

Señores,

JUZGADO VEINTIUNO (21º) CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALI (V)

adm21cali@cendoj.ramajudicial.gov.co

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 1ª INSTANCIA
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOSE HERIBERTO GONZALEZ Y OTROS
DEMANDADO: DISTRITO ESPECIAL SANTIAGO DE CALI Y OTROS
LL. EN GARANTÍA: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., AXXA COLPATRIA SEGUROS S.A., ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A
RADICACIÓN: 76001-33-33-021-2019-00285-00

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, manifiesto que **REASUMO** el poder a mi conferido y encontrándome dentro del término legal, presento los respectivos **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del proceso de la referencia, solicitando desde ya que se profiera **SENTENCIA FAVORABLE PARA MI REPRESENTADA**, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas al momento de contestar la demanda y el llamamiento en garantía.

I. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR ALEGATOS

El Juzgado Veintiuno (21º) Administrativo Oral del Circuito de Cali (V) mediante auto interlocutorio No. 419 proferido en la audiencia de pruebas del día 25 de abril de 2024 se resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

“En consecuencia, se profiere el auto interlocutorio No. 419 que DISPONE:

PRIMERO: CERRAR la etapa probatoria del proceso, por lo considerado.

SEGUNDO: PRESCINDIR de la realización de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de acuerdo con lo permitido por el artículo 181 del CPACA.

TERCERO: CORRER traslado por un término de diez (10) días, siguientes a la notificación de esta decisión, para que las partes presenten sus alegatos finales por escrito.”

En ese sentido, los diez (10) días de traslado para alegar de conclusión transcurrieron de la siguiente forma: 26, 29 y 30 de abril y 2, 3, 6, 7, 8, 9 y 10 de mayo de 2024. Teniendo en cuenta lo anterior, se presentan los alegatos de conclusión del proceso de la referencia de manera oportuna dentro del término legalmente conferido.

II. PROBLEMA JURÍDICO

El Juzgado Veintiuno (21º) Administrativo Oral del Circuito de Cali (V), en audiencia inicial del 16 de marzo de 2022 llevada a cabo de manera virtual, fijó el litigio dentro del proceso de la referencia en los siguientes términos:

“4.- FIJACION DEL LITIGIO: Con el objeto de fijar el litigio, conforme se indica en el artículo 180 numeral 7º del CPACA, teniendo en cuenta la demanda y su contestación, el litigio que propone el Despacho se contrae a determinar:

i) Si se configuran los elementos que permitan imputar responsabilidad a las demandadas por las lesiones padecidas por el señor Jose Heriberto González Suarez, con ocasión del accidente sufrido el día 09 de septiembre de 2016, al caer en un hueco que se encontraba en la vía mientras se desplazaba como peatón por la calle 25ª Bis Oeste – Avenida 8-06 del barrio alto aguacatal de este municipio.

ii) De ser posible la imputación anterior, establecer si existe prueba que permita condenar a las demandadas al pago de los perjuicios que dicen los demandantes haber sufrido y si estos están legitimados para reclamarlos.

iii) Definir si las entidades llamadas en garantía deben responder por el pago de los perjuicios ante una eventual condena de la entidad que los convocó al presente asunto.

Las partes manifestaron estar de acuerdo con la fijación del litigio efectuada por el Despacho, por tanto, se continúa con la audiencia.”

No sobra advertir desde ya que los problemas jurídicos planteados por el despacho deben ser resueltos de manera negativa, es decir, no le asiste ningún tipo de responsabilidad al Distrito Especial de Santiago de Cali por los hechos que han sido objeto de juzgamiento y, por contera, tampoco le asiste ningún tipo de responsabilidad a mi representada, Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., por el supuesto daño que de manera injustificada se le pretende endilgar al asegurado, siendo entonces necesario negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda ante la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la entidad territorial demandada.

III. TESIS DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

Las tesis que sostendrá Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. a lo largo de los presentes alegatos de conclusión serán las siguientes:

1. Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Distrito Especial de Santiago de Cali.
2. Culpa exclusiva de las víctimas – Incumplimiento del deber de evitar y/o mitigar daños.

3. En subsidio de lo anterior, la indemnización debe reducirse por la intervención culposa de la víctima.
4. Inexistencia de responsabilidad administrativa y patrimonial atribuible al Distrito Especial de Santiago de Cali como quiera que no se acreditaron los elementos y presupuestos de la misma durante el proceso – inexistencia del nexo de causalidad.
5. Los perjuicios solicitados por los demandantes no son imputables al Distrito Especial de Santiago de Cali.
6. Excesiva y desproporcionada tasación de los perjuicios solicitados.

En subsidio de lo anterior, y en el remoto e hipotético caso de que el despacho acceda a las infundadas pretensiones de la demanda, Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. sostendrá las siguientes tesis frente a su vinculación como llamada en garantía:

7. No se realizó el riesgo asegurado en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, esto es, no se demostró que el daño demandado fuese imputable al asegurado Distrito Especial de Santiago de Cali.
8. Límites máximo de responsabilidad en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931.
9. Eminente carácter indemnizatorio que reviste el contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931.
10. Deducible pactado en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931.
11. Coaseguro e inexistencia de solidaridad.

IV. ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

En la audiencia de pruebas (art. 181 Ley 1437 de 2011) llevada a cabo ante el Juzgado Veintiuno (21º) Contencioso Administrativo del Circuito Judicial de Cali comparecieron los testigos **EZEQUIEL DELGADO DÍAZ, JESÚS MARIA ARCILA CASTAÑO, BERNARDINO CORRAL PLAZA, MARCIANURY HOME PRIETO** y la **Dra. CLAUDIA PATRICIA HURTADO GARZON**.

De las pruebas testimoniales practicadas, esto es, de las declaraciones de los señores Ezequiel Delgado Díaz, Jesús María Arcila Castaño, Bernardino Corral Plaza y Marcianury Home Prieto, se desprende que el supuesto accidente que es materia de estudio por parte del despacho ocurrió por negligencia de la víctima directa y de su deber de evitar y/o mitigar los daños pues, a pesar, de que se conocía con varios años de anterioridad el agua que caía sobre la vía, el demandante no tomó ninguna precaución para atravesar la misma.

De igual forma, debe resaltarse que las declaraciones de los testigos Ezequiel Delgado Díaz, Jesús María Arcila Castaño, Bernardino Corral Plaza y Marcianury Home Prieto fueron contradictorias y sospechosas, pues mientras algunos declarantes afirmaron que el señor José Heriberto González Suares sufrió el accidente en cuestión mientras subía por la vía, otros afirmaron que el accidente se había presentado mientras la víctima directa bajaba por la misma, circunstancia que es abiertamente contradictoria y genera que las declaraciones se tornen sospechosas.

