

WALTER RAFAEL VERBEL ROMERO

ABOGADO

CARTAGENA - COLOMBIA

Doctor

CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS

MAGISTRADO PONENTE

**TRIBUNAL SUPERIOR SALA 004 CIVIL-FAMILIA DE
CARTAGENA**

E. S. D.

Proceso: Declarativo de responsabilidad civil extracontractual

Demandante: Dagoberto Orgullosa Rada y Otros.

Demandada: Laguna Morante S.A., La Previsora S.A., y otros.

Rad. 2012-323.

WALTER RAFAEL VERBEL ROMERO, actuando en calidad de apoderado de la parte demandante, con el debido respeto comparezco ante usted, con el fin de **SUSTENTAR** el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la sentencia del 7 de noviembre de 2019, con el fin de que sea revocada, teniendo en cuenta los siguientes términos:

REPAROS CONTRA LA PROVIDENCIA

La sentencia del 7 de noviembre de 2019 debe ser revocada, especialmente, en cuanto (i) considera que existió concurrencia de culpas en el lamentable suceso, (ii) estimó sin motivación alguna que la atenuación de la condena, por la concurrencia mencionada implicaba una reducción del SETENTA POR CIENTO (70%) de la condena; y (iii) consideró que no existe prueba que refleje el grado de afecto y cercanía real que existía entre los hermanos y demás familiares con la víctima del accidente.

Por lo anterior, se indicó que la sentencia adolece de error directo e indebida valoración probatoria, como pasa a explicarse a continuación:

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

La sentencia del 7 de noviembre de 2019, incurre en error directo e indebida valoración probatoria, e inclusive desconoce el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, debido a que procedió a declarar la existencia de concurrencia de culpas dentro del presente asunto, dejando de lado varias particulares que se encuentran acreditadas dentro del presente asunto, y por otro lado, dando una valoración desproporcionada e injustificada a otras circunstancias que carecen de prueba dentro del proceso, sin evaluar su incidencia causalística en el accidente objeto de la demanda.

Para empezar, recordemos que la génesis de esta controversia fue el aplastamiento del señor Javier Antonio Orgullosa al borde del andén, por el

WALTER RAFAEL VERBEL ROMERO

ABOGADO

CARTAGENA - COLOMBIA

tracto-camión de propiedad de la demandada, mientras éste vehículo hacia un giro antes de la entrada a las instalaciones de la empresa.

De lo anterior, se coligió que todas las personas involucradas en el accidente de tránsito que originó la presente controversia estaban desarrollando actividades peligrosas, razón por la cual se planteó lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “CONCURRENCIA DE CULPAS” en donde, cuando esto ocurre no es que se anule la presunción de culpa, sino que se debe determinar cuál de las dos actividades tuvo una mayor potencialidad de daño e incidencia causal, a efecto de establecer sobre quien recae la presunción de culpa.

Sobre la graduación de culpas concurrentes, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido desde más de diez (10) años, lo siguiente:

“(…) La (...) graduación de ‘culpas’ en presencia de actividades peligrosas concurrentes, [impone al] (...) juez [el deber] de (...) examinar a plenitud la conducta del autor y de la víctima para precisar su incidencia en el daño y determinar la responsabilidad de uno u otra, y así debe entenderse y aplicarse, desde luego, en la discreta, razonable y coherente autonomía axiológica de los elementos de convicción allegados regular y oportunamente al proceso con respeto de las garantías procesales y legales.

“Más exactamente, el fallador apreciará el marco de circunstancias en que se produce el daño, sus condiciones de modo, tiempo y lugar, la naturaleza, equivalencia o asimetría de las actividades peligrosas concurrentes, sus características, complejidad, grado o magnitud de riesgo o peligro, los riesgos específicos, las situaciones concretas de especial riesgo y peligrosidad, y en particular, la incidencia causal de la conducta de los sujetos, precisando cuál es la determinante (imputatio facti) del quebranto, por cuanto desde el punto de vista normativo (imputatio iuris) el fundamento jurídico de esta responsabilidad es objetivo y se remite al riesgo o peligro (...)”²

Así las cosas, la problemática de la concurrencia de actividades peligrosas se resuelve en el campo objetivo de las conductas de víctima y agente, y en la secuencia causal de las mismas en la generación del daño, siendo esa la manera de ponderar el *quantum* indemnizatorio.

