

Santiago de Cali, octubre de 2024.

Señores

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Correo electrónico of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

ASUNTO.	RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA	
Ref.	Proceso No.	76 0013333 002 2018 – 00029
	Medio de control	Reparación Directa
	Actor	Henry Hernán Burbano Salcedo y otros
	Demandado	Municipio de Jamundí notificacionjudicial@jamundi.gov.co Secretaria.juridica@jamundi.gov.co Agencia Nacional de Infraestructura buzonjudicial@ani.gov.co mvuribe@ani.gov.co Telejamundí S.A. E.S.P En liquidación telejamundienliquidacion@gmail.com Jpiccolirondon@gmail.com Celsia Colombia S.A. E.S.P notificacionesjudicialesepsa@celsia.com notificacionesjudiciales@epsa.com.co Fiduciaria de Occidente S.A. utdvvcc@hotmail.com juridicautdvvcc@gmail.com Unión temporal de desarrollo vial del Valle del Cauca y Cauca juridicautdvvcc@gmail.com CSS Constructores S.A. notificaciones@css-constructores.com Chubb Seguros Colombia S.A. notificacioneslegales.co@chubb.com notificaciones@gha.com.co jbermudez@gha.com.co Allianz Seguros S.A. notificacionesjudiciales@allianz.co fjhurtado@hurtadogandini.com hurtadolanger@hotmail.com Seguros Generales Suramericana S.A dsancle@emcali.net.co Procurador Procurador I Judicial Administrativo 2017 procjudadm217@procuraduria.gov.co
	Llamada en garantía	
	Procurador	

HENRY BRYON IBÁÑEZ portador de la cédula de ciudadanía número 16.588.459 de Cali y portador de la tarjeta profesional de abogado número 68.873 proveída por el Consejo Superior de la Judicatura; obrando como apoderado judicial de la parte demandante dentro del proceso de la referencia; por medio del presente escrito, me permito **interponer y sustentar recurso de apelación** contra la sentencia fechada treinta (30) del mes de septiembre del año dos mil veinticuatro (2024), notificada por medio electrónico el día nueve (9) del mes de octubre de la misma calenda, mediante la cual se accedió parcialmente a la pretensión resarcitoria de la demanda.

1. De la sentencia de primera instancia.

Se trata de la decisión fechada treinta (30) del mes de septiembre del año dos mil veinticuatro (2024), por la cual se

DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del MUNICIPIO DE JAMUNDÍ, AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, CELSIA COLOMBIA S.A. E.S.P., FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A., UNION TEMPORAL DE DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, CSS CONSTRUCTORES S.A. ALLIANZ SEGUROS S.A., CHUBB SEGUROS COLOMBIA, y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. Y no probada las de ausencia de responsabilidad, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, y la innominada o genérica propuestas por la EMPRESA DE TELEFONOS DE JAMUNDI S.A. E.S.P. EN LIQUIDACION JUDICIAL – TELEJAMUNDÍ (hoy en Liquidación).

2.- DECLARAR que la EMPRESA DE TELEFONOS DE JAMUNDI S.A. E.S.P. EN LIQUIDACION JUDICIAL – TELEJAMUNDÍ (hoy en Liquidación), es responsable patrimonial y administrativamente por los perjuicios morales y materiales derivados de las lesiones físicas y perturbaciones psicológicas que sufrió HENRY HERNÁN BURBANO SALCEDO como consecuencia del accidente ocurrido el 28 de julio de 2016 en Jamundí, Valle del Cauca, por lo deberá reconocer y pagar las siguientes indemnizaciones:

Para llegar a esta conclusión, después de valorar los medios de prueba, advirtió de forma preliminar que

..., La UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA "UTDVVCC" afirmó que el traslado que hizo la grúa inició en el Km 19+650 de la calzada izquierda vía Santander de Quilichao - Villa Rica. El lugar de los hechos (Km 14+820, Carrera 3 con Calle 15, MUNICIPIO DE JAMUNDÍ entrada Cottolengo), tuvo que pasar las siguientes estructuras: Puente vehicular Intersección a desnivel Villa Rica Km 0+465 -PR 91+165 Ruta 2504. Altura promedio 5 metros con 2 centímetros.

...

El paso por estas estructuras y su llegada al lugar de los hechos sin novedad previa alguna; supone que ineludiblemente se tenga que inferir que el brazo de remolque del vehículo de placas WDC 091 se encontraba a la altura correcta para transitar por las vías intermunicipales.

...

En relación con la altura de seguridad mínima en zona de construcciones respecto de redes externas instaladas en postes, la Resolución 90708 de 30 de agosto de 2013 emitida por el Ministerio de Minas y Energías, establece que la distancia vertical mínima de seguridad en zonas con construcciones a carreteras, calles, callejones, zonas peatonales o áreas sujetas a tráfico vehicular es de 5 metros.

El Informe Policial de Accidente de Tránsito del 28 de julio de 2016 expedido por la Secretaría del Tránsito de Jamundí, en su bosquejo topográfico consignó que el vértice vertical trasero del vehículo KENWORTH T800N 2015 de placas WDC091 en relación con el poste tenía una altura de 4.57mts.

...

