

Doctor

EDISON FIERRO PANTEVEZ

JUZGADO DIECINUEVE (19) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO SANTIAGO DE CALI

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA
PROCESO: REPARACIÓN DIRECTA
RADICACIÓN: 76001-33-33-019-2023-00180-00
DEMANDANTE: EDWIN FABIÁN BORJA ROJAS Y OTROS
DEMANDADO: DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI
LLAMADA EN GARANTÍA: HDI SEGUROS S.A. Y OTROS

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de **HDI SEGUROS S.A.**, conforme se acredita con el poder de representación adjunto, encontrándome dentro del término legal procedo a CONTESTAR LA DEMANDA impetrada por **EDWIN FABIÁN BORJA ROJAS Y OTROS** en contra del **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, y en segundo, a CONTESTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA formulado por este ente territorial a mi representada, en virtud de la **Póliza No. 420-80-994000000181**, para que en el momento en que se vaya a definir el litigio se tengan en cuenta los hechos y precisiones que se hacen a continuación, anticipando que me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, así como las que contiene el llamamiento en garantía que nos ocupa, en los siguientes términos:

CAPÍTULO I. OPORTUNIDAD

El despacho mediante auto s/i del 17 de julio de 2023 resolvió admitir la demanda de reparación directa. Por su parte el llamamiento en garantía fue admitido por el despacho mediante auto s/i del 07 de noviembre de 2024, notificado por estado el 08 de noviembre de 2024 y personalmente el 25 de noviembre de 2024, motivo por el que es correcto indicar que nos encontramos en término para contestar la demanda y el llamamiento en garantía, atendiendo a que el artículo 225 del CPACA establece que la llamada en garantía cuenta con quince (15) días para contestar la demanda y el escrito del llamamiento, término que se comienza a contabilizar a los dos (2) días hábiles siguientes a la remisión del correo electrónico, conforme lo dispuesto en los artículos 199 y 205 del CPACA¹. En el caso concreto, el término se computa de la siguiente manera: (i) de la notificación electrónica días 26 y 27 de noviembre de 2024; (ii) traslado del llamamiento, iniciando el 28 de noviembre de 2024 y finalizando el 18 de diciembre de 2024. Por lo anterior, este escrito se presenta dentro del

¹ Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ARTÍCULO 205. NOTIFICACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. <Artículo modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La notificación electrónica de las providencias se someterá a las siguientes reglas: (...) 2. La notificación de la providencia se entenderá realizada una vez transcurridos dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.

término procesal previsto.

CAPÍTULO II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I. FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

FRENTE AL HECHO PRIMERO: Este punto se compone de diferentes aseveraciones, motivo por el cual me pronunciaré de manera independiente.

En primera medida a mi procurada no le consta directa o indirectamente si de la relación entre Jaime Alonso Borja y Martha Lucía Rojas, se procreó a Edwin, Johanna Patricia y Karen Elisa. Sin embargo, en el expediente se advierten sendos registros civiles de nacimiento de que parecen dar fe de ello, motivo por el cual nos atemperamos a lo efectivamente probado en el proceso y a la validez de los documentos allegados como pruebas y/o anexos a la demanda, relacionados con el hecho en cuestión.

En segunda medida no es un hecho que la familia se caracterice por el cariño entre ellos y en especial con la tía materna María Raquel Vélez Rojas, pues esta es una interpretación personal que hace el apoderado de la parte actora de lo que él considera o lo que pretende hacer ver al despacho, es el vínculo de los demandantes.

En tercera medida no es un hecho que los mencionados en este punto mantengan una relación cercana entre ellos, llena de apoyo mutuo, pues nuevamente esta es una consideración personal que hace el apoderado de la parte actora de lo que él considera o lo que pretende hacer ver al despacho, es la relación entre los integrantes de la parte actora aquí mencionados.

Entonces, le corresponderá al togado acreditar todo lo manifestado en este punto, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: Este punto se compone de diferentes aseveraciones, motivo por el cual me pronunciaré de manera independiente.

En primera medida no es un hecho que Edwin Fabián Borja Rojas haya iniciado convivencia marital con la señora Sandra Viviana Hidalgo desde el año 2003, pues no obra en el expediente prueba que dé fe de dicha situación.

En segunda medida a mi representada no le consta directa o indirectamente si de la relación entre Edwin Fabián Borja Rojas y Sandra Viviana Hidalgo, se procreó a Danna Sofía. Sin embargo, en el expediente se advierte un registro civil de nacimiento de que parece dar fe de ello, motivo por el

cual nos atemperamos a lo efectivamente probado en el proceso y a la validez de los documentos allegados como pruebas y/o anexos a la demanda, relacionados con el hecho en cuestión.

En tercera medida no es un hecho que la pareja Borja – Hidalgo se distinga por el amor y conformen un hogar colmado de afecto, comprensión y respeto, esta es una consideración personal que hace el apoderado de la parte actora de lo que él considera o lo que pretende hacer ver al despacho, es la relación entre los integrantes de la parte actora aquí mencionados.

Entonces, le corresponderá al togado acreditar todo lo manifestado en este punto, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO TERCERO: Este punto se compone de diferentes aseveraciones, motivo por el cual me pronunciaré de manera independiente.

En primera medida a mi prohijada no le consta directa o indirectamente si Karold Andrea Borja y Daniela Borja son hijas producto de una relación matrimonial anterior. Sin embargo, en el expediente se advierten sendos registros civiles de nacimiento de que parecen dar fe de ello, motivo por el cual nos atemperamos a lo efectivamente probado en el proceso y a la validez de los documentos allegados como pruebas y/o anexos a la demanda, relacionados con el hecho en cuestión.

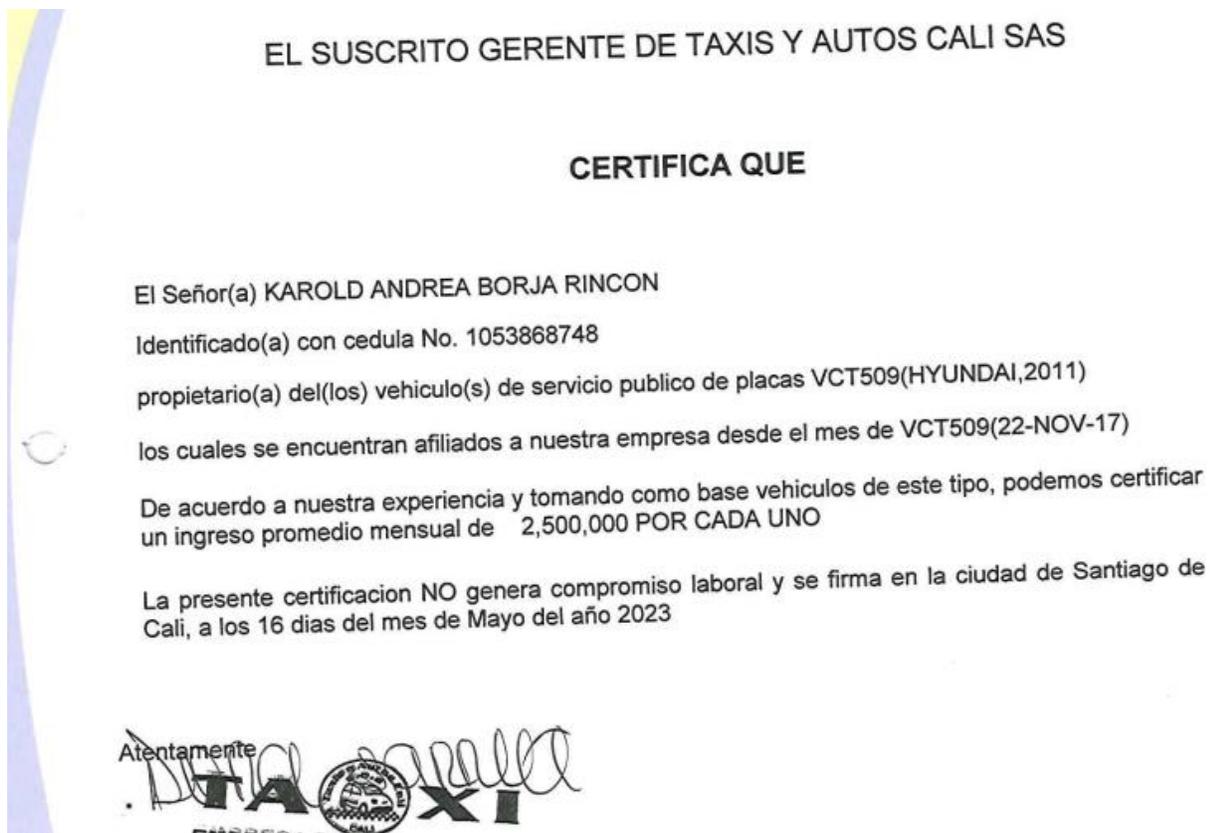
En segunda medida no es un hecho que las mencionadas anteriormente se hayan unido al grupo familiar y hayan entablado una excelente relación con el nuevo hogar de su progenitor, pues ella es una consideración personal que hace el apoderado de la parte actora de lo que él considera o lo que pretende hacer ver al despacho, es la relación familiar entre los integrantes de la parte actora aquí mencionados.

Entonces, le corresponderá al togado acreditar todo lo manifestado en este punto, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO CUARTO: Este punto se compone de diferentes aseveraciones, motivo por el cual me pronunciaré de manera independiente.

En primera medida a mi prohijada no le consta directa o indirectamente si el señor Edwin Fabián Borja Rojas gozaba del régimen pensional y asignación de retiro por haber integrado a la Policía Nacional, sin embargo, se evidencia en el expediente copia de una constancia expedida por el centro integral de trámites y servicios del Ministerio de Defensa que puede dar cuenta de ello, motivo por el cual nos atemperamos a la validez de dicho documento.

En segunda medida, no es cierto que se haya plasmado en la reclamación que el señor Edwin Fabián Borja Rojas laborara administrando un vehículo de servicio público tipo taxi, pues el único certificado que se advierte en el expediente exclusivamente da fe de que la señora Karold Andrea Borja Rincón es propietaria del vehículo de placas VCY509 y sobre él hace mención a un ingreso promedio, sin que se mencione en ningún aparte del documento la relación del señor Borja Rojas con dicho vehículo y/o ingreso. Véase:



En este sentido, le corresponderá a la parte actora, acreditar lo de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011 y conforme a la pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de que el ingreso no se presume con base en la edad o calificaciones profesionales².

FRENTE AL HECHO QUINTO: Este punto se compone de diferentes aseveraciones, motivo por el cual me pronunciaré de manera independiente.

En primera medida a mi prohijada no le consta directa o indirectamente si el 28 de junio de 2021 el señor Edwin Fabián Borja se desplazaba en su moto marca Kymco Agility Xtreme 125, modelo 2014, placas KSZ 26D, con su compañera Sandra Hidalgo Ortiz, y si la altura de la calle 10 con carrera 39 de la ciudad de Santiago de Cali sufrieron una caída.

² H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicación No. 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572)

No es un hecho que el incidente se haya presentado a causa de una malformación en la vía, sino que se trata de una apreciación subjetiva que realiza el apoderado de la parte actora acerca de los relatos que presuntamente ha realizado el afectado, su compañera y otras personas.

Por tal motivo nos atemperamos a lo efectivamente probado en el proceso. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO SEXTO: Este punto se compone de diferentes aseveraciones, motivo por el cual me pronunciaré de manera independiente.

