Santiago de Cali, veintiuno (21) de octubre de 2022

TRIBUNAL SUPERIOR DE SANTIAGO DE CALI
DECISIÓN UNITARIA
Magistrado Sustanciador Doctor JOSÉ DAVID CORREDOR ESPITIA
sscivcali@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

Radicación	76001-31-03-011-2020-00249-01	
Proceso	Verbal de mayor cuantía – Responsabilidad civil	
Asunto	Sustentación del recurso de apelación	
Demandantes	**Nombre**	**C.C.**
	Héctor Fabio Rodríguez Zapata	1.112.221.378
	Maricela Vargas Patiño	1.006.167.659
	Melani Rodríguez Vargas	1.149.938.143
	Sharol Nicol Vargas Patiño	1.149.936.281
	Héctor Hugo Rodríguez Fajardo	6.401.612
	Dora Nelsy Zapata Bolaños	31.892.281
Apoderado	Raúl Tascón Reyes	
C.C. No.	14.439.861	
T.P. No.	35689 otorgada por el Consejo Superior de la Judicatura	
Correo electrónico	rtascon@gmail.com	
Demandada	Empresa de Transporte Masivo ETM S.A. – En reorganización	
NIT	900100778-5	
Representante legal	William Felipe Giraldo Silva	
C.C. No.	94.312.444	
T.P. No.	102725 otorgada por el Consejo Superior de la Judicatura	
Llamada en garantía	MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.	
NIT	891700037-9	
Apoderado	Juan José Lizarralde Villamarín	
C.C. No.	1.144.032.328	
T.P. No.	236.056 otorgada por el Consejo Superior de la Judicatura	
Correo electrónico	notificaciones@