De tal manera terminó concluyendo

Se considera un hecho probado que el brazo de grúa, mediante el cual se remolcaba una volqueta y que terminó por derrumbar el poste, para el momento del accidente se encontraba en una altura de 4.57mts desde el suelo. En virtud de lo anterior, evidentemente el cable que se enganchó con el brazo de la grúa se encontraba en una altura inferior a 4,57mts. Y al no estar a la altura mínima de seguridad reglamentaria determinada por la Resolución 90708 de 30 de agosto de 2013, esto es, cinco (5) metros. Lo anterior implica que la tesión (sic) de tendido del cable de telecomunicaciones, quien además es proveedor de la infraestructura (la Secretaría de Infraestructura Física de la Alcaldía del MUNICIPIO DE JAMUNDÍ certificó que los postes ubicados en la Carrera 3 con Calle 15, en inmediaciones de la Fundación Cottolengo, pertenecen a la antigua Empresa de Telecomunicaciones EMPRESA DE TELEFONOS DE JAMUNDI S.A. E.S.P. EN LIQUIDACION JUDICIAL – TELEJAMUNDÍ), es la entidad responsable de los daños reclamados.

Más adelante y frente al requerimiento del reconocimiento del lucro cesante afirmó

... se negará porque el sistema de la seguridad social asume la prestación a través del equivalente a la prestación de vejez, y lo hace siguiendo el principio de oscilación.

Todo para finiquitar el litigio accediendo parcialmente a las súplicas de la demanda.

2. Razones de la inconformidad.

La inconformidad radica en la declaratoria de (i) falta de legitimación del municipio de Jamundí, Agencia Nacional de Infraestructura, Celsia Colombia S.A. E.S.P., Fiduciaria de Occidente S.A., Unión Temporal de desarrollo vial del Valle del Cauca y Cauca, CSS Constructores s.a. Allianz Seguros S.A., Chubb Seguros Colombia, y Seguros Generales Suramericana S.A., (ii) en la negación de perjuicio material en las modalidades de “daño emergente” y “lucro cesante”.

De la valoración de los medios probatorios.

En todo proceso se requiere imperiosamente que el juzgador haya establecido el caso *sub judice*, es decir, haber reconstruido el hecho sobre el cual versa el litigio, lo que se logra única y exclusivamente a través de la valoración y apreciación de los medios de prueba obrantes en el mismo.

La valoración de la prueba corresponde al trabajo intelectual que realiza el juez antes de tomar la decisión y mediante el cual llega a la convicción necesaria para acceder o no a las pretensiones de cada una de las partes, condenando o absolviendo, al confrontar los hechos probados con los supuestos jurídicos de las normas que le han invocado. Es la aplicación de las reglas que permiten al juez deducir el alcance de cada tipo de prueba, individualmente y en conjunto, para formar su convicción y que dependerá del sistema de valoración imperante en cada momento¹.

La finalidad de la prueba es la de llevar al funcionario de la existencia de determinado hecho. Ese convencimiento debe ser, por lo tanto, lógico, racional, que le permita tener certeza subjetiva de la existencia del mismo².

2.1. La imputabilidad a otras entidades del hecho dañoso.

Parte del juzgador de estimar que el error- la falla- alegada en el evento, es atribuible únicamente a la empresa de servicios públicos domiciliarios Telejamundí S.A., por ser la propietaria del posteo y cableado con el que se generó el incidente perjudicial. Frente a este argumento deben hacerse los siguientes reparos

¹ PALACIO HINCAPIE Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Tomo I – Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2004. Pág. 116.

² MARTÍNEZ RAVE Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Temis Novena Edición, 1996. Bogotá, pág. 358.

2.1.1. No hay claridad sobre la propiedad del posteo y cableado.

La declaratoria de responsabilidad recae básicamente, según el argumento del a quo, en el propietario del poste con el que se ancló el vehículo por estar instalado de manera inadecuada y vulnerando la distancia mínima de seguridad propuestas en las debidas resoluciones expedidas por la comisión de regulación de energía y gas (063 de 2013), y por el Ministerio de Minas y Energías (90708 de 30 de agosto de 2013).

En la foliatura obra informe/certificación expedida por la Empresa de Energía del Pacífico Epsa S.A. E.S.P. – hoy Celsia Colombia S.A. E.S.P., en la que expone no ser los propietarios del posteo ubicado en la carrera 3 con calle 15. En el mismo sentido afirmó la empresa de servicios públicos de Jamundí Telejamundí S.A. E.S.P. en liquidación judicial, que, si bien prestó los servicios de telefonía en el municipio de Jamundí, en el sector donde ocurrieron el hecho, no tenía ni ha tenido presencia y no cuenta con infraestructura en el mismo.

Sin embargo, la alcaldía municipal de Jamundí informó que, según comunicación JS2022-27 del director Interventoría Sistema Alumbrado Público Jamundí, aseguró que los postes ubicados en la Carrera 3 con Calle 15, en inmediaciones de la Fundación Cottolengo, pertenecen a la antigua Empresa de Telecomunicaciones Telejamundí, y sobre esa afirmación, pese a la negativa de la entidad prestadora del servicio público, se edificó el débito resarcitorio.