En primera medida no es un hecho que el señor Edwin y la señora Sandra se desplazaran dentro de los límites de velocidad, es una manifestación personal del apoderado en interés de sus pretensiones y de adaptar el relato a la teoría de la defensa.

En segunda medida no es un hecho que, en caso de existir el daño vial, el mismo resultase imperceptible, es una apreciación subjetiva que realiza el togado demandante en relación a las condiciones viales, y en todo caso carece apoderado de la experticia para determinar los aspectos presentados en el punto.

En tercera medida no es un hecho que el señor Borja tuviera experticia en el tipo de vehículos mencionado en el punto y mucho menos que ellos fuese una prenda de garantía respecto de la maniobrabilidad, es una manifestación personal que realiza el apoderado de los demandantes con el fin de sustentar su teoría de defensa y desde ya se debe señalar que ello no se encuentra sustentado con elementos de convicción.

En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO SÉPTIMO: A mi prohijada no le consta directa o indirectamente si el mantenimiento del sector vial le corresponde a la entidad demandada. Sin embargo, se evidencia en el expediente copia de comunicación suscrita por la Secretaria de Infraestructura y Mantenimiento Vial de Santiago de Cali la cual parece dar cuenta de ello, motivo por el que nos atemperamos a la validez de dicho documento.

FRENTE AL HECHO OCTAVO: Este punto se compone de diferentes aseveraciones, motivo por el cual me pronunciaré de manera independiente.

En primera medida no es un hecho, es una reproducción de lo que aparentemente es el contenido del Informe de Accidente de Tránsito No. A001309557 y quién lo suscribió, lo cual no se consta ni directa ni indirectamente a mi representada, y desde ya se debe manifestar que ello no se encuentra sustentado en elementos de convicción.

En segunda medida no es un hecho que existiera un hueco en la vía y tampoco que no existiera aviso preventivo en caso de haberlo, es una manifestación personal del apoderado demandante tendiente a sustentar su teoría de defensa y desde ya se debe señalar que ello no se encuentra sustentado con elementos de convicción.

En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO NOVENO: A mi prohijada no le consta directa o indirectamente si debido a la gravedad de lo ocurrido el afectado fue trasladado a la Clínica VALLESALUD. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, ya que en el expediente no se visualiza ningún medio de prueba idóneo que permita advertir acerca de lo referido en este hecho.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO: A mi procurada no le consta directa o indirectamente si como consecuencia de la caída del señor Edwin Fabián Borja presentó diferentes afectaciones de salud, por tratarse de un hecho ajeno a la compañía que represento. Sin embargo, nos atemperamos a lo efectivamente probado en el proceso y a la validez de los documentos allegados como pruebas y/o anexos a la demanda, relacionados con el hecho en cuestión. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO DECIMOPRIMERO: Este punto se compone de diferentes aseveraciones, motivo por el cual me pronunciaré de manera independiente.

En primera medida a mi procurada no le consta directa o indirectamente si la rutina del señor Borja Rojas involucra constantes tratamientos y menos aún las sumas a las que ellos ascienden. Sin embargo, desde ya se debe señalar que dicha manifestación no encuentra sustento en el material probatorio allegado al proceso.

En segunda medida no es un hecho lo relacionado a los efectos emocionales presentados en el punto, se trata de una interpretación personal que realiza el apoderado de los demandantes tendiente a sustentar su teoría de defensa y desde ya se debe señalar que ello no se encuentra

sustentado con elementos de convicción. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, ya que en el expediente no se visualiza ningún medio de prueba idóneo que permita acreditar lo referido en este hecho.

FRENTE AL HECHO DECIMOSEGUNDO: No es un hecho, es una apreciación subjetiva que realiza la parte demandante respecto de la capacidad laboral del afectado pues se debe recordar que dicha determinación le corresponde a una junta de calificación de invalidez. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, ya que en el expediente no se visualiza ningún medio de prueba idóneo que permita acreditar lo referido en este hecho.

FRENTE AL HECHO DECIMOTERCERO: No es un hecho, es una apreciación subjetiva que realiza el apoderado de la parte demandante respecto de la condición psicológica del afectado y su familia en relación con actividades que presuntamente realizaban con frecuencia. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, ya que en el expediente no se visualiza ningún medio de prueba idóneo que permita acreditar lo referido en este hecho.

FRENTE AL HECHO DECIMOCUARTO: No es un hecho, es una apreciación subjetiva que realiza el apoderado de la parte demandante respecto de la condición física del afectado y sus consecuencias. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, sin embargo, desde ya se debe manifestar que en el expediente no se visualiza ningún medio de prueba idóneo que permita acreditar lo referido en este hecho.

FRENTE AL HECHO DECIMOQUINTO: No es un hecho, es una manifestación particular respecto de las gestiones adelantadas por la parte demandante en cumplimiento de obligaciones procesales. En tal sentido nos atemperamos a lo que efectivamente se logre probar y allegar al proceso.

FRENTE AL HECHO DECIMOSEXTO: A mi prohijada no le consta directa o indirectamente si se presentó por parte de los demandantes solicitud de conciliación extrajudicial y si la misma se llevó a cabo en la fecha referida en el punto, sin embargo, nos atemperamos a lo efectivamente probado en el proceso y a la validez de los documentos allegados como pruebas y/o anexos a la demanda, relacionados con el hecho en cuestión.

II. FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios que hagan viable su prosperidad. Lo anterior, comoquiera que la responsabilidad de **HDI SEGUROS S.A.** no se estructuró, toda vez que en estos casos impera el principio de la carga de la prueba tanto de la supuesta falla en el servicio, como del daño antijurídico y en especial del nexo de causalidad entre ambos. En el *sub-lite*, la parte demandante no ha cumplido con ello, lo que inviabiliza la declaratoria de responsabilidad del Estado.

Por lo tanto, me referiré a cada una de las pretensiones expuestas en el escrito de la demanda, de la siguiente manera:

FRENTE A LA PRETENSIÓN PRIMERA: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la declaración de responsabilidad pretendida en razón a que: i) No existe ningún elemento fáctico, jurídico o probatorio que permita establecer que, por parte de mi representada, del Distrito de Santiago de Cali se haya presentado una conducta omisiva, negligente o imprudente que haya ocasionado el daño que aquí nos convoca; ii) La parte actora no ha acreditado que en el sitio de los hechos se haya presentado una falla en malla vial ni tampoco se haya presentado la falta de señalización que presuntamente ocasionó el daño; iii) Los demandantes no han demostrado eficientemente que la causa determinante del accidente de tránsito aludido haya sido justamente una anomalía en malla vial, pues no ha allegado elementos de prueba que permitan determinarlo; iv) La parte actora no ha acreditado en primera medida la pérdida de capacidad laboral y en qué porcentaje, y tampoco que la causa eficiente de ello, haya sido creada o concretada por el ente territorial o mi representada; y por último v) Se hace evidente de los elementos probatorios allegados al caso, que el daño que da fundamento a la demanda tuvo como causa un hecho inequívoco, flagrante y determinante producido por la víctima al no atender los deberes objetivos de cuidado en las normas de tránsito.

FRENTE A LA PRETENSIÓN SEGUNDA: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a cualquier condena en contra del Distrito Especial de Santiago de Cali o de **HDI SEGUROS S.A.** de cancelar a favor de los demandantes cualquier suma de dinero, en razón a que la acción y los medios de prueba en que se fundamenta, no acreditan en ninguna medida la responsabilidad administrativa o extracontractual de las pasivas.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “1.1. Lucro Cesante (consolidado y futuro)”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio, ya que no está demostrado que el señor Edwin Fabián Borja Rojas tuviera una vinculación contractual, que tuviera ingresos periódicos o que devengaré salarios de manera permanente, de tal forma que se pueda establecer lo que

efectivamente dejaría de percibir por la imposibilidad (no demostrada y por tanto, no configurada) de ejercer labores, recordando que para ello se pudieron haber allegado por la parte actora desprendibles de pago o de nómina que dieran fe de los ingresos del demandante, más allá de la certificación de ingresos de la empresa de taxis aportada, la cual se encuentra a nombre de la señora Karold Andrea Borja Rincón. En este sentido, el Consejo de Estado ha manifestado en una línea de argumento pacífica, que no se admite presunción en el ejercicio de un oficio, por lo que, al no existir prueba de ello ni mucho menos de su contraprestación, lo correspondiente es que no resulte procedente acceder a dicha pretensión.

Igualmente se debe tener en cuenta que toda vez que la víctima se encontraba gozando de una asignación mensual de retiro o pensión, dicho valor no puede ser tomado como base de liquidación, pues no es una acreencia que vaya a dejar de percibir por el hecho de haber sufrido una afectación física, por tratarse esta de un derecho adquirido que no se encuentra sujeto al desarrollo de actividades.

Por último, tampoco es procedente el reconocimiento de esta tipología de perjuicio, habida cuenta que este debe cumplir las características de todo tipo de daño, esto es, que sea cierto, personal y directo, sin embargo, es evidente que no hay certeza sobre su cuantía, pues la parte actora no determinó ni el presunto porcentaje de pérdida de capacidad laboral, ni el tiempo, ni el IBC ni ninguno de los demás rubros a tener en cuenta para su cálculo, este último lo realizó a base de suposiciones y conjeturas, lo que lleva indefectiblemente a su negativa.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “1.2. Daño Emergente”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio, en tanto los daños alegados no pueden ser imputados a la entidad demandada ni a la entidad aseguradora, en consecuencia, resulta improcedente la pretensión relacionada con este aspecto toda vez que no existe en el plenario una prueba siquiera sumaria de la causación del perjuicio en mención, máxime porque si se tiene en cuenta que no se acercaron constancias, recibidos de gastos, ni ningún documento que acredite que del patrimonio de los demandantes salió dinero para pagar las erogaciones sobre este tema, y descritas en la pretensión.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “perjuicios morales”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio, en razón a que la parte demandante no puede endilgar esa responsabilidad a la entidad demandada por no existir medio de convicción que permita establecer que se presentó una conducta omisiva, negligente o imprudente de ella, que a su vez tenga la entidad suficiente para haber ocasionado el daño alegado, porque la parte actora no ha acreditado que se haya presentado una afectación o malformación en la malla vial y especialmente no ha demostrado que ello haya sido la causa determinante del accidente de tránsito y por tanto del daño, y no lo podrá hacer, toda vez que con lo acercado al proceso se evidencia que se presenta un hecho inequívoco, flagrante y

determinante producido por la víctima; como ya se manifestó.

Por lo anterior, y por el evidente hecho de que no existe una calificación de invalidez acreditada que permita determinar la gravedad de los daños presuntamente padecidos, cualquier tasación de los perjuicios morales resulta altamente especulativa en cuanto no existe un parámetro objetivo que permita su determinación.