Por última, valga la pena resaltar que la Dra. Claudia Patricia Hurtado Garzón, perito médico adscrito al Instituto de Medicina Legal, declaró que el señor José Heriberto González Suares no presentó secuelas al momento de la valoración médico legal, resaltó que la evolución de la lesión fue positiva, lo que en últimas indica que no se presentaron secuelas y/o consecuencias permanentes.

De las pruebas testimoniales practicadas y la declaración del perito médico adscrito al Instituto de Medicina Legal queda demostrado que para el caso en concreto se presentó la causal de exoneración de la responsabilidad extracontractual del Estado denominada culpa exclusiva de la víctima y, de igual forma, ha quedado acreditado que los perjuicios inmateriales solicitados en la demanda no tienen la intensidad y gravedad que expuso la parte actora sino que, por el contrario, en el caso de siquiera existir, se tiene que dichos perjuicios se presentaron en una menor intensidad lo que implica que su hipotético y remoto reconocimiento sea sometido a los baremos más bajos que ha contemplado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en sentenciade unificación del 28 de agosto de 2014 y en el documento final adoptado por la Sección Tercera de la misma corporación.

V. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

Con los argumentos que se pasaran a exponer, es posible responder a los problemas jurídicos propuestos por el despacho de la siguiente manera:

i) Si se configuran los elementos que permitan imputar responsabilidad a las demandadas por las lesiones padecidas por el señor José Heriberto González Suarez, con ocasión del accidente sufrido el día 09 de septiembre de 2016, al caer en un hueco que se encontraba en la vía mientras se desplazaba como peatón por la calle 25ª Bis Oeste – Avenida 8-06 del barrio alto aguacatal de este municipio.

R//: Para el caso en concreto no es posible imputar ningún tipo de responsabilidad al Distrito Especial de Santiago de Cali por las presuntas lesiones padecidas por el señor José Heriberto González Suarez con ocasión del supuesto accidente sufrido el día 09 de septiembre de 2016, pues de la practica probatoria y, en especial de las pruebas testimoniales, se desprende que el presunto accidente acaeció como consecuencia del agua lluvia que recorría la vía, circunstancia que no está dentro del marco funcional de la entidad territorial asegurada, sino que corresponde a las Empresas Prestadoras de Servicio Público de conformidad con la Ley 142 de 1994 y los decretos reglamentarios que señalan los requisitos técnicos que deben cumplirse al momento de prestar el servicio de acueducto y alcantarillado.

De igual forma, debe resaltarse que, de los testimonios practicados, se logró probar que el señor José Heriberto González no sufrió un accidente como consecuencia de un hueco sobre la vía, sino que, por el contrario, el accidente acaeció debido a que la carpeta asfáltica era resbalosa como consecuencia del agua lluvia que transitaba por la misma.

ii) De ser posible la imputación anterior, establecer si existe prueba que permita condenar a las demandadas al pago de los perjuicios que dicen los demandantes haber sufrido y si estos están legitimados para reclamarlos.

R//: Además de que los perjuicios solicitados no son imputables de ninguna forma al asegurado Distrito Especial de Santiago de Cali pues éste no tiene ninguna función a su cargo y/o servicio público de acueducto y alcantarillado público, se tiene que los perjuicios solicitados por la parte demandante fueron tasados de forma excesiva pues lo cierto es que las lesiones supuestamente sufridas por José Heriberto González no tienen la gravedad necesaria para el reconocimiento e indemnización de los baremos solicitados.

iii) Definir si las entidades llamadas en garantía deben responder por el pago de los perjuicios ante una eventual condena de la entidad que los convocó al presente asunto.

R//: Para el caso en concreto, Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. **NO** debe responder por el pago de perjuicios ante una eventual condena del Distrito Especial de Santiago de Cali, no debe responder en la medida en que no se ha realizado el riesgo asegurado en el contrato documentado en la Póliza No. 1501216001931, esto es, el daño demandado no es imputable ni fáctica ni jurídicamente a la entidad territorial asegurada.

VI. ARGUMENTOS QUE DESARROLLAN LAS RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

6.1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

Para el caso en concreto, del debate probatorio llevado a cabo, quedo suficientemente demostrado que no le asiste ninguna legitimación en la causa por pasiva al Distrito Especial de Santiago de Cali frente los hechos materia de juzgamiento en el presente proceso, pues como se desprende de los testimonios recibidos a lo largo de la audiencia de pruebas, la caída del señor José Heriberto González fue causada por el agua lluvia que caía por la vía y no por un hueco como erróneamente se afirmó en la demanda. Teniendo en cuenta que la entidad territorial demandada en cuestión no tiene ni funciones ni competencia administrativa sobre el servicio de acueducto y alcantarillado, se tiene que no tiene legitimación en la causa para responder por las pretensiones invocadas por los demandantes.

Para sustentar el argumento conclusivo de defensa que ahora se reitera pero que fuese propuesto desde la contestación a la demanda y al llamamiento en garantía, debe tenerse en cuenta el concepto de falta de legitimación en la causa, sobre el particular el H. Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“La legitimación en la causa es un elemento sustancial relacionado con la calidad o el derecho que tiene una persona, como sujeto de la relación jurídica sustancial, para formular o para contradecir las pretensiones de la demanda; de esta manera, la parte demandante tiene la posibilidad de reclamar el derecho invocado en la demanda -legitimación por activa- frente a quien fue demandado -legitimación por pasiva-. En ese sentido, se entiende que la primera (la legitimación por activa) es la identidad que tiene el demandante con el titular del derecho subjetivo quien, por lo mismo, posee la vocación jurídica para reclamarlo, al paso que la segunda (la legitimación por pasiva), es la identidad que tiene la parte accionada con quien tiene el deber de satisfacer el derecho reclamado.

*Así las cosas, **es deber del juez determinar si la parte accionante está legitimada para reclamar la indemnización del daño y si el demandado es el llamado a responder por aquélla.** Ante la falta de prueba sobre alguno de tales presupuestos, habrá lugar, indefectiblemente, a negar las pretensiones de la demanda.”¹ (énfasis añadido).*

De igual forma, sobre las dos dimensiones de la legitimación en la causa, es decir, la de hecho y la material, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.”²

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicado No. 25000-23-26-000-2011-00438-01(47649) Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional. Demandado: Jaime Alonso Pinzón Vásquez.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 19 de abril de 2018. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicado No: 25000-23-26-000-2012-00023-01(50839).