Por otro lado, mediante comunicación del veintiuno (21) de abril del año dos mil diecisiete (2017) allegada desde la Epsa S.A. E.S.P., se informa que el **poste no** es propiedad de dicha entidad y que el **cableado** que a ellos pertenece están identificados con una numeración en amarillo y fondo azul, y que sólo así puedan identificar si es de su propiedad. Una lectura detenida permite establecer que frente al cableado instalado en el sector no hay certeza que sea de su propiedad, sin embargo lo afirmado en párrafos más adelante dejan claro que el tendido si era de su uso, pues expresan “que se tuvo conocimiento de un incidente en la acometida del cliente”. Y es que si el tendido no es eléctrico, único servicio que facilita la Epsa S.A. E.S.P., ¿por qué refieren del daño de una acometida? Pues esto aclara que el cableado era usado para la prestación de su servicio.

Es de advertir que los postes son estructuras usadas para sostener la infraestructura eléctrica, cableado, elementos de telecomunicación y demás. Es decir, pues lo deja entrever el comunicado de la Epsa S.A. E.S.P., es que si bien el poste no es de su competencia el tendido (cableado) si lo era, es más en comunicado del 5 de septiembre de 2017 signado por Diego Fernando Uribe Narváez afirmó que “la mayoría de redes de alta y baja tensión son atendidas por la EPSA y por tanto así mismo su mantenimiento”.

La legislación establecida para la prestación del servicio público domiciliario, permite que las redes de telecomunicaciones no tienen la obligación de contar con infraestructura independiente o exclusiva para ellos, al punto de asignar a la Comisión de Regulación de Comunicaciones *Definir las condiciones en las cuales sean utilizadas infraestructuras y redes de otros servicios en la prestación de servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de televisión abierta radiodifundida y todas las demás modalidades del servicio de televisión y el servicio de radiodifusión sonora, bajo un esquema de costos eficientes. ...En la definición de la regulación se analizarán esquemas de precios, condiciones capacidad de cargas de los postes, capacidad física del dueto, ocupación requerida para la compartición, uso que haga el propietario de la infraestructura, así como los demás factores relevantes con el fin de determinar una remuneración eficiente del uso de la infraestructura*³.

De allí que el artículo 57 de la ley 1450 de 2011 indique

Condiciones eficientes para el uso de infraestructura eléctrica para la provisión de servicios de telecomunicaciones. Con el objeto de que la Comisión de Regulación de Comunicaciones dé cumplimiento a lo establecido en el numeral 5 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, específicamente en lo relacionado con el sector eléctrico, esta entidad deberá coordinar con la Comisión de Regulación de Energía y Gas la definición de las condiciones en las cuales podrá ser utilizada y/o remunerada la infraestructura y/o redes eléctricas, en la prestación de servicios de telecomunicaciones, bajo un esquema de costos eficientes.

De las reglas citadas y lo documentado es claro que la propiedad del tendido/cableado que el que impulsa o genera o el derribamiento del poste si era operado por la Epsa S.A. E.S.P., acarreado para ella la obligación de su mantenimiento, indistinto que sea o no compartida, ello no lo zafa su débito de conservación, cuidado y, en especial, por el tipo de actividad⁴ de la verificación del cumplimiento de las medidas de seguridad.

³ Ley 1341 de 2009, artículo 2009, artículo 22 numeral 5.

⁴ La generación, transmisión, distribución y destinación final de energía eléctrica ha sido catalogada pacíficamente como una actividad peligrosa, en razón a su potencialidad dañosa respecto de los objetos y seres vivos que entran en contacto con ella, quienes poseen una capacidad limitada de soportar la corriente eléctrica, umbral que al sobrepasarse puede derivar en la destrucción de bienes, en lesiones o incluso en la muerte de una persona, de ahí la posibilidad de enjuiciar estos casos desde la óptica del riesgo excepcional. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2001, radicación No. 76001-23-31-000-1991-07733-01(11162), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Subsección B, sentencia del 3 de diciembre de 2018, radicación No. 76001-23-31-000-2006-03682-01(42992), C.P. María Adriana Marín (E)..

2.1.2. De la omisión imputada al municipio de Jamundí.

Pasa por alto la decisión el enjuiciamiento que desde los supuestos fácticos se planteó en cabeza de la entidad territorial vinculada. No puede olvidarse que en el libelo demandatario se había advertido que *la Administración Municipal por razones inexplicables, omitió su deber legal de velar por el respeto de las medidas de seguridad, bien sea por considerar que la construcción del complejo eléctrico no se hace respetando las medidas mínimas.*

La ley 388 de 1997 expedida para cumplir, entre otros, con el objetivo, *de establecer los mecanismos que permitan al municipio, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial.* Así en su artículo 8 señala

Acción urbanística. La función pública del ordenamiento del territorio municipal o distrital se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo, adoptadas mediante actos administrativos que no consolidan situaciones jurídicas de contenido particular y concreto. Son acciones urbanísticas, entre otras:

...

2. Localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios...

Así también está claro, que la entidad territorial tenía una obligación de vigilancia, garantizar la prestación eficiente del servicio público que se deriva de los artículos 311, 315, 365 de la Constitución Política, así como de lo dispuesto en los artículos 3, 5 de la ley 136 de 1994, artículo 6 de la ley 1551 de 2012. Y es que los municipios, como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado, les corresponde, en cabeza del alcalde, entre otras, reglamentar el uso del suelo, mantener un inventario actualizado de las zonas de alto riesgo, o proceder a desarrollar las operaciones necesarias para eliminar el riesgo, los alcaldes, asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo.