Así mismo, el valor solicitado por la parte demandante es exagerado y erróneamente tasado, en razón a que está solicitando una indemnización que por una parte no se atempera a los criterios que de manera pacífica ha establecido el Consejo de Estado para perjuicios morales debido a una lesión, sino que la cuantificación es una suerte de operación aritmética no especificada que se contradice con los argumentos de la demanda, en donde el togado menciona que él considera que la pérdida de capacidad laboral puede estar oscilando entre el 30%, lo que llevaría a una exigencia de sumas para el primer nivel de parentesco (el más alto) un máximo 40 SMMLV, sin embargo en la demanda se exige para cada uno de los demandantes independientemente de su nivel de parentesco, 50 SMMLV, en una acción desproporcionada y fuera de los límites, pues el ejemplo se ubica en el escenario más beneficioso para la parte actora, ya que objetivamente, la pérdida actual de capacidad laboral del afectado es de 0% por lo que es claro que en el presente caso, al no existir un medio de prueba que acredite de manera eficiente el daño, es desproporcionada la cuantificación y dicho perjuicio no resulta procedente.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “Daño a la salud o fisiológico”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio, en razón a que la parte demandante no puede endilgar esa responsabilidad a la entidad demandada, por no existir medio de convicción que permita establecer que se presentó una conducta omisiva, negligente o imprudente de ella, que haya ocasionado el daño, pues la parte actora no ha acreditado que se haya presentado una malformación en la vía que haya sido la que efectivamente causó el presunto daño, o que ello haya sido la causa determinante del accidente de tránsito, y ni siquiera ha acreditado de manera plausible el daño, es decir la pérdida de capacidad laboral del señor Edwin Fabián Borja Rojas y finalmente porque con lo advertido en el plenario se evidencia que se presenta un hecho inequívoco, flagrante y determinante producido por la víctima; como ya se manifestó.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “Daño del derecho a la recreación, al aprovechamiento del tiempo libre o derecho, o daño a un derecho o bien e interés constitucionalmente protegido”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio, en razón a que las características de lo pretendido no pueden ser aplicadas al caso *sub lite* dado que al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado bajo el entendido que esta figura debe atenderse conforme las reglas fijadas mediante sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, de la Sección Tercera,

la cual establece entre otras, que:

iv) Se repara principalmente mediante medidas no pecuniarias; empero, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, hasta por 100 smlmv. Ese quantum deberá motivarse por la autoridad judicial competente y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado. (Resaltado fuera del texto original)

Salta a la vista que el órgano de cierre establece de manera inequívoca que la naturaleza del perjuicio es de una categoría diferente a la pretendida, pero que en casos excepcionales puede tornarse pecuniaria, sin embargo, dicha situación sólo cobija a la víctima directa como beneficiaria, para el caso se realiza una solicitud improcedente, como se ve, y en cualquier caso, desproporcionada.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “OTRAS MEDIDAS REPARATORIAS”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio, en razón a que la parte demandante no puede endilgar esa responsabilidad a la entidad demandada, por no existir medio de convicción que permita establecer que se presentó una conducta omisiva, negligente o imprudente de ella, que haya ocasionado el daño, pues la parte actora no ha acreditado que se haya presentado una malformación en la vía que haya sido la que efectivamente causó el presunto daño, o que ello haya sido la causa determinante del accidente de tránsito, y ni siquiera ha acreditado de manera plausible el daño, es decir la pérdida de capacidad laboral del señor Edwin Fabián Borja Rojas y finalmente porque con lo advertido en el plenario se evidencia que se presenta un hecho inequívoco, flagrante y determinante producido por la víctima; como ya se manifestó.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “Medida de rehabilitación”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de esta, en razón a que la misma es confusa y no se encuentra enteramente sustentada, pues genera la incertidumbre de si pretende aspectos patrimoniales o no. Ahora bien, en caso de dirigirse al aspecto patrimonial, la solicitud ya se encuentra subsumida en la relacionada con el daño a la salud y en caso de no ser dirigida al orden patrimonial sino al orden inmaterial sobre derechos constitucionalmente no tutelados, tampoco es procedente en tanto no se ha ni demostrado ni siquiera sugerido cuál es el bien tutelado que se pretende reparar, y en cualquier medida, las condiciones del caso y las pretensiones allegadas a él, no presuponen una afectación personal que valide esta pretensión.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado que:

Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Lo anterior, por cuanto en estos eventos el daño antijurídico, no supone la afectación personal de un derecho o una garantía relacionada con el núcleo esencial del ser humano y con su posibilidad de vivir e interrelacionarse en términos de respeto absoluto a la dignidad del individuo, sino que tiene su fundamento en el aminoramiento patrimonial padecido (v.gr. la destrucción de una cosa como un vehículo, una lesión a causa de una falla de la administración, etc.³).

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “TERCERO”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de esta, en razón a que la misma sólo tiene sentido en el escenario en que se decreten las demás solicitudes económicas, y como ello en el caso *sub examine* no resulta procedente dada la imposibilidad de los actores por demostrar el daño, la causa eficiente del daño, el nexo causal y la falla de la entidad demandada, tampoco resulta procedente acceder a dicha solicitud.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “CUARTO”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de esta, en razón a que la misma sólo tiene sentido en el escenario en que se decreten las demás solicitudes económicas, y como ello en el caso *sub examine* no resulta procedente dada la imposibilidad de los actores por demostrar el daño, la causa eficiente del daño, el nexo causal y la falla de la entidad demandada, tampoco resulta procedente acceder a dicha solicitud.

III. EXCEPCIONES FRENTE A LA DEMANDA

1. INEXISTENCIA DE FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO.

La parte actora en su relato aduce que en el caso en examen la falla en el servicio se presenta por la existencia de un hueco en la Calle 10 con carrera 39 de la ciudad de Santiago de Cali, resaltando que la responsabilidad del Distrito Especial de Cali se estructura desde su presunta omisión en el mantenimiento de la vía, sin embargo, queda en evidencia por lo allegado al proceso como material de convicción, que tal aseveración no tiene soporte probatorio, ni sustento argumentativo desde el punto de vista de la sana crítica, pues no existe material probatorio que lleve a esa conclusión de manera inequívoca, lo cual resulta evidente tras realizar un análisis detallado de los dos elementos principales del señalamiento al Distrito que son: 1. Unas fotografías presuntamente del sitio y momento del accidente y 2. La Hipótesis del IPAT, elementos estos sobre los que se debe anotar que, por ejemplo respecto del primero, no hay referencia ni datos sobre la procedencia, el autor, el lugar, la fecha y demás detalles de las imágenes, necesarios para establecer su vinculación directa

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 20 de febrero de 2008, Expediente. 16.996, M.P. Enrique Gil Botero.

con los hechos y sobre todo el daño alegado, y sobre el segundo elemento se debe decir que fue tomado cuando la escena se había alterado, que la hipótesis corresponde a un reflejo del relato del señor Borja Rojas y no de la percepción de quien lo diligenció, y en que en cualquier medida, dicho documento tiene la calidad de indicio toda vez que el agente que lo suscribe no es un testigo presencial, todo sobre lo cual se ahondará más adelante.

Para sustentar la tesis anteriormente presentada, debe tener en cuenta el despacho que, fuera de los regímenes objetivos de responsabilidad del Estado, la falla en el servicio es el título de imputación por excelencia bajo el cual se juzga la conducta de la Administración Pública, *imputatio iuris*, y que por ello requiere esencialmente su prueba y acreditación, tal como la ha dicho el H. Consejo de Estado:

*“Es preciso recordar **que, cuando se imputa un daño al Estado con fundamento en una omisión o inacción por su parte, el interesado se encuentra en el escenario de culpa probada y, en consecuencia, está llamado a aportar o, según el caso, solicitar el recaudo de los medios de convencimiento con los cuales se evidencie el supuesto de hecho que alega estructuró una falla en el servicio, pues de otro modo, al juez no le resta otra posibilidad que negar las pretensiones por la insatisfacción del onus probandi que le asiste al interesado**, conforme con las previsiones del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil⁴.”⁵ (Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

Sobre la carga probatoria de los demandantes cuando se trata de regímenes subjetivos como la falla en el servicio, la doctrina nacional ha reiterado la anterior posición jurisprudencial:

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

*En consecuencia, **si el demandante no prueba la falla y en el caso concreto ésta no se presume, aun cuando la Administración nada haga para exonerarse, el fallo será absolutorio**.*

Ahora bien, la prueba de la falta puede descomponerse en dos elementos, a saber: primero, la

⁴ “ARTÍCULO 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia de 22 de noviembre de 2021. Consejero Ponente: José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ. Radicado No. 19001-23-31-000-2011-00434-01(53977).

*prueba del hecho invocado y, segundo, **la prueba de su carácter anormal, o sea, la prueba de la violación de las obligaciones administrativas.** Esta segunda cuestión es en realidad una operación de calificación jurídica que el actor demanda al juez confirmar, y en la cual interviene la apreciación de este último.”⁶ (Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

En esa medida, es deber de la parte actora acreditar, en primer lugar, que la entidad pública tenía a cargo unos deberes y obligaciones y, en segunda medida, que estos fueron completamente desconocidos o cumplidos total o tardíamente, sin embargo, en el presente asunto, no se ha logrado acreditar ninguno de los elementos para derivar una falla en el servicio en cabeza de la entidad territorial.

Ello se concluye porque en el escrito de la demanda los accionantes no acompañan elementos probatorios que puedan dar fe de la presunta omisión, contrario a ello, sustentan sus afirmaciones en dos presupuestos probatorios que carecen de la capacidad de estructural la responsabilidad administrativa de la entidad demandada, y ello es así porque sobre los dos conceptos, tanto fotografías sin información de acreditación como Informes de Policía de Accidentes de Tránsito, se ha pronunciado el Consejo de Estado para dar luces de cuál es el rol que cumplen estos dos elementos en un proceso en el que se discute la responsabilidad administrativa de una entidad bajo la óptica de un régimen de falla en el servicio, como se pasa a explicar de manera independiente.

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

Por todo ello, lo correcto de concluir, en aras de propender por el respeto del principio de legalidad y por el valor que debe tener la realidad procesal de cara a una decisión condenatoria o absolutoria en cualquier proceso judicial, es que no puede dársele razón o calidad certeza a las fotografías aludidas, respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cómo se desarrolló el referido accidente, es decir, no se puede considerar de manera definitiva que todo ocurrió (presuntamente) debido a la existencia del hueco en el lugar del accidente, por el simple hecho de que a la demanda se allegó un material fotográfico que así lo parece indicar, pero del cual no se tiene constancia

⁶ Saavedra Becerra, R. (2018). De la responsabilidad patrimonial del Estado. Tomo I. Grupo Editorial Ibañez. Págs. 313-314.

alguna de estar relacionado, como se dijo, ni con el momento, ni con el lugar ni con el modo, ni con los sujetos involucrados.

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

(...) las fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse, con lo cual, el valor probatorio que puedan tener no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición. En otras palabras, para que las fotografías tengan connotación probatoria y puedan ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, se debe tener certeza sobre la persona que las realizó y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas, lo que normalmente se devela a través de otros medios complementarios. De esta forma, la autonomía demostrativa de dichos documentos se reduce en la medida que se requieran otros medios de convicción que las soporten⁷. (Negrilla fuera de texto)

En segundo lugar, respecto de la descripción realizada en el Informe Policial de Accidente de Tránsito No. A001309557 elaborado el 28 de junio de 2021, en donde plantea la hipótesis de la vía (306) o hueco en la vía, se debe decir que de la misma manera que ocurre con el material fotográfico, este documento no tiene la entidad suficiente para determinar la causa efectiva del siniestro, toda vez que lo único que representa es la apreciación del agente que no fue testigo de los hechos y que, en este caso llegó al lugar luego de que el mismo haya sido alterado, por lo que no aquel no está en la capacidad de determinar, con su observación posterior, la que fue o pudo ser la causa efectiva del accidente, por cuanto no lo presenció.

