Señor Juez
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA UNITARIA CIVIL – FAMILIA
Mag. GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVAEZ
IPIALES – NARIÑO
tsalcivf@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.-

Proceso: Ordinario.
Demandante: Mercedes del Consuelo Bastidas, Andrea Mayerlin Canchala Bastidas y otros
Demandados: Expreso Bolivariano S.A. y otros.
Radicación: 2019-00032-00.
Asunto: Recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. (artículo 322 Código General del Proceso.

VLADIMIR VARGAS DIAZ, mayor de edad, vecino de la ciudad de Ibagué, identificado con la cédula de ciudadanía No. 93.404.100 de Ibagué, abogado actualmente en ejercicio y portador de la tarjeta profesional No. T.P. N.º 1120.243 del C. S. de la J. obrando como apoderado especial de la sociedad **EXPRESO BOLIVARIANO S.A. (E.A.R.)** de conformidad con poder especial adjunto otorgado a mi favor por el Representante Legal de la demandada, como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que se acompaña, con personería adjetiva reconocida mediante auto del 2 de febrero de 2021, por medio del presente escrito, estando en oportunidad, de conformidad al aludido auto me permito presentar **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACION,** contra la sentencia de primera instancia de fecha 6 de agosto de 2020, para lo cual solicito respetuosamente se tengan en cuenta las siguientes consideraciones que expongo a continuación:

I- ANTECEDENTES.-

1.- LA DEMANDA

Las pretensiones de la demanda invocadas por los demandantes se dirigen a declarar:

(i) DECLARAR que las lesiones ocasionadas en la humanidad de **MERCEDES DEL CONSUELO BASTIDAS y ANDREA MAYERLIN CANCHALA BASTIDAS**, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar ya expresadas, se produjeron por la imprudencia del demandado **CARLOS ENRIQUE JAIMES LEAL**, a la postre conductor del automotor de servicio público, de Placas SPS-472s, afiliado a la empresa **EXPRESO BOLIVARIANO S.A.**

(ii) **DECLARAR** civil y por virtud del contrato de transporte, contractualmente responsable al señor **CARLOS ENRIQUE JAIMES LEAL**, en calidad de conductor del vehículo; al señor **NILSON OLARTE ARANDA** en calidad de propietario del automotor, y a **EXPRESO BOLIVARIANO S.A.**, como empresa a la que se encontraba afiliado el Bus de Placas SPS 472, por los perjuicios morales y materiales a dichas demandantes ocasionados.

(iii) **DECLARAR** civil y extracontractualmente responsables al señor **CARLOS ENRIQUE JAIMES LEAL**, en calidad de conductor del vehículo; al señor **NILSON OLARTE ARANDA** en calidad de propietario del automotor, y a **EXPRESO BOLIVARIANO S.A.**, como empresa afiliadora del Bus de Placas SPS 472, por los perjuicios morales y materiales ocasionados a los familiares de las demandantes lesionadas.

(iv) Como consecuencia de las anteriores peticiones, condenar a los demandados, a pagar a título de indemnización a favor de las víctimas y sus familiares, las sumas de dinero determinadas en la pretensión a título de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, así:

- A favor de **Andrea Mayerlin Cánchala Bastidas**, por concepto de daño emergente consolidado la suma de $942.942.; a título de daño emergente futuro único, la suma de $132.200.000, a título de lucro cesante consolidado, la suma de $8.415.203; a título de lucro cesante futuro, la suma de $80.698.823. A título de daño moral directo, la suma de 100 SMMLV, y daño moral en condición de hija de la otra víctima, la suma de 100 SMMLV; a título de daño a la vida de relación directo, la suma de 200 SMMLV; a título de pérdida de oportunidad, la suma de 200 SMMLV.

- A favor de **Mercedes del Consuelo Bastidas**, por concepto de daño emergente consolidado la suma de $2.515.176; a título de lucro cesante consolidado, la suma de $5.118.526; a título de lucro cesante futuro, la suma de $46.334.993 A título de daño moral directo, la suma de 100 SMMLV, y daño moral en condición de madre de la otra víctima, la suma de 100 SMMLV; a título de daño a la vida de relación directo, la suma de 200 SMMLV; a título de daño psicológico, la suma de 100 SMMLV.

- A favor de **Javier Raul Canchala Jimenez** (padre y esposo), a título de daño moral, la suma de 200 SMMLV;

- A favor de **Javier Alexander Canchala Bastidas**, (hijo y hermano), a título de daño moral, la suma de 150 SMMLV

- A favor de **Mercedes Cundar** (mama y abuela), a título de daño mora, la suma de 150 SMMLV

- A favor de **Ayda Nubia Bastidas** (tía y hermana), a título de daño moral, la suma de 70 SMMLV

- A favor de **Beatriz Canchala** (tía), a título de daño moral, la suma de 35 SMMLV

- A favor de **Flavio Bastidas** (tío y hermano), a título de daño moral, la suma de 70 SMMLV

- A favor de **Luis Bastidas** (tío y hermano), a título de daño moral, la suma de 70 SMMLV

- A favor de **Luis Chanchala** (tío), a título de daño moral, la suma de 35 SMMLV

- A favor de **Luis Chanchala** (abuelo), a título de daño moral, la suma de 50 SMMLV

- A favor de **Maria Jiménez** (abuela), a título de daño moral, la suma de 50 SMMLV

- A favor de **Maria Canchala** (tía), a título de daño moral, la suma de 35 SMMLV

- A favor de **Myriam Canchala** (tía), a título de daño moral, la suma de 35 SMMLV

- A favor de **Oscar Bastidas** (tío y hermano), a título de daño moral, la suma de 70 SMMLV

- A favor de **Tito Bastidas** (tío y hermano), a título de daño moral, la suma de 70 SMMLV

2.- LOS HECHOS. -

Como principales hechos invocados en la demanda, se sintetizan los siguientes:

- El día 20 de junio de 2017, MERCEDES DEL CONSUELO BASTIDAS CUNDAR y su hija ANDREA MAYERLIN CANCHALA BASTIDAS, abordaron el bus de placas SPS 472 afiliado a EXPRESO BOLIVARIANO S.A., ubicándose en los puestos posteriores al del conductor del automotor.

- Se afirma en la demanda que en el sitio conocido como La Josefina de la vía que de Ipiales conduce a Pasto, por presunto “exceso de velocidad” el conductor del automotor pierde el control del vehículo, colisionando contra la montaña, lanzando abruptamente del bus hacia afuera, a las demandantes.

- Como consecuencia del accidente, ANDREA MAYERLIN es diagnosticada con politraumatismos y amputación traumática del miembro superior derecho, al paso que su madre MERCEDES DEL CONSUELO es diagnosticada con "tec moderado, amnesia del momento, además de lesión en cabeza con pérdida de aproximadamente 85% de cuero cabelludo, secundario a arrancamiento por trauma, exposición ósea de cráneo, compromiso de galea craneal, con cuerpo extraños múltiples, amputación traumática de orejas bilateral, defectos de cobertura de regiones malar y frontal, destrucción de conducto auditivo externo, trauma en rodilla derecha, disminución de fuerza muscular en miembro inferior derecho, dolor en región cervical y región dorsal, dolor en región torácica derecha, disnea leve".

- Mercedes del Consuelo Bastidas, presentó una incapacidad definitiva de 150 días, deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente, perturbación funcional del miembro inferior derecho de carácter permanente, perturbación de la audición de carácter permanente. Su pérdida de capacidad laboral y ocupacional ascendería al 29.50%.

- Andrea Mayerlin Cánchala presentó una incapacidad definitiva de 55 días, pérdida anatómica del miembro superior y trastorno depresivo moderado. Su pérdida de capacidad laboral y ocupacional ascendería al 48.50%

3.- EL TRAMITE PROCESAL

El 25 de octubre de 2019, se presenta en escrito integrado, reforma de demanda, a fin de aclarar que, al momento de ocurrencia de los hechos, AIG SEGUROS COLOMBIA hoy SBS COLOMBIA S. A., tenía vigentes las Pólizas N° 1000916 de amparo a la Responsabilidad extracontractual; N° 1000094 de amparo a la Responsabilidad Contractual; y la N°1000208 que ampara de Responsabilidad Civil Extracontractual en exceso del vehículo de Placas SPS-472 afiliado a Expreso Bolivariano S.A.

Los demandados contestaron la demanda y su reforma oportunamente, oponiéndose a los hechos y pretensiones, así como invocando excepciones de mérito. Expreso Bolivariano efectuó llamamiento en garantía contra SBS COLOMBIA S.A, con fundamento en las pólizas citadas.

