contestar. El término de traslado solo comenzaría a correr al vencimiento del término común de veinticinco días después de surtida la última notificación. El día 9 de marzo de 2020, mi representada recibió por correo electrónico la notificación del auto que admitió el llamamiento en garantía, por lo que el término común de los veinticinco (25) días transcurrirá desde el día 10, 11, 12 y 13 de marzo de 2020 al 30 de julio de 2020, por cuanto el Consejo Superior de la Judicatura, por medio de los siguientes ACUERDOS, suspendió los términos judiciales:

Acuerdo PCSJA20 – 11517 de 2020, dispuso:

*“ARTÍCULO 1º. Suspender los términos judiciales en todo el país **a partir del 16 y hasta el 20 de marzo de 2020**, excepto en los despachos judiciales que cumplen la función de control de garantías y los despachos penales de conocimiento que tengan programadas audiencias con persona privada de la libertad, las cuales se*

podrán realizar virtualmente. Igualmente se exceptúa el trámite de acciones de tutela". (Énfasis propio).

Acuerdo PCSJA20 – 11521 de 2020, dispone:

*“ARTÍCULO 1. Prorrogar la suspensión de términos adoptada en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518 y PCSJA20-11519 de 2020, **desde el 21 de marzo hasta el 3 de abril del año 2020**, incluidas las excepciones allí dispuestas*". (Énfasis propio).

Acuerdo PCSJA20 – 11526 de 2020, resolvió:

“ARTÍCULO 1. Suspensión de términos. Prorrogar la suspensión de términos judiciales en el territorio nacional, desde el 4 de abril hasta el 12 de abril de 2020”.

Acuerdo PCSJA20 – 11532 de 2020, dispuso:

“ARTÍCULO 1. Suspensión de términos judiciales. Prorrogar la suspensión de términos judiciales en el territorio nacional, desde el 13 de abril hasta el 26 de abril de 2020”.

Acuerdo PCSJA20 – 11546 de 2020, resuelve:

“ARTÍCULO 1. Suspensión de términos judiciales. Prorrogar la suspensión de términos judiciales en el territorio nacional, desde el 27 de abril hasta el 10 de mayo de 2020”.

Acuerdo PCSJA20 – 11549 de 2020, dispone:

“ARTÍCULO 1. Suspensión de términos judiciales. Prorrogar la suspensión de términos judiciales en el territorio nacional, desde el 11 hasta el 24 de mayo de 2020”.

Acuerdo PCSJA20 – 11556 de 2020, reza:

“ARTÍCULO 1. Suspensión de términos judiciales. Prorrogar la suspensión de términos judiciales en el territorio nacional, desde el 25 de mayo hasta el 8 de junio de 2020 inclusive”.

Acuerdo PCSJA20 – 11567 de 2020, dispone:

“Artículo 1. Levantamiento de la suspensión de términos judiciales. La suspensión de términos judiciales y administrativos en todo el país se levantará a partir del 1 de julio de 2020 de conformidad con las reglas establecidas en el presente Acuerdo.

Artículo 2. Suspensión de términos judiciales. Se prorroga la suspensión de términos judiciales en el territorio nacional, desde el 9 de junio hasta el 30 de junio de 2020 inclusive”.

En este orden de ideas, el término de traslado para pronunciarse es de quince (15) días, tal como lo dispone el inciso 2º del artículo 225 de la Ley 1437 de 2011 y el numeral segundo del Auto Interlocutorio No. 86 de febrero de 2020. Así las cosas, el término para pronunciarse se surtiría desde el 31 de julio de 2020 hasta el 24 de agosto de 2020, por lo que se concluye que este escrito es presentado dentro del tiempo previsto para tal efecto.

CAPÍTULO I

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I. FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Frente al hecho 1º: no me consta, de forma directa ni indirecta que el 6 de noviembre de 2016, entre las 10:30 y 11:00 p.m., se desplazara la demandante en compañía del joven Jorge Luis Tufiño Palacios, a la altura de la Calle 70 No. 7D-39 de la ciudad de Cali, y menos que se encontrara un hueco en la vía pública, por ser circunstancias totalmente ajenas al conocimiento de mi prohijada.

No obstante, deberá demostrar la parte actora que cumplía con todas las normas de tránsito, además de acreditar que para el 2016, no se encontraba prohibido el transporte de parrillero.

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

Frente al hecho 2º: no es un hecho, es una manifestación subjetiva del apoderado de la parte actora pretendiendo atribuir la causa del accidente al foramen, fundamentando su dicho en que el agente de tránsito consignó como hipótesis 306, que revela “hueco en la vía”.

Sin embargo, el extremo activo omite indicar que el agente tránsito también documentó la hipótesis 157, la cual corresponde a “otra”.

No me consta de forma directa e indirecta si el agente de tránsito conoció el hecho en el lugar del suceso o en otra parte, por ser una circunstancia ajena al radio competencial de mi representada.

Deberá la parte actora cumplir con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 del Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente y útil.

Frente al hecho 3º: no es un hecho, corresponde a manifestaciones subjetivas del apoderado de la parte actora, pretendiendo instituir la causa del accidente al mal estado de la vía, y que como consecuencia de ello la demandante sufrió graves lesiones por lo que fue trasladada a la CLÍNICA VERSALLES, situación que escapa al radio competencial de la aseguradora que represento.

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

Frente al hecho 4º: no es un hecho, se trata de manifestaciones subjetivas del apoderado del extremo activo pretendiendo instituir la responsabilidad del Municipio de Santiago de Cali, a través de la historia clínica de la paciente.

Sin embargo, olvida el profesional del derecho que una historia clínica no puede endilgar responsabilidades, única y exclusivamente contiene notas de enfermería, evoluciones, procedimientos realizados, suministro de medicamentos, pero de ninguna manera pueden consignar culpa del presunto accidente, pues solo se transcribe lo que el paciente manifiesta al interrogatorio que se la realiza.