De lo anterior se concluye que la parte demandante no ha logrado demostrar que la causa eficiente del hecho generador del daño fue la presunta omisión en el mantenimiento de la vía por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali, en razón a que, la única prueba que adjunta para su demostración es el Informe Policial de Accidente de Tránsito No. A001309557, suscrito por la autoridad de tránsito Fernando Garzón, quien llegó al lugar del accidente alrededor de media hora después del suceso, como se advierte en el documento técnico:

3. LUGAR O COORDENADAS GEOGRÁFICAS		Lat. []° []' []"	Altitud (metros)
CALLE 10 CRA 39		Long. []° []' []"	19
CÓDIGO DE RUTA	VIA Y KILOMETRO O SITIO, DIRECCIÓN Y CIUDAD		
4. FECHA Y HORA		5. CLASE DE ACCIDENTE	
28 08 2021 11 20		CHOQUE <input type="checkbox"/> CADA OCUPANTE <input type="checkbox"/>	
28 08 2021 11 20		ATROPELLADO <input type="checkbox"/> INVENCION <input type="checkbox"/>	
FECHA Y HORA DE LEVANTAMIENTO		VOLCAMIENTO <input type="checkbox"/> OTRO <input type="checkbox"/>	
		5.1 CHOQUE CON	
		5.2 OBJETO FIJO	
		VEHICULO <input type="checkbox"/> MURO <input type="checkbox"/> SEMAFORO <input type="checkbox"/> TAPOMA CASETA <input type="checkbox"/>	
		TREN <input type="checkbox"/> POSTE <input type="checkbox"/> INMUEBLE <input type="checkbox"/> VEHICULO ESTACIONADO <input type="checkbox"/>	
		SEMOCIENTE <input type="checkbox"/> ARBOL <input type="checkbox"/> HIDRANTE <input type="checkbox"/> OTRO <input type="checkbox"/>	
		OBJETO FIJO <input type="checkbox"/> BARRANDA <input type="checkbox"/> VALLA SEÑAL <input type="checkbox"/>	

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera (2018). Sentencia 05001233100020030399301 del 14 de febrero. C.P Ramiro Pazos Guerrero.

Por este motivo ni la hipótesis ni el contenido del informe, puede entenderse como plena prueba de la causa eficiente del hecho, ya que no representan el momento preciso de la ocurrencia del accidente ni las condiciones particulares que se pudieron dar para ello.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 12 de abril de 2024, ha referido que:

Es importante precisar que las hipótesis que se consignan en los correspondientes informes del accidente de tránsito aluden a una posible causa “estimada” por el agente de tránsito quien deduce la causa del evento a partir de lo observado en la escena del siniestro, mas no un hecho debidamente probado, dado que, en muchos casos, como en el presente, la autoridad de tránsito no presencia directamente el accidente, sino que arriba al lugar en un tiempo posterior a la ocurrencia de este⁸. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

En este sentido, es claro que el IPAT no prueba por sí solo que la causa eficiente del accidente haya sido la presunta existencia de un hueco, pues incluso lo que se advierte es que como se dijo, la hipótesis planteada corresponde a un reflejo del relato tomado al señor Borja Rojas y de la percepción del agente, posterior a la ocurrencia de los hechos, como se ve a continuación (se transcribe porque no totalmente legible):

17. CROQUIS (BOSQUEJO TOPOGRÁFICO) No. A00 1309557
INFORME POLICIAL DE ACCIDENTE DE TRANSITO

HOJA 3

El día de hoy 28-06-21 siendo las 12:49 PM transitaba en la moto de placas KSZ 26D marca Kimco Agility Modelo 2014 de propiedad de mi esposa Sandra Viviana Hidalgo Ortiz CP 3132123P quien me acompañaba como pasajero, cuando al estar en la altura de la calle 10 con carrera 40 sobre el puente vehicular, sucedió un hecho que nos sorprendió en cuanto a la vía el cual no alcanzamos a evitar y nos hizo perder el equilibrio y la estabilidad de la moto lo cual nos ocasiona la caída y posterior accidente, es de notar que los personas que nos auxiliaron levantaron la moto cada vez que el vehículo (moto) estaba encima de mi esposa, es de notar que puedo aportar fotografías del accidente donde se evidencian el hueco y el lugar donde ocurrió los hechos

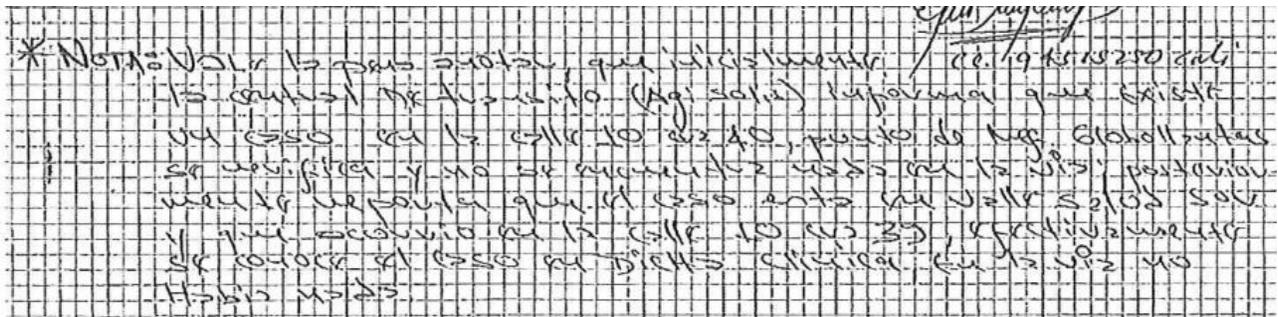
Eduardo Borja Rojas

“El día de hoy 28-06-21 siendo las 12:49 PM transitaba en la moto de placas KSZ26D marca Kimco Agility Modelo 2014 de propiedad de mi esposa Sandra Viviana Hidalgo Ortiz (...)”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

De lo anterior se puede evidenciar que el relato no pertenece a lo percibido por el agente que suscribió el informe, sino que tomó el relato del señor Borja Rojas como base para construir la

⁸ Sentencia del 12 de abril de 2024. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. M.P. Freddy Ibarra Martínez. Radicación No. 19001333170120100035801 (59.914).

hipótesis que posteriormente plantea, lo cual resulta contraproducente a efectos probatorios, pues resulta siendo una aseveración parcializada de quién sufrió el accidente pero que va a pretender plasmar en el documento la información que más se adapte a sus pretensiones o necesidades. De igual manera el informe deja en evidencia que el agente manifiesta que llegó al lugar de los hechos posterior a su ocurrencia, como se observa a continuación (se transcribe porque no totalmente legible):



* Nota: Vale la pena anotar que inicialmente la central de tránsito (Agi solis) informa que existe un caso en la calle 10 con 40, punto de referencia Globo llantas, se verifica y no se encuentra nada en la vía y posteriormente reporta que el caso está en Valle Salud Sur y que ocurrió en la calle 10 con 39, efectivamente se conoce el caso en dicha clínica, en la vía no había nada. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Nota: Vale la pena anotar que inicialmente la central de tránsito (Agi solis) informa que existe un caso en la calle 10 con 40, punto de referencia Globo llantas, se verifica y no se encuentra nada en la vía y posteriormente reporta que el caso está en Valle Salud Sur y que ocurrió en la calle 10 con 39, efectivamente se conoce el caso en dicha clínica, en la vía no había nada. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Por todo ello, el valor probatorio del Informe Policial de Accidente de Tránsito No. A001309557, no es suficiente para acreditar la falla en el servicio aludida por los accionantes para solicitar la responsabilidad de la entidad territorial, pues reitero, se trata de meras especulaciones del agente de tránsito que hizo su aparición en el sitio de los hechos con un tiempo importante de diferencia y cuando la escena estaba alterada, lo cual claramente no puede revestir el carácter de una verdad absoluta, y al no existir en el expediente otro medio de convicción que confirme la hipótesis aludida en el IPAT, no es posible declarar que la causa del accidente fue la planteada.

Frente al carácter probatorio del Informe Policial de Accidente de Tránsito, la postura jurisprudencial del Tribunal Administrativo del Valle ha sido pacífica, tal como se observa a continuación:

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

demandantes pero no el nexo causal⁹. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

*En este punto conveniente es precisar, **que la parte actora achaca como causa eficiente del accidente de tránsito ocurrido el 31 de mayo de 2015, a un hueco existente en la vía, soportando su aseveración en el referido informe de tránsito, sin embargo, no puede pasarse por alto que se trata de una hipótesis; luego dicho informe por sí solo no constituye prueba suficiente de dicha aseveración**, para ello se necesitaba de otras pruebas como las testimoniales, empero, los testimonios en este asunto solo rindieron declaración sobre las relaciones afectivas de la víctima con los demás demandantes¹⁰. (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

*Con lo anterior, logra la Sala colegir que efectivamente la señora Laura Marcela Moreno Abelardi padeció un accidente de tránsito el día 05 de octubre de 2017, mientras conducía su motocicleta por la altura de la carrera 56 con calle 12, cuando presuntamente cayó por culpa de unos huecos en la vía, que en el informe de accidente de tránsito y croquis suscrito por el funcionario que atendió la eventualidad, se dejó constancia de la existencia de huecos en la vía que transitaba la víctima, **no obstante, esta Corporación no puede determinar fehacientemente que la causa del daño haya sido el mal estado de la vía, esto es, la presencia de huecos en ella, toda vez que si bien se acreditó la existencia de los huecos, en el informe, mas no hay certeza de ello, máxime que no hubo testigo presencial de los hechos u otra prueba que pruebe que efectivamente fue la causa del accidente**. (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

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

En este sentido, al no acreditarse la falla, no es posible conceder una declaratoria de la responsabilidad, por lo que, solicito al señor Juez que se declare probada esta excepción.

2. CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA COMO CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD.

En el caso se presenta una evidente intervención de la víctima en el desenlace del hecho dañoso, y ello se puede advertir porque no hay constancia en los aspectos anotados en el IPAT A001309557, que el señor Edwin Fabián Borja Rojas, quién conducía el vehículo involucrado, portara lentes y casco de seguridad. A esta conclusión se llega porque el primero de los elementos hace referencia

⁹ Sentencia del 22 de agosto de 2019. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. M.P. Zoranny Castillo Otalora. Radicación No. 76001333301320140019801.

¹⁰ Sentencia del 30 de julio de 2021. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. M.P. Fernando Augusto García Muñoz. Radicación No. 76001333300620160009403.