En ese orden de ideas, debe tenerse en cuenta que el tracto-camión, dado su tamaño, y estructura, tenía mayor grado de potencialidad dañina frente a la bicicleta en la que se transportaba el fallecido Orgullosa Garizado, de donde se sigue que sobre el extremo demandado recaía la presunción de culpa que se predica sobre estas actividades, la cual, dicho sea de paso no aparece desvirtuada pues no se aportó prueba decisiva para ello.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de agosto de 2009, rad. 2001-01054-01. Reiterada 26 de agosto de 2010.

WALTER RAFAEL VERBEL ROMERO

ABOGADO

CARTAGENA - COLOMBIA

En efecto, si se escrudiña el acervo probatorio, se evidencia que los demandados no realizaron mayores esfuerzos para exonerarse de tal presunción de culpa. Si bien se observa que el extremo pasivo edifica su defensa sobre la culpa exclusiva de la víctima, los supuestos que dan lugar esa conclusión, no destruyen la presunción de culpabilidad que recae en cabeza del conductor del tractocamión.

Nótese, que la principal prueba documental que reposa en el expediente es el croquis visible, y este no señala hipótesis alguna de la causa del accidente, ni hay testigos presenciales que pudieren haber sido citados al proceso, motivo suficiente para restarle mérito probatorio a los documentos aportados por el demandado, donde adjudica la causa del accidente a la víctima, sin tener acreditar idoneidad ni fundamentos serios o suficientes, para arribar a esas conclusiones, que no son más que conjeturas personales sin científicidad.

En el croquis solo se hace una anotación por parte del conductor del camión que dice: *“yo parto a dejar a un sr. que venía conmigo y giré a la derecha, cuando sentí fue que el carro me brincó.”*

Esas declaraciones, incluyendo lo posteriormente declarado en el proceso por el conductor, no tienen la virtualidad de probar la causa extraña requerida para desvirtuar la presunción de culpa que recae sobre el demandado y al echarse de menos declaraciones de testigos presenciales que permitan esclarecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho, especialmente que reafirmen que la causa del accidente fue exclusivamente la culpa de la víctima al estar en un sitio oscuro (que se insiste era el borde de un andén) es insuficiente para exonerar de toda responsabilidad al ofensor.

Cabe reiterar en este punto que, ante la presunción de culpabilidad de los demandados, por desarrollar una actividad de mayor potencialidad dañina, era a estos a quienes les correspondía desvirtuarla a través de los medios probatorios pertinentes.

Además que no debe perderse de vista que el accidente ocurrió en la entrada hacia la empresa, y en consecuencia, si por su actividad económica reciben constantemente vehículos pesados y en horas nocturnas, deben procurar medidas de seguridad, como iluminación, entre otras, para evitar que personas que crucen por allí, sean arrollados o aplastados por sus camiones.

Lo anterior, por cuanto quien genera el riesgo en el que ocurrió el accidente es la empresa demandada, y el riesgo concretado, es consecuencia de su actividad económica, y por ende, no pueden trasladarse las consecuencias a la víctima.

Observe que, analizado el croquis de la demanda, se aprecia que el accidente le ocurre a la víctima encontrándose a un borde del andén por donde sí iba transitando en una curva el vehículo de carga pesada involucrado, es decir, el

WALTER RAFAEL VERBEL ROMERO

ABOGADO

CARTAGENA - COLOMBIA

accidente ocurrió en circunstancias similares a las que pudo ocurrirle a un peatón, o persona estática o sin movimiento, que estuviera en el mismo lugar.

Por ende, no se comparten las consideraciones del despacho, porque a pesar de que la víctima no contará con cascos, chalecos y señales reflectivas, no existe ninguna prueba que permita afirmar que se encontrará transitando sobre la bicicleta, o conduciéndola en la vía, al momento del accidente, o que ambos vehículos, bicicleta y camión se encontraban en marcha, es decir, desarrollando la actividad que se considera peligrosa, y que ésta tuviera una incidencia causal principal en la producción del daño.

Observe que, si mi poderdante no tuviera cerca la bicicleta, sino que estuviera a pie, es decir, fuera un simple peatón, las conclusiones del despacho relacionadas con la ley 769 de 2002, perderían el basamento fáctico sobre el que se construye, debido a que no serían aplicables las normas de tránsito, que se la endilgan imprudentemente incumplidas al fallecido.

Al respecto, es importante distinguir que una cosa implica la conducción o movilización en bicicleta, que por supuesto supone unos riesgos y deberes implícitos, y otra muy distinta, encontrarse a un lado de la vía, en una bicicleta sin conducirla.