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

Frente al hecho 5º: no es un hecho, son aseveraciones subjetivas del apoderado de la parte actora, pretendiendo atribuir la causa del accidente de tránsito a la presunta omisión en el mantenimiento de la vía e inexistencia de señalización del mal estado de la misma, por parte del ente territorial, y que como consecuencia de ello se le ocasionaron graves lesiones a la demandante.

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

Frente al hecho 6º: no me consta de forma directa e indirecta que la presunta falla del servicio le ocasionara perjuicios de orden material y de vida en relación a la demandante, estando en cabeza del extremo activo acreditar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se presentó el accidente de tránsito.

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

Frente al hecho 7º: no es un hecho, corresponde a manifestaciones subjetivas del apoderado del extremo activo, indicando que por ser la demandante el eje central de la familia se les cercenó el disfrute de actividades personales y familiares, circunstancia que por referirse aspectos de índole personal escapan al conocimiento de mi defendida.

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

Frente al hecho 8º: no es un hecho, se trata de afirmaciones subjetivas del apoderado del extremo activo, sosteniendo que existe una presunta pero no probada falla del servicio, y que la misma generó diversos perjuicios a los demandantes, situación que deberá acreditarse en el devenir procesal, pues que se haya establecido como hipótesis la existencia de un foramen por sí sola no da cuenta de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que acaeció el supuesto accidente de tránsito.

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

II. FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Me opongo a la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda, por cuanto carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad, como quiera que se pretende, al hacer la narración de los supuestos hechos, imputar una responsabilidad administrativa, la cual como se establecerá dentro del proceso, no se estructuró, toda vez que en estos casos impera el principio de la carga de la prueba, tanto de la supuesta culpa o falla del servicio, como del daño, de la cuantía del presunto detrimento y el nexo de causalidad entre uno y el otro.

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

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

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

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

Frente a la pretensión primera: me opongo a que se declare que se estructuró la responsabilidad del ente territorial demandado por los perjuicios que alega haber sufrido la parte actora, por el presunto accidente de tránsito en el que resultó lesionada la señora MAYELI TUFÍÑO PALACIOS, el 6 de noviembre de 2016.

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

Luego, es claro que en este caso no se reúnen los elementos que estructuran la responsabilidad del ente demandado, pues no existe prueba que algún hecho, acción u omisión del municipio haya incidido en alguna forma en la ocurrencia del presunto accidente, ni de la imprescindible relación de causalidad entre el presunto perjuicio alegado y la conducta de la parte pasiva de este medio de control.

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

Respecto a la solicitud de **perjuicios morales**, se solicita el total de CIEN, (100), CINCUENTA, (50), y TREINTA Y CINCO, (35), salarios mínimos mensuales vigentes para la víctima directa, hijo, madre, hermanos y una tercera afectada, respectivamente. Justifican la causación de los mismos por el supuesto sufrimiento, congoja y preocupación que les generó el padecimiento de la señora MAYELI TUFIÑO PALACIOS, por las supuestas lesiones que le ocasionó el accidente de tránsito acaecido el 6 de noviembre de 2016. Si bien es cierto que por tratarse de un perjuicio extrapatrimonial la tasación tiene parámetros subjetivos, los precedentes jurisprudenciales en materia contencioso administrativo han establecido unos topes indemnizatorios de acuerdo a las situaciones que se generen, a la gravedad de las mismas y a la relación de cercanía con la persona afectada del evento dañoso. Es así como actualmente, por concepto de daño moral, se reconoce el monto de 100 SMLMV, para las personas que tengan relaciones afectivas conyugales y paternofiliales con la persona que fallece, o en el evento de lesiones, cuando las mismas son iguales o superan el 50% de la pérdida de capacidad laboral.

De acuerdo con las circunstancias fácticas presentadas en la demanda, es claro que lo pretendido obedece a una situación de lesiones, sin embargo, no obra en el expediente dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que determinara una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% que encasille en los supuestos jurisprudenciales para acceder al máximo indemnizatorio, por lo que desde ya se concluye que la tasación es excesiva.

Frente a la pretensión tercera: me opongo a la prosperidad de dicha pretensión en la cuantía de cuatrocientos (400), salarios mínimos legales mensuales vigentes, para la señora MAYELI TUFIÑO PALACIOS, por cuanto el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, no desplegó acción y/u omisión que le generara algún daño a la demandante, consecuentemente, no está en la obligación de resarcir el perjuicio incoado.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que el daño a la salud, única y exclusivamente se reconoce a la víctima directa, caso en el cual sería improcedente el reconocimiento a favor de la señora Nancy Castaño Sánchez.

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

“Finalmente la Sala cambió nuevamente la denominación de dicho perjuicio por el de daño a la salud, tal y como lo señaló mediante la providencia de 14 de septiembre de 2011, en la cual se puntualizó lo siguiente:

Se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al

restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente -como quiera que empíricamente es imposible- una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo”¹.

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

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

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

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

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

Frente a la pretensión cuarta: me opongo rotundamente a la prosperidad de dicha pretensión por cuanto esta categoría de perjuicios ya no existe de conformidad con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

Ahora bien, en el daño a la salud se subsumieron todos los perjuicios diferentes al moral. Al respecto, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, frente al tema dispone lo siguiente:

“(...) se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo”² (Énfasis propio).

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

² Sentencia de 14 de septiembre de 2011, expediente 38.222, Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.

En este orden de ideas, es claro que el reconocimiento del perjuicio denominado daño a la salud, únicamente puede ser solicitado por la persona que hubiere sufrido directamente la lesión corporal, en el *sub lite*, la señora MAYELI TUFIÑO PALACIOS, pero previa la demostración de su causación, y dependiendo la gravedad o levedad de la lesión.

Al respecto, el Acta de 28 de agosto de 2014, emitida por el H. Consejo de Estado, estableció criterios unificados para tasar la indemnización concerniente al daño a la salud, indicando:

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

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

En consecuencia, en el remoto evento de demostrarse tal afectación, la misma deberá ser indemnizada de acuerdo al porcentaje de pérdida de capacidad laboral que se logre acreditar, pero de ninguna manera equivaldría a la exagerada suma que pretende la actora de CIEN (100) SMMLV.