Teniendo en mente lo anterior, se tiene que, para el caso en concreto, existe la Resolución No. 1166 de 2006, modificada por la Resolución No. 1127 de 2007 del Ministerio de Ambiente, “*por la cual se expide el Reglamento Técnico que señala los requisitos técnicos que deben cumplir los tubos de acueducto, alcantarillado, los de uso sanitario y los de aguas lluvias y sus accesorios que adquieran las personas prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillado*”, la cual dispone lo siguiente en sus dos primeros artículos:

*“Artículo 1°. Objeto. El presente Reglamento Técnico tiene por objeto señalar los requisitos técnicos mínimos asociados con la composición química de los materiales y, la estandarización de la información mínima sobre los requisitos técnicos que deben tener presentes los prestadores, con el fin de garantizar la calidad del servicio, para los tubos de acueducto y sus accesorios, integrantes en su conjunto de los sistemas de conducción y distribución de agua para consumo humano y **para los tubos y accesorios integrantes en su conjunto de los sistemas de conexión, recolección y transporte final y tratamiento de las aguas residuales domésticas, industriales, pluviales o combinadas, previniendo la presentación de riesgos para la seguridad, la vida** y la salud humana, animal y vegetal, el medio ambiente, y la realización de prácticas que puedan inducir a error, durante el horizonte de planeamiento para el cual fueron diseñados estos sistemas.*

*Artículo 2°. Campo de aplicación. El presente Reglamento Técnico **debe ser aplicado por parte de las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, en el marco de la Ley 142 de 1994** y demás normas que la adicionen, modifiquen o reglamenten, que requieran en sus sistemas de acueducto y alcantarillado, de tubos con sus uniones, sellos y accesorios, de acuerdo con las especificaciones definidas en los proyectos.”* (subrayado y negritas propias).

Visto lo anterior, se tiene que la competencia sobre el servicio de acueducto y alcantarillado y por ende el cumplimiento de las normas técnicas sobre los requisitos que deben cumplir los tubos de acueducto, alcantarillado y los de aguas lluvias corresponde a las empresas prestadoras de servicios públicos de conformidad con la Ley 142 de 1994, naturaleza de la cual no participa el Distrito Especial de Santiago de Cali pues dicha demandada es una entidad territorial y no una sociedad por acciones cuyo objeto sea precisamente la prestación de servicios públicos de conformidad con el artículo 17 de la Ley 142 de 1994.

Por todo lo anterior, solicito respetuosamente se nieguen todas y cada una de las pretensiones de la demanda respecto del Distrito Especial de Santiago de Cali puesto que la entidad territorial asegurada no tiene ninguna legitimación en la causa por pasiva para concurrir al presente proceso.

6.2. CULPA EXCLUSIVA DE LAS VÍCTIMAS – INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE EVITAR Y/O MITIGAR DAÑOS

Del debate probatorio surtido, en especial de los testimonios practicados, se puede concluir fácilmente que los demandantes incumplieron su deber de evitar y/o mitigar los daños, pues, a pesar

de que el agua lluvia que presuntamente ocasiono el accidente se presentaba desde hace varios años en la zona, los demandantes no tomaron ninguna precaución para evitar el daño, tal así que dejaban que un adulto mayor transitara por una vía en desnivel sin ningún tipo de ayuda o acompañamiento.

Para sustentar el argumento de defensa conclusivo que ahora se propone, debe tenerse en cuenta lo dicho por la doctrina nacional frente a la culpa exclusiva de la víctima, que resumiendo la posición del alto tribunal de lo contencioso administrativo, dice lo siguiente:

“Según lo ha dictaminado el Consejo de Estado, cuando se estudia el hecho de la víctima, lo primero que se impone es definir los caracteres que éste debe reunir para que realmente sea admisible como causal de exoneración, o dé lugar a la reducción del daño, pues no todo hecho de aquella produce esas consecuencias jurídicas. Dentro de esta perspectiva, se tiene que para que ella se tipifique se deben dar los siguientes elementos:

- Una relación causal entre el hecho de la víctima y el daño. Si la víctima no contribuye en alguna forma a la producción del evento perjudicial, su conducta no puede tener repercusiones en el campo de la responsabilidad;

- El hecho de la víctima debe ser extraño y no imputable al ofensor, y

- El hecho de la víctima debe ser ilícito y culpable.”³

De igual forma, en adición a lo anterior, se tiene el deber de evitar o mitigar los daños que tiene toda persona en virtud del postulado de la buena fe consagrado en el artículo 83 superior. El artículo en mención prevé que las actuaciones de los particulares deben ceñirse a los postulados de la buena fe, como se puede leer de la norma superior.

En ese sentido, está claro que no le es permitido a una persona no asumir sus obligaciones, como en este caso, las de autocuidado, y posteriormente buscar responsables de su misma conducta negligente. El principio de buena fe ciertamente repugna tales conductas que además son atentatorias contra el principio de autorresponsabilidad que deriva del mentado postulado.

Se puede señalar entonces, que además de las múltiples manifestaciones del principio constitucional citado, el deber de evitar o mitigar los daños, constituye, en los tiempos que corren, una de las más importantes aplicaciones de la buena fe. En ese sentido, puede apreciarse la importancia que se le ha dado al deber traído a colación dentro de la doctrina extranjera:

“Junto al principio de no dañar injustamente a otro, está con respecto a la víctima el principio de que se debe mitigar o atenuar en lo posible los efectos del daño después de que éste fue causado. Con ello se previenen daños futuros y se trata de una conducta exigible por ser propia de un proceder de buena fe.

³ Saavedra Becerra, R. (2018). De la responsabilidad patrimonial del Estado. Tomo II. Grupo Editorial Ibañez. Pág. 1272.

Se busca evitar nuevos daños o la continuación de los daños existentes, que es posible evitar actuando con la diligencia debida y acorde con los dictados de la buena fe. Este deber de mitigar el daño opera tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual.

(...)

El daño que pudiendo no fue evitado, se puede llegar a considerar como causado y formar parte de la causalidad compartida. Ante la existencia de un daño la víctima no puede asumir una actitud pasiva que se torne en aumento de este daño sino que debe mitigarlo en lo posible. Lo que se puede exigir a la víctima son conductas racionales o razonables para evitar el aumento del daño. No se le puede exigir poner en riesgo su vida o realizar gastos que se estén fuera de su alcance o que no sean lógicamente razonables con lo que implica evitar ese perjuicio.⁴

De modo similar, la doctrina nacional, extendiendo el deber comentado a prevenir los daños que se puedan causar, ha conceptualizado esta manifestación de la buena fe de la siguiente forma:

*“...este deber también puede ser previo a la ocurrencia del daño, es decir, cuando éste todavía no ha sido materializado, lo cual significa que en este apartado nos referiremos no sólo al deber de mitigarlo, **sino también de evitarlo o prevenirlo**, en tanto los efectos de ambas situaciones son similares (...)*

Es decir, es claro que, antes de que el daño acaezca, debe la víctima, en la medida de lo posible, evitar su ocurrencia, así como, una vez presentado, surge para toda víctima el deber de minimizarlo, lo cual se traduce en evitar que el éste se propague, siempre que pueda.

(...)