Aspectos por los cuales es dable concluir que, a pesar de tener dicha restricción, ejecutó la actividad peligrosa de conducir, sin usar los lentes de visión. Esto desde luego resulta ser un factor determinante que explicaría por qué el Borja Rojas, a pesar de tener las condiciones viales adecuadas, no pudo percatarse de los factores que intervinieran en la vía. Sobre dichas condiciones dice el referido IPAT que las condiciones eran normales, en una vía recta, plana, residencial, urbana, con condición climática y visibilidad normal, como ya se refirió anteriormente y se puede ver a continuación:

6. CARACTERÍSTICAS DEL LUGAR				
6.1. ÁREA	6.2. SECTOR	6.3. ZONA	6.4. DISEÑO	6.5. CONDICIÓN CLIMÁTICA
RURAL <input type="checkbox"/>	RESIDENCIAL <input checked="" type="checkbox"/>	ESCOLAR <input type="checkbox"/> DEPORTIVA <input type="checkbox"/>	GLORIETA <input type="checkbox"/> PASO A NIVEL <input type="checkbox"/> PASO ELEVADO <input type="checkbox"/> PUENTE <input type="checkbox"/>	GRANIZO <input type="checkbox"/> VIENTO <input type="checkbox"/>
*NACIONAL <input type="checkbox"/>	INDUSTRIAL <input type="checkbox"/>	TURÍSTICA <input type="checkbox"/> PRIVADA <input type="checkbox"/>	INTERSECCIÓN <input type="checkbox"/> PONTÓN <input type="checkbox"/> PASO INFERIOR <input type="checkbox"/> TRAMO DE VÍA <input type="checkbox"/>	LLUVIA <input type="checkbox"/> NORMAL <input checked="" type="checkbox"/>
*DEPARTAMENTAL <input type="checkbox"/>	COMERCIAL <input type="checkbox"/>	MILITAR <input type="checkbox"/> HOSPITALARIA <input checked="" type="checkbox"/>	LOTJE O PREDIO <input type="checkbox"/> CICLO RUTA <input type="checkbox"/> PEATONAL <input type="checkbox"/> TÚNEL <input type="checkbox"/>	NEBLA <input type="checkbox"/>
MUNICIPAL <input type="checkbox"/>				
URBANA <input checked="" type="checkbox"/>				

7. CARACTERÍSTICAS DE LAS VIAS	
VIA 1	VIA 2
7.1. GEOMETRÍA	7.2. SUPERFICIE DE RODADURA
A RECTA <input checked="" type="checkbox"/>	ASfalto <input checked="" type="checkbox"/>
B CURVA <input type="checkbox"/>	Asfalto <input type="checkbox"/>
C PLANO <input checked="" type="checkbox"/>	Adoquín <input type="checkbox"/>
D PENDIENTE <input type="checkbox"/>	Empedrado <input type="checkbox"/>
E BANEA DE EST. <input type="checkbox"/>	Concreto <input type="checkbox"/>
F CON ANCHO <input type="checkbox"/>	Tierra <input type="checkbox"/>
G CON BARRA <input type="checkbox"/>	Otro <input type="checkbox"/>

7.10 VISIBILIDAD	
NORMAL <input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
DISMINUIDA POR CASITAS <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
CONSTRUCCIÓN VALLAS <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
ARBOL/VEGETACIÓN <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Vehículo ESTACIONADO <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
ENCANDILAMIENTO <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
POSTE <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
OTROS <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Al respecto el Consejo de Estado en su Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, Subsección B, con Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, en sentencia del 11 de mayo de 2017, proferida dentro del expediente con radicado 05001-23-31-000-2003-02994-01 (40590), al referirse sobre el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad del daño en el ejercicio de actividades peligrosas, ha dicho lo siguiente:

“De entrada debe precisarse que la causa extraña es la única eximente de responsabilidad que se admite cuando el daño es causado en el ejercicio de actividades peligrosas. Esa causal exonerativa es aquella ajena o extrema del funcionamiento mismo del elemento peligroso (fuerza mayor, hecho de la víctima o de un tercero). Entre esas causas extrañas, está la otrora denominada culpa de la víctima, en la actualidad hecho de la víctima. Ese cambio de denominación obedece a la víctima, por cuanto lo importante es que lo que haga la víctima, con independencia de su calificación, dolosa o culposa, sea determinante y exclusivo para la para la causación del daño, en tanto resulte imprevisible o irresistible. (...)” (Negrilla fuera del texto original)

En similar sentido, la doctrina ha indicado lo siguiente (Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual, Héctor Patiño, páginas 388 y 391):

“Esta figura exonerativa parte, en nuestro parecer, de la siguiente lógica: quien ha concurrido su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar.

(...) Cuando hablamos del hecho de la víctima, nos referimos a una causal que impide efectuar imputación, en el sentido en que, si bien es cierto, que puede ser que el demandado causó el daño física o materialmente, el mismo no puede serle imputable en la medida en que el actuar de la víctima que le resultó extraño, imprevisible e irresistible, lo llevó a actuar de forma que causara el daño, razón por la cual el mismo es imputable desde el punto de vista jurídico a la víctima y no al demandado.”

Bajo esta perspectiva, es menester indicar que el demandante desplegó las siguientes acciones al momento del siniestro: **(i)** Se encontraba conduciendo sin lentes a pesar de ser esta una restricción para poder adelantar la actividad peligrosa, **(ii)** No contaba con los elementos de protección como el casco de seguridad y **(iii)** no implementó las medidas de precaución necesarias, con miras a evitar accidentes. En resumidas cuentas, se expuso completamente al riesgo, en el entendido de que renunció a su propia seguridad y confió en sortear la actividad peligrosa de conducir a pesar de no hacer uso de los lentes que permiten que su visión y por tanto sus reflejos sean los adecuados para ello.

Sobre este último particular, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Juan De Dios Montes Hernández, en sentencia del 09 de diciembre de 1996, proferida dentro del expediente con radicado No. 9722, indicó lo siguiente:

“Quien conduce debe prever que aun aquellos eventos derivados de la imprudencia o inobservancia de los demás, ello tiene su límite en la razonable probabilidad del peligro y por ello no puede pretenderse del conductor la previsión de la remota posibilidad; a él se le exige es una actitud síquica en la que prevea aquellos sucesos que se presentan con notorio grado de probabilidad, es decir, en lo que la ocurrencia del daño a un interés jurídico puede ser evitado con su contribución activa; más allá de este límite su conducta se desplaza a lo fortuito o a la fuerza mayor”. (Negrilla fuera del texto original)

Aquí brilló por su ausencia, para el momento del hecho, el ejercicio de actitud síquica del conductor de la motocicleta de placas KSZ 26D, como quiera que, bajo el criterio de poder conducir sin lentes, desechó por completo o ni siquiera consideró, la eventual posibilidad de que pudiera perder de vista algún aspecto de la vía que le llevará a incurrir en un accidente. En suma, es contundente que no hubo una contribución activa de su parte con miras a evitar la ocurrencia del daño, dado que no sus obligaciones para ejercer la actividad peligrosa de conducir.

Las lesiones sufridas por la víctima son un claro ejemplo de dejar al azar su seguridad y no adoptar las precauciones necesarias a fin de evitar accidentes, y bajo esta premisa, es claro que la causa

eficiente del daño no corresponde a la falla alegada por el conductor, sino a una falta de cumplimiento de deberes legales y a la falta de precaución en el deber objetivo de cuidado, pues de haberse adoptado las medidas antes indicadas, las cuales revisten las características de ser obligatorias cuando de asuntos de tránsito se trata, el hecho dañoso aquí alegado no se hubiera configurado.

3. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR FALTA DE ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL ACTUAR DEL DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI Y EL DAÑO ALEGADO.

Se invoca este medio exceptivo atendiendo a que como se explicó en la consigna anterior, la parte actora no logró probar la responsabilidad que pretende que sea imputada al ente territorial, pues no acercó medio de convicción con el que se pueda acreditar que se presentó una falla en el servicio que haya ocasionado el daño a los demandantes y que haya sido consecuencia de una conducta negligente, retardada u omisiva de la que pueda predicarse un nexo de causalidad entre la indebida prestación del servicio de la entidad demandada y el daño alegado fruto del accidente ocurrido el 28 de junio de 2021, contrario a ello, como se explicó ampliamente en apartes anteriores, se evidencia la configuración del hecho exclusivo de la víctima, lo cual resulta determinante para generar el desenlace dañoso por el que se exige perjuicios y lo que a su vez desliga la actuación u omisión del ente territorial del daño, es decir, rompe el nexo de causalidad.

Al respecto, el artículo 2341 del Código Civil, dice:

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

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

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

Igualmente, señaló la Corte Suprema de Justicia que es el demandante quien debe acreditar estos tres elementos, y en tal sentido ha dicho lo siguiente:

“(…) se tiene por verdad sabida que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño,

*originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que equivale a decir que **quien reclama a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar en principio**, el perjuicio padecido, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y **la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre ambos factores** (...)"*. (Negrita y subrayado fuera del texto original)

Así entonces, en el escenario de análisis conductual que ofrece el esquema de la falla de prestación del servicio, los elementos que deben soportar la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado también son semejantes. No debe perderse nunca de vista que siempre recae en la parte actora la carga probatoria de demostrar al operador judicial la culpa - en este caso - el hecho o conducta constitutiva de falla en el servicio, el daño y su respectiva magnitud en aras de poderlo cuantificar y finalmente, pero no menos importante, el nexo de causalidad entre los dos primeros. Así lo entendió el Magistrado Jorge Santos Ballesteros en sentencia 6878 de 26 de septiembre del 2002, cuando dijo:

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

Aterrizando al caso podemos afirmar entonces que no hubo culpa porque el hecho omisivo que el apoderado demandante quiere presentar como generador del daño padecido por la víctima del caso, en realidad no lo fue, ello porque como se explicó en el apartado exceptivo anterior, dicha responsabilidad sólo puede ser atribuida, en el caso bajo examen, a un hecho exclusivo y determinante de la víctima, que en evidente desconocimiento de las obligaciones a él impuestas y a las normas de tránsito, decidió exponerse y exponer a su acompañante, al riesgo y a una situación en la que el desenlace dañoso finalmente ocurrió, lo cual resulta altamente probable si se considera que la misma actividad de conducir es riesgosa y más si se realiza en desconocimiento de obligaciones particulares como portar lentes y obligaciones generales como estar atento a las condiciones de la vía o respetar las normas de tránsito.

Al respecto, se expone la postura Jurisprudencial del Consejo de Estado en sentencia del 25 de

julio de 2002, Exp. 13744, la cual que encuentra su reflejo en providencias anteriores, y que ha definido el Hecho de la Víctima, de la siguiente forma:

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

(...) Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto, puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (...)” (Negrita y subrayado fuera del texto original)

Igualmente se expone que, para su procedencia, se requiere de lo siguiente: la presencia de un actuar: positivo o negativo, esto es, de una acción u omisión por parte de quien alega padecer el daño; y ese actuar, viene a ser el determinante y exclusivo del hecho que materializa el acontecer de las lesiones infligidas.

*(...) Desde la perspectiva general, es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de irresistibilidad e imprevisibilidad de la fuerza mayor, como quiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa del daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos. **En efecto, el demandado sólo se encuentra obligado a evitar los daños padecidos por la víctima en aquellos eventos en que se encuentre en posición de garante frente a aquélla, casos en los cuales, a efectos de enervar la acción indemnizatoria debe acreditar la imprevisibilidad e irresistibilidad de la conducta que origina el daño, con miras a exonerarse de la responsabilidad que se le endilga. A contrario sensu, en las demás circunstancias, el demandado se libera si logra acreditar que fue la consecuencia del comportamiento de la propia persona que sufrió el daño.** En ese sentido, la Sala debe precisar y desarrollar la posición jurisprudencial vigente. No se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible,*

sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación. Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis". (Negrita y subrayado fuera del texto original)

Como en el caso en cuestión lo que se puede extraer de los elementos de hecho y de derecho es que la víctima tuvo una participación determinante en el desenlace, toda vez que no existe prueba de la falla sino que se advierte su actuación en desconocimiento de sus obligaciones particulares respecto de la albor de conducir como es portar lentes y elementos de seguridad y atender las normas de tránsito, es claro que no puede predicarse la existencia de un nexo causal respecto de la entidad demandada.