Sin embargo, se observa que la lesionada pretende el resarcimiento de varios tipos de perjuicios con denominación diferente, pues ya se solicitó el daño a la salud, el cual comprende o engloba toda clase de perjuicios diferentes al moral, luego, en el evento de endilgarse responsabilidad al extremo pasivo deberá tenerse en cuenta que únicamente se podrá acceder al perjuicio por daño a la salud, y no a todos los deprecados por la actora con denominaciones diferentes.

Frente a la pretensión quinta: me opongo rotundamente al reconocimiento del **perjuicio material** en la modalidad de LUCRO CESANTE, por cuanto el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, no desplegó actuación y/u omitió obligación alguna que desencadenara en el mencionado accidente de tránsito en el que presuntamente resultó lesionada la demandante.

Al respecto, es preciso destacar frente a los perjuicios de índole patrimonial, en su modalidad de Lucro Cesante, que la estimación presentada por la parte actora en la suma de \$225.139.263, no se encuentra fundada en elementos documentales que permitan acreditar detrimento alguno, ni privación de ingresos; es más, los cálculos realizados por los demandantes, parten de una premisa desafortunadamente sin bases, pues debe

recordarse que en el libelo introductorio no existe prueba alguna que demuestre que la señora TUFÍÑO laboraba, razón por la cual se deberá negar dicha petición.

No puede entonces, la parte actora, tasar el pago del perjuicio en la suma de \$225.139.263, cuando no existe un soporte, traducido en una certificación formal que acredite que efectivamente la señora MAYELI TUFÍÑO PALACIOS, laborara y devengara cierta cantidad de dinero mensualmente, máxime cuando en historia clínica de la demandante se plasmó lo siguiente: “*Ocupación: Personas que no han declarado ocupación*”, indicativo que no desarrollaba ninguna actividad económica.

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

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

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

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

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

“(…)”

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

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

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

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

1.1 Presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante

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

1.1.2 Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite o,

de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.³).

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

De lo anterior, se colige que para efectos de reconocer el lucro cesante se debe partir de un perjuicio cierto, pues el eventual no otorga derecho a indemnización. Ahora bien, en el caso de marras, se observa que en el libelo introductorio se deprecia un lucro en favor de la presunta lesionada por valor de \$225.139.263, sin que se aportara prueba alguna que acreditara tal situación, razón por la cual se deberá negar dicha petición.

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

1.2 "Parámetros para liquidar el lucro cesante:

2.2.1 Período indemnizable

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

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

2.2.2 Ingreso base de liquidación

³ Para la Corte Constitucional (sentencia T-733 de 2013): "La noción de carga de la prueba 'onus probandi' es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que la carga de la prueba es la obligación de 'probar', de presentar la prueba o de suministrarla cuando no 'el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado', de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero".

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

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

El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas⁴, las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario⁵, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso.

2.2.3 Aplicación del salario mínimo legal mensual

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

⁴ “**ARTICULO 615. OBLIGACIÓN DE EXPEDIR FACTURA.** Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

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

⁵ Ver la cita 60 de la página 31.

2.2.4 Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales

Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales⁶, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida **trabajaba como empleado al tiempo de la detención**, pues las prestaciones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada⁷.

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

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

Frente a la pretensión sexta: me opongo a la prosperidad de dicha pretensión pese a la ausencia de responsabilidad del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, por cuanto el extremo activo debe deprecar todos los perjuicios presuntamente ocasionados, toda vez que nos encontramos ante una justicia rogada, y en esa medida le está prohibido al juzgador ir más allá de lo solicitado por los demandantes.

Frente a la pretensión séptima: me opongo a la prosperidad de la pretensión, por cuanto el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, no desplegó acción y/u omisión que le generara algún daño a la demandante, consecuentemente, no está en la obligación de reparar integralmente a la actora. No obstante, debe advertirse que los demandantes, pretenden se les resarza la suma de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor de la lesionada, por concepto de daño a la salud, y

⁶ De las prestaciones trata el Código Sustantivo del Trabajo (capítulos VIII y IX) y están concebidas como beneficios legales que el empleador debe pagar a sus trabajadores, adicionalmente al salario ordinario, para atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de la actividad laboral.

⁷ La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, precisó que las prestaciones sociales solo se causan en virtud de la existencia de un contrato de trabajo subordinado y que a ellas no tienen derecho quienes desarrollan una actividad como independientes; al respecto, dijo:

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

adicionalmente, deprecian que la entidad demandada asuma el pago de atenciones médicas, hospitalarias, terapéuticas, psicológicas, medicamentos, implementos, etc., en consecuencia, desde ningún punto de vista se puede acceder a los mismos perjuicios denominados de forma diferente.

Frente a la pretensión octava: me opongo a la prosperidad de esta pretensión por cuanto al no reunirse los requisitos esenciales para endilgar responsabilidad alguna en cabeza del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, el reconocimiento de costas y agencias en derecho se torna inane.

Frente a la pretensión novena: Frente a esta pretensión debe indicarse al Despacho que la misma no puede considerarse, por cuanto la misma se refiere al cumplimiento de las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De conformidad con lo expuesto, respetuosamente solicito denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

III. EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE A LA DEMANDA

1. EXCEPCIONES PLANTEADAS POR QUIEN FORMULÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A MÍ PROCURADA.

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

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

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

Con respecto a las condiciones en que se presentó el supuesto accidente, no hay ninguna prueba que estructure la atribución del daño a la entidad territorial demandada. Así pues, no se tiene certeza de que el incumplimiento obligacional que refiere la parte demandante

haya determinado la causación del accidente y consecuentemente generado los perjuicios que pretende, por tanto, ante la inexistencia de estos elementos no se configura la responsabilidad patrimonial del Estado.