*Luego, las conductas de la víctima, de cara al cumplimiento del deber de evitar y mitigar el daño, consisten en “reducir el daño, evitar la agravación del daño, **evitar la producción del daño**”, siempre, “mediante la adopción de medidas razonables”, entendiendo por estas, “las medidas que, atendiendo las particulares circunstancias del caso concreto, puedan esperarse de una persona que actúa de buena fe; es decir, considerando lo que llevaría a cabo cualquier persona a fin de evitar o disminuir la magnitud del perjuicio [...] medidas que no entrañen sacrificios desproporcionados para el perjudicado o que no lo coloquen ante nuevos riesgos”.*

*Luego, si la víctima, teniendo la posibilidad de evitar que el daño se presente o se extienda, omite hacerlo, **se considera que esa afectación se la ha causado ella misma**, configurando, de esta forma, **un hecho de la víctima como modalidad de causa extraña (...)**⁵*

⁴ Ordoqui Castilla, G. (2012). Buena fe contractual. Grupo Editorial Ibáñez. pág. 623-624

⁵ Gaviria Cardona, A. (2021). *El hecho de la víctima como causa de exoneración de la responsabilidad civil* (primera ed.). Grupo Editorial Ibáñez. pág. 88 a 91.

Así mismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho en sentencias como la del 14 de julio de 2016⁶, retomada, entre otras, en la sentencia del 10 de mayo de 2017⁷, que la víctima no se puede aprovechar de su propia culpa para buscar un provecho económico frente a la administración pública:

“...si está en manos del interesado evitar el daño es su deber hacerlo, pues de lo contrario incurre en una actitud negligente, de desidia frente a sus propios deberes, lo cual le impide trasladar a la administración las consecuencias desfavorables de ello y perseguir, entonces, la obtención de una ventaja o provecho económico, con cargo al patrimonio de aquélla, pues tal comportamiento no sólo resulta contrario a la buena fe, principio superior por el cual se deben regir todas las relaciones entre el Estado y los administrados, sino que también contraría el principio de derecho según el cual nadie puede sacar provecho de su propia desidia.”

En virtud de lo anterior y en especial del principio de autorresponsabilidad, del deber de evitar y mitigar los daños y de la causal de exoneración denominada culpa exclusiva de la víctima, se tiene que la caída sufrida por la víctima directa ocurrió debido a la falta de precauciones adoptadas frente al riesgo que ya era de conocimiento de la comunidad en general.

Al señor José Heriberto González se le imputa su propia culpa en la causación del hecho dañoso en la medida en que está suficientemente acreditado que la víctima directa y sus familiares conocían con suficiente anterioridad el riesgo que se presentaba sobre la vía y no adoptaron ninguna acción tendiente a disminuir la probabilidad de que ocurriera el daño, máxime cuando el señor Heriberto González era un adulto mayor que lógicamente por su edad tenía disminuidas sus capacidades motoras y físicas.

Por todo lo anterior, solicito respetuosamente al despacho negar todas las pretensiones de la demanda en la medida en que el daño que se le pretende endilgar a la entidad territorial demandada tiene su origen y/o causa en la propia culpa de la víctima y en su inobservancia del deber constitucional de evitar o mitigar los daños conforme a la buena fe.

6.3. EN SUBSIDIO DE LO ANTERIOR, LA INDEMNIZACIÓN DEBE REDUCIRSE POR LA INTERVENCIÓN CULPOSA DE LA VÍCTIMA

No obstante los argumentos planteados anteriormente, demostrativos todos ellos de la imposibilidad de endilgar cualquier responsabilidad al Distrito Especial de Santiago de Cali, se debe analizar, en el caso hipotético de que los anteriores argumentos no sean tenidos en cuenta la concurrencia de culpa de conformidad con el principio establecido en el artículo 2357 del Código Civil.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 14 de julio de 2016. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicado No. 76001-23-31-000-2006-01742-01(41491)

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera- Subsección A. Sentencia del 10 de mayo de 2017. Consejera Ponente: Martha Nubia Velásquez Rico. Radicado No. 20001-23-31-000-2008-00184-01(41028)

Para sustentar la excepción propuesta, se debe, en principio, poner de presente el artículo 2357 del Código Civil cuyo tenor expresa que *“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”*, norma que si bien se encuentra ubicada en el Título XXXIV del Código Civil atinente a la responsabilidad común por los delitos y culpas, lo cierto es que guarda en su redacción un principio básico de la autorresponsabilidad y la reducción equitativa de la indemnización cuando la víctima se ha expuesto imprudentemente a sufrir el perjuicio que ahora demanda. De tal importancia es la máxima que recoge dicho artículo, que el H. Consejo de Estado lo ha aplicado al unísono en las distintas controversias en las que se debate la responsabilidad aquiliana de la Administración, veamos:

En Sentencia del 21 de mayo de 2021⁸ con ponencia de la Consejera María Adriana Marín, el H. Consejo de Estado recordó las características principales de la figura que se invoca:

*“Sobre la concurrencia de culpas, la Sección ha sostenido⁹ que **cuando el comportamiento de la víctima contribuye de manera cierta y eficaz en la producción del hecho dañino, habilita al juzgador para reducir el quantum indemnizatorio**. Entonces, **se da cuando la conducta de la persona agraviada confluye en el desenlace del resultado, habida consideración de que participó realmente en la causación de este**, tal como ocurrió en este caso.*

*En esa medida, **la reducción del daño resarcible, con fundamento en el concurso del hecho de la víctima, responde a una razón de ser específica: la víctima contribuyó realmente a la causación de su propio daño, caso en el cual esa parte del perjuicio no deviene antijurídica y, por ende, no tiene la virtud de imputarse al patrimonio de quien se califica responsable**.*

Frente al particular, esta Corporación ha manifestado reiteradamente el efecto de la concausa¹⁰ en la liquidación de los perjuicios reclamados en la demanda:

*En ese orden de ideas, es dable concluir que, para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por el afectado sea tanto causa del daño como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, **eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima**¹¹.” (subrayado y negritas propias).*

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 21 de mayo de 2021. Consejera Ponente: María Adriana Marín. Radicado No. 23001-23-31-000-2007-00453-03(48254)

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1999 (expediente 14.859).

¹⁰ Referente a la concausa, consultar sentencia del 28 de mayo de 2015, Exp.25000-23-26-000-2002-01492-01(29479), C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

¹¹ En la anotada dirección, ha sostenido la Sala: “El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva “consigo la absolución completa” cuando “el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima. Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, págs. 332 y 333”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Visto lo anterior, resulta claro que, el hecho de la víctima, sea éste culposos o simplemente causal, expone al damnificado a tener que soportar el daño que tiene parte de su origen en su propia actividad, conforme se desprende de la jurisprudencia nacional y de la cual se trajo a colación un fragmento.

En la anterior medida, debe el despacho valorar el hecho, culposos o causal, de que el señor José Heriberto González, o, sus familiares, a pesar de su edad y del conocimiento que tenía sobre el estado resbaladizo de la vía, no hubiesen tomado las precauciones necesarias para evitar la producción del daño y/o mitigar el riesgo, pues fácilmente se hubiera podido brindar acompañamiento al adulto mayor o se le hubiese brindado de ayudas para transitar debido a su avanzada edad.