En este sentido, al acreditarse la inexistencia del nexo de causalidad, no es posible conceder una declaratoria de la responsabilidad, por lo que, solicito al señor Juez que declare probada esta excepción.

4. CONCURRENCIA DE CULPAS

De manera subsidiaria, considerando que sin lugar a duda la conducta de la víctima influyó en el resultado dañoso y, de no estimarse que esta fue la causa adecuada del mismo, se deberá analizar la concurrencia de culpas a luz de lo dispuesto por el artículo 2357 del Código Civil, que contempla: *"La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente"*.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha dicho:

*"Sobre el tema de la concausa, esta Corporación ha sostenido que **el comportamiento de la víctima habilita al juzgador para reducir el cuántum indemnizatorio (artículo 2357 del Código Civil) en la medida en que la misma hubiere dado lugar al daño; es decir, cuando la conducta de los perjudicados participa de manera cierta y eficaz en el desenlace del resultado. Tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado, una vez configurados los elementos estructurales –daño antijurídico, factor de imputación y nexo causal–, la conducta del perjudicado solamente puede tener relevancia como factor de aminoración del cuántum indemnizatorio, a condición de que su comportamiento adquiera las notas características para configurar una co-causación del daño"**¹¹. (Negrita fuera del texto original)*

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 19256 del 7 de abril de 2011, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Entonces, de los argumentos antes señalados se deriva la participación del tercero en la causación del daño, por cuanto el señor Edwin Fabián Borja Rojas en su condición de conductor del vehículo de placas KSZ26D en el que ocurrió el accidente, actuó de manera imprudente al conducir el mismo sin portar los lentes que se le ordenaba portar para ejercer la actividad de conducir y al desatender las condiciones de la vía por la que transitaba.

En conclusión, sea o no la causa adecuada del daño, lo cierto es que la conducta de un tercero incidió en la causalidad de los hechos materia de debate, de manera que, de no eximir de responsabilidad a la entidad demandada, deberá ser objeto de valoración para que se reduzca la remota condena en contra de ella.

5. FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA DE LOS PERJUICIOS Y EXAGERADA TASACIÓN DE ESTOS.

La parte demandante no demostró la existencia de los perjuicios materiales e inmateriales que solicita, pues (i) no aportó el dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la Junta de Calificación de Invalidez que permita determinar la existencia del daño y su gravedad y (ii) no aportó ningún tipo de material probatorio que permita establecer los ingresos de la víctima al momento de los hechos más allá de lo percibido con motivo de su pensión, lo cual es un emolumento que no se perderá ni desmejorará a causa del accidente.

- **Frente al perjuicio de lucro cesante consolidado y futuro**

La parte demandante en el libelo petitorio indica en la parte de “Lucro Cesante” que pretende el reconocimiento de **\$230.000.000 millones de pesos**, la cual es una suma que comprende los conceptos de lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro, no obstante, salta a la vista que las mismas carecen de una liquidación objetiva, pues podemos ver que se usan como criterios base de liquidación aspectos hipotéticos o desacertados como los siguientes:

- (i) El porcentaje de la pérdida de capacidad laboral¹, que podrá estar oscilando en un treinta por ciento (30%) según las características de las afectaciones físicas, psicológicas y psiquiátricas sufridas.

Como se puede observar, el togado parte de la base de un porcentaje de pérdida de capacidad laboral que él establece a pesar de no estar en la capacidad ni con la facultad de hacerlo, pues dicha facultad recae exclusivamente en las juntas de calificación de invalidez regionales. Sumado a ello añade como segundo criterio de liquidación lo siguiente:

- (ii) De acuerdo con el ingreso percibido por la víctima, que se demostrará en el proceso ascendía a un promedio mensual de cinco millones seiscientos setenta mil pesos con quinientos cinco pesos (\$5.670.505).

Sin embargo, en el plenario solamente obra prueba de que la víctima se encontraba gozando de una asignación mensual de retiro o pensión, pero dicho valor no puede ser tomado como base de liquidación ni incluido en ésta, pues no es una acreencia que vaya a dejar de percibir por el hecho de haber sufrido una afectación física, por tratarse ella de un derecho adquirido que no se encuentra sujeto al desarrollo de actividades.

Como presunto sustento de ello obra en el plenario una certificación de ingresos de la empresa de taxis, pero ella se encuentra a nombre de la señora Karold Andrea Borja Rincón y no de la víctima, como se puede apreciar:

EL SUSCRITO GERENTE DE TAXIS Y AUTOS CALI SAS

CERTIFICA QUE

El Señor(a) **KAROLD ANDREA BORJA RINCON**
Identificado(a) con cedula No. 1053868748
propietario(a) del(los) vehiculo(s) de servicio publico de placas VCT509(HYUNDAI,2011)
los cuales se encuentran afiliados a nuestra empresa desde el mes de VCT509(22-NOV-17)
De acuerdo a nuestra experiencia y tomando como base vehiculos de este tipo, podemos certificar un ingreso promedio mensual de 2,500,000 POR CADA UNO
La presente certificacion NO genera compromiso laboral y se firma en la ciudad de Santiago de Cali, a los 16 dias del mes de Mayo del año 2023

Atentamente

EMPRESA DE TRANSPORTE
TAXIS Y AUTOS CALI S.A.S
Nit. 899.913.516-5
Departamento Administrativo

No. 18125

Por tal motivo no es posible predicarse de dicho ingreso, relación alguna con el presunto afectado, por lo que no puede utilizarse lo ahí consignado como base de liquidación de la suma pretendida.

Además de estos puntos, la parte actora no allega al escrito ningún elemento de convicción que permita establecer la existencia de comprobantes de ingresos a nombre del demandante, extractos de cuentas bancarias o alguna otra prueba útil, conducente, pertinente e idónea que permita al juzgador establecer de manera concreta que la suma referida como el ingreso, era la suma percibida mes a mes por el señor Borja Rojas y que la misma la dejó de percibir a causa del accidente.

En este sentido, es necesario recordar que el perjuicio del lucro cesante ha sido entendido como uno de naturaleza material, económico, de contenido pecuniario y que consiste en la afectación de un derecho patrimonial reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir a causa del daño padecido.

Por lo anterior, para que sea posible el reconocimiento del perjuicio de naturaleza económica, es necesario que se acredite su existencia cierta, actual o futura mediante elementos de convicción

que permitan determinar el valor dejado de percibir. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

*El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del “(...) perjuicio que el daño ocasionó (...). **Este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, “(...) cierto y no puramente conjetural, [por cuanto] (...) no basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario (...).**¹² (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

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

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

*Vale decir que **el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afinsa en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente (...)***

*Por último, están **todos aquellos “sueños de ganancia”, como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables**”.¹³ (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

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

El Consejo de Estado en sentencia de unificación reciente del 10 de julio de 2019, limitó todas las posibles discusiones que se pudieran derivar de este perjuicio y eliminó la presunción de que toda

¹² Sentencia del 12 de junio de 2018. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente SC 2107-2018.

¹³ Sentencia del 24 de junio de 2008. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente SC 2000-01121-01

persona en edad productiva devenga al menos un salario mínimo, en cuanto contrariaba con uno de los elementos, esto es, la certeza exigida para conceder dicha indemnización, de manera que estableció que el lucro cesante solo sería reconocido cuando obren las pruebas suficientes que lo acrediten:

La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como el incumplimiento de la carga probatoria dirigida a demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios debe conducir, necesariamente, a denegar su decreto. (...)

*En los casos en los que se pruebe que la detención produjo la pérdida del derecho cierto a obtener un beneficio económico, lo cual se presenta cuando la detención ha afectado el derecho a percibir un ingreso que se tenía o que con certeza se iba a empezar a percibir, el juzgador **solo podrá disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se cumplen los presupuestos para ello, frente a lo cual se requiere que se demuestre que la posibilidad de tener un ingreso era cierta, es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada que le permitiría a la víctima directa de la privación de la libertad obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención.***

Entonces, resulta oportuno recoger la jurisprudencia en torno a los parámetros empleados para la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, unificarla en orden a establecer los criterios necesarios para: i) acceder al reconocimiento de este tipo de perjuicio y ii) proceder a su liquidación.

La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante.¹⁴ (Negrilla y subrayado fuera del texto)

En definitiva, no es posible reconocer ningún perjuicio a título de lucro cesante (consolidado o futuro), en cuanto la parte demandante sustentó sus pretensiones en meras suposiciones y no allegó ningún medio probatorio que permitiera demostrar que el presunto afectado ejercía una actividad económica productiva al momento de los hechos, que como consecuencia de ella recibía una remuneración y así como tampoco la suma cierta y determinada de esa remuneración, por lo que, cualquier indemnización de este perjuicio resultaría insostenible y exagerada.

¹⁴ Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación No. 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572).

- **Frente a los perjuicios daño daño emergente**

Los demandantes pretenden que se les reconozca como daño emergente el valor de \$10.000 con el presunto sustento de que esa es la suma que se ha cancelado por el presunto afectado en gastos de “ciertos medicamento y tratamientos”, sin embargo, al igual en que el punto anterior, no se evidencia en el escrito petitorio prueba alguna de que efectivamente aquellos valores se hayan pagado, es decir que hayan salido del patrimonio del demandante y que ello haya sido a causa de los daños alegados.

Al respecto ha dicho el H. Consejo de Estado que:

(i). el daño emergente corresponde a una pérdida patrimonial sufrida con la consiguiente necesidad - para el afectado - de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. (...) necesariamente determina que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima como consecuencia principalísima del hecho dañoso, es decir, debe existir una relación directa de causalidad entre este y el detrimento o disminución patrimonial que se alega. (...)

Por tales motivos, ante la evidente falta de soporte probatorio que permita determinar los valores que fueron efectivamente pagados por la víctima a causa única y directa del daño alegado, no resulta procedente que se le reconozca tales perjuicios.

- **Frente a los perjuicios morales**

La parte demandante solicitó a título de indemnización por los perjuicios morales las siguientes sumas:

- Edwin Fabián Borja Rojas (Lesionado): 50 SMMLV
- Sandra Viviana Hidalgo Ortiz (Compañera permanente): 50 SMMLV
- Danna Sofía Borja Hidalgo, (Hija): 50 SMMLV
- Daniela Borja Rincón (Hija): 50 SMMLV
- Karold Andrea Borja Rincón (Hija): 50 SMMLV
- Martha Lucía Rojas (Madre): 50 SMMLV
- Jaime Alonso Borja CHARLARCA (Padre): 50 SMMLV
- Johanna Patricia Borja Rojas (Hermana): 50 SMMLV
- Karen Elisa Borja Rojas (Hermana): 50 SMMLV
- María Raquel Vélez Rojas (Tía): 50 SMMLV

De dicha pretensión debe afirmarse que su tasación no puede derivarse de calificaciones subjetivas por parte de los demandantes, sino que debe basarse en factores objetivos como el porcentaje de

pérdida de capacidad laboral, tal como lo ha determinado el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014.