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

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

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

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

“Así, entonces, la demostración del mal estado de la vía no es, por sí sola, suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de producirse un daño, pues esa prueba debe acompañarse de la acreditación del nexo causal entre éste y la acción u omisión en que pudo haber incurrido la Administración en su deber de mantenimiento de la malla vial.”⁸

Lo anterior se debe a que sí existe material probatorio que sustente las excepciones formuladas por la demandada y la llamada en garantía, particularmente frente a la causal de exoneración por inexistencia de causa. Está también debidamente acreditado que hay conductas culposas propias de la víctima, lo cual altera el juicio de imputación realizado por la supuesta falla del servicio y consolida como causa eficiente y determinante del daño las conductas culposas de la víctima y. La relación entre la prueba de la falla del servicio y

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

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

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

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

“Salvo lo que se dirá más adelante, consideramos que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por quien ejerce el derecho de acción, independientemente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa o en alguna de las especies de responsabilidad objetiva. El nexo de causalidad a diferencia de la culpa, no admite, por norma general, ningún tipo de presunción. Esa es la razón por la cual es necesario quitarnos de la cabeza la sinonimia entre culpabilidad y causalidad; cierto, un hecho puede ser producto de muchos factores, entre ellos una culpa, lo que de suyo no implica un nexo causal que obligue a reparar a quien cometió culpa. Por fortuna, el Consejo de Estado ha superado la discusión sobre la presunción de culpabilidad, de causalidad y de responsabilidad en los regímenes objetivos y actualmente se tiene claro en la jurisprudencia del Alto Tribunal que cuando se está en presencia de un régimen objetivo de responsabilidad no se tiene por existente una presunción de culpabilidad ni de causalidad ni de responsabilidad, sino que es un régimen en el cual el actor deberá probar todos los elementos de la responsabilidad (incluida, por supuesto, la relación causal), mientras que el demandado deberá acreditar una causa extraña para exonerarse de responsabilidad, pues demostrar diligencia y cuidado no le será suficiente para liberarse.

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

El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado.⁹

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

Además de lo anterior, tampoco hay prueba que acredite la existencia de un hueco en la Calle 70 No. 7D-39 de la ciudad de Cali. La parte demandante acompañó como prueba unas fotografías de un presunto hueco, sin embargo, no hay ningún elemento que permita inferir que esas fotografías hacen referencia al hueco que supuestamente causó la caída, qué existiera para el día en que supuestamente ocurrieron los hechos, qué se ubicara en la dirección indicada, y demás circunstancias de moto, tiempo y lugar, que con la sola representación figurativa quedan en la incertidumbre. Sobre el valor probatorio de las fotografías se ha referido el Consejo de Estado:

ii) El valor probatorio de las fotografías y los hechos que con ellas se documentan. El material fotográfico, como medio de prueba, se enlista dentro de las denominadas documentales¹⁰ y, en tanto documento, reviste de un “carácter representativo, que muestra un hecho distinto a él mismo”¹¹. De ahí que, “[l]as fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse”¹², 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

⁹ Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración – Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano*. *Revista de derecho privado, No. 14, Universidad Externado de Colombia.* 194.

¹⁰ Así por ejemplo, se desprende del art. 251 del C.P.C., norma que rige el caso.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-930^a, del 6 de septiembre de 2013, fundamento 4.3, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹² *Ibid*, fundamento 4.3.1.

otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición”¹³ ¹⁴.

En estos términos, las fotografías no tienen connotación probatoria por no tener certeza sobre la persona que las realizó y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas, situación que impide su valoración y consecuentemente, la imposibilidad de estructurar la causalidad. Estas inconsistencias probatorias inciden directamente en el análisis de las pretensiones, pues impiden la estructuración de la responsabilidad indebidamente atribuida a las demandadas.

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

Por otra parte, el H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en Sentencia del 22 de agosto de 2019¹⁵, frente a un caso similar, sostuvo lo siguiente:

(...)

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

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

(...)

La Sala destaca que la labor de la parte demandante se concentró en probar la ocurrencia del daño, los perjuicios derivados del mismo y la falla de la administración; no obstante, falló en aportar los medios probatorios suficientes para acreditar que la

¹³ *Íbid*, fundamento 4.3.2.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (14 de febrero de 2018) Expediente 44494. [C.P. Ramiro Pazos Guerrero].

¹⁵ Tribunal Administrativo del Valle, Magistrada Ponente Dra. Zoranny Castillo Otálora, Sentencia del 22 de agosto de 2019. Radicación No. 76-001-33-33-013-2014-00198-01.

existencia del hueco en la vía haya sido la causa eficiente del daño, máxime si se tiene que por la hora del siniestro se exigía al conductor pericia y cuidado en el desarrollo de la actividad peligrosa, así como portar todos los implementos de seguridad y conducir a una velocidad que le permitiera evadir o mitigar el daño, situaciones que se encuentran totalmente huérfanas de prueba.

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

Descendiendo en el caso en particular, tenemos que en reciente jurisprudencia el H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, precisó que el informe policial de tránsito, la historia clínica, testimonios, dictámenes periciales, no son medios probatorios suficientes para acreditar el nexo causal entre el daño y la actuación y/u omisión de la administración municipal. En consecuencia, en el caso estudiado, estamos ante el mismo supuesto fáctico, luego, no estando acreditado el nexo causal lo lógico es la negación de las pretensiones.

3. CAUSA EXTRAÑA: CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA.

Según lo manifestado por la parte actora, y de conformidad con lo plasmado en el informe policial de tránsito, el presunto accidente de tránsito acaeció alrededor de las 10:30 p.m., hora en la cual la conductora debía reducir la velocidad con la que se desplazaba tal y como lo ordena el Código Nacional de Tránsito.

En efecto, el artículo 74 de la 769 de 2002, reza lo pertinente:

“Los conductores deben reducir la velocidad a treinta (30) kilómetros por hora en los siguientes casos:

En lugares de concentración de personas y en zonas residenciales.

En las zonas escolares.

Cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad.

Cuando las señales de tránsito así lo ordenen.

En proximidad a una intersección”. (Énfasis propio).

Por su parte, el artículo 94 del Código Nacional de Tránsito, dispone lo siguiente:

“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.