El 30 de enero de 2020 se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P. el 23 de Julio se llevó a cabo la audiencia de instrucción y juzgamiento, fecha en la cual el Despacho indicó el sentido de la decisión. La sentencia se profirió por escrito el 6 de agosto del año en curso.

4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y LA DECISION QUE NEGO SU ADICION Y ACLARACION. -

Luego de analizar y encontrar probados los presupuestos procesales para dictar sentencia, el Despacho se ocupó de analizar los presupuestos de la responsabilidad contractual y extracontractual, para luego ocuparse de analizar la responsabilidad frente a actividades riesgosas o peligrosas, para señalar que el artículo 2356 del Código Civil, según el cual, en la conducción de automóviles se presume la culpa eximiendo al perjudicado de demostrarla; y corresponderá al demandado desvirtuar su responsabilidad acreditando alguno de los eximentes como son la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención de un elemento extraño o la culpa de la víctima.

A continuación el Despacho efectuó el análisis de las pruebas aportadas al proceso, encontrando probada la celebración del contrato de transporte entre las demandantes Andrea Mayerli Canchala y Mercedes del Consuelo Bastidas, en condición de pasajeras y la empresa Expreso Bolivariano S.A., en condición de transportadora, así como la ocurrencia del accidente, por virtud del cual se habría incumplido el contrato de transporte, en particular de la obligación de conducir sanos y salvos a los pasajeros a su lugar de destino.

Respecto del daño, apoyándose en la prueba documental, en particular, los informes periciales de clínica forense emitidos por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Unidad Básica de Ipiales, firmados por los profesionales Jesús Romo Caicedo y Vicente Javier Narváez Arellano, y el profesional Fernando Alonso Jurado Rosero adscrito a la Unidad básica de la ciudad de Pasto, encontró probado el Despacho que la demandante Andrea Mayerlin Canchala sufrió lesiones consistentes en la pérdida anatómica del miembro superior derecho, así como trastorno depresivo moderado.

Con relación a la señora Mercedes del Consuelo Bastidas, encontró probada la deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente; deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; perturbación funcional de miembro inferior derecho de carácter permanente; perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter permanente; perturbación funcional de órgano de la audición de carácter permanente.

Con fundamento en los testimonios de XIOMARA ELIZABETH ARANGO, CAREN YULIET MORALES, HERNAN RAMIRO ROJAS y HAROLD NASTUAL encontró probadas la afectación sufrida por las víctimas directas y sus familiares, como consecuencia del accidente y las lesiones por ella padecidas.

Por otra parte, en cuanto al nexo causal, encuentra probado el juzgado que las lesiones y sufrimientos padecidos por los demandantes son consecuencia del accidente.

A continuación se ocupa el Despacho de examinar la eximente de responsabilidad invocada por las demandadas consistente en la conducta de un tercero, por virtud de la cual se invocó que el conductor conducía acatando las normas que en materia de tránsito establece el artículo 55 de la ley 769 de 2002, no obstante lo cual, el siniestro ocurrió en razón de que sobre la capa asfáltica "había una gran mancha de aceite que fue la que ocasionó el accidente", lamentablemente producida por un tercero no identificado, quien al transitar por dicha vía generó un derrame de aceite, que además, por descuido de una entidad estatal o privada encargada del mantenimiento de la vía omitió hacerlo.

Como bien lo señala el Despacho, dicha excepción tiene fundamento en el Informe Policial de Accidente de Tránsito IPAT, que en reproducción mecánica obra a folios 342-343 del expediente, relacionado con el lugar, fecha, hora y automotor siniestrado, rendido por el Patrullero HERNANDEZ CRUZ WILMER, el que registra en la casilla 11, referida a la hipótesis del accidente de tránsito, las anotaciones 303 y 304 relacionadas con las características de la vía. Estas anotaciones corresponden a la 303: "SUPERFICIE LISA", cuando sobre la vía se encuentre aceite, barro o similares, y 304 "SUPERFICIE HUMEDA", cuando la vía o parte de ella se encuentre mojada.

Adicionalmente, relaciona el Despacho que obra en el proceso el testimonio rendido por el mismo Patrullero, quien, según el Despacho, indicó que *"… como había lluvia en el kilómetro 26 + 960, supone que el conductor acciona los frenos del bus, en tanto el lugar es una pendiente, que, por la lluvia y el aceite regado, rapea en el asfalto y al perder el control choca contra la peña."*. Sin embargo, el Despacho desestima la conclusión del informe policial, por considerarla incoherente con la declaración efectuada por el conductor, según la cual, *"… al tomar la curva pierde el control sin poder reaccionar a la presunta mancha de aceite."*

Adicionalmente, el Despacho desestima el informe policial, en tanto que en el croquis no se encuentra la presunta mancha de aceite y aun cuando se habría dejado registro fotográfico donde se podría observar dicha mancha, estas fotografías no se habrían aportado al proceso. Por lo anterior, concluye el Despacho que la citada prueba carece del poder de convicción necesario sobre la existencia de una presunta mancha de aceite en la vía por actividad de un tercero.

A renglón seguido, refiere el Despacho que las demandantes pasajeras del vehículo admitieron no haber utilizado el cinturón de seguridad, circunstancia que *"… cconstituye factor a tomar en cuenta para regular los valores de la indemnización."*

Así las cosas, El Despacho encontró probada la responsabilidad de las demandadas, así como la existencia y condiciones del contrato de seguro.

En cuanto al perjuicios, el Despacho concluyó que los valores solicitados para la demandante Andrea Mayerly Bastidas, se encuentran respaldados en documentos razonables, y por lo

tanto accede a concederle las siguientes sumas: $942.942 por concepto de daño emergente consolidado; $130.000.000 por concepto de daño emergente único (respaldado en la cotización aportada para la prótesis del miembro superior); por concepto de daño moral, concede sólo las sumas reclamadas a título directo, por valor de $70.000.000 y el daño a la vida de relación, por valor de $40.000.000. El lucro cesante y el perjuicio atinente a la pérdida de oportunidad fueron negados.

Respecto a la demandante Mercedes del Consuelo Bastidas, admite la prueba documental aportada y por lo tanto, concede las siguientes sumas: Por daño emergente, la suma de $2.515.176; por concepto de daño moral, concede sólo las sumas reclamadas a título directo, por valor de $70.000.000 y el daño a la vida de relación, por valor de $40.000.000. El lucro cesante fue negado.

En cuanto a los perjuicios extrapatrimoniales solicitados por los familiares, consideró el Despacho que las graves afectaciones de las víctimas "debe" ocasionarles "…dolor, impotencia, soledad, desasosiego y profunda aflicción; no solamente a su familia nuclear, sino también para sus padres y hermanos, a quienes se trasmiten los sentimientos de dolor, como así dieron cuenta incluso con llanto, los demandantes en sus interrogatorios, corroborados en los testimonios de Xiomara Elizabeth Arango, Caren Yuliet Morales, Hernán Ramiro Rojas y Harold Leonardo Nastul.. Así las cosas, y atendiendo las pautas jurisprudenciales contenidas en la decisión de la Corte Suprema de Justicia SC13925-2016, aplicable a un evento de fallecimiento de una persona, concede las siguientes sumas:

JAVIER RAUL CANCHALA JIMENEZ (Esposo)**: $ 50´000.000, oo**
JAVIER ALEXANDER CANCHALA (Hijo y hermano víctimas)**: $ 40´000.000, oo**
MERCEDES CUNDAR DE BASTIDDAS (Madre y abuela) **$ 50´000.000, oo**
AYDA NUBIA BASTIDAS CUNDAR ((Tía y hermana) **$ 30´000.000, oo**
BEATRIZ EMERITA CANCHALA (Tía) **$ 20´000.000, oo**
FLAVIO GILBERTO BASTIDAS CUNDAR (Tío y hno.) **$ 30´000.000, oo**
LUIS ARTEMIO BASTIDAS CUNDAR (Tío y Hno.) **$ 30´000.000, oo**
LUIS EDUARDO CANCHALA JIMENEZ (tío) **$ 20´000.000, oo**
LUIS RAUL CANCHALA ANRANGO (Abuelo) **$ 40´000.000, oo**
MARIA EMERITA JIMENEZ DE CANCHALA (Abuela) **$ 40´000.000, oo**
MARIA LIGIA CANCHALA JIMENEZ (Tía) **$ 20' 000.000, oo**
MYRIAM DEL SOCORRO CANCHALA JIMENEZ (Tía) **$ 20´000.000, oo**
OSCAR OLIMPO BASTIDAS CUNDAR (Tío y hermano) **$ 30´000.000, oo**
TITO ELIAS BASTIDAS CUNDAR (Tío y hermano) **$ 30´000.000, oo**

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Despacho resolvió:

(i) Declarar la falta de prosperidad de las excepciones de mérito formuladas por la parte demandada y la llamada en garantía, frente a las pretensiones de la demanda.