En este sentido, la parte actora está solicitando como indemnización por concepto de perjuicios morales, valores evidentemente desproporcionados, pues como se adujo anteriormente, es pacífica la determinación del Consejo de Estado acerca de estos aspectos, y ha realizado una labor resaltable al determinar con detalle las sumas que pueden proceder en cada caso de reparación, por lo que era un deber del actor judicial el atender dichos parámetros. En ese sentido ha dicho el órgano de cierre que para la reparación del daño moral en casos en los que se alega una lesión antijurídica producto de una acción u omisión de un agente del estado, los valores procedentes son los siguientes:

Tabla 2. Reparación del daño moral en caso de lesión

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1 Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	NIVEL 2 Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	NIVEL 3 Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	NIVEL 4 Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	NIVEL 5 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

Como vemos, son sumas ostensiblemente alejadas de la concepción de la parte demandante pues en gracia de discusión, al momento de esta contestación, la pérdida de capacidad laboral demostrada por la parte actora es cero (0) por lo que no podría ubicarse ni él ni sus familiares en ninguno de los rangos establecidos por el órgano de cierre de lo contencioso administrativo, pero sin embargo y sin que esta aclaración pueda ser tomada como forma de confesión, no puede el apoderado demandante ubicar en el mismo rango de pretensiones (50 SMMLV) a todos los acciones, pues no todos pertenecen al mismo nivel de vinculación afectiva, toda vez que hay hermanos y una tía, quienes no pueden pretender la misma reparación en relación con otros grados afectivos de nivel superior.

Ahora bien, más allá de la delimitación en abstracto de las sumas procedentes según qué casos y qué tipo de lesión, no se puede perder de vista que el daño o lesión a reparar al que se hace referencia, no es un daño cualquiera, debe tratarse indefectiblemente de un daño antijurídico para que proceda la correspondiente indemnización, al respecto dice Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández Rodríguez¹⁵:

¹⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomas Ramón, Curso de derecho administrativo, t II, 14 edición, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 378

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

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

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

- **Frente a los perjuicios por daño a la salud o fisiológico**

La parte actora solicita que se reconozca en favor del señor Edwin Fabián Borja Rojas (presuntamente lesionado), la suma de 50 SMMLV, por concepto de daño a la salud. Sobre este aspecto, el Consejo de Estado ha definido el daño a la salud, así: “(...) *se puede decir que se avanza a una noción más amplia del daño a la salud, que se pasa a definir en términos de alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma*”¹⁶.

Ahora bien, respecto a la acreditación y liquidación de este tipo de perjuicio inmaterial, el Alto Tribunal afirmó:

“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:

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

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Rad. 28804 del 28 de agosto de 2014, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

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

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

- *La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)*
- *La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.*
- *La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.*
- *La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.*
- *La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.*
- *Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.*
- *Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.*
- *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”¹⁷.*

Como vemos, el daño a la salud también se reconoce dependiendo de la gravedad o levedad de la lesión y, en la misma medida, atendiendo a criterios como los ya expuestos, esto es, afectaciones a la actividad rutinaria de la víctima directa que se pudiese acreditar con un dictamen de pérdida de capacidad laboral, el cual no fue aportado al proceso por lo que al momento no existe porcentaje de pérdida de capacidad laboral el cual se pueda cuantificar para liquidar, más allá de la inexistencia de la obligación de indemnizar por parte de la entidad demandada. Así las cosas, en el caso concreto, resulta evidente una cuantificación exagerada que desatiende la pacífica determinación del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, ya citado.

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

¹⁷ *Ibidem.*

anteriormente¹⁸.

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

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

- **Frente al daño del derecho a la recreación, al aprovechamiento del tiempo libre o derecho, o daño a un derecho o bien e interés constitucionalmente protegido**

La parte demandante solicitó a título de indemnización por el daño del derecho a la recreación, al aprovechamiento del tiempo libre o derecho, o daño a un derecho o bien e interés constitucionalmente protegido un total de 50 SMMLV con el siguiente sustento “*la aniquilación de algunas actividades recreacionales para el afectado Edwin Fabián Borja Rojas, como el de faenas deportivas y/o culturales desencadenaron un desarrollo anormal de su vida que debe ser reparado, por la conculcación de su derecho constitucional a la recreación, al despliegue de actividades lúdicas, de la capacidad para su realización*”, sin embargo, brilla por su ausencia el material probatorio que dé fe de que efectivamente el señor Borja Rojas ha perdido en su totalidad la capacidad de disfrutar su derecho constitucional a la recreación, sumado al hecho de que el apoderado actor reduce el disfrute de dicho derecho a la realización de actividades deportivas o lúdicas, pero sobre todo se debe señalar que en el caso ni siquiera está demostrada algún tipo de pérdida física que pueda justificar el criterio con el que argumentan la pérdida de posibilidad de disfrutar del derecho a la recreación, es decir no hay prueba que exhiba pérdida de capacidad física que sustente tal solicitud.

En relación con este tópico se debe indicar que, atendiendo lo dicho, este perjuicio no puede ser aplicado al caso *sub lite* dado que no se cumplen las condiciones que para ello se ha establecido por la jurisprudencia administrativa. Al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado bajo el entendido que esta figura debe atenderse conforme las reglas fijadas mediante sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, de la Sección Tercera, la cual establece entre otras, que:

El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes

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

características: (...) ii) La reparación del daño es dispositiva (...) iii) La legitimación de las víctimas del daño (...) iv) **Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario** (...) v) **Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración** (...) vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, (...) sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas. (...) **En aras de evitar una doble reparación, el juez deberá verificar ex ante: (a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado.** (Resaltado fuera del texto original)

En tal sentido salta a la vista entonces que el órgano de cierre establece de manera inequívoca que la naturaleza del perjuicio es de una categoría diferente a la pretendida, pero por sobre todo que requiere unas condiciones especiales para su configuración, las cuales no son ni demostradas ni tan siquiera sugeridas en el líbello petitorio, motivos por los cuales la solicitud resulta improcedente y en cualquier medida, desproporcionada.

- **Frente a otras medidas reparatorias**

En el mismo hilo argumentativo del punto anterior este tipo de medidas pretende o parece pretender la reparación de aspectos diferentes a los perjuicios instituidos como reparables, por lo que nos encontraríamos en un escenario idéntico al de la solicitud aborda anteriormente, y en tal sentido se presenta un dilema principal que es el pretender una doble indemnización o reparación y un dilema secundario que es pretender la indemnización o reparación de un daño que no está ni demostrado ni tan siquiera sugerido, motivos por los cuales la solicitud resulta improcedente a la luz de los términos presentados en la sentencia ibidem.

- **Frente a la medida de rehabilitación**

En el mismo hilo argumentativo del punto anterior este tipo de medidas pretende o parece pretender la reparación de aspectos diferentes a los perjuicios instituidos como reparables, por lo que nos encontraríamos en un escenario idéntico al de la solicitud aborda anteriormente, y en tal sentido se presenta un dilema principal que es el pretender una doble indemnización o reparación y un dilema secundario que es pretender la indemnización o reparación de un daño que no está ni demostrado ni tan siquiera sugerido. Todo ello en razón a que la pretensión en sí es confusa y no se encuentra enteramente sustentada, pues genera la incertidumbre de si pretende aspectos patrimoniales o no. En tal sentido se debe manifestar que, en caso de dirigirse al aspecto patrimonial, la solicitud ya se encuentra subsumida en la relacionada con el daño a la salud y en caso de no ser dirigida al orden patrimonial sino al orden inmaterial sobre derechos constitucionalmente no tutelados, tampoco es

procedente en tanto, como se dijo, no se ha ni demostrado ni siquiera sugerido cuál es el bien tutelado que se pretende reparar, y en cualquier medida, las condiciones del caso y las pretensiones allegadas a él, no presuponen una afectación personal que valide esta pretensión.

Lo anterior encuentra sustento en lo manifestado por el H. Consejo de Estado, quién al respecto indica que:

Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Lo anterior, por cuanto en estos eventos el daño antijurídico, no supone la afectación personal de un derecho o una garantía relacionada con el núcleo esencial del ser humano y con su posibilidad de vivir e interrelacionarse en términos de respeto absoluto a la dignidad del individuo, sino que tiene su fundamento en el aminoramiento patrimonial padecido (v.gr. la destrucción de una cosa como un vehículo, una lesión a causa de una falla de la administración, etc.¹⁹).

En este caso resulta claro que las pretensiones de la demanda ya se han dirigido a pretender reparaciones relacionadas con la salud del demandante, por lo que no tendría cabida a prosperar, so pena de incurrirse en una doble reparación, y en caso de ser direccionada al aspecto de derechos constitucionalmente protegidos, es claro que no procede porque como bien lo dice el pronunciamiento en cita, para este tipo de casos (reparación directa por presunta falla en el servicio) el daño antijurídico no supone afectación a un derecho o garantía del orden esencial del ser humano y su posibilidad de interrelacionarse.

- **Frente a las pretensiones tercera y cuarta**

Dichas pretensiones relacionadas a la forma en la que se debe dar la liquidación de la indemnización o actualización de ella y de igual manera a los términos en los que en sentir de los actores se debe dar cumplimiento a la sentencia condenatoria. Teniendo en cuenta lo anterior se abordan de manera conjunta en razón a que las mismas pertenecen a la misma categoría y sólo tienen cabida en el escenario en que se decreten las demás solicitudes económicas, y como ello en el caso *sub examine* no resulta procedente dada la imposibilidad de los actores por demostrar el daño, la causa eficiente del daño, el nexo causal y la falla de la entidad demandada, tampoco resulta coherente considerar procedentes estas solicitudes.

CAPÍTULO III. CONTESTACIÓN FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

I. FRENTE A LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 20 de febrero de 2008, Expediente. 16.996, M.P. Enrique Gil Botero.

FRENTE AL HECHO PRIMERO: No es un hecho que dé base a la presente convocatoria, se trata de un mero enunciado de la acción de reparación directa promovido por Edwin Fabián Borja Rojas y otros que cursa ante este despacho.

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: No es un hecho que dé base a la presente convocatoria, se trata de un mero enunciado de los elementos de hecho y de derecho que dan sustento al medio de control de reparación directa promovido por Edwin Fabián Borja Rojas y otros.

FRENTE AL HECHO TERCERO: Es cierto, dado que el ente territorial suscribió el contrato de seguro representado en la **Póliza de Seguros de Responsabilidad Civil Extracontractual N°420-80-994000000181**, con vigencia desde las 23:59 horas del 19 de mayo de 2021 hasta las 23:59 horas del 31 de julio de 2021. Igualmente es cierto que en la póliza se pactó en coaseguro entre las compañías referidas en este punto.

FRENTE AL HECHO CUARTO: No es un hecho, es un relato de las consideraciones por las cuales el ente territorial considera que procede el llamamiento en garantía.

A pesar de lo anterior se debe dejar claridad que la responsabilidad de mi apoderada prosperará en la medida en la que se cumplan las condiciones del contrato de seguro y con cumplimiento a los aspectos de proporción.