El ente territorial tuvo un lapso extenso para advertir que las redes estaban instaladas irregularmente, puesto que no respetaban las medidas mínimas de seguridad que debían existir respecto del templete. Si bien no puede establecerse el tiempo de vigilancia que se efectuó sobre los tendidos y posteados, partimos que la empresa de telecomunicaciones vinculada existe y opera desde el mes de octubre del año de mil novecientos noventa y tres (1993), como aparece en el certificado de existencia y representación aportado a la foliatura.

El informe carece de información obligatoria, a la luz del del Manual de diligenciamiento del IPAT, en especial lo relativo al capítulo V, que indica que en el campo de *Hipótesis* del accidente deben realizarse ciertas descripciones que permitan dar mayor claridad.

...

Una vez terminadas las indagaciones y el análisis de los elementos materiales de prueba.

Evidencia física

Determinación de ruta de los participantes

Punto y lugar de impacto

Análisis preliminar de la dinámica del accidente (antes, durante y después) de acuerdo con los impactos y posición final de los vehículos y las víctimas y demás elementos

Análisis de velocidades (en lo posible)

Posible violación a las normas de tránsito

- Se debe estar en condiciones de determinar por lo menos una de las hipótesis del accidente, **en aras de generar estadísticas que lleven a determinar cuál es el factor repetitivo que más índice en los accidentes, tramos o puntos de mayor accidentalidad, entre otros.** ... (Subraya fuera de texto)

Se suma un dicho que genera inquietudes, y es precisamente las medidas indicadas en el informe, las que lastimosamente no pudieron ser aclaradas durante su declaración en la vista pública de que trata el artículo 181 de la ley 1437 de 2011, pues se consideró por el director del proceso que era inútil hacer referencia a ellos, coartando la posibilidad a este apoderado y a los demás intervinientes de aclarar ciertos aspectos del documento elaborado por el funcionario. Vr. gr. tenemos que se planteó en el referido informe una serie de medidas tomadas desde de los vehículos involucrados teniendo como punto de referencia el poste.

Afirma el a quo que el poste tenía una altura de 4.57 mts, que surge de la anotación de la medida señalaba como "vértice vertical **trasero**" a aquel punto de referencia. Sin embargo, parece ser se ha tergiversado o interpretado de manera incorrecta, pues al momento de realizar el IPAT, el agente plasma varias medidas tomadas desde diferentes puntos del automotor al punto de referencia esto es la ubicación de poste, pero advirtiendo que esta no lo hace a elevación, sino a la distancia del punto de caída. El agente no dejó de manifiesto, ni es la información brindada en la investigación penal, ni así lo advirtió en la declaración que aquí se comenta, que haya tomado medidas del objeto derribado, pues no es de su resorte reportar este tipo de datos⁶.

Y es que al respecto enseña el citado manual

La fijación planimétrica de los vehículos diferentes a motocicletas y bicicletas, es necesario que se realice

⁶ Y es que la complejidad del asunto requiere de una experticia y conocimiento especializado, y es que la reglamentación del caso hace especificaciones como el que "las distancias de seguridad deben medirse de superficie a superficie y en relación con los espacios es de centro a centro. Para efectos de efectuar la medición de distancias de seguridad los accesorios metálicos normalmente energizados se consideran como parte de los conductores de línea; las bases metálicas de los terminales del cable y los dispositivos similares son considerados como parte de la estructura del soporte". Resolución número 180498 de 2005, Resolución número 180398 de 2004 CREG.

desde sus vértices (parachoques delantero y trasero), al igual que de los remolques o carrocerías. Igualmente, se debe medir el ancho y largo de cada vehículo.

Cuando el vehículo ha sido deformado en su parte anterior o posterior, sin ubicar los vértices, debe fijarse a la parte más saliente del vehículo o, de no ser factible, medir a partir de los ejes hacia la línea base (cinta métrica sobre la vía). De igual forma, debe medir la distancia de los voladizos delantero y trasero, distancia entre ejes, largo y ancho del vehículo.

Los muros de las edificaciones se deben trazar con doble línea, dándole una intensidad mayor, diferenciándolos de las demás líneas de las vías.

Obligatoriamente debe utilizarse las convenciones que hacen parte integral de este manual.

Así, si se trató de haber tropezado o enganchado un cable, se debió mostrar el recorrido para tener en cuenta que el mismo atravesaba la vía pública, pues no sólo era el generador de un suceso casi mortal sino que implicaba un riesgo para el tránsito seguro. De allí que el referido manual para el diligenciamiento sea claro al instar que *se debe determinar por lo menos una de las hipótesis del accidente, en aras de generar estadísticas que lleven a determinar cuál es el factor repetitivo que más índice en los accidentes, tramos o puntos de mayor accidentalidad.*

La precaria reconstrucción del nefasto accidente está cimentada en la versión del conductor Luís Carabalí, pues, lastimosamente, el afectado nada recuerda más allá que hacia su desplazamiento en motocicleta. La versión del agente público conocedor del asunto plantea una hipótesis de la causa del latrocinio, pero lógicamente esa restauración del teatro del hecho debe partir de los elementos que encuentra en la escena al momento de arribar. La información que suministra, junto con el soporte documental obrante en la investigación penal como en este pleito, nos evidencia la existencia de un tendido, eléctrico o de telefonía, paralelo a la vía pública y no transversal a la misma.