(ii) Declarar civil y contractualmente responsables a los demandados por los daños ocasionados a las señoras MERCEDES DEL CONSUELO BASTIDAS CUNDAR y ANDREA MAYERLIN CANCHALA BASTIDAS, en hechos ocurridos el 20 de junio de 2017.

(iii) Declarar civil y extracontractualmente responsables a los demandados por los perjuicios inmateriales ocasionados a los familiares de las víctimas, con ocasión del accidente.

(iv) Condenar a los demandados al pago de las sumas señaladas anteriormente.

Mediante decisión de 24 de Agosto de 2020, el Despacho negó las solicitudes de adición y aclaración presentadas contra el fallo, en las cuales se le solicitaba aclarar cuáles son las pólizas con base en las cuales se produjo la condena contra la Aseguradora, a pesar de que la compañía fue vinculada al proceso con cuatro pólizas de seguro diferentes, así como se solicitaba al Despacho complementar el fallo para pronunciarse respecto de la sanción a que se refiere el artículo 206 del Código General del Proceso.

El Despacho en la citada decisión, consideró que al condenarse a la Aseguradora SBS SEGUROS COLOMBIA S. A., a pagar solidariamente las sumas de dinero, se puntualiza que es hasta el límite de los valores asegurados, sin que se estime la necesidad de discriminar o reproducir la individualidad de la Pólizas a afectar, ya que la condena no podría entenderse respecto de pólizas que no cubran la responsabilidad contractual.

Y respecto de la sanción de que trata el artículo 206 del Juramento Estimatorio, consideró el Despacho que en la parte motiva expresamente se pronunció respecto de que la oposición al juramento estimatorio no prosperaba.

Pues bien, la parte que represento impugna la sentencia de primera instancia, impugnación que comprende la decisión de 24 de agosto de 2020, por las razones que …se proceden a detallar.

II.- CONSIDERACIONES. -

Se solicita respetuosamente al despacho se **REVOQUE EN SU INTEGRIDAD**, con fundamento en los motivos de inconformidad que se proceden a detallar los cuales fueron previamente expuestos al juez de primera instancia:

i) En la responsabilidad contractual, el incumplimiento del convenio privado da lugar al reconocimiento del daño, y su extensión dependerá de si puede o no imputarse dolo al deudor (artículo 1616 del Código Civil). Sin embargo, en las obligaciones de resultado, basta demostrar que el contrato se incumplió o se ejecutó de manera tardía, imperfecta o incompleta, para que surja la obligación de pagar los daños sufridos o los acordados, según el caso.

ii) En tratándose del contrato de transporte, nos encontramos ante una obligación de resultado, en la que el cumplimiento de los deberes de prudencia no exonera al transportador de responsabilidad por las lesiones que sufre el pasajero en razón o con ocasión de la ejecución del contrato de transporte. Sólo la causa extraña y la culpa exclusiva de la víctima eximen de la obligación de indemnizar: *«El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño le fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación»*. (Artículo 992 del Código de Comercio)

iii) El artículo 1003 del Código de Comercio dispone que d*icha responsabilidad sólo cesará cuando el viaje haya concluido; y también en cualquiera de los siguientes casos: … 1. Cuando los daños ocurran por obra exclusiva de terceras personas; 2. Cuando los daños ocurran por fuerza mayor, pero ésta no podrá alegarse cuando haya mediado culpa imputable al transportador, que en alguna forma sea causa del daño;3. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero, o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior del mismo que ni hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables al transportador".*

iv) Ahora bien, en materia de responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas se prescinde del juicio de reproche subjetivo, sin que ello implique responsabilidad, porque para su declaración es necesario demostrar que el daño le es imputable al agente. En esta clase de responsabilidad, rige el principio de reparación integral de los perjuicios, los cuales tienen carácter indemnizatorio, pero no sancionatorio. Por ello, la reparación tiene que concretarse al monto de los daños que resulten probados.

En el presente asunto, las demandantes Mercedes Bastidas y su Hija Andrea Mayerlin Chanchala, ejercen la acción contractual. Sus familiares, esposo, padre, abuelos, hermanos, tíos actúan en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual.

Pues bien, de la valoración de la prueba obrante en el expediente se concluye que no existen los presupuestos de responsabilidad sea contractual o extracontractual, a cargo de Expreso Bolivariano, por las razones que se expresan a continuación:

3.1. La Existencia de Causa Extraña. -

En el presente asunto, le solicito al Superior se sirva REVOCAR EN SU INTEGRIDAD la sentencia de primera instancia, como quiera que no se encuentran probados los presupuestos de responsabilidad y, por el contrario, se ha probado la existencia de una causa extraña que dio lugar al accidente reseñado.

En efecto, en el informe del policial se dejó expresa constancia las circunstancias de la vía la cual se encontraba húmeda y lisa al momento del accidente, como consecuencia de la lluvia y la existencia de una mancha de aceite, así lo deja en claro el policial en su testimonio: "*se puede asegurar que es un aceite, se encuentra lisa por eso el vehículo rapó"* quien además dejó constancia de que en esa parte de la vía los vehículos siempre transitan a baja velocidad por su alta peligrosidad, que en esa curva en particular es necesario siempre activar los frenos, en efecto, el tramo vial exige el frenado de todo vehículo en circulación para evitar la pérdida de la superficie de rodadura, súmese a ello según declaración del policial el cual indica que no existía ninguna huella de frenado o de derrape con el fin de calcular físicamente o presumir un exceso de velocidad.

Advierte el Despacho una presunta incoherencia entre la versión del conductor y la versión del patrullero, la cual, dicho sea de paso, es absolutamente inexistente. El mismo conductor hizo referencia a la existencia de la mancha de aceite, lo cual ocasionó la pérdida del control de vehículo, siendo del caso señalar que el conductor jamás aseveró no haber accionado los frenos; lo único que manifestó es que en el momento en que perdió el control del vehículo no fue posible efectuar maniobra alguna.

Ahora bien, lo que si puede advertirse es la falta de motivación en el fallo respecto a determinar la causa del accidente, en efecto, el juzgador no logra establecer en todo el argumento condenatorio cual es la causa determinante del siniestro.

Debe señalarse que el patrullero HERNANDEZ CRUZ realiza con su testimonio una complementación al informe de accidente de tránsito para determinar claramente, sin contradicción alguna, cuáles son las condiciones de la vía y las maniobras del conductor en el tramo vial donde se presenta el accidente basado en su conocimiento y reglas de experiencia es evidente que se presenta un líquido extraño – aceite – ; no obstante el juzgador de primera instancia no presenta argumento alguno para apartarse de la hipótesis de accidente indicado por la autoridad, de hecho, revisada la sentencia tampoco logra el juzgador apreciar pruebas que determinen lo establecido como causa del accidente según la parte actora, esto es, un presunto exceso de velocidad, en síntesis, dentro del contenido material de la sentencia, el juzgador no establece cuál es la infracción a la norma por parte del conductor de la empresa de transporte.

En efecto, se hace necesaria realizar un análisis juicioso de la dinámica del accidente por parte del juzgador para establecer la causa del mismo con fundamento en criterios objetivos, lógica y reglas de experiencia, es así como en sentencia CSJ - SC 7978 -2015 del 23 de junio de 2015, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez:

"Frente al ataque así planteado, que manifiesta una suposición o alteración del contenido material que emerge del mentado documento, halla la Sala que no hay tal, pues, la inferencia que extrajo el sentenciador de la prueba, esto es, que el accidente ocurrió por la invasión que del carril contrario hizo el conductor del automóvil, no obedeció a la aprehensión ciega e irreflexiva de una hipótesis o causa probable enunciada por la autoridad vial, sino a la inteligencia que otorgó el juzgador a cada uno de los elementos objetivamente descritos en el informe y en el croquis (posición final de los carros y longitud de las huellas), analizados a través de una actividad lógica basada en las reglas de la experiencia"

El informe policial claramente señaló la causa del accidente y la circunstancia de que presuntamente en el croquis no aparezca la mancha de aceite no desvirtúa la conclusión según la cual, de la observación del lugar del accidente y las condiciones de la vía, la causa única del accidente lo fue el difícil estado de la vía, hecho coadyuvado por testigo de la parte actora, señor HECTOR DARIO ROJAS, que ocasionó que aún un vehículo de las características del utilizado por la empresa para el servicio de transporte, perdiera el control.