Por todo lo anterior, se solicita respetuosamente al despacho que, si en un caso hipotético decide no aceptar los argumentos esbozados con anterioridad y que se resumen principalmente en la culpa exclusiva y determinante de la víctima, se tenga en cuenta el aporte culposos y/o causal del señor José Heriberto González y sus familiares en los hechos *sub judice* para asignarle la mayor parte de responsabilidad por su actuar claramente negligente al permitir que una persona de la tercera edad recorriera una vía con una pendiente inclinada que, además, era resbalosa y se tenía amplio conocimiento de ello.

6.4. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PATRIMONIAL ATRIBUIBLE AL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI COMO QUIERA QUE NO SE ACREDITARON LOS ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS DE LA MISMA DURANTE EL PROCESO – INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD

Se plantea el siguiente argumento conclusivo de defensa pues ha quedado suficientemente demostrado que el accidente que se dice sufrió el señor José Heriberto González **NO** fue como consecuencia de un hueco sobre la vía, sino, más bien y así lo atestiguaron los declarantes que concurrieron al proceso, por el agua lluvia que recorría la vía.

En ese sentido, debe recordarse que no todo hecho antecedente a la producción del daño es la causa adecuada del mismo, pues como lo ha recordado el H. Consejo de Estado en múltiples providencias no todas las circunstancias que anteceden a la producción del daño son causas directas del mismo:

“... no todas las circunstancias que anteceden a la producción del daño son causas directas del mismo, como se plantea en la teoría de la equivalencia de las condiciones¹²; es un sinsentido otorgarle igual importancia a cada hecho

Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007; Radicación: 24.972; criterio reiterado por la Sección en sentencia de 9 de junio de 2010. Radicación: 17.605. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

¹² “Como lo indica su propia denominación, para dicha teoría todas las condiciones son del mismo valor (equivalentes) en la producción del daño (Aequivalenztheorie). No cabe, por consiguiente, hacer distinciones, todas son indispensables, de modo que si faltase una sola no habría acaecido.

Cada condición –se afirma- origina la causalidad de las otras y el conjunto determina el evento causa causae est causa causati. Como la existencia de éste depende de tal punto de cada una de ellas, si hipotéticamente se suprimiese alguna (condicio sine qua non) el fenómeno mismo desaparecería: sublata causa tollitur effectus.

previo a la producción del daño, pues lo relevante es identificar cuál acción u omisión fue la causa determinante, principal y eficiente del hecho dañoso.

De lo contrario, se llegaría al absurdo de que la consecuencia o menoscabo, sería la sumatoria de todos los antecedentes, lo que generaría un retorno al infinito.”¹³
(énfasis añadido).

En esa medida, además de que no se probó la existencia de un hueco sobre la vía donde ocurrió el accidente, pues todos los testigos fueron unívocos al declarar que los hechos se habían producido por el agua lluvia que recorría por la vía y la hacía resbaladiza, se tiene que así existiera prueba de dicho desperfecto sobre la vía, el mismo no sería la causa adecuada del daño.

Por todo lo anterior y en la medida en que no existe prueba de que el accidente sufrido por la víctima directa hubiese acaecido como consecuencia de la existencia de un hueco, del cual ni siquiera se probó su existencia, sino más bien, del agua lluvia que recorría la vía y que **NO** era competencia del Distrito Especial de Santiago de Cali, se solicita respetuosamente negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda ante la evidente inexistencia de nexo de causalidad alguno entre la conducta desplegada por la entidad territorial asegurada y el daño que ahora se demanda.

6.5. INEXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS SOLICITADOS

Para el caso en concreto, deben negarse los perjuicios morales solicitados por Esteban Madrid González (bisnieto del lesionado), pues lo cierto es que no se probó la existencia de dicho perjuicio inmaterial, siendo los testimonios practicados por la parte demandante sospechosos y contradictorios, pues a pesar de que la Dra. CLAUDIA PATRICIA HURTADO GARZON explicó en audiencia que el señor José Heriberto González Suarez apenas podía hablar y sostenerse en pie, de manera inexplicable, los declarantes afirmaron que la víctima directa jugaba deportes como el fútbol con su bisnieto, todo lo anterior teniendo más de ochenta (80) años de edad.

Por todo lo anterior, resulta claro que no se ha probado la relación afectiva entre dicho demandante y la víctima directa, circunstancia que conlleva a que se niegue la solicitud de perjuicios inmateriales realizadas en ese sentido.

6.6. LOS PERJUICIOS SOLICITADOS POR LOS DEMANDANTES NO SON IMPUTABLES AL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

Consecuencia lógica de la prosperidad de la excepción consistente en la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Distrito Especial de Santiago de Cali resulta ser que los perjuicios inmateriales solicitados en la demanda no sean imputables de ninguna forma al actuar de esta entidad territorial demandada.

En consecuencia –sostiene von Buri-, dada la indivisibilidad material del resultado, cada una de las condiciones puede considerarse al mismo tiempo causa de “todo” el desenlace final. Es suficiente, pues, que un acto haya integrado la serie de condiciones desencadenantes del efecto dañoso para que pueda juzgar que lo causó. Por lo tanto, se concluye, para la atribución de un hecho a una persona es suficiente que ella haya puesto una de las condiciones necesarias para su advenimiento”. GOLDENBERG, Isidoro. Op. Cit. Pág. 16.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 19 de marzo de 2021. Radicado No. 68001-23-31-000-2011-00391-01(50791).

Teniendo en mente lo anterior debe recordarse que la imputabilidad del daño antijurídico tiene expresa consagración en nuestro medio, pues lo cierto es que el artículo 90 constitucional exige que el hecho dañoso sea **imputable** al Estado ya sea por acción u omisión, circunstancia que, en opinión de la doctrina nacional, implica que la Administración Pública sólo responda por los eventos dañosos que le sean imputables tanto fáctica como jurídicamente:

“...verificada la existencia de un daño desde la dimensión jurídica, lo relevante es establecer a quién es atribuible esa afectación que sufre una determinada persona en sus derechos, bienes o intereses legítimos. Es precisamente en ese específico escenario donde el término imputación supone un análisis bifronte o dual, consistente en la verificación de que el daño es tanto fáctica (imputatio facti) como jurídicamente (imputatio iure) imputable.

La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Verificado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico.

En otros términos, la imputación fáctica – y con ella la imputación objetiva del daño – consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico – subjetivo u objetivo – de resarcir el perjuicio.”¹⁴ (énfasis añadido).

Para el caso en concreto, no resulta necesario que el despacho se adentre en los criterios normativos que regulan la imputación jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado pues, como se ha venido explicando a lo largo de toda esta contestación, de una simple constatación de los hechos se concluye que el proceso de imputación no supera siquiera el primer estadio que es la imputación fáctica, ello en la medida que el daño experimentado por los actores sólo puede tener su causa en su propia imprudencia, negligencia pues, lo único cierto, es que los demandantes conocían del riesgo y aun así no tomaron ninguna medida para evitarlo.