El anterior racionamiento, resulta relevante, para entender la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que fue desconocida por el *ad-quo*, y que también observamos no fue aplicada en la sentencia del Tribunal Superior en la que se fundamentó la sentencia del despacho, en virtud de la cual, debe analizarse el ámbito causal y no el reproche culpabilísimo en abstracto de las actividades de los participantes en el hecho y cuya consecuencia dañosa se encuentra esencialmente ligada por la potencia causal de cada una de las fuentes de riesgo involucradas en el acontecimiento.

Para mayor ilustración, procedo a citar la reciente sentencia de la Alta Corte mencionada, que dispone lo siguiente:

“Según el Tribunal, la parte actora con su conducta violatoria de los artículos 77 y 79 de la Ley 769 de 2002, “por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre”, se expuso al riesgo, incidiendo así en la causación del daño en iguales proporciones respecto del agente, por tal razón, el quantum indemnizatorio lo redujo en 50%. (...)”

7.8. De acuerdo con lo afirmado en precedencia, se colige que el Tribunal incurrió en yerro directo, al aplicar frente al asunto, solo el factor culpabilístico para valorar la conducta de la víctima en la coproducción del daño, descartando la entidad causal.

WALTER RAFAEL VERBEL ROMERO

ABOGADO

CARTAGENA - COLOMBIA

Lo antelado, por cuanto se limitó a valorar aspectos subjetivos de la conducta del lesionado, como fue su negligencia frente al cumplimiento de las normas de tránsito, sin establecer su grado de influencia en el siniestro.

El desacierto, entonces, se halla ante todo en el ámbito causal y no en el reproche culpabilístico, dada la actividad desarrollada por los participantes en el hecho y cuya consecuencia dañosa se encuentra esencialmente ligada por la potencia causal de cada una de las fuentes de riesgo involucradas en el acontecimiento, y del mismo modo, como esenciales para determinar la proporción del daño.

En efecto, el ad-quem dedujo que Carlos Alirio Méndez Lache contribuyó en la producción del accidente, porque al detener su vehículo sobre la carretera y sin utilizar señales estacionarias, desconoció las reglas viales, conclusión que llevada al terreno de la causalidad, no implica per sé una cuota desencadenante del accidente.

El argumento errado del sentenciador, por lo tanto, funge basilar, toda vez que el mismo dio pie para sostener el porcentaje del 50% de la concurrencia de culpas, vista precisamente como una contribución decisiva en igual grado al actuar del autor en la producción del menoscabo.

7.9. La censura, por tanto, en los términos dichos, se abre paso.³ (Negrillas nuestras).

En la anterior omisión incurrió el despacho de primera instancia y el Tribunal Superior en el fallo que sirvió de fundamento a la que es objeto de la presente apelación, por lo que surge obligatorio que se revise y replantee la errada conclusión de que existe concurrencia de culpas, debido a que si analizamos minuciosamente la sentencia, lo que se le reprocha como incidencia al occiso es haberse encontrado en la entrada de la empresa Laguna Morante S.A., en horas oscuras de la noche, debido a que, reiteramos no se trata de un accidente en plena vía, donde se estuviera conduciendo la bicicleta, como erradamente fue considerado dentro del presente asunto.

No debe perderse de vista, que la sentencia de primera instancia que se apela, se basa casi en su integridad en una sentencia proferida por el Tribunal Superior Sala Civil, en el que se estudian el mismo accidente, pero demandan otros litisconsortes facultativos, del cual no se pueden extraer las mismas conclusiones, teniendo en cuenta que (i) ese fallo desconoce todo el avance jurisprudencial en análisis de causalidad y concurrencia de culpa de hace más de cinco (5) años, que aquí se pone de presente; (ii) hubo una indebida valoración probatoria que no puede replicarse dentro del presente asunto; y (iii) el acervo probatorio recaudado en este proceso, es diferente del recaudado en aquel.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de junio de 2018, SC 2017-2018. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

WALTER RAFAEL VERBEL ROMERO

ABOGADO

CARTAGENA - COLOMBIA

Lo anterior, pone en evidencia que la sentencia objeto de recurso adolece de defectos que deben lugar a que sea revocada, teniendo en cuenta lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional, de la siguiente manera:

“Para una mejor comprensión de este defecto la jurisprudencia constitucional ha establecido que éste puede presentarse en dos modalidades, a saber:

(i) Defecto fáctico negativo: *hace referencia a la omisión en la valoración y decreto de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos.*