La parte actora no desvirtuó las conclusiones del informe ni del patrullero que compareció a este proceso ratificando todas y cada una de las conclusiones allí consignadas.

La circunstancia según la cual con el informe policial no se hayan aportado las fotografías en las que apareciere la mancha, no desvirtúa la conclusión aportada en el informe, producto de la observación directa efectuada por el patrullero de vía y de las condiciones existentes al momento del accidente. Y si en todo caso, la parte actora aportó de manera incompleta el informe policial, ello imponía al Fallador el ejercicio de sus facultades oficiosas en materia probatoria, a fin de esclarecer los hechos objeto de la litis y encontrar la verdad real y material de la controversia, no obstante, la ideación jurídica del juzgado es lacónica sobre hecho tan importante dentro de la decisión ya que indica:

"Señala el doctrinante Dr. JAVIER TAMAYO JARAMILLO, que cuando se invoca el hecho de un tercero como causal exoneratoria, existe la tendencia de que se deba identificar a quien realmente ha causado el daño, sin embargo, algunos expositores consideran que no, lo que parece ser más equitativo, puesto que muchas veces el causante del daño huye; en todo caso, sí se exige la plena prueba de tal acontecer, así no se identifique al tercero.

La prueba materia de análisis, carece del poder de convicción necesario sobre la existencia de una presunta mancha de aceite en la vía por actividad de un tercero desconocido, pues, se itera, como simple hipótesis que ocasionara el accidente, se desentendió la parte demandada

de demostrar su ocurrencia, por ello las pretensiones están llamadas a prosperar. "[1]

Por lo anterior, existe en este proceso una causal de exoneración de responsabilidad, como lo es la causa extraña, en tanto que el accidente habría ocurrido por causa del mal estado de la vía. Y es que el hecho de que el conductor se encuentre en un punto determinado de la vía, con una mancha de aceite, agravada además por la humedad consecuencia de la lluvia, constituye un evento a todas luces sorpresivo y excepcional.

Al tratarse de una causa extraña, en tanto imprevisible e irresistible, libera de todo reproche jurídico el actuar del transportador[2], pues es totalmente ajena al control y participación de la empresa transportadora.

3.2. La inexistencia de prueba del exceso de velocidad.

La demanda afirma que la causa del accidente lo fue el exceso de velocidad, de otra parte el Despacho no determina la causa del accidente según el contenido material del fallo, el juez olvida realizar un análisis de la prueba para inferir la causa del accidente, tan necesario detalle es olvidado por completo a efectos de determinar la responsabilidad (contractual y extracontractual) es por ello que, además de la no existencia de prueba sobre el referido exceso, se presenta una violación al principio de congruencia de lo establecido en la demanda con la decisión del *a quo.*

En efecto, afirma el demandante que se habría probado en el proceso, que en el lugar del accidente existía una señal que indicaba que el límite máximo de velocidad era de 30 Km/h y que, en los interrogatorios de parte absueltos por el conductor y el representante legal de Expreso Bolivariano, se habría aceptado que el vehículo transitaba en el lugar de los hechos a una velocidad aproximada de 45 Km/h.

No obstante, se destaca desde ya que ninguna prueba se aportó al plenario que dé cuenta de la existencia de dicha señal en el lugar y fecha del accidente y, por ende, del límite máximo de velocidad de 30 Km/h. Por el contrario, la parte actora, valiéndose del testimonio de HERNAN DARIO ROJAS, intentó acreditar esta situación, a través de la presunta respuesta a un derecho de petición presentado presuntamente, por el testigo en la diligencia de instrucción y juzgamiento.

---

[1] Pag, 29 sentencia

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 26 de noviembre de 1999, exp. 5220

Sin embargo, ese derecho de petición y su respuesta, no constituyó una prueba decretada en este proceso, y respecto de la misma no fue posible a las partes demandadas ejercer contradicción alguna, como quiera que no lo conocieron ni tuvieron forma de confirmar las aseveraciones efectuadas por el testigo en relación con el contenido de dicha respuesta. Y si bien el testigo mostró en cámara unas fotos del lugar del accidente donde aparecería una señal que el límite de velocidad en comento, lo que pudo observarse es que dicha fotografía fue tomada en abril de este año.

Así las cosas, al no haberse probado el límite de velocidad de 30 Km/h, no puede considerarse que la velocidad del vehículo al momento del accidente se reitera, de aproximadamente 45 Km/h, constituya exceso de velocidad, bajo este precedente cabe cuestionarse: ¿cuál fue la causa del accidente de tránsito?; esta cuestión de tal vital importancia en un proceso de responsabilidad dual – contractual y extracontractual - no es contestada en el fallo.

Por ende, no existe prueba de que la causa del accidente haya sido imprudencia del conductor o exceso de velocidad y si bien, el transporte es una actividad peligrosa en la cual se presume la culpa, ello no impide al juzgador evaluar conforme a la sana crítica todos los hechos y pruebas que sean allegadas al plenario, en demostración de las excepciones invocadas y que, en este caso, dan cuenta de la existencia de una causa extraña como única causa eficiente del accidente.

3.3. El hecho de la víctima. -

En el presente asunto, fue demostrado suficientemente que el vehículo de Expreso Bolivariano contaba con cinturones de seguridad en todos sus asientos al momento del accidente. En efecto, se acreditó a través de los interrogatorios rendidos por el conductor y el representante legal de la transportadora, que el vehículo portaba el cinturón en todas sus sillas; también se acreditó que el vehículo había pasado satisfactoriamente la revisión técnico-mecánica que impone como requisito que el vehículo conste de dicho implemento de seguridad y, además, el patrullero que acudió al lugar del accidente así lo constató en el testimonio rendido.

Se encuentra acreditado que las pasajeras NO UTILIZARON el cinturón de seguridad, pues ellas mismas lo aceptaron en los interrogatorios rendidos, igualmente el patrullero señala: "*las dos ciudadanas no utilizaron el cinturón de seguridad y por eso salen expulsadas del vehículo*" más adelante precisa: *"el cinturón de seguridad no estaba abrochado de los pasajeros que ocupaban esa silla*"; de tal suerte, el nexo causal de las lesiones con la conducta de las lesionadas es claro, pues de utilizar el cinturón es evidente que hubieren corrido la misma suerte que los demás pasajeros los cuales no sufrieron lesión alguna, se reitera, las aquí demandantes son las únicas lesionadas en el accidente.

Se encuentra debidamente probado que las dos únicas pasajeras del vehículo que salieron expulsadas del mismo ocurrido el accidente, fueron las aquí demandantes. Los demás pasajeros permanecieron en sus asientos, sin heridas de consideración, pese al golpe del vehículo.

La utilización del cinturón de seguridad es una obligación legal, al tenor de lo dispuesto por el artículo 82 de la ley 769 de 2002, obligación legal a cargo del conductor y de los pasajeros, sin que sea menester para la observancia de dicho deber, que el conductor del vehículo haya informado o solicitado a los pasajeros utilizar el cinturón. La sola circunstancia de que la silla tenga el cinturón implica para el pasajero la obligación de utilizarlo.

No obstante, en el presente asunto, las pasajeras omitieron cumplir con esa obligación y por lo mismo, se expusieron libre y voluntariamente a los riesgos de su actuar imprudente. Téngase presente además que como se demostró en el proceso, la demandante Andrea Mayerlin Canchala, estudiaba en la ciudad de Pasto y por lo tanto viajaba constantemente por la vía donde se accidentó el vehículo, lo que supone su previo conocimiento de la obligación de portar el cinturón de seguridad, de las condiciones de la vía y su peligrosidad.

Sin embargo, a pesar de que el Despacho advirtió que las pasajeras incumplieron con dicha obligación legal y reconoció que tendría en cuenta tal hecho al momento de determinar la indemnización, al establecer los perjuicios olvidó por completo tener en cuenta esta circunstancia que sin duda alguna, constituyó la única causa determinante del daño y del perjuicio causado, toda vez que, es evidente que de haber tenido sujetado el cinturón de seguridad las víctimas directas, no hubiesen salido expulsadas del vehículo, situación que a la postre, ocasionó la gravedad de las heridas y amputaciones de sus miembros, recordando que no resultó lesionado ningún otro pasajero, siendo menester reiterar que fueron las únicas pasajeras expulsadas del vehículo.