De igual forma, lo cierto es que el daño tampoco es imputable al Distrito Especial de Santiago de Cali en la medida en que dicha entidad territorial no era la encargada de prestar el servicio de acueducto y alcantarillado y por ende no tenía la competencia administrativa para controlar el agua lluvia que recorría la vía donde se presuntamente se accidentó la víctima directa.

¹⁴ Gil Botero, E. (2020). Tratado de responsabilidad extracontractual del estado (Octava ed.). Tirant lo blanch. Págs. 112 y 113.

Ahora bien, y gracia de discusión, para demostrar la inimputabilidad de los perjuicios materiales e inmateriales solicitados por los actores, es preciso tener en cuenta la distinción entre las nociones de daño y perjuicio que, según el profesor Juan Carlos Henao, con apoyo en la doctrina extranjera, consiste principalmente en lo siguiente:

“...el profesor Bénóit aportó algunos elementos que se encargaron de definirlo, al afirmar: “...el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación [...] el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada” (...) Con esta misma lógica, una sentencia colombiana afirmó que “el daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio”, mientras que “el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”.¹⁵

Visto lo anterior, es claro que el daño es causa de un resultado que comúnmente denominamos perjuicios, por lo que el aforismo romano “*Accessorium sequitur principale*”, o, “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”, es plenamente aplicable al caso en concreto, si el daño sufrido por los demandantes no es imputable a la entidad territorial demandada por la culpa exclusiva de la víctima, y por ser ajena al servicio de acueducto y alcantarillado, pues mucho menos se le podrá endilgar las consecuencias de dicho menoscabo como son los perjuicios inmateriales reclamados.

Por todo lo anterior, solicito respetuosamente al despacho negar las pretensiones dirigidas al reconocimiento y pago de perjuicios inmateriales en la medida en que los mismos no son imputables de ninguna forma al actuar de la entidad territorial demandada.

6.7. EXCESIVA Y DESPROPORCIONADA TASACIÓN DE LOS PERJUICIOS SOLICITADOS

En todo caso, se tiene que las sumas solicitadas por concepto de perjuicios morales y daño a la salud, no se adecuan a la gravedad de la supuesta lesión de la víctima directa, pues se debe recordar que la Dra. CLAUDIA PATRICIA HURTADO GARZON en audiencia de pruebas manifiesto ante este despacho que la lesión no había dejado secuelas en el señor José Heriberto González y que, contrario a lo afirmado en la demanda, las dificultades que presente en su movilidad provienen principalmente de su avanzada edad y un deterioro neurológico.

En este punto debe recordarse que, para el caso de lesiones personales, como lo es el asunto *sub judice*, el juzgador deberá tener en cuenta la gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles que se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso. Así, por ejemplo, el documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, frente al caso de perjuicios morales por lesiones personales menciona lo siguiente:

¹⁵ Henao, J. C. (1998). *El daño* (Primera ed.). Universidad Externado de Colombia. Págs. 76 y 77.

“2.2 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES PERSONALES

La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

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

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

(...)"

De igual forma, frente al daño en la salud, el mismo documento proferido por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, es claro en exponer que la indemnización de dicho perjuicio inmaterial dependerá de la gravedad o levedad de la lesión:

“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, conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.”
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.

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

Visto todo lo anterior, para el caso en concreto, resulta claro que la gravedad de la lesión sufrida por la víctima directa alcanza a lo sumo un porcentaje “igual o superior al 1% e inferior al 10%” y no el mencionado en la demanda, pues, se reitera, las dificultades de movilidad que presenta la víctima se deben a su avanzado estado de edad y un deterioro cognitivo, como lo expresara la médico perito de Medicina Legal, y no a las lesiones que se dice sufrió con ocasión del accidente, pues lo cierto es que las mismas ya fueron superadas y no dejaron secuelas.

VII. ARGUMENTOS QUE DESARROLLAN LAS RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS FRENTE A LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL ASEGURADO (DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI) Y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

7.1. NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 1501216001931, ESTO ES, NO SE DEMOSTRÓ QUE EL DAÑO DEMANDADO FUESE IMPUTABLE AL ASEGURADO DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

Debido a que el daño es imputable únicamente al actuar imprudente y culposo de las víctimas, tanto directa como indirectas, y que el servicio de acueducto y alcantarillado para la administración del agua lluvia no estaba cargo del Distrito Especial de Santiago de Cali, se tiene que no existe obligación indemnizatoria alguna a cargo de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. por no haberse realizado el riesgo asegurado en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, valga la pena recordar que el amparo otorgado consiste en indemnizar los perjuicios que “*cause*” el asegurado y debido a que el daño *sub judice* no es imputable, ni jurídica ni fácticamente, al Distrito Especial de Santiago de Cali, lo cierto es que no puede nacer la obligación condicional a cargo de mi representada.

7.2. LÍMITES MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 1501216001931

Se propone el siguiente argumento para que, en el hipotético caso de considerar las infundadas pretensiones de la demanda, se tenga en cuenta que, por virtud del artículo 1079 del Código de Comercio, la obligación condicional de mi representada, Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., se encuentra limitada al monto de la suma asegurada, sin que por ningún caso se pueda exceder dicha suma, pues, dicha previsión del legislador mercantil constituye por expresa disposición del artículo 1162 de la misma codificación una norma imperativa con todo lo que ello implica.

Para sustentar el argumento conclusivo que ahora se propone, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el tenor literal del artículo 1079 del Código de Comercio:

“ARTÍCULO 1079. <RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA>.

El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074.”

Disposición que se complementa con lo dispuesto en el artículo 1089 del mismo estatuto mercantil:

“ARTÍCULO 1089. <LÍMITE MÁXIMO DE LA INDEMNIZACIÓN>.

Dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario.

Se presume valor real del interés asegurado el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el asegurado y el asegurador. Este, no obstante, podrá probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él.” (subrayado y negritas propias).

Sobre los dos anteriores artículos, el profesor Andrés Ordóñez comenta lo siguiente:

“(…)

El valor asegurado (VA), al cual se refiere el texto del artículo 1089 del Código de Comercio que se acaba de citar, no es otra cosa que la declaración unilateral que hace el asegurado (tomador) al asegurador para efectos del contrato, y se constituye en otro factor limitante del valor de la indemnización que debe ser pagada al asegurado en caso de siniestro. En otras palabras, si bien el seguro de daños tiene carácter indemnizatorio y no puede implicar como máximo sino la reparación efectiva de la pérdida derivada del siniestro en la medida real de esa pérdida, en todo caso la obligación del asegurador se limita al valor asegurado en la póliza, disposición que consagra el mencionado artículo 1079 del Código de Comercio, que es inequívocamente imperativa por mandato del artículo 1162 del mismo estatuto.”¹⁶ (subrayado y negritas propias).