Los conductores de estos tipos de vehículos y sus acompañantes deben vestir chalecos o chaqueta reflectivas de identificación que deben ser visibles cuando se conduzca entre las 18:00 y las 6:00 horas del día siguiente, y siempre que la visibilidad sea escasa.

Los conductores que transiten en grupo lo harán uno detrás de otro.

No deben sujetarse de otro vehículo o viajar cerca de otro carruaje de mayor tamaño que lo oculte de la vista de los conductores que transiten en sentido contrario.

No deben transitar sobre las aceras, lugares destinados al tránsito de peatones y por aquellas vías en donde las autoridades competentes lo prohíban. Deben conducir en las vías públicas permitidas o, donde existan, en aquellas especialmente diseñadas para ello.

Deben respetar las señales, normas de tránsito y límites de velocidad.

No deben adelantar a otros vehículos por la derecha o entre vehículos que transiten por sus respectivos carriles. Siempre utilizarán el carril libre a la izquierda del vehículo a sobrepasar.

Deben usar las señales manuales detalladas en el artículo 69 de este código.

Reglamentado por la Resolución del Min. Transporte 1737 de 2004. Los conductores y los acompañantes cuando hubieren, deberán utilizar casco de seguridad, de acuerdo como fije el Ministerio de Transporte.

La no utilización del casco de seguridad cuando corresponda dará lugar a la inmovilización del vehículo”.

De conformidad con lo anterior, la víctima desatendió el requerimiento normativo de reducir la velocidad, el requerimiento de usar casco de seguridad y chaleco reflectivo.

Así pues, sin que con esto se reconozca que efectivamente hubiera un hueco en la vía, esta situación no puede considerarse como causa determinante ni concurrente en la concreción del daño, pues está probado que el incumplimiento a la norma prevista para la materia, fueron las conductas que determinaron el daño. En otro escenario, es seguro que estando en condiciones normales, cumpliendo la norma técnica de seguridad prevista

para la conducción, respetando los parámetros viales sobre los cuales debe desplazarse, y contando con la iluminación necesaria para transportarse a esa hora, la señora Tufiño hubiera evitado el paso por el hueco o reaccionar de forma tal que no se causaran los daños que reclama. Por esto, las conductas culposas desplegadas por la víctima fueron determinantes y exclusivas para que se causara el daño, previsiones propias que exoneran de responsabilidad al Municipio de Santiago de Cali.

Aunado a lo anterior, para el año 2006, se encontraba prohibido el transporte de parrillero hombre en la ciudad de Santiago de Cali, no obstante la conductora se trasladaba junto al señor JORGE LUIS TUFÍÑO, circunstancia que deberá demostrar la parte actora que no fue la causa eficiente del accidente de tránsito.

Toda lleva a concluir que si la víctima es quien se expone a sufrir su propio daño, debe asumir las consecuencias de su comportamiento y no atribuir a otra entidad responsabilidad sin fundamento. Con la configuración de esta causal exonerativa, la entidad demandada no está llamada a responder, y el juicio de responsabilidad no debería prosperar.

4. CONCURRENCIA DE CULPAS.

Ahora bien, sólo en forma subsidiaria y en el hipotético y remoto caso en que no se declaren probadas la excepciones antes propuestas, el Despacho deberá concluir que de acuerdo con la excepción que se plantea a continuación, existió culpa en el actuar de la víctima y en este sentido se configuró una concurrencia de culpas al tenor de lo normado en el artículo 2357 del Código Civil, el cual establece:

“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

En virtud de lo anterior, en caso de que el Despacho considere erradamente que el asegurado está llamado a efectuar alguna indemnización, ésta se deberá reducir en la medida en que la víctima se expuso imprudentemente, de conformidad con la excepción que se planteó anteriormente.

Solicito respetuosamente al Señor Juez, declarar probada ésta excepción.

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

Respecto a los perjuicios morales, se solicita el total de CIEN, (100), CINCUENTA, (50), y TREINTA Y CINCO, (35), salarios mínimos mensuales vigentes para la víctima directa, hijo, madre, hermanos y una tercera afectada, respectivamente. Justifican la causación de los mismos por el supuesto sufrimiento, congoja y preocupación que les generó el padecimiento de la señora MAYELI TUFÍÑO PALACIOS, por las supuestas lesiones que le ocasionó el accidente de tránsito acaecido el 6 de noviembre de 2016. Si bien es cierto

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

De acuerdo con las circunstancias fácticas presentadas en la demanda, es claro que lo pretendido obedece a una situación de lesiones, sin embargo, no obra en el expediente dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que determinara una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% que encasille en los supuestos jurisprudenciales para acceder al máximo indemnizatorio, por lo que desde ya se concluye que la tasación es excesiva.

Frente **al daño a la salud**, en la cuantía de cuatrocientos (400), salarios mínimos legales mensuales vigentes, para la señora MAYELI TUFÍÑO PALACIOS, por cuanto el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, no desplegó acción y/u omisión que le generara algún daño a la demandante, consecuentemente, no está en la obligación de resarcir el perjuicio incoado.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que el daño a la salud, única y exclusivamente se reconoce a la víctima directa, caso en el cual sería improcedente el reconocimiento a favor de la señora Nancy Castaño Sánchez.

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

“Finalmente la Sala cambió nuevamente la denominación de dicho perjuicio por el de daño a la salud, tal y como lo señaló mediante la providencia de 14 de septiembre de 2011, en la cual se puntualizó lo siguiente:

Se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente -como quiera que empíricamente es imposible- una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo”¹⁶.

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

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

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre 2011, exp. 19031, M.P. Enrique Gil Botero.

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

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

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

Ahora, frente a la solicitud de **daño estético** debe indicarse que esta categoría de perjuicios ya no existe de conformidad con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

Ahora bien, en el daño a la salud se subsumieron todos los perjuicios diferentes al moral. Al respecto, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, frente al tema dispone lo siguiente:

“(...) se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo”¹⁷ (Énfasis propio).

En este orden de ideas, es claro que el reconocimiento del perjuicio denominado daño a la salud, únicamente puede ser solicitado por la persona que hubiere sufrido directamente la lesión corporal, en el *sub lite*, la señora MAYELI TUFÍÑO PALACIOS, pero previa la demostración de su causación, y dependiendo la gravedad o levedad de la lesión.