Por lo tanto, le solicito al Superior que, en el evento de desechar la excepción relacionada con la causa extraña, tenga en cuenta la existencia de una causa eficiente del daño y de los perjuicios sufridos por las víctimas, como lo fue la actuación negligente e imprudente por parte de las pasajeras de no hacer uso del cinturón de seguridad.

Ha señalado la Jurisprudencia;

> *"…no se debe desconocer que la conducta positiva o negativa de la víctima puede tener incidencia relevante en el examen de la responsabilidad civil, pues su comportamiento puede corresponder a una condición del daño"*
>
> *(…)*

Tal enfoque deviene importante, porque al margen de corresponder con la circunstancia puramente fáctica, su cálculo obedece a determinar la posibilidad real de que el comportamiento del lesionado haya ocasionado daño o parte de él, y en qué proporción contribuye hacerlo. Cuanto mayor sea la probabilidad, superior es la cuota de causalidad y su repercusión en la realización del resultado. De esa manera, se trata de una inferencia tendiente a establecer "el grado de interrelación jurídica entre determinadas causas y consecuencias".[3]

Y en caso objeto de estudio, la importancia de este hecho es inobjetable, como quiera que **LAS ÚNICAS PASAJERAS QUE FUERON EXPULSADAS DEL VEHÍCULO FUERON LAS AQUÍ DEMANDANTES**, ningún otro pasajero resulto lesionado. Ello es demostrativo sin lugar a mayores exámenes técnicos o científicos, que, de haberse sujetado el cinturón de seguridad, sus heridas no hubieran tenido la proporción y gravedad de las sufridas efectivamente.

Es menester señalar que la Honorable Corte Suprema de Justicia, así como la Corte Constitucional, han sido claras al señalar que el principio general del derecho según el cual Nadie puede obtener provecho de su propia culpa (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans), hace parte del ordenamiento jurídico colombiano[4]

"En síntesis, el principio general del derecho según el cual Nadie puede obtener provecho de su propia culpa (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans), hace parte del ordenamiento jurídico colombiano. Siendo ello así, evidente resulta que las acá accionantes tuvieron la culpa de salir expulsadas del vehículo automotor por NO HABER USADO EL CINTURÓN DE SEGURIDAD, que tenía el carro. Máxime cuando se tiene que fueron las ÚNICAS PASAJERAS que salieron expulsadas del vehículo, lo cual denota que su falta de autocuidado ocasionó la gravedad de las lesiones que pretenden les sean acá indemnizadas.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional por vía de Tutela[5], ha señalado lo siguiente:

"PRINCIPIO NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA-Contenido y naturaleza

Una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable. ***Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma****. Este principio no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico. No obstante, lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho alusión a su naturaleza de regla general del derecho, al derivarse de la aplicación de la analogía*

[3] CSJ SC2107 DE 2018

[4] CC T-1231 de 2008), Rad: CC T-1231/08 CC T-1114/03 CC T-686/07; STP12170-2019

[5] T-122-17

iuris. Por ello, cuando el juez aplica dicha regla, se ha señalado que el mismo no hace otra cosa que actuar con fundamento en la legislación.

PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS-Nadie puede alegar a su favor su propia culpa

La Corte Constitucional ha mantenido una línea jurisprudencial respecto del aforismo "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans", a través de la cual sostiene que ***el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe****. Cuando ello ocurre, es decir, que el particular o la autoridad pública pretende aprovecharse del propio error, dolo o culpa, se ha justificado la aplicación de este principio como una forma de impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo* ***que la persona está prima facie en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar*** *doloso."*

Así las cosas le solicito al H Tribunal que al momento de establecer la existencia de responsabilidad, se sirva tener en cuenta que la causa única y determinante del daño y sus perjuicios, lo fue el actuar imprudente y negligente de las demandantes, pues, vuelve y se reitera, fueron las únicas pasajeras que salieron expulsadas del vehículo.

Ahora bien, si en el peor de los escenarios el cuerpo colegiado que conocerá de la segunda se llegara considerar que existe responsabilidad de mi representada, resultaría necesario que se examine a la luz del fenómeno jurídico de la compensación de culpas, en efecto la sentencia de la Honorable corte ya citada ha manifestado:

"En rigor, cuando la causa del daño corresponde a una actividad que se halla en la exclusiva esfera de riesgo de uno de los sujetos, éste será responsable único, y a contrario sensu, concurriendo ambas, se determina su contribución para atenuar el deber de repararlo.

De esta manera, el juzgador valorará la conducta de las partes en su materialidad objetiva y, en caso de encontrar probada también una culpa o dolo del afectado, establecerá su relevancia no en razón al factor culposo o doloso, sino al comportamiento objetivamente considerado en todo cuanto respecta a su incidencia causal."

"…"

"7.6.1. Sin embargo, aun cuando la entidad causal, tratándose de la convergencia de actividades peligrosas, es determinante para establecer el grado de participación de la víctima en el siniestro, ***y por esa línea calcular la deducción del quantum***

resarcitorio, *tal elemento de análisis no es exclusivo para ese tipo de eventos concurrentes, pues resulta igual de preponderante en situaciones donde el lesionado, pese a no desarrollar una labor riesgosa, pero actuando de manera culposa, contribuye efectivamente en la coproducción del daño."*

Se reitera que la obligación de portar el cinturón de seguridad se encuentra bajo la esfera de autoprotección y cuidado de las víctimas, que su uso se circunscribe a su propia esfera en tanto así mismo el nexo causal de tal omisión a los deberes como pasajeras y las lesiones son de tal entidad que fueron las únicas lesionadas en el accidente al momento de salir expulsadas del bus.

En efecto el código nacional de tránsito en su artículo 2º advierte:

*"**Cinturón de seguridad**: Conjunto de tiras, provisto de hebilla de cierre, dispositivos de ajuste y de unión, cuyo fin es sujetar a los ocupantes al asiento del vehículo, **para prevenir que se golpeen cuando suceda una aceleración, desaceleración súbita o volcamiento."***

Así mismo conforme lo establecido en las resoluciones 19200 de 2002 y 3027 de 2010 por referidas por el Ministerio de transporte, son explicitas en colegir que el cinturón de seguridad es de uso obligatorio en la totalidad de los automotores de servicio público o privado, sumado a que el incumplimiento genera la correspondiente sanción de 15 SMMLV a cargo del conductor o los ocupantes del vehículo según lo establecido en la ley 1383 de 2010 "Manual de Infracciones y se dictan otras disposiciones":

"C. 06 No utilizar el cinturón de seguridad por parte de los ocupantes del vehículo y los cinturones de seguridad en los asientos traseros en los vehículos fabricados a partir del año 2004"

Bajo tal entendido, la obligación de la utilización del dispositivo de seguridad se encuentra en cabeza y dentro de la esfera de conducta de las pasajeras en tanto la norma les imputa la posibilidad de sancionar en caso del incumplimiento.

3.4 La falta de prueba de los perjuicios materiales

Afirma el Despacho que los documentos aportados por la parte dan cuenta razonablemente de los gastos incurridos – Daño Emergente - por las demandantes como consecuencia del accidente, conclusión que no se ajusta a derecho, pues los documentos aportados no dan cuenta de una relación con los hechos invocados como causantes del daño, como se demostrará en la presente sustentación del escrito de alzada.

Pero además, la parte actora no acreditó que estos costos hubiesen excedido los valores cubiertos por el SOAT o por la EPS a la cual se encuentran afiliadas las víctimas directas.

Finalmente, se opone la demandada al reconocimiento del daño emergente futuro otorgado por el fallador, a favor de Andrea Mayerlin Canchalá, correspondiente al valor de una prótesis de su miembro superior, como quiera que este tipo de implementos son concedidos por los planes obligatorios de salud, tanto contributivos como subsidiados. [6]

Al respecto la Resolución No. 2481 del 24 de diciembre de 2020, del Ministerio de Salud y Protección Social indica que las prótesis de miembros superiores hacen parte de los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPOC), la norma enseña:

"Artículo 60. Ayudas técnicas. Los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC incluyen las siguientes ayudas técnicas:
"…)
2. Prótesis ortopédicas externas (exoprótesis), para miembros inferiores y superiores, incluyendo su adaptación, así como el recambio por razones de desgaste normal. crecimiento o modificaciones morfológicas del paciente, cuando así lo determine el profesional tratante. "
"…"

Súmese que la cotización no fue ratificada por el tercero que la elaboró, en si es un documento huérfano de su creador igualmente las plataformas sociales (Facebook) abierta al público muestran la prótesis utilizada por ANDREA MAYERLI CANCHALA siendo procedente la proposición de la factura de compra en caso de adquisición de la misma con emolumentos propios, en efecto, los anexos adjuntos al presente recurso dan cuenta de la prótesis estética (pasiva), bajo tal hecho, y en cumplimiento de los principios de justicia y equidad, en ordena la reparación económica del perjuicios, se hace necesario que el Honorable tribunal, en caso de condena, ordene el pago del valor de adquisición de la prótesis.