Teniendo en cuenta lo anterior, para el caso en concreto, en virtud de los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio, se tiene que las coberturas contratadas se encuentran limitadas tanto por evento como por vigencia, así como por los sublímites pactados en la póliza y en su condicionado

¹⁶ Ordóñez Ordóñez, A. E. (2008). Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato (Reimpresión a la primera ed.). Universidad Externado de Colombia. Págs. 77 y 78.

general, como se observa:

8. Limite asegurado Evento/Vigencia
\$5.000.000.000

Por todo lo anterior y en el hipotético y remoto caso que se entre a estudiar las particularidades del contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad No. 1501216001931, a pesar de la existencia de la culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de cualquier responsabilidad a cargo del Distrito Especial de Santiago de Cali, solicitó tener en cuenta la argumentación planteada en esta oportunidad junto con el carácter indemnizatorio del negocio asegurativo en cuestión que será expuesto a continuación.

7.3. EMINENTE CARÁCTER INDEMNIZATORIO QUE REVISTE EL CONTRATO DE SEGURO DOCUMENTADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 1501216001931

Se propone como argumento conclusivo el carácter indemnizatorio del contrato de seguro en la medida en que los perjuicios solicitados por los demandantes se encuentran tasados de forma excesiva y en clara contravención frente a la jurisprudencia unificada del H. Consejo de Estado, por lo que, en el hipotético y remoto caso de que el despacho decida acceder a las infundadas pretensiones de la demanda, se debe tener en cuenta la magnitud real del perjuicio moral y del daño a la salud solicitado y **la indemnización conforme a la participación causal de la propia víctima.**

Frente al carácter indemnizatorio del seguro de daños, del cual el seguro de responsabilidad civil extracontractual es uno de ellos, se dispone en el artículo 1088 del Código de Comercio lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1088. <CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO>. **Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento.** La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.*

<Inciso adicionado por el artículo 242 de la Ley 2294 de 2023. El nuevo texto es el siguiente:> Para el caso del seguro paramétrico o por índice, el pago por la ocurrencia del riesgo asegurado se hará efectivo con la realización del índice o los índices definidos en el contrato de seguro.” (subrayado y negritas propias).

Sobre el principio enunciado anteriormente, en especial, en lo que tiene que ver con el seguro de responsabilidad, como lo es el que ocupa la atención del despacho, el profesor Juan Manuel Díaz-Granados menciona lo siguiente:

“6. El daño

El segundo elemento que configura la responsabilidad es el daño o perjuicio, cuyo entendimiento es fundamental con relación al seguro de responsabilidad.

*En primer lugar, por cuanto es posible que las pólizas excluyan algún tipo de daño en particular, como el lucro cesante o el daño moral. En segundo lugar, por cuanto **el seguro es eminentemente indemnizatorio y sólo cubrirá el daño efectivamente causado por el responsable a la víctima; del mismo modo, dicha cuantía se definirá conforme a las reglas del daño en el terreno de la responsabilidad.***

(...)

Los seguros de daños tienen contenido eminentemente indemnizatorio y jamás podrán constituir fuente de enriquecimiento (artículo 1088 del Código de Comercio).¹⁷ (subrayado y negritas propias).

En esa medida, se plantea el presente argumento conclusivo para que, en el hipotético y remoto caso de que se consideren las infundadas pretensiones de la demanda, el perjuicio moral y el daño a la salud solicitado por la parte actora sea negado, o, por lo menos considerado en sus reales dimensiones para garantizar el principio indemnizatorio, evitando así un enriquecimiento injustificado de la víctima en desmedro de la asegurada y de mi representada.

7.4. DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 1501216001931

La profesora María Cristina Isaza Posse refiriéndose a la jurisprudencia arbitral y a la doctrina nacional, define el concepto de deducible en el contrato de seguro de la siguiente forma:

“La jurisprudencia arbitral colombiana se ha referido al deducible de la siguiente manera:¹⁸

3.5.3. El deducible en el contrato de seguro

*El artículo 1079 del Código de Comercio establece que “el asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”. De allí se desprende que, en primer lugar, la responsabilidad del asegurador está limitada, cuantitativamente, al monto de la suma asegurada. Sin embargo, **en ejercicio de la autonomía privada, también es posible pactar que el asegurado asuma un porcentaje o una cuota del riesgo que pretende trasladar a la aseguradora.** Las convenciones en ese sentido se denominan “deducible” y se encuentran definidas en el artículo 1103 del Código de Comercio como las “cláusulas según*

¹⁷ Díaz-Granados Ortiz, J. M. (2012). *El seguro de responsabilidad*. Pontificia Universidad Javeriana.

¹⁸ Laudo Arbitral. Colpensiones contra AXA Colpatria Seguros S.A. Diciembre 22 de 2020. Árbitros: Arturo Solarte Rodríguez; Juan Carlos Esquerro Portocarrero; Alejandro Venegas Franco.

las cuales el asegurado debe soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño”. Se trata, entonces, de la participación del asegurado en la asunción de los efectos patrimoniales del siniestro, que puede pactarse como una suma fija o como un porcentaje del valor asegurado. Como su nombre lo indica tal importe será “deducido” de la suma que la aseguradora debe reconocerle al asegurado, puesto que está a cargo de este último.

La doctrina ha definido el deducible como “la primera parte de la pérdida que el asegurado asume sobre el monto indemnizable de un siniestro. Puede consistir en una suma fija o en un porcentaje del quantum de la indemnización o en una combinación de ambos”.¹⁹ En este sentido opera como un mecanismo para compartir los riesgos entre la aseguradora y el asegurado, quien deberá soportar una porción de la pérdida. En consecuencia, en cada caso habrá que analizar el pacto de las partes para determinar el valor efectivo que la aseguradora debe pagar, luego de aplicar el deducible correspondiente”.²⁰

Para el caso en concreto, se tiene que la Póliza No. 1501216001931 contempló los siguientes deducibles:

“15% del valor de la pérdida, con un mínimo de cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales vigente por evento”

Por ello, y en el hipotético y poco probable evento de que se emita sentencia condenatoria, se le solicita respetuosamente al despacho aplicar el deducible pactado, declarando que el asegurado tiene que soportar las consecuencias económicas del siniestro en los porcentajes previamente mencionados.

7.5. COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD

El artículo 1092 del Código de Comercio, que estipula lo siguiente:

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

Lo consignado en la norma en cita se aplica al coaseguro, por estipulación expresa del artículo 1095 del estatuto mercantil, el cual 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

¹⁹ Narváez Bonnet, Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero. Tercera edición. Bogotá: Ed. Grupo Editorial Ibáñez, 2014, p.373

²⁰ Isaza Posse, M. C. (2021). El deducible en el seguro de responsabilidad civil en Colombia. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 30(54). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris54.dsrc>

aguiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro.
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

De igual forma, la doctrina nacional también ha dejado en claro la imposibilidad concebir una relación solidaria entre las coaseguradoras:

“Las responsabilidades de los coaseguradores respecto del asegurado o beneficiario, para expresarlo en términos acordes con la más estricta juridicidad, son de carácter conjunto y no solidario, es decir, cada uno responde hasta concurrencia de su respectiva participación en el riesgo y la falencia o incapacidad que pueda afectar a alguno de ellos no acrece las responsabilidades de los demás participantes.”²¹ (énfasis añadido).