Esto es ya indicativo que el vehículo se desplazaba por el lado izquierdo de la calzada, contrariando, insisto, las reglas del capítulo III de la ley 769 de 2002, en especial en lo dispuesto en sus artículos 68 y 72. Se suma que la acera no está construida concomitante a la vía pública, pues primero se visualiza una franja de zona verde, permitiendo inferir, que el vehículo automotor logró hacer contacto con los cables que no ocupaban espacio, ni superficial, ni elevado del sector vial, demostrando una maniobra indebida del conductor.

El principio de precaución en el desarrollo de la conducción de vehículos como desarrollo de actividad peligrosa.

Explica al a quo que por el recorrido que hizo el vehículo perteneciente a CSS CONSTRUCTORES S.A., emitiéndose que el mismo no sobrepasó su remolque o pluma a una altura de cinco metros, pues durante varios puntos del recorrido atravesó puentes con una altura promedio de cinco metros, y es así que logró “inferir que el brazo de remolque del vehículo de placas WDC 091 se encontraba a la altura correcta para transitar por las vías intermunicipales”.

En su declaración afirmó Luís Carabalí

*... me acuerdo ya me acuerdo mucho de ese accidente por qué me marco eh había un vehículo varado tipo volqueta en el sector de eh entre Villa Rica en la Virgen de Villa Rica y el Peaje de Villa Rica, esos vehículos que una vez había que sacarlos del sitio para evitar un accidente, entonces lo cogimos lo llevamos a una parte amplia, porque no podíamos ver vehículos cargados no se podían mover, no se podían cargar y lo llevamos a una parte amplia para que lo transbordaran, lo transbordaron y aproximadamente entre las once me llaman de nuevo para que los lleve a Jamundí, por que el servicio era ese, llevarlo quince kilómetros, los quince kilómetros que cubriera eran gratis, eso se llevaba, estábamos acostumbrados a entrar por la vía circunvalar hacia un parqueadero grande que había y al otro parqueadero, el parqueadero de que quedaba enseguida ..., de hecho después como a unos 200 metros del accidente, ahí íbamos a guardar el vehículo, eh me traslado desde el sitio del peaje vía Rica hasta Jamundí, ingreso por la vía Cotelengo y ahí al frente de la entrada de Cottolengo **hay un poste con una cuerda, la verdad la cuerda no la vi por qué sería mentiroso si yo digo que uno va manejando y va mirando al techo o al cielo, para mirar una cuerda es complicado yo una cuerda de esas así, es complicado y la cuerda se engancha, se cae el poste**, bueno yo dije bueno un poste, eso no hay ningún problema un poste, ya cuando me bajo del vehículo*

un ayudante se baja y me dice uy.. ese poste le dio a una persona, un motociclista, entonces me bajo yo y digo, no esto ya es otra cosa, de ahí llamamos ahí al Cottolengo de ahí ya nos prestaron la ambulancia y la ambulancia hizo todo el traslado del señor mientras, porque la ambulancia nuestra, la de la malla vial,

Llama la atención, aceptando a beneficio de inventario de la instalación inadecuada del posteo infringiendo las medidas mínimas de seguridad, que en su versión no asoma siquiera mención de haber realizado el avizoramiento, que por lo menos llame la atención de las condiciones de la vía, en especial por las características del vehículo, pues se desplazaba con la pluma elevada -debido al remolque de otro vehículo-. Aún más, sólo se percató de lo sucedido cuando el poste ya había sido derribado, **¿acaso un elemento como este no implica una fuerza más de la común, como para no percibir el esfuerzo del vehículo en el momento de enganchar el cableado?**

De allí que el señor Milton Muñoz sobre su hipótesis explicó

*PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LLAMADA EN GARANTÍA. Usted y su compañera establecieron como hipótesis en el IPAT la falta de precaución por parte del operador de la grúa, usted le podría ampliar al despacho ¿qué significado tiene esto o como se determinó esta hipótesis? TESTIGO. Se determina porque uno tiene como perito de tránsito toma en cuenta los diferentes aspectos entonces el código nacional de tránsito, la ley 769 de 2002 en el artículo 55 "Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón, debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito" **en ese aspecto lo que concluimos nosotros es que el operado de la grúa el conductor al ser consciente de que conducía este tipo de vehículos y llevaba y con la grúa llevaba al lado otro vehículo de carga pues debió haber tenido como las precauciones de velocidad de estar pendiente de la vía y de lo que hay delante de él por donde va transitando lo que podemos ver es que si él es consciente del vehículo que iba conduciendo, es alto y va pendiente de la vía pues hubiese tomado las precauciones hubiera disminuido velocidad e iba pendiente de la vía y percatarse de que esa cuenta estaba bajita y en ese aspecto pues si ocurrió lo del accidente hubiera sido menos catastrófico eso fue lo que nosotros encontramos faltó precaución a la hora de la conducción por parte del operador conductor de la grúa. JUEZ. Una inferencia legal a partir de la norma es eso. TESTIGO. Sí, es cuestión de un comportamiento del conductor donde no tomó las precauciones en el momento, ...***

La normatividad del caso no relaciona una serie de actos precisos para estas circunstancias específicas, pero plantea que se deberá tomar precauciones debidas, concepto jurídico indeterminado que ha de generar profundas discusiones en torno a su significado, pero en todo caso es exigible a un conductor tener presente el riesgo y la incertidumbre, como elementos propios del denominado principio de precaución.