Al respecto, el Acta de 28 de agosto de 2014, emitida por el H. Consejo de Estado, estableció criterios unificados para tasar la indemnización concerniente al daño a la salud, indicando:

“En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida

¹⁷Sentencia de 14 de septiembre de 2011, expediente 38.222, Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.

por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

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

En consecuencia, en el remoto evento de demostrarse tal afectación, la misma deberá ser indemnizada de acuerdo al porcentaje de pérdida de capacidad laboral que se logre acreditar, pero de ninguna manera equivaldría a la exagerada suma que pretende la actora de CIEN (100) SMMLV.

Sin embargo, se observa que la lesionada pretende el resarcimiento de varios tipos de perjuicios con denominación diferente, pues ya se solicitó el daño a la salud, el cual comprende o engloba toda clase de perjuicios diferentes al moral, luego, en el evento de endilgarse responsabilidad al extremo pasivo deberá tenerse en cuenta que únicamente se podrá acceder al perjuicio por daño a la salud, y no a todos los deprecados por la actora con denominaciones diferentes.

Por último, en cuanto se refiere al reconocimiento del **perjuicio material** en la modalidad de LUCRO CESANTE, por cuanto el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, no desplegó actuación y/u omitió obligación alguna que desencadenara en el mencionado accidente de tránsito en el que presuntamente resultó lesionada la demandante.

Al respecto, es preciso destacar frente a los perjuicios de índole patrimonial, en su modalidad de Lucro Cesante, que la estimación presentada por la parte actora en la suma de \$225.139.263, no se encuentra fundada en elementos documentales que permitan acreditar detrimento alguno, ni privación de ingresos; es más, los cálculos realizados por los demandantes, parten de una premisa desafortunadamente sin bases, pues debe recordarse que en el libelo introductorio no existe prueba alguna que demuestre que la señora TUFÍÑO laboraba, razón por la cual se deberá negar dicha petición.

No puede entonces, la parte actora, tasar el pago del perjuicio en la suma de \$225.139.263, cuando no existe un soporte, traducido en una certificación formal que acredite que efectivamente la señora MAYELI TUFÍÑO PALACIOS, laborara y devengara cierta cantidad de dinero mensualmente, máxime cuando en historia clínica de la demandante se plasmó lo siguiente: “*Ocupación: Personas que no han declarado ocupación*”, indicativo que no desarrollaba ninguna actividad económica.

Teniendo en cuenta lo anterior, no pueden los demandantes solicitar el pago de dicho perjuicio, cuando éste no se encuentra debidamente demostrado. Al respecto, es

imprescindible recordar el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 055 de 24 de junio de 2008 Expediente 2000-01141-01, cuando señala que el lucro cesante debe **ser cierto, y suponer una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual**, como ocurre en el caso particular:

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

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

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

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

“(...)”

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

probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido (cas. civ. sentencia de 4 de marzo de 1998, exp. 4921).

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

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

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

1.3 Presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante

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

1.3.2 *Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.¹⁸).*

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

¹⁸ Para la Corte Constitucional (sentencia T-733 de 2013): “La noción de carga de la prueba ‘onus probandi’ es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que la carga de la prueba es la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla cuando no ‘el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado’, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”.

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

De lo anterior, se colige que para efectos de reconocer el lucro cesante se debe partir de un perjuicio cierto, pues el eventual no otorga derecho a indemnización. Ahora bien, en el caso de marras, se observa que en el libelo introductorio se deprecia un lucro en favor de la presunta lesionada por valor de \$225.139.263, sin que se aportara prueba alguna que acreditara tal situación, razón por la cual se deberá negar dicha petición.

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

1.4 “Parámetros para liquidar el lucro cesante:

2.2.1 Período indemnizable

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

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

2.2.2 Ingreso base de liquidación

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

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

El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas¹⁹, las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario²⁰, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso.

2.2.3 Aplicación del salario mínimo legal mensual

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

2.2.4 Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales

Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales²¹, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida **trabajaba como empleado al tiempo de la detención**, pues las pretensiones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada²².

¹⁹ **“ARTICULO 615. OBLIGACIÓN DE EXPEDIR FACTURA.** Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

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

²⁰ Ver la cita 60 de la página 31.

²¹ De las prestaciones trata el Código Sustantivo del Trabajo (capítulos VIII y IX) y están concebidas como beneficios legales que el empleador debe pagar a sus trabajadores, adicionalmente al salario ordinario, para atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de la actividad laboral.

²² La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, precisó que las prestaciones sociales solo se causan en virtud de la existencia de un contrato de trabajo subordinado y que a ellas no tienen derecho quienes desarrollan una actividad como independientes; al respecto, dijo:

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino **la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales**; a contrario sensu, **en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de**

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

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

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

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

7. ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA.

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

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

8. GENÉRICA O INNOMINADA.

impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”.

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

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

I. FRENTE A LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Frente al hecho 1º: no es un hecho que describa, pruebe o acredite la existencia de una relación sustancial entre el llamante en garantía y el llamado, por ello, no cumple con la finalidad contemplada en el artículo 225 del C.P.A.C.A., la cual es establecer la existencia de una relación sustancial por parte de quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir.

Hace referencia al medio de control de reparación directa que se impetró en contra del ente territorial, por parte de la señora MAYELI TUFIÑO PALACIOS y otros, frente a lo cual no emitiré pronunciamiento alguno.

Frente al hecho 2º: no es un hecho que describa, pruebe o acredite la existencia de una relación sustancial entre el llamante y el llamado en garantía, por ello, este hecho no cumple con la finalidad contemplada en el artículo 64 del Código General del Proceso, la cual es establecer la existencia de una relación sustancial por parte de quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir.

Se trata de la pretensión de declaratoria de responsabilidad en contra del ente territorial demandado, por el presunto accidente de tránsito en el que supuestamente resultó lesionada la actora, respecto de lo cual no proferiré pronunciamiento alguno.