Para el caso en concreto, se tiene la siguiente participación en modalidad de coaseguro:

<i>Nombre Compañía Coaseguradora</i>	<i>Tipo de Coaseguro</i>	<i>%Participación</i>
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%

En ese sentido, si en un hipotético caso se llegasen a considerar las pretensiones de la demanda, mi representada sólo responderá por el porcentaje que le corresponde en la modalidad de coaseguro, que para el caso en concreto es de 34,00%.

7.6. PAGO POR REEMBOLSO

Por último, debe precisarse que en el hipotético y remoto evento en el cual el despacho decida acceder a las pretensiones de la demanda, aun ante la evidente falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Distrito Especial de Santiago de Cali, el pago que se le imponga mi representada deberá hacerse por reembolso.

Para sustentar el argumento propuesto debe tenerse presente que mi representada concurrió al presente proceso como llamada en garantía por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali, por lo que sólo tendría obligación, en el hipotético y muy remoto caso de que se le encontrase responsable, de reembolsarle total o parcialmente al demandado el pago de la condena impuesta, pero no debe quedar obligado a pagarle directamente a las víctimas.

A la anterior conclusión arriba la doctrina, como lo expone el profesor Henry Sanabria Santos en su libro de derecho procesal:

“Mayoritariamente se ha entendido que el llamado en garantía solo tiene una obligación de reembolsarle total o parcialmente al demandado el pago de la

²¹ Narváez Bonnet, J. E. (2012). El coaseguro. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 21(37). Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/11467>

condena impuesta o a indemnizarle el perjuicio sufrido al demandado, pero nunca directamente al demandante, puesto que las pretensiones de este solo tienen como sujeto pasivo al demandado y no al llamado en garantía. La responsabilidad del llamado en garantía en este caso se limita a reembolsarle al demandado todo o parte de la condena que ha pagado.

Así pues, si la víctima promueve proceso de responsabilidad civil extracontractual en contra del causante del daño, que a su vez llama en garantía a una compañía aseguradora en virtud de un seguro de responsabilidad civil, solo podrá imponerse condena al demandado a favor del demandante y no podrá condenarse de forma directa a la aseguradora, precisamente porque el demandante no formuló las pretensiones en contra de esta, sino en contra del demandado, de suerte que a la llamada en garantía solo se le podrá imponer condena a restituir, es decir, a devolver o reintegrar al demandado lo que este deba pagar por la sentencia. Si la víctima no demandó a la aseguradora, mal podría el juez condenarla, de suerte que ella, como llamada en garantía, solo podría ser obligada a reembolsarle al demandado el importe pagado en virtud de la condena impuesta.

En este punto, desde hace mucho tiempo la jurisprudencia civil ha indicado que la responsabilidad del llamado en garantía se predica solo de cara al demandado condenado. Lo cual significa que en razón de la prosperidad de las pretensiones del demandante quien debe responder por la condena es el demandado, y el llamado en garantía solo podrá correr con la contingencia de que sea obligado a restituir o reembolsar total o parcialmente al demandado el monto de la condena. A propósito precisamente del seguro de responsabilidad civil, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte, de manera constante, ha señalado que la pretensión que formula el demandado en contra del llamado en garantía es una "pretensión revérsica" o "de regreso"; es decir, solo podrá obligarse al llamado en garantía a reembolsar, restituir o devolverle al demandado lo que resulte obligado a pagar, pero no podría ser obligado directamente a pagarle la indemnización al demandante, porque en su contra ninguna pretensión ha formulado el actor.

En conclusión, se ha dicho que a la compañía de seguros llamada en garantía por el demandado solo se le podrá ordenar que reembolse o pague a la parte que resultó condenada, pero nunca directamente al demandante, puesto que como se ha afirmado, si en su contra ninguna pretensión se ha formulado, mal puede resultar obligada frente al demandante. En este sentido, la jurisprudencia es clara en indicar que cuando el demandante formula sus pretensiones en contra del demandado, es este quien debe responderle, de suerte que el llamado en garantía —vinculado al proceso por iniciativa del demandado— solo debería restituirle o reembolsarle total o parcialmente al demandado el valor que hubo de pagar por la condena impuesta.²² (énfasis añadido).

²² Santos, H. S. (2021). Derecho procesal civil general. Universidad Externado.

Y a dicha conclusión también ha arribado la jurisprudencia nacional. Así, por ejemplo, en sentencia del 28 de septiembre de 1977 la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil dijo lo siguiente:

"Que la indemnización del perjuicio o el reembolso se debe efectuar por el llamado al demandado llamante, nunca al demandante, pues se trata de dos relaciones jurídicas perfectamente diferenciadas: La del demandante contra el demandado, en procura de que este sea condenado de acuerdo con las pretensiones de la demanda contra él dirigida; y la del demandado contra el llamado en garantía, a fin de que este lo indemnice o le rembolsé el monto de la condena que sufriere"

Visto lo anterior, y en la medida en que no se ejerció acción directa en contra de mi representada, en el hipotético y remoto pago que tuviese que hacer, puesto que no está acreditada la responsabilidad del Distrito Especial de Santiago de Cali, deberá hacerse por reembolso y no directamente.

VIII. SOLICITUD

De conformidad con lo expuesto en precedencia, solicito respetuosamente al Juzgado Veintiuno (21º) Administrativo Oral del Circuito de Cali (V) se sirva **NEGAR LA TOTALIDAD DE LAS PRETENSIONES DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA** incoado por JOSE HERIBERTO GONZALEZ Y OTROS en contra del DISTRITO ESPECIAL SANTIAGO DE CALI Y OTROS por las razones expuestas, especialmente, por la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Distrito Especial de Santiago de Cali, la culpa exclusiva de las víctimas y la inobservancia de su deber de evitar o mitigar los daños, la desatención de la carga probatoria de los demandantes, la inexistencia en general de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el proceso de la referencia, la inexistencia de los perjuicios solicitados y en todo caso su excesiva y desproporcionada tasación.

De manera subsidiaria, y en el remoto e hipotético caso que se considere acceder a las infundadas pretensiones de la demanda, ruego se tomen en consideración todas y cada una de las excepciones y argumentos planteados frente al llamamiento en garantía realizado por el Distrito Especial de Santiago de Cali a mi representada Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., declarando la inexistencia de obligación legal y/o contractual alguna en cabeza de mi representada de asumir las consecuencias de una eventual sentencia condenatoria proferida por este despacho.

No siendo otro el motivo de la presente,
Cordialmente,



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