El riesgo se convierte en una constante inherente a la actividad que desarrolla y en el suceso particular lo que implica accionar un vehículo de las proporciones conocidas en autos, sin prever el desplazamiento de otros automotores, motocicletas y hasta peatones. Era una contingencia previsible que si tiene su pluma elevada debe por lo menos avizorarse los tendidos de posteados y cableados.

El conductor en su versión, que puede ser valorado con otros medios demostrativos, deja entrever que poco o nada prestó atención a esta circunstancia, es más ni siquiera mencionó que su traslado implicó

el paso por debajo de puentes vehiculares. **¿Qué medidas anticipatorias llegó tomar en el lugar frente al posteado y cableado?**

Lo anterior denota no sólo la falta de precaución sino de la prevención. La regla básica de la precaución es la operatividad ante la incertidumbre y la existencia de riesgos, en tanto que la prevención tiene su sustrato en el conocimiento anticipado de las situaciones que pueden ser lesivas o dañosas, por lo que se encamina a adoptar medidas para su neutralización⁷. Existe un contenido obligacional que en abstracto las reglas fijan, pero se está demostrando escaso grado de cumplimiento u observancia del mismo, constatándose la conducta inadecuada.

La ley 769 de 2002 Código Nacional de Tránsito Terrestre, en su artículo 19 establece, a priori que el conductor en este tipo de vehículos, además de a) saber leer y escribir, b) tener dieciséis (16) años cumplidos, c) aprobar exámenes teórico y práctico de conducción, d) otorgado por un centro de enseñanza automovilística registrado ante el RUNT; debe tener por lo menos dieciocho (18) años cumplidos y, aprobar el examen teórico y práctico de conducción para vehículos de servicio público, deben recibir capacitación y obtener la certificación en los temas que determine el Ministerio de Transporte.

Esto advierte, con claridad meridiana, que pese el presunto perfil y las capacidades de Luís Carabalí se presentó un comportamiento indebido en la maniobra del vehículo de servicio público, con incidencia en la causación del suceso, generando el débito resarcitorio que se persigue con este reclamo.

Corolario de las consideraciones de este acápite 2.1. reflejan la viabilidad de la declaratoria de responsabilidad del ente territorial demandado, de la ANI y sus vinculados contractuales.

2.2. El reconocimiento del perjuicio material.

2.2.1. Existencia del daño emergente.

Sostuvo el a quo "en la demanda no especifican los DEMANDANTES cuales fueron las disminuciones de su patrimonio. A su vez, el argumento de la indemnización por daño emergente adolece de respaldo probatorio y por el contrario, existe presunción de que el sistema de la seguridad social asumió tales costos. Por tanto, no se reconocerá ninguna suma por este concepto."

⁷ Ámbito Jurídico. Artículo: "Breves apuntes acerca del principio de precaución". Andrés Mauricio Briceño Chaves. Fuente <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/breves-apuntes-acerca-del-principio-de-precaucion>.

Se había reseñado que la contingencia produjo en Burbano Salcedo serias lesiones descritas en la epicrisis que para tal efecto se adelantó por la entidad clínica que la atendió y puntualizadas con mayor claridad en el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sumado al rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, que determinaron su grave incapacidad y secuelas. La indemnización de perjuicios, se ha dicho, está filosóficamente orientada a restituir el patrimonio de una persona afectada por un hecho dañoso a las condiciones en que se encontraba ante del insuceso, a fin de que el lesionado en su patrimonio reciba en compensación lo que real y equitativamente le corresponde⁸.

Recordemos que la doctrina y la jurisprudencia nos han enseñado que el daño puede ser pasado, presente o futuro; aunque el daño pasado y presente es uno mismo porque éste último no es más que la actualización del pasado. Con relación al daño futuro, puede ser hipotético o eventual, caracterizado por no ser indemnizable por estar basado en la posibilidad, en la conjetura, por el contrario, al daño cierto que es indemnizable y su basamento es la probabilidad.

Existe una diferencia entre la posibilidad y la probabilidad, esta última es una instancia dentro de la cadena causal-social que se acerca más a la verdad, a la certeza, o sea lo probable tiene más entidad que lo posible, ya que lo posible es lo hipotético, la conjetura, en cambio lo probable obedece a un criterio científico de entendimiento hoy día. Las ciencias naturales no se soportan sobre criterios absolutos de verdad o certeza sino sobre criterios de probabilidad.

Con el acopio documental y testimonial, tenemos que existe la certeza de las erogaciones que se han realizado y además las que se realizarán, que si bien no lograron establecerse con exactitud podrá el juez fijarla atendiendo los principios de equidad y de reparación integral así como las pautas fijadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corporación Internacional que ha entendido bajo ciertas circunstancias⁹, que este perjuicio puede presumirse, y que no obstante no lograr probarse, la *equidad* surge como criterio para su estimación¹⁰.