IV. EXCEPCIONES FRENTE A LA DEMANDA PRESENTADA EN CONTRA DE HDI SEGUROS S.A. EN VIRTUD DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD No. 420-80-994000000181

En todo caso, si llegara a surgir la necesidad de resolver lo concerniente a la vinculación de mi representada en virtud de la **Póliza de Responsabilidad No. 420-80-994000000181**, pese a la evidente existencia de falta de demostración de la falla en el servicio, de la falta de estructuración del nexo causal y del hecho exclusivo y determinante de la víctima como causa única y exclusiva del daño experimentado por la parte demandante; solicito, sin que esta observación constituya aceptación de responsabilidad alguna, sino que por el contrario con la intención de que la presente constituya OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA; se verifique por parte del señor Juez, circunstancias como: **1)** inexistencia de la obligación indemnizatoria a cargo de la compañía aseguradora al no realizarse el riesgo asegurado en la póliza, **2)** la eventual obligación de la compañía aseguradora no puede exceder el límite del valor asegurado en la póliza **3)** la responsabilidad de la aseguradora se circunscribe al porcentaje de participación conforme al coaseguro pactado, **4)** las exclusiones de amparo concertadas en la póliza, **5)** disponibilidad del valor asegurado, **6)** carácter meramente indemnizatorio de los contratos de seguros, **7)** el pago por reembolso, **8)** la ausencia de solidaridad entre mi mandante y el Distrito Especial de Santiago de Cali; entre otras, en el remoto evento de que prosperen una o algunas de las pretensiones formuladas en la demanda en contra del asegurado.

1. INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA AL NO REALIZARSE EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA

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

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

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

1. Objeto del Seguro
Amparar los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales incluyendo los perjuicios morales y de vida en relación y el lucro cesante, que cause a terceros el asegurado, con motivo de la responsabilidad civil en que incurra o le sea imputable de acuerdo con la Ley colombiana, durante el giro normal de sus actividades,.

Al respecto, la parte demandante no ha demostrado los elementos constitutivos de la responsabilidad en cabeza del Distrito de Santiago de Cali, pues es claro que: i) no ha acreditado que la causa eficiente del accidente haya sido la supuesta omisión en el mantenimiento de la vía, ii) como se ha explicado ampliamente a lo extenso de este escrito, hay un evidente hecho exclusivo y determinante de la víctima en el accidente, lo que genera un ineludible rompimiento del nexo de causalidad necesario para declarar la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada.

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

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

Sin que implique el reconocimiento de la responsabilidad, es necesario que el Juez observe las condiciones particulares y generales de la **Póliza de responsabilidad Civil Extracontractual No. 420-80-994000000181**, dado que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en

proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato.

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

Para el caso concreto, el límite del valor asegurado pactado en la póliza para los casos de responsabilidad civil extracontractual es de \$7.000.000.000 pesos m/cte.

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

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

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

Por lo anterior, señor juez solicito se declare probada esta excepción.

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

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

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

En ese sentido, existiendo la distribución del riesgo entre las compañías de seguros, debe tenerse en cuenta que en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar en virtud del contrato de seguro, la responsabilidad de cada una de las aseguradoras está limitada a los porcentajes antes señalados, pues no se puede predicar una solidaridad entre ellas.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio, el cual sostiene: *“en el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, **los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad**”.*

Lo estipulado en la norma en cita, se aplica al coaseguro por estipulación expresa del artículo 1095 del Código de Comercio, que establece lo siguiente: *“las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, **en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro**”.*

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

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

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

Siendo así, resulta necesario aclarar que entre las coaseguradoras no existe solidaridad en la

²⁰ Sentencia del 9 de julio de 2021. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. M.P. Martín Bermúdez Muñoz. Radicación No. 08001-23-33-000- 2013-00227-01 (54460).

acreencia eventual por la pasiva, así lo ha entendido el Consejo de Estado en Sentencia del 26 de enero del 2022, en la que afirmó:

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

Es claro que mi representada y las aseguradoras citadas, acordaron distribuirse el riesgo según los porcentajes señalados, sin que pueda predicarse una solidaridad entre ellas y limitándose la responsabilidad de estas en proporción con el porcentaje del riesgo asumido.

En virtud de lo anterior, solicito se tenga en cuenta el porcentaje del diez por ciento (10%) asumido por **HDI SEGUROS S.A.**

4. LAS EXCLUSIONES DE AMPARO CONCERTADAS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 420-80-99400000181.

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

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

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso

²¹ Sentencia del 26 de enero de 2022. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. M.P. Freddy Ibarra Martínez. Radicación No. 25000232600020110122201 (50.698).

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

administrativo, se exhorta a los jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los contratos de seguro. Razón por la cual, es menester señalar que la **Póliza de responsabilidad Civil Extracontractual No. 420-80-99400000181** cuya vigencia corrió desde el 19 de mayo de 2021 hasta el 31 de julio 2021, en su página 1 y siguientes señala la obligación de las partes de atender una serie de exclusiones contempladas en el clausulado general depositado por la aseguradora en la Superintendencia Financiera, tal como se ve a continuación:

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

Ahora bien, dentro del contenido del documento en comento, entiéndase, el clausulado general, se encuentra la numerada como exclusión, la siguiente: “2. 1. 12: *Daños a causa de la inobservancia de disposiciones legales y de la autoridad o de instrucciones y estipulaciones contractuales, a no ser que ni el asegurado ni personas con funciones directivas hayan actuado dolosamente ni hayan permitido una actuación dolosa de los demás empleados.*” Por tal motivo solicito respetuosamente aplicar ésta última exclusión expresamente al caso concreto.

Por otro lado, se debe consignar que, si bien la Circular Básica Jurídica establece que las exclusiones deben constar en la primera página de la póliza y en caracteres destacados, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de unificación No. SC328 del 21 de septiembre de 2023 ha aclarado que lo necesario es que deban empezar en la primera página de la póliza, más no de su carátula, y en caracteres destacados para que tengan eficacia. Criterios que se cumplen dentro del proceso, pues las exclusiones se encuentran desde la primera página del condicionado en caracteres destacados de forma ininterrumpida. Lo anterior, en estricto cumplimiento del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

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

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

Ahora bien, con el propósito de aquilatar la hermenéutica de la norma en cuestión, debe recordarse que, conforme lo establece el artículo 1046 del Código de Comercio, se denomina póliza al documento que recoge el contrato de seguro. Esta póliza en sentido amplio contiene, como se ha visto, (i) la carátula, en la que se consignan las condiciones particulares del artículo 1047 ibídem y las advertencias de mora establecidas en los cánones 1068 y 1152 del mismo

Código; (ii) el clausulado del contrato, que corresponde a las condiciones negociales generales o clausulado general; y (iii) los anexos, en los términos del artículo 1048 ejusdem. En ese sentido, se insiste en que el ordenamiento mercantil diferencia con claridad la carátula de la póliza de la póliza misma, y que, dada esa distinción, no cabe sostener que la regla del precepto 184 del EOSF debe cumplirse incluyendo los amparos básicos y las exclusiones, «en caracteres destacados» en la referida carátula. Cuando la norma en cita alude a «la primera página de la póliza» debe entenderse que se refiere a lo que esa expresión significa textualmente, es decir, al folio inicial del clausulado general de cada seguro contratado, pues es a partir de allí donde debe quedar registrado, con la claridad, transparencia y visibilidad del caso, uno de los insumos más relevantes para que el tomador se adhiera, de manera informada y reflexiva, a las condiciones negociales predispuestas por su contraparte: la delimitación del riesgo asegurado.

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

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

*1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros: Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el numeral 2 del art. 184 del EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información: 1.2.1.1. En la carátula: Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del C.Co. **1.2.1.1.2. En caracteres destacados o resaltados, es decir, que se distingan del resto del texto de la impresión, el contenido del inciso 1º del art. 1068 del C.Co.** Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal. **1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones) Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza.** Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral. (Negrilla fuera de texto).*

En ese sentido, la regulación de la Superintendencia Financiera de Colombia es completamente clara, pues indica que los amparos y exclusiones deben consignarse a partir de la primera página

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

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

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

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

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

En conclusión, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse la exclusión arriba señalada o alguna de las exclusiones de las que constan en las condiciones generales y particulares de la **Póliza de responsabilidad Civil Extracontractual No. 420-80-994000000181** cuya vigencia corrió desde el 19 de mayo de 2021 hasta el 31 de julio 2021, éstas deberán ser aplicadas y deberán dársele los efectos señalados por la jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza del asegurador como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

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

5. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO.

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

6. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO DE LOS CONTRATOS DE SEGUROS

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

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

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

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

Así las cosas, no debe perderse de vista que las pretensiones de la parte actora no son de recibo

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

por cuanto su reconocimiento por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali implicaría correlativamente una transgresión del principio indemnizatorio esencial del contrato de seguro. Lo anterior, puesto que se enriquecería la parte demandante recibiendo un pago por parte del ente territorial que no tiene origen en una obligación legal o contractual.

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

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

7. PAGO POR REEMBOLSO

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

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

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

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

la configuración de una causal de exclusión de responsabilidad indemnizatoria taxativamente determinada en la caratula de las mismas.

Respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

9. GENÉRICA O INNOMINADA

Solicito señor Juez declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, que se encuentre originada en la ley o en el contrato de seguro expedido por mi procurada, incluida la de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Lo anterior, conforme a lo estipulado en el artículo 282 del Código General del Proceso que establece “(...) *Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes (...)*”.

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

CAPÍTULO V. OPOSICIÓN PROBATORIA

1. INTERVENCIÓN EN LAS PRUEBAS DOCUMENTALES Y TESTIMONIOS

Con el objeto de probar los hechos materia de las excepciones de mérito, nos reservamos el derecho de contradecir las pruebas documentales al proceso y participar en la práctica de las testimoniales que lleguen a ser decretadas, así como del correspondiente interrogatorio de parte e intervenir en las diligencias de ratificación y otras pruebas solicitadas en la demanda y en la contestación a la demanda.

CAPÍTULO VI. PRUEBAS

DOCUMENTALES

1. Póliza de responsabilidad Civil Extracontractual No. 420-80-99400000181 cuya vigencia corrió desde el 19 de mayo de 2021 hasta el 31 de julio 2021.
2. Condicionado general No. 06062017-1502-NT-P-06-P060617001009097.

INTERROGATORIO DE PARTE

Solicito respetuosamente se sirva citar a la audiencia de pruebas respectiva a los señores Edwin Fabián Borja Rojas, Sandra Viviana Hidalgo Ortiz, Danna Sofía Borja Hidalgo, Daniela Borja Rincón, Karold Andrea Borja Rincón, Jaime Alonso Borja Chalarca, Martha Lucía Rojas, Johanna Patricia Borja Rojas, Karen Elisa Borja Rojas Y María Raquel Vélez Rojas, con la intención de que den

respuesta a un cuestionario que le formularé verbalmente en la diligencia, con relación a las situaciones de hecho que motivaron la presente demanda.

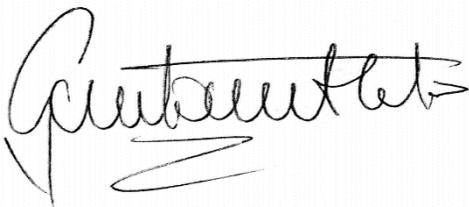
CAPÍTULO V. ANEXOS

1. Poder especial de representación a mí conferido.
2. Certificado de existencia y representación legal de mi representada expedido por la Cámara de Comercio de Cali.
3. Certificado de existencia expedido por la Superintendencia Financiera.
4. Documento de identidad y tarjeta profesional del suscrito apoderado.

CAPÍTULO VI. NOTIFICACIONES

Mi poderdante y el suscrito recibiremos notificaciones en la Avenida 6A Bis No. 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212, de la ciudad de Cali, o en la dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No.19.395.114 de Bogotá D.C.

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