Por último, atina el despacho en negar el daño material de lucro cesante consolidado y futuro, bien se parecía que el petitum de la parte actora se fundamenta en meras expectativas, sin

[6] Al efecto, téngase presente la sentencia T:371 de 2008:
"Esta Corte en varias ocasiones ha analizado el contenido de los planes obligatorios de salud, tanto del régimen contributivo como del régimen subsidiado, establecido en las diferentes disposiciones que ha proferido el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y el Gobierno. Es así que del estudio que esta Corporación hizo del Acuerdo N° 72 del 29 de agosto de 1997 y del artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994, concluyó que no se excluyen del POS o del POS-S, el suministro de prótesis ortopédicas para extremidades a fin de complementar la capacidad física del paciente. En consecuencia, las entidades de salud correspondientes deben proveer dichos aparatos a quien, a juicio del médico tratante, los requiera para recuperar la función anatómica de una extremidad perdida."

allegar prueba regular y oportuna que indique de forma objetiva y concluyente las actividades de la demandante MERCEDES DEL CONSUELO, así mismo se presentan conjeturas respecto a una pérdida de oportunidad en cuanto a la solicitud a favor de ANDREA MYERLIN CANCHALA, debe recordarse que el daño debe ser cierto, además de personal y directo, por demás la omisión de la prueba que acredite los daños patrimoniales es ostensible, siendo, de forma precisa, parte de la carga probatoria de la parte actora.

3.5. - La inexistencia de prueba del daño moral alegado por los familiares de las víctimas.

Se afirma en la sentencia que los familiares de las víctimas, que en este caso demandan en acción de responsabilidad extracontractual, se encuentra probada por las lágrimas derramadas en los interrogatorios, porque la gravedad de las heridas de sus familiares han debido causar enorme tristeza, y porque los testigos habrían dado cuenta del dolor sufrido por los familiares.

Nada más contrario a la realidad.

En primer lugar, se advierte desde ya que el daño moral se presume sólo frente a los familiares más cercanos, como padres, hijos, por sus relaciones y vínculos propios de su consanguinidad. **Para otros familiares, el daño deberá probarse**, prueba que deberá ser suficiente y plena, así lo ha decantado la jurisprudencia de forma pacífica y de vieja data, al respecto la sentencia de la C.S.J., del 25 de noviembre de 1992, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss enseña:

"a) En primer lugar, el que del daño moral se afirme que debe ser "personal" trae consigo que por -norma y en tanto por definición hiere derechos de la personalidad, pueda reclamar su reparación tan solo la víctima directa a título propio, entendiéndose que cuando ella no sobrevive al suceso, su muerte envuelve una legítima aflicción que generalmente experimentan aquellos con quienes estaba ligada por vínculos de parentesco cercano o de alianza, vínculos que en esencia son los que les permiten a los últimos ejercitar la acción indemnizatoria correspondiente ya que, en atención a esa "... urdimbre de las relaciones que se entretejen con ocasión de los vínculos propios de la familia ..." (C.S.J., Casación Civil de 28 de febrero de 1990 sin publicar), es de suponer que el fallecimiento del damnificado directo trae para sus allegados pesares, sensaciones dolorosas de entidad más o menos apreciable que el Derecho no puede, sin caer en notoria injusticia, dejar de contemplar bajo el argumento, tantas veces repetido por quienes se declaran enemigos de admitir la modalidad resarcitoria de la cual viene hablándose, de que por este camino podría llegar a abrirse paso una cascada indefinida de demandas por pretendidos daños morales contra el responsable. Y es por eso que en procura -de conjurar este riesgo, la doctrina jurisprudencial en el país se ha esforzado siempre por imprimirle a esta delicada materia un tratamiento claro, preciso y razonable, declarando por ende que la aludida legitimación para exigir reparación por daños no

patrimoniales inferidos por contragolpe a raíz de la muerte , accidental de una persona, debe fundarse por principio en el -trato familiar efectivo, criterio que como es bien sabido, la Corte ha venido manteniendo en reiterados pronunciamientos; "... por el aspecto de los perjuicios morales -expresa por ejemplo en fallo cíe casación de 18 de octubre de 1967 (C.J.T. CXIX, pág. 259)- es obvio que la muerte accidental de una persona -puede herir los sentimientos de afección de muchas otras y causarles sufrimientos, más o menos intensos y profundos. ***En principio, todos estos ofendidos estarían legitimados por el daño moral que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación -correspondiente; pero como el reconocimiento indeterminado de este derecho podría dar lugar a una ilimitada multiplicidad de acciones de resarcimiento, la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar este derecho a aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, se hallan en situación que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo ...",*** *de donde se sigue que originándose el ameritado derecho en las relaciones de familia, el demandante -del resarcimiento por daños morales quedará legitimado en causa demostrando, con prueba idónea desde luego, la real existencia de tales relaciones.*

b) En segundo lugar es del caso hacer ver que cuando se predica del daño moral que debe ser cierto para que haya lugar a su reparación, ***se alude sin duda a la necesidad de que obre la prueba, tanto de su existencia como -de la intensidad que lo resalta, prueba que en la mayor parte -de los supuestos depende en últimas de la correcta aplicación, no de presunciones legales*** *que en este ámbito la verdad sea dicha el ordenamiento positivo no consagra en parte alguna, sino de simples presunciones de hombre cuyo papel es aquí de grande importancia, toda vez que quien pretenda ser compensado por el dolor sufrido a raíz de la muerte de un ser querido, tendrá que poner en evidencia -según se lee en brillantes páginas que forman parte de los Anales de Jurisprudencia Administrativa Nacional- no sólo el quebranto que constituye factor atributivo de la responsabilidad ajena "... sino su vinculación con el -occiso (..) su intimidad con él, el grado de su solidaridad y, -por lo mismo, la realidad de su afectación singular y la medida de esta ...", añadiéndose que a tal propósito "... por sentido común y experiencia se reconocen presunciones de hombre de -modo de partir del supuesto de que cada cónyuge se aflige por lo que acontezca al otro cónyuge, o los progenitores por las -desgracias de sus descendientes y a la inversa, o que hay ondas de percusión sentimental entre parientes inmediatos ..."* [7]

[7] Así mismo la mentada jurisprudencia enseña:

"se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sicológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuges ...", pre sunción que naturalmente puede ser destruida puesto que "... necio sería negar -prosigue la Corte- que hay casos en los que el cariño o el amor no existe entre los miembros de una familia; o no surge con la misma intensidad que en otra, o con respecto a alguno o algunos de los integrantes del núcleo. Más cuando esto suceda, la prueba que tienda a establecerlo o, por lo menos, a cuestionar las bases factuales sobre las que el

(negrilla nuestra)

En el presente asunto no se constituyó prueba idónea de la causación del daño extrapatrimonial. Y los testigos que comparecieron a la audiencia de instrucción y juzgamiento, se manifestaron exclusivamente frente al daño sufrido por las víctimas directas, en especial frente a ANDREA MAYERLIN CANCHALA, no así frente a los abuelos, tíos, cuñadas e incluso, el hijo y hermano de las víctimas.

Ninguno de los testigos dio cuenta de la afectación sufrida de manera particular por los otros familiares, ninguno afirmó haberlos acompañado, visitado o pasado tiempo con ellos con posterioridad al accidente para describir la presunta afectación como así lo exige la jurisprudencia nacional. Ni una sola referencia se hizo de manera particular, en relación con el hijo y hermano de la víctima, sobre sus abuelos, los tíos, cuñados o hermanos, como para considerar que exista prueba de dicho daño.

Por otro lado al unísono los testigos de la parte actora XIOMARA ELIZABETH, KAREN JULIETH MORALES, HERNAN DARIO ROJAS, HAROLD LEONARDO NASTUL, manifiestan el hecho que ANDREA MAYERLIN "*está en un estado supremo de depresión", "maye ya no acepta salidas por su problema físico", "se alejó de sus amigos*" etc., no obstante revisadas las plataformas sociales que son de público acceso se encuentra un modelo de vida que dista de aquellas actitudes alejadas a una vida en comunidad familiar y social.[8]

En conclusión, se exige una mayor entidad de la prueba a efectos de demostrar el daño para los parientes o familiares de las víctimas directas – abuelos, tíos, primos etc. – pues claramente la acción resarcitoria podría llegar a ser ilimitada como bien lo enseña la jurisprudencia de la alta magistratura, no obstante una vez revisada la prueba allegada al proceso, no existe elemento alguna que demuestre la intensidad del daño moral de los parientes, aclarando que no existe la presunción a su favor.