(ii) Defecto fáctico positivo: *En este evento, el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas o, efectúa una valoración por “completo equivocada”.⁴ (Cursivas y negrillas nuestras).*

En esos términos, consideramos que el análisis causalístico dentro del presente proceso, no permite involucrar una conducta imprudente o peligrosa decisiva del fallecido en los lamentables resultados, sino que corresponden únicamente a la peligrosidad de la conducción del vehículo de tracto camión, mientras realizaba un giro antes de la entrada a las instalaciones de la entidad, dada sus proporciones, que impidieron ver al señor Orgullosa Garizado y le produjeron la muerte, como se la hubieran producido a cualquier otro peatón, al borde de la carretera.

La anterior línea argumentativa, se deriva de pronunciamientos más actualizados del mismo Tribunal Superior de Cartagena, en su Sala Civil-Familia, que acogen los lineamientos actuales de la Corte Suprema de Justicia, como se aprecia a continuación:

“Por otro lado, yerra el a quo al indicar que corresponde a los demandantes probar a través de medios técnicos el exceso de velocidad con que era conducida la buseta UYO-489 (parte demandada), por tratarse de una colisión entre varios vehículos, pues, itérese, la víctima no estaba ejerciendo una actividad peligrosa en el momento en que ocurrieron los hechos, luego, no podría hablarse de concurrencia de actividades peligrosas, si no por el contrario, la presunción de culpabilidad recae únicamente sobre la parte demandada, siendo a esta a quien le correspondería acreditar, una de las causas que rompe el nexo causal.(...)”

De este modo, se compromete la responsabilidad de la demandada en el hecho dañoso, sin alcanzar a destruir la presunción de culpa que reposa en su cabeza, por estar precisamente desarrollando una actividad de potencialidad dañina, lo que de facto lleva a que no

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-497 de 2017.

WALTER RAFAEL VERBEL ROMERO

ABOGADO

CARTAGENA - COLOMBIA

pueda excluirse de responsabilidad alguna”.⁵ (Cursivas y negrillas nuestras).

Con base en todo lo anterior, es claro que no hay lugar a declarar una concurrencia de culpa, dentro del presente asunto, sin embargo, en el remoto evento, en que se considere que si hubo una concurrencia en el suceso, deberá rectificarse que el mismo no debe corresponder a una reducción del setenta por ciento de la condena, del cual no existe motivación dentro de las sentencias reprochadas, sino a un porcentaje mínimo proporcional con los eventos acreditados.

Por otro lado, no se comparte tampoco la conclusión del despacho relacionada con que respecto a los hermanos no opera la presunción de perjuicios morales, “en toda su fuerza”.

Lo anterior, por cuanto existe abundantes jurisprudencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, e incluso del Consejo de Estado, que indican con claridad que la presunción de los perjuicios morales se extiende respecto a los miembros que integran el núcleo familiar de la víctima.

Dentro de múltiples pronunciamientos de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Cartagena, se encuentra muy bien desarrollada y acogida la fundamentación y procedencia de perjuicios morales a los familiares, que injustificadamente fueron negados dentro del presente asunto, como se cita a continuación:

“Por su parte, en cuanto a los daños extramatrimoniales, las Altas Cortes han reconocido, el daño a la vida en relación y/o fisiológico y el daño moral, sobre este último la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que su determinación está sujeta a las circunstancias fácticas de cada caso, las condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, intensidad de la lesión, los sentimientos, dolor o aflicción, conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador, específicamente ha indicado:

“Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según 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

⁵ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Sala Civil-Familia. Magistrado Sustanciador: Marcos Román Guío Fonseca, Sentencia del 13 de julio de 2018. Ref interno: 2018-075-01. Ref.: Juzgado: 13244-31-89-001-2011-00212-01. Aprobado en Acta No. 095.

WALTER RAFAEL VERBEL ROMERO

ABOGADO

CARTAGENA - COLOMBIA

compromiso ineludible de todo juzgador.(CSJ Civil sentencia de 9 de julio de 2010, exp. 1999-02191-01.)

El método de cuantificación es motivo de serios reparos, en especial, frente a la inequidad que generan las fórmulas reparatoras utilizadas por las Cortes, dejándose al arbitrium iudicis su tasación, no empuje, el juez no puede desconocer claros derroteros objetivos para hacerlo, tales como: el grado de parentesco o afecto, el apoyo y solidaridad, la ayuda económica, los lazos de cariño y afecto, la convivencia y la solidez del núcleo familiar, entre otras circunstancias. (CSJ, Sal. Cas. Civil, sent. Feb. 28/90).