Frente al hecho 3º: es parcialmente cierto, solo en cuanto tiene que ver con que, entre el Municipio de Santiago de Cali, como tomador y mi representada, como aseguradora líder, se celebró el contrato de seguro documentado en la póliza de responsabilidad civil Extracontractual No. 1501216001931, vigente desde el 16 de marzo de 2016 hasta el 1º de diciembre de 2016, por medio de la cual se amparó la responsabilidad civil extracontractual del ente asegurado, sin embargo, tal contrato opera con estricta sujeción a las condiciones del mismo, que determinan la extensión y alcance del amparo otorgado.

El objeto del contrato de seguro documentado en la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1501216001931, según su condicionado particular es “*amparar los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo los perjuicios morales y de vida en relación y el lucro cesante, que cause a terceros el asegurado, con motivo de la responsabilidad civil en que incurra o le sea imputable de acuerdo con la ley colombiana, durante el giro normal de sus actividades*”, pero en este caso concreto, como no se

estructuró la responsabilidad extracontractual del ente territorial, no se realizó el riesgo asegurado y por ende la póliza carece de amparo.

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

“PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

(...)

9. Cobertura

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

(...)

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

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

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

Por último, es preciso señalar que la póliza de seguro utilizada como fundamento de la presente convocatoria, fue tomada por el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, bajo la

figura de coaseguro, distribuyendo el riesgo entre las compañías Allianz Seguros S.A., compañía de seguros Colpatria (hoy Axa Colpatria seguros S.A.), QBE y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., tal y como se explicará ampliamente, más adelante.

II. FRENTE A LAS IMPLÍCITAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Al momento de resolver lo concerniente a la relación sustancial que sirve de base a la convocatoria, ruego tener en cuenta, pese a la ausencia de responsabilidad de dicha entidad territorial y de mi procurada en torno a los hechos en que se basa la demanda, que en el remoto evento de que prosperaren una o algunas de las pretensiones del libelo de la parte actora, en gracia de discusión y sin que esta observación constituya aceptación de responsabilidad alguna, mi representada se opone a la prosperidad de las pretensiones del llamamiento en garantía en la medida en que excedan los límites y coberturas acordadas, y/o desconozcan las condiciones particulares y generales de la póliza y las disposiciones que rigen el contrato de seguro, así como también, si exceden el ámbito del amparo otorgado o no se demuestra la realización del riesgo asegurado o se comprueba una causa de exclusión.

III. EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

1. NO NACIÓ LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., COMO QUIERA QUE, AL NO ESTAR PROBADA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA A CARGO DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, SE TIENE QUE NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO MEDIANTE EL CONTRATO DE SEGURO No. 1501216001931.

Sea lo primero manifestar al Despacho que, de acuerdo a lo probado en el proceso se tiene que efectivamente la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1501216001931, fue tomada por el Municipio de Santiago de Cali, para la vigencia que corrió del 16 de marzo de 2016 hasta el 1º de diciembre de 2016, por medio de la cual, se amparó la responsabilidad civil extracontractual del ente asegurado; dicho lo anterior, no está demás advertir que tal contrato de seguro opera con estricta sujeción a las condiciones generales y particulares pactadas en el mismo, las cuales determinan la extensión y alcance del amparo otorgado, causales de exoneración, límites asegurados, coaseguro, deducible pactado, etc.; de tal suerte que cualquier pronunciamiento deberá estar sujeto a las mencionadas condiciones contractuales.

Bajo este entendido, debe precisarse al Despacho que si se tiene en cuenta que el objeto del contrato de seguro referenciado, establece: *“amparar los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales incluyendo los perjuicios morales y de vida en relación y el lucro cesante, que cause a terceros el asegurado, con motivo de la responsabilidad civil en que incurra o le sea imputable de acuerdo con la ley colombiana, durante el giro normal de sus actividades”*, en relación al caso de marras, es permitido concluir que al no haberse estructurado el riesgo asegurado, precisamente porque no se acreditó la responsabilidad

del ente territorial, no se cumple la condición de la que pende el nacimiento de la obligación indemnizatoria.

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

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

Debe señalarse señor Juez, que la relación sustancial entre el demandando Municipio Santiago de Cali y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., surge en el contrato de seguro documentado en la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1501216001931, en el cual obra como coaseguradora líder MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., así las cosas, el llamamiento efectuado a mí defendida, se basa en un contrato de seguro, el cual fue tomado en un tipo contractual denominado coaseguro, el cual se presenta cuando el asegurado promueve o asiente la celebración de un acuerdo entre dos o más aseguradoras, con el fin de distribuir entre ellas el interés y riesgos asegurados, cuya formalización está sometida a la obligatoria reunión de las condiciones establecidas en el artículo 1094 del aludido código, aplicable por remisión expresa del mismo artículo 1095, es decir, se requiere que concurren "(...) 1. *Diversidad de aseguradores*; 2. *Identidad de asegurado*; 3. *Identidad de interés asegurado*, y 4. *Identidad de riesgo*".

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

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

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

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

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

“En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad.” (Subrayado fuera de texto).

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

“Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro”. (Subrayado fuera de texto).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

6. GENÉRICA E INNOMINADA.

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

CAPÍTULO III

SOLICITUD DE VINCULACIÓN DE LAS COASEGURADORAS ALLIANZ SEGUROS S.A., AXA COLPATRIA S.A. Y ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. COMO LITISCONSORTES CUASINECESARIOS

Preceptúa el artículo 62 de la Ley 1564 de 2012 (CGP), aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), lo siguiente:

“Artículo 62. Litisconsortes cuasi necesarios. Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de esta, quienes sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso. Podrán solicitar pruebas si intervienen antes de ser decretadas las peticiones por las partes; si concurren después, tomarán el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención”.