3.6. La indebida tasación del daño moral

sentimiento al que se alude suele desarrollarse -y por consiguiente a desvirtuar la inferencia que de otra manera llevaría a cabo el juez- no sería difícil, y si de hecho se incorpora al proceso, el juez, en su discreta soberanía, la evaluará y decidirá si en el caso particular sigue teniendo cabida la presunción o si, por el contrario, ésta ha quedado desvanecida ..."; resumiendo, entonces, no obstante ser tales, los perjuicios morales puros también "... están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces puede residir en una presunción judicial. Y nada obsta para que esta se desvirtúe por el llamado a indemnizar, poniendo de presente al fallador aquellos datos que, en su sentir, evidencian una falta o una menor inclinación entre parientes"

[8] https://www.facebook.com/andreitaa.canchala

Tratándose de las víctimas directas del accidente de tránsito, es previsible que éstas padezcan dolores físicos y psicológicos, angustia, tristeza e incomodidades como consecuencia de las lesiones padecidas. De igual modo, la experiencia muestra que es normal que los familiares más cercanos de la víctima sufran tristeza, angustia y desasosiego al ver sufrir a su ser querido. No obstante, la fijación de la indemnización debe corresponder a criterios justos, adecuados y razonables que la jurisprudencia ha dejado al *arbitrium iudicis.*

En el presente asunto, el Juez anunció que adopta como referente para la tasación del daño moral las sumas fijadas por una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que hace referencia al daño extrapatrimonial ocasionado por la muerte de un familiar, evento por completo diferente al que ahora nos ocupa. No obstante, si se trata de buscar un referente, debe advertirse desde ya, que en caso de la muerte de un familiar, los límites aplicados por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia corresponden a un daño moral de 60 millones de pesos

Por lo tanto, en el presente asunto, donde nos encontramos frente a lesiones personales, los montos concedidos por la Corte Suprema de Justicia ascienden a un máximo de 30 millones de pesos por concepto de daño moral para la víctima directa y de 20 millones de pesos, para los familiares más cercanos, como los hijos.

Así las cosas, las sumas conferidas a favor de las víctimas y sus familiares exceden considerablemente los topes señalados por la jurisprudencia respecto del daño moral por lesiones personales. En efecto, el Juez señaló como valor a indemnizar por concepto de daño moral a favor de Mercedes Batista y Andrea Mayerlin Canchala, la suma 70 millones de pesos.

La jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia ha optado por sumas muy inferiores, así:

- En la sentencia de 6 de mayo de 2016, MP Luis Armando Tolosa, en un caso de lesiones personales como consecuencia de un accidente de tránsito, es decir, un caso idéntico al presente, la Corte Suprema de Justicia tasó el daño moral tanto para la víctima directa como para sus familiares más cercanos en $15.000.000:

> "*2.6.5.- Perjuicio inmaterial por daño moral. En lo atañedero al perjuicio moral subjetivo se reconocerá porque resulta indudable la aflicción y congoja que a Diana Carolina Beltrán Toscano le produce la secuela dejada por el accidente de marras consistente en «perturbación psíquica de carácter permanente» y «deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanentes» [fl. 12 c-5], pues es profundamente penoso, mucho más para una dama en la flor de su juventud, ver en su cuerpo cicatrices que antes del insuceso no estaban y ser consiente que sus funciones psicológicas se encuentran alteradas no transitoriamente sino por el resto de sus días, así la estética médica logre*

arrasarlos, lo cual conlleva al quebrantamiento indiscutible de caros derechos de la personalidad y de la autoestima.

Ese sufrimiento y dolor se presume también lo padecen los padres y hermanas por tratarse de una familia con fuertes lazos afectivos, pues para el momento de presentación del libelo [24 feb. 2004], tres años después de sucedido el accidente, aún convivían bajo un mismo techo, amén de que esta presunción no fue desvirtuada.
Recuerda la Corte, éste perjuicio no constituye un «regalo u obsequio gracioso», tiene por propósito reparar «(…) in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa», de acuerdo con el ponderado arbitrio iudicis, «sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador»[9], por tanto, es procedente fijar el monto de la condena por este aspecto en la suma de quince millones de pesos ($15.000.000) para cada demandante."

En la sentencia de 19 de diciembre de 2018, M.P Margarita Cabello Blanco, en un caso de lesiones personales por quemaduras, la Corte Suprema de Justicia tasó el daño moral en $10.000.000.
Por lo tanto, la suma concedida a las víctimas directas, a su padre y hermano, por concepto de daño moral, exceden los límites jurisprudenciales establecidos por la Corte Suprema de Justicia, Corporación que además, se ha abstenido de conceder indemnización de perjuicios para otros familiares.

3.7. La indebida tasación del daño a la vida de relación.

El daño a la vida de relación se configura cuando la víctima experimenta una minoración sicofísica que le impide o dificulta la aptitud para gozar de los bienes de la vida que tenía antes del hecho lesivo, y como consecuencia de éste.

En el presente asunto, si bien no se desconocen la gravedad de las lesiones sufridas por las víctimas directas del accidente, en todo caso debe tenerse en cuenta que las demandantes pueden realizar por sí solas las actividades básicas de la vida, con más dificultad que antes, pero sin que exista una limitación absoluta para realizar sus distintas actividades cotidianas.

En el caso de Andrea Mayerlin Canchalá, los testigos han afirmado que ha entrenado su mano izquierda para poder realizar sus actividades, se encuentra estudiando contabilidad en la Universidad Mariana, y si bien su limitación física le impide realizar algunas actividades,

[9] CSJ Civil sentencia de 9 julio de 2010, exp. 1999-02191-01.

existen otras que sí puede continuar desarrollando, como leer, caminar, compartir con su familia, amigos, tener relaciones afectivas, entre otras.

En el caso de la señora Mercedes Bastidas, sus actividades antes del accidente se limitaban al cuidado de la casa, de algunos animales y de atender una tienda de su propiedad, aspectos que, si bien pueden dificultarse como consecuencia de la dificultad en su rodilla, pueden continuarse desarrollando, pues la limitación física es susceptible de mejorar, aún conserva la audición por uno de sus oídos, y la pérdida de cuero cabelludo puede ser disimulada. La demandante puede realizar sus actividades básicas y cotidianas, así como seguir compartiendo con su familia y sociedad.

La Corte Suprema de Justicia ha concedido por este concepto, en eventos donde las víctimas han sufrido serias afectaciones en anatomía que le impidan realizar múltiples actividades y que le impidan relacionarse con normalidad con la sociedad, un monto máximo de 20 millones de pesos (sentencia SC5885-2016 de 6 de mayo de 2016).

Por consiguiente, esta parte considera que el monto concedido por este concepto, correspondiente a 40 millones para cada una de las demandantes, es excesivo y no se ajusta a la real afectación de las demandantes.

3.8. Falta de determinación del Amparo de las pólizas de seguro SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.

Se afirma en la parte motiva de la sentencia, que al presente proceso fue vinculada la Aseguradora **SBS SEGUROS COLOMBIA S. A., *"…*** *quien tiene asegurada la responsabilidad civil contractual y extracontractual con la empresa EXPRESO BOLIARIANO S. A., y específicamente en relación con el bus de placas SPS 472, a través de las Pólizas de Seguro N° 11101000094 y 1000916, vigentes para la época de ocurrencia del accidente de tránsito."*

Más adelante afirma el Despacho *"… que las condenas que se pronuncian en la sentencia, solamente afectarán a la Aseguradora en la medida y condiciones en que se encuentran plasmadas las obligaciones en las Pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual que obran a folios 260 a 290 del expediente, esto es, hasta la concurrencia de la suma asegurada como lo dispone el artículo 1079 del código de comercio."*

En la parte resolutiva de la sentencia, se decidió:

> ***"Sexto. CONDENAR*** *a la Aseguradora* ***SBS SEGUROS COLOMBIA S. A.,*** *a pagar solidariamente las anteriores sumas de dinero, hasta el monto o valor de las sumas aseguradas descontando el valor del deducible, y con intereses a partir del 20 de octubre de 2018, como se prevé en el artículo 1080 del código de comercio."*

La Aseguradora tenía vigentes a la fecha de los hechos las siguientes pólizas:

* Póliza N° 1000916 de Responsabilidad extracontractual con un límite asegurado de 60 SMML Vigentes;
* póliza en exceso N° 1000208 de Responsabilidad civil extracontractual con un límite asegurado de 120 S.MML Vigentes,
* póliza N° 1000094 de Responsabilidad Contractual con un límite asegurado de 60 SMML Vigentes; y
* póliza en exceso No. 1000095 que ampara la Responsabilidad Civil Contractual con un límite asegurado de 250 SMML Vigentes.[10]

Sin embargo, el Despacho de primera instancia no identificó las pólizas respecto de las cuales impone la condena en contra de la Aseguradora, ni cuál debe aplicarse frente a cada uno de los demandantes según el tipo de responsabilidad impetrado, así como tampoco precisó si los salarios mínimos con base en los cuales se encuentran otorgadas las coberturas son los vigentes a la fecha de la sentencia.