Reiteramos, la regulación de la responsabilidad patrimonial en el ordenamiento jurídico patrio, consagra el postulado del resarcimiento íntegro de los perjuicios inferidos a otra persona. Así, el artículo

⁸ BUSTAMANTE LEDESMA Álvaro. La responsabilidad extracontractual del Estado. Grupo Editorial Leyer 1998, p. 213.

⁹. Ver entre otras, Caso Niños de la Calle vs Guatemala, sentencia del 26 de mayo de 2001, núm. 79; Caso de la "Panel Blanca" vs Guatemala, 25 de mayo de 2001 núm. 116; Caso "El Caracazo vs. Venezuela", sentencia de 29 de agosto de 2002, núm. 50.

¹⁰. La jurisprudencia de la alta corporación de lo contencioso administrativo ha expuesto la necesidad de reparar integralmente a la víctima del daño causado por las entidades públicas, que obedece no sólo a la materialización del principio de "reparación integral" que nuestro ordenamiento ha incorporado, sino en respuesta a la influencia de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, gracias al denominado "Bloque de constitucionalidad".

16 de la ley 446 de 1998 prevé que "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales". En dicho sentido ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil¹¹

"[E]l juez tendrá que ordenar al demandado la restitutio in integrum a favor del damnificado, es decir que deberá poner al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño. Por ello, una vez establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, el sentenciador tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio"

Y si bien es cierto, "...de conformidad con el principio de la necesidad de la prueba (art. 174 del C. de P. Civil), toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, el reconocimiento judicial de una pretensión que tenga como objeto la indemnización de un perjuicio, supone la demostración de todos y cada uno de los elementos que configuran la tutela jurídica de dicha pretensión, incluyendo, por supuesto, el daño, salvo aquellos eventos de presunción de culpa, de conformidad con la doctrina de la Corte, y la presunción de daños de acuerdo con la ley, como en los casos de los artículos 1599 y 1617 num. 2 del C. Civil. Sin embargo, una es la prueba del daño, o sea la de la lesión o menoscabo del interés jurídicamente tutelado, y otra, la prueba de su intensidad, del quantum del perjuicio. De ahí que la doctrina haga alusión al contenido patrimonial del daño para referirse a su intensidad, es decir, a su valor en moneda legal (dinero), como patrón de referencia para determinar la mensura, por cuanto considera que dada su simplicidad y universalidad, es el que más conviene al tráfico de las reparaciones, caso en el cual opera una reparación por equivalencia o propiamente indemnizatoria, por oposición a la reparación natural que implica 'volver las cosas al estado que tendrían si no hubiera ocurrido el hecho dañoso'¹². La máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria civil ha precisado que¹³

Es posible acudir a la equidad para determinar el monto del daño, en aquellos casos límite, en que, habiéndose acreditado el perjuicio patrimonial, la determinación de su cuantía se torna extremadamente difícil, no obstante el cumplimiento de las cargas probatorias por la parte demandante. Al respecto se ha expresado que '[c]on referencia específica al invocado principio de la equidad, vale la pena recordar, además, con apego a numerosos contenidos doctrinarios, jurisprudenciales y, por supuesto, normativos, que no obstante las consecuencias inherentes al ejercicio de la delicada carga probatoria atrás aludida, hay casos en que sería injusto no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su cuantificación no ha sido posible, pues ante esta circunstancia, el juez, además de estar impelido a usar las facultades oficiosas que en materia probatoria ponen a su alcance las normas procesales, ha de acceder a criterios de equidad que le impiden soslayar los derechos de las víctimas" (Cas. Civ. 5 de octubre de 2004. Exp. 6975)'"

¹¹ Sentencia de diciembre 18 de 2012, radicación número 2004-00172-01.

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de agosto 9 de 1999, radicación 4897.

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de febrero de 2002, expediente 2002-01011-01.

2.2.2. Compatibilidad del lucro cesante y las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social.

Se afirma en la sentencia que este ítem debe ser negado *porque el sistema de la seguridad social asume la prestación a través del equivalente a la prestación de vejez, y lo hace siguiendo el principio de oscilación.*

Ha venido siendo enfático el Consejo de Estado que el juzgador solo puede disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente se demuestra que la posibilidad de tener un ingreso era cierta. Es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada. Y es que así ha venido sosteniéndose desde la sentencia de unificación de la sección tercera fechada dieciocho (18) de julio de 2019, expediente 44.572, reiteradas en las decisiones del mismo dieciocho (18) de julio de 2019, expediente 44577, del veintinueve (29) de noviembre de 2019 dentro del expediente 48345 de la subsección B; y la del nueve (9) de abril de 2021 por la subsección A dentro del expediente 55583.

Ahora bien, estas posturas fueron morigeradas por la Corte Constitucional en sentencia SU 272 de agosto de 2021¹⁴ en la que se dejó claro

... Por una parte, si la víctima del hecho dañoso no se dedicaba a una actividad productiva o lo hacía de manera esporádica, situación en la que aplicaría la regla establecida por el Consejo de Estado (no se reconoce lucro cesante si la persona al momento del daño no estaba trabajando), en la medida que no ha dejado de percibir ningún tipo de ingreso.