En este caso particular y concreto, se pretende la vinculación de las Compañías de Seguros Allianz Seguros S.A., Axa Colpatria Seguros S.A. y QBE Seguros S.A. (Hoy Zurich Colombia Seguros S.A.), en virtud a que son titulares de la relación sustancial propuesta, los efectos jurídicos de la sentencia se hacen extensivos sobre ellas y se encuentran legitimadas para actuar en el siguiente entendido:

El Municipio de Cali, para efectos de asegurar riesgos como el aquí que nos ocupa, optó por tomar la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, comprendiendo el certificado 0 la siguiente vigencia: desde el 16 de marzo de 2016 al 1º de diciembre de 2016.

Esta Póliza fue otorgada por mi procurada bajo la figura del **COASEGURO** (Arts. 1092 y 1095 del Código de Comercio), de lo cual emerge una distribución del riesgo, entre mi representada, Allianz Seguros S.A., Axa Colpatria S.A., Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. y QBE Seguros S.A. (hoy Zurich Colombia Seguros S.A.), en las siguientes proporciones (Ver contenido de la póliza):

“Compañía	Tipo de Coaseguro	%Participación
ALLIANZ SEGUROS SA	CEDIDO	23,00%

COMPAÑÍA DE SEGUROS COLPATRIA	CEDIDO	21,00%
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE CO	CEDIDO	34,00%
QBE	CEDIDO	22,00%

Pues de cierto se tiene que la responsabilidad de cada una de las aseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, ya que sobre ellas no se puede predicar una solidaridad.

Con fundamento en la póliza antes vista fue que el Municipio de Cali llamó en garantía a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.; razón por la cual, resulta procedente que este último en virtud del palpable **COASEGURO**, llame en calidad de Litisconsortes Cuasi Necesarios a las demás compañías que decidieron asumir el riesgo, pues en el remoto evento de una condena y que el Juzgador coaccione el Contrato de Seguro, el único respondiente y afectado no será mi poderdante sino que también los demás en las proporciones previamente concertadas.

Para efectos de notificaciones de las aquí llamadas, ténganse en cuenta las siguientes:

ALLIANZ SEGUROS S.A., en la Avenida 6 A N No. 23-13 de Cali. Dirección electrónica para notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@allianz.co

AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., en la Calle. 11 No. 1 – 16, piso 6 de Cali. Dirección electrónica para notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@axacolpatria.co

ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., en la Calle 116 # 7-15, Of. 1401 Edificio Cusezar de Cali. Dirección electrónica para notificaciones judiciales: notificaciones.co@zurcih.com

CAPÍTULO IV

OPOSICIÓN AL DECRETO DE ALGUNAS PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDANTE

Respetuosamente me permito solicitar de la manera más respetuosa a este Despacho que no se tome en consideración los elementos probatorios solicitados por la parte libelista en su texto de demanda, por las siguientes razones

Pruebas fotográficas:

Solicito al Despacho que no se tomen en cuenta las fotografías aportadas en la demanda, toda vez que las mismas además de no ser auténticas, no dan certeza al Juzgado con el fin de establecer condiciones de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia del accidente, y más aún, tampoco establece una conexión necesaria de imputación entre el hecho dañino y el fundamento del deber de reparar que caracteriza a la responsabilidad civil extracontractual. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática en la forma en que el material probatorio compuesto por fotografías, deben reunir calidades para poder

ser susceptibles de analizar y cotejar con otros elementos de prueba. Por ejemplo, en sentencia de la Sección Tercera de fecha 28 de agosto de 2014, se dispuso en un caso de reparación directa lo siguiente:

*“Las fotografías aportadas por la parte actora (f. 41 c.1) no podrán ser valoradas toda vez que **no hay certeza sobre la persona que las realizó, ni sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que fueron tomadas y que determinarían su valor probatorio.** En estos términos y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época en la cual se presentó la demanda y aplicable en virtud de la remisión contenida en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, las mencionadas fotografías no pueden ser consideradas como documentos auténticos.”²³ (Subrayado y negrilla para hacer énfasis).*

En la misma línea, en sentencia del 9 de mayo de 2012, la misma sección de esta corporación, dispuso lo siguiente:

*“En cuanto a la valoración de las fotografías aportadas hay que decir que ellas no pueden ser valoradas en el proceso puesto que **carecen de mérito probatorio, porque allí se registran varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas, y menos se tiene certeza sobre el sitio o la vía que en ellas aparece, ya que al carecer de reconocimiento o ratificación, no pueden cotejarse con otros medios de prueba allegados al proceso**”²⁴. (Subrayado y negrilla para hacer énfasis).*

Por lo tanto, estas fotografías solamente muestran unas imágenes, pero no arroja ninguna luz o explicación de los hechos de la demanda, sin contar que no se tiene certeza de que realmente sean de esa época, por lo que no demuestran condiciones de tiempo, modo y lugar, así pues, no son elementos probatorios válidos, convirtiéndose en pruebas inútiles para el presente proceso, toda vez que no prestan un servicio útil al convencimiento del juez por su absoluta falta de idoneidad.

CAPÍTULO V **MEDIOS DE PRUEBA**

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

DOCUMENTALES QUE SE APORTAN:

1. Certificado de Existencia y Representación de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Cali.

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Exp: 28.832. C.P. Danilo Rojas Betancourth.
²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Exp: 23.039. C.P. Olga Melida Valle de la Hoz

2. Escritura Pública No. 1804, por medio de la cual se confiere poder general al suscrito.
3. Copia de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501215001931, certificado 0, expedida por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. (Carátula, Condicionado General y Particular).

Respetuosamente solicito se decreten las siguientes:

1. INTERROGATORIO DE PARTE:

Ruego a su Despacho se Decrete el interrogatorio de parte de los señores MAYELI TUFÍÑO PALACIOS, de un cuestionario escrito que remitiré al Despacho antes de la fecha fijada para esta diligencia o de las preguntas que verbalmente le formularé durante la misma sobre los hechos narrados en la demanda.

CAPÍTULO V
NOTIFICACIONES

El suscrito en Avenida 6A Bis No. 35N-100, Oficina 212 del Centro Empresarial Chipichape de la ciudad de Cali o en la dirección de correo electrónico notificaciones@gha.com.co.

Del señor Juez,



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