En la providencia que negó la adición solicitada por este respecto, el Despacho deja a la interpretación de las partes la decisión respecto del contrato de seguro afectado, afirmando que no puede entenderse que no sea la póliza que cubre la responsabilidad contractual.

Pues bien, este aspecto resulta de vital importancia, como quiera que de las pólizas afectadas dependerá la suma asegurada hasta por la cual responderá la Aseguradora, no siendo viable dejar al arbitrio de las partes la escogencia del seguro a aplicar, más aún cuando la Aseguradora ha negado su responsabilidad respecto de todas las pólizas con base en las cuales fue vinculada a este proceso. Es por esa razón que la controversia relacionada con la existencia de un contrato de seguro que ampara los hechos reclamados, fue sometida a conocimiento del Señor Juez, para que ésta dirimiera la disputa que por este respecto existe entre las partes, lo cual finalmente, no ocurrió.

Por lo tanto, al haber omitido el Despacho resolver expresamente sobre un aspecto de la litis que fue sometida a su conocimiento, el fallo es incongruente por mínima petita.

No obstante, lo anterior, en el remoto caso que la colegiatura estime procedente la responsabilidad civil contractual y extracontractual en cabeza de mis representados solicito se tengan en cuenta las pólizas constituidas por la empresa transportadora las cuales fueron determinadas dentro del llamamiento en garantía, así mismo la aseguradora SBS COLOMBIA SEGUROS S.A. no realizó reparo alguno respecto a su existencia y valores establecidos.

[10] Fl. 260 a 290 y 422 a 425 del plenario

3.9. Falta de aplicación de las sanciones previstas por el artículo 206 del Código General del Proceso.

Por otra parte, el demandante efectuó juramento estimatorio en la demanda, por la suma de $276.275.663, por concepto de perjuicios patrimoniales, discriminados así:

- A favor de **Andrea Mayerlin Cánchala Bastidas**, por concepto de daño emergente consolidado la suma de $942.942.; a título de daño emergente futuro único, la suma de $132.200.000, a título de lucro cesante consolidado, la suma de $8.415.203; a título de lucro cesante futuro, la suma de $80.698.823.

- A favor de **Mercedes del Consuelo Bastidas**, por concepto de daño emergente consolidado la suma de $2.515.176; a título de lucro cesante consolidado, la suma de $5.118.526; a título de lucro cesante futuro, la suma de $46.334.993.

Dispone el artículo 206 del Código General del Proceso:

> ***"Artículo 206. Juramento estimatorio.*** *Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*
>
> *Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.*
>
> *Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.*
>
> *Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.*
>
> *(…)*
> *PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este*

evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte."

La sentencia proferida por el Despacho accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, accediendo a las siguientes pretensiones:

- A favor de **Andrea Mayerlin Cánchala Bastidas**, se accedió a reconocimiento de las siguientes sumas: $942.942 por concepto de daño emergente consolidado; $130.000.000 por concepto de daño emergente único. Respecto del lucro cesante afirmó el Despacho:

"El proceso no reporta prueba concluyente y que ofrezca la certidumbre de dicho daño futuro reclamado por ANDREA MAYERLIN, por lo que este ítem debe ser negado."

- A favor de **Mercedes del Consuelo Bastidas**, se accedió al reconocimiento de las siguientes sumas: a título de daño emergente, la suma de **$ 2´515. 176.oo.** Respecto del lucro cesante, consideró el Despacho:

*"También reclama a título de **lucro cesante consolidado**, la suma de $ 5´118.526, oo y $ 46´334.993,oo, por concepto de **lucro cesante futuro**, no obstante, tales estimaciones no se encuentran debidamente respaldadas en prueba, pues, se reclaman sin explicar las actividades y los valores de los cuales deduce tales conceptos, además, el proceso no registra prueba tendiente a establecer de manera cierta dichos factores, por ello, estas pretensiones deben negarse"*

De manera que, del total de las pretensiones patrimoniales invocadas por la parte actora, por valor total de $276.275.663, el Despacho sólo accedió al reconocimiento de pretensiones por valores de $133.458.118, existiendo por lo tanto una diferencia entre las sumas solicitadas y las sumas reconocidas superior al 50%. Adicionalmente, los perjuicios solicitados por concepto de lucro cesante fueron negados por falta de prueba.

No obstante, el Despacho omitió efectuar cualquier consideración y adoptar decisión alguna, respecto la sanción prevista en el artículo 206 del CGP. Y pese a que este aspecto le fue solicitado por vía de adición de la sentencia, el Despacho consideró que sí se había pronunciado respecto de la objeción al juramento estimatorio.

Yerra el Despacho al considerar que la decisión respecto de la objeción al juramento estimatorio equivale a pronunciarse respecto de las sanciones previstas por la norma citada.

Aquí lo que se solicita al Despacho es que aplique las sanciones que refiere la norma para eventos en los cuales el actor estimó desbordadamente los perjuicios invocados, como ha ocurrido en este asunto.

Así las cosas, al omitir el Despacho un pronunciamiento al que por ley se encuentra obligado, incurre nuevamente en incongruencia por mínima petita y así le solicito al Superior lo declare, adoptando las decisiones de rigor.

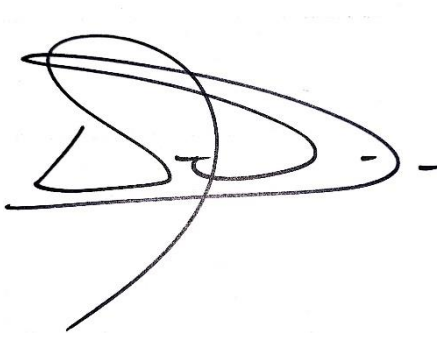
IV. ANEXOS. -

- Se adjuntan pantallazos plataforma social Facebook – abierta al público - de la demandante ANDREA MAYERLIN CANCHALA. (fotografías años 2019 – 2020) (2 folios)[11]

V.- PETICIONES. -

Con base en los argumentos expuestos, le solicito al Honorable Tribunal, se REVOQUE en su integridad la sentencia de primera instancia emitida el seis (6) de agosto de 2020 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ipiales y en su lugar se sirva absolver a mis representados conforme lo expuesto en líneas precedentes.

Respetuosamente,



VLADIMIR VARGAS DIAZ
C.C. No. 93.404.100 de Bogotá D.C.
T.P. N.º 120.243 del C. S. de la J.

[11] La página publica de la red social por parte de la demandante fue puesta en privado el 8 de febrero de 2020, no obstante, se logra allegar en los anexos las fotografías con fechas de publicación.

ANEXOS:

Presiona Esc para salir de la pantalla completa
Andrea Mayerlin
29 de diciembre de 2020
343
26 comentarios
Me gusta
Comentar
Compartir
Ver 7 comentarios más
Ruby Narváez
Preciosota
Me gusta · Responder · 5 sem
Andrea Mayerlin re... · 1 respuesta
Ximena Cuaran
Me gusta · Responder · 5 sem
Andrea Mayerlin re... · 1 respuesta
Llisseth Insuastyy
Cosita Linda
Me gusta · Responder · 5 sem
Andrea Mayerlin re... · 1 respuesta
Elizabeth Narvaez
Amores
Escribe un comentario...

Andrea Mayerlin
14 de marzo de 2019
37
1 comentario
Compartir
Maria Nelly Tobar
Tan linda mijita hermosa
1 años

- Expreso Bolivariano S.A.
- Nit. 860.005.108-1
- Avenida Boyacá No. 15-69
- PBX. (57-1) 4249340 ext. 300
- Bogotá, D.C.
- www.bolivariano.com.co

ISO 9001 icontec SC-CER610508
VIGILADO SuperTransporte