Y aunque se ha dicho que el daño debe ser probado, no se trata de una regla infranqueable, debido a que pueden existir eventos en donde el hecho físico pueda generar per se un daño, como el caso de la muerte de una persona, del que se presume genera un sufrimiento a las personas allegadas afectivamente. Ese *arbitrio iudicis* deja a buen juicio del fallador tasar el daño inmaterial, sirviendo como guía los techos establecidos tanto por la Corte Suprema de Justicia(Corte Suprema de Justicia sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss;...) como por el Consejo de Estado. (El Consejo de Estado dese(sic) la sentencia del 6 de septiembre de 2001...)

Dentro de esos derroteros, la Corte Suprema de Justicia ha establecido como umbral para reparar el daño moral de los hijos la suma de \$ 60.000.000oo conforme a sentencia de 30 de septiembre de 2016⁸ y, en el caso del Consejo de Estado, el techo es 100 salarios mínimos legales mensuales. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 12 de marzo de 2015...)(...)

Ahora, si bien en el plenario fuera de la prueba del parentesco no obra otro elemento material probatorio, **las reglas de la experiencia nos enseñan que es connatural del ser humano el sufrimiento y la congoja que sufre por la pérdida de un ser querido, más en las circunstancias en que falleció la víctima, quien pese a ser conductor y estar expuesto a este tipo de actividades peligrosas, cuando sucedieron los hechos no la estaba ejerciendo; de ahí que atendiendo los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, se deba tasar el daño moral para los hijos de la víctima en un equivalente a \$ 60.000.000oo para cada uno.**⁶ (Negrillas nuestras).

⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Sala Civil-Familia. Magistrado Sustanciador: Marcos Román Guío Fonseca, Sentencia del 13 de julio de 2018. Ref interno: 2018-075-01. Ref.: Juzgado: 13244-31-89-001-2011-00212-01. Aprobado en Acta No. 095. (Los

WALTER RAFAEL VERBEL ROMERO

ABOGADO

CARTAGENA - COLOMBIA

A propósito de la alusión que se hace al Consejo de Estado en la sentencia citada de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bolívar, es importante tener en cuenta que la máxima corporación de lo contencioso administrativo, en sentencia de unificación aprobada mediante documento del 28 de agosto de 2014, planteó los siguientes escenarios de presunción de daño moral, con base en el vínculo de consanguinidad, que se presenta en la siguiente tabla:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Descendiendo lo anterior al presente asunto, debe destacarse que se encuentran como demandantes, el padre y la madre del fallecido, y los ocho (8) hermanos, es decir, dos (2) familiares dentro del primer grado de consanguinidad, y ocho (8) en el segundo grado de consanguinidad, frente a los cuales, las reglas de experiencia nos enseñan, tal como lo indicó la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Cartagena, **que es connatural del ser humano el sufrimiento y la congoja que sufre por la pérdida de un ser querido**, regla de experiencia que se encuentra acentuada como se aprecia en la tabla, en tratándose de padres respecto a la muerte de un hijo, y de los hermanos, respecto a la muerte de uno de ellos.

De esa manera, dejo de observar el despacho, que si bien el vínculo de los hermanos respecto al a víctima, es menor que respecto a sus padres, no significa que deba eliminarse la presunción, sino apenas, disminuir los montos de las condenas, tal como lo ha entendido la jurisprudencia, y que no se desvirtúan por la inasistencia a la audiencia del artículo 101 del código de procedimiento civil, que además fue un aspecto de discusión dentro del proceso.

En ese orden de ideas, debe concederse los perjuicios morales solicitados respecto a la totalidad de los demandantes, y condenarse sin concurrencia de culpabilidad,

paréntesis donde se indican sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, corresponden a los pies de página que se encuentran en los párrafos citados).

WALTER RAFAEL VERBEL ROMERO

ABOGADO

CARTAGENA - COLOMBIA

como lo entendió indebidamente el despacho, o en su defecto, disminuir el porcentaje de reducción a su mínima expresión.

Lo anterior, corresponde a los reparos concretos contra la providencia, que posteriormente serán ampliados y sustentados en la oportunidad correspondiente.

Con gratitud,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Walter Verbel', with a large, stylized circular flourish above it.

WALTER RAFAEL VERBEL ROMERO

C.C. 1.047.442.426

T.P. 246.138 del C. S de la J.