*ii) Por otra parte, este tipo de situaciones amerita una segunda lectura, **cuando la vacancia es provisional y se logra demostrar que la víctima directa se dedicaba de manera regular a actividades lucrativas, pero que por circunstancias propias del empleo informal se encuentra desempleada, correspondería aceptar que es procedente una indemnización por lucro cesante.***

En este contexto, es importante hacer alusión a las características propias del trabajo informal, a efectos de entender este tipo de vinculación y cómo operan los periodos de vacancia (negrilla fuera de texto)

Está claro que

- (i) El administrado Burbano Salcedo sufrió una lesión que acarreó una pérdida de capacidad laboral, según pericia rendida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca
- (ii) Al momento del suceso dañoso ejercía actividad laboral como miembro de la Policía Nacional
- (iii) De su relación laboral se percibía un ingreso debidamente acreditado

¹⁴ M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos.

Si bien es cierto la gravedad de las patologías dieron lugar el reconocimiento de una prestación social - pensión de invalidez y no la de vejez como lo sostuvo el a-quo, ello no obsta para el reconocimiento del perjuicio material en la modalidad de lucro cesante. Y es que de vieja data la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo ha aceptado la compatibilidad de la indemnización a forfait y la derivada de responsabilidad extracontractual. La razón es que las prestaciones sociales que se pueden llegar a reconocer, tienen como fuente, la relación jurídico - laboral del demandante con la Administración Pública; en tanto, las indemnizaciones reconocidas en trámite de un proceso declarativo, tiene como fuente la responsabilidad de la entidad que se demanda.

Pese a al hacerse derecho de una pensión de invalidez, no es óbice para el reconocimiento del lucro cesante producto de la merma en su capacidad productiva y económica, que no es ni siquiera compensada en su totalidad con el sistema de seguridad social, siendo además de compensaciones económicas cuyos títulos o fuentes son totalmente distintas

Como lo ha expuesto la misma Corte Suprema de Justicia¹⁵

nada se opone a la acumulación de la indemnización de perjuicios que se reclama en este proceso con la pensión de sobreviviente que recibe la demandante como beneficiaria del occiso, toda vez que esta prestación deriva de un título autónomo y distinto de la obligación indemnizatoria que está a cargo del tercero responsable del daño; y su concurrencia no podría implicar jamás un enriquecimiento sin causa para la actora porque la prestación pensional no guarda en realidad ningún tipo de relación con los perjuicios que deben ser resarcidos, por lo que no podría sostenerse que es una compensación de los mismos.

En efecto, para hacerse acreedor de una pensión de vejez; de jubilación; de invalidez de origen común o profesional; de sobreviviente por muerte común o por razón del trabajo; de sustitución; o a la indemnización sustitutiva de esas prestaciones si aquéllas no fueron procedentes, solo es necesario cumplir con los requisitos contemplados en las normas pertinentes del sistema general de pensiones o de riesgos profesionales, o en los regímenes especiales o exceptuados, según sea el caso; sin que para el reconocimiento de esa especie de derechos tenga incidencia el hecho de que ellos tengan su causa adecuada en los actos de un tercero, o que el beneficiario de esas prestaciones haya sufrido o no un daño comprobado, o que haya recibido el pago de una indemnización de perjuicios o de un seguro de vida.

Como en todo asunto que se encuentre demostrado la presencia de un daño, corresponde descender a su reparación, esto es una indemnización por los perjuicios causados, a través de lo cual se pretende resarcir las consecuencias derivadas del hecho dañoso. De tal manera, la finalidad es restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos, aspecto que está orientado a: "(a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, expediente T 1100102030002020-01318 - STC 4281-2020. MP Álvaro Fernando García.

daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial"¹⁶.

Así deduce que para el cálculo de los daños patrimoniales futuros resarcibles no interesa que el (los) deudo (s) haya (n) resultado beneficiado (s) con una pensión de invalidez, no solo porque tal atribución se fundamenta sobre un título diferente del hecho lesivo sino porque la existencia de una pensión no tiene ningún nexo de causalidad con las contribuciones patrimoniales o ingresos de su actividad económica (laboral). Por las razones y argumentos esbozados en reiterados pronunciamientos del órgano de cierre de lo contencioso administrativo, resulta claro que probada la merma de capacidad laboral del lesionado es procedente el reconocimiento de este perjuicio material en la modalidad de lucro cesante.

3. Conclusión.

En consecuencia, una valoración conjunta de todos los elementos de juicio genera una razonable certeza en el juzgador para modificar el fallo recurrido en los términos planteados en el disenso. Y esto porque puede establecerse con meridiana claridad que las entidades demandadas tienen responsabilidad en el suceso dañoso, producto de la intervención de la actividad ejercida por la Grúa perteneciente a CSS CONSTRUCTORES S.A., quien sostenía vínculo contractual con la ANI, sin ser menos la responsabilidad del municipio de Jamundí por la omisión en la vigilancia y control a las entidades prestadoras del servicio público.

Así las cosas, el daño antijurídico es imputable tanto fáctica como jurídicamente, a cada una de las entidades vinculadas.

Atentamente,

HENRY BRYÓN IBÁÑEZ

C.C. No. 16.588.459 de Cali

T.P. No. 68.873 del Consejo Superior de la Judicatura

¹⁶ Sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2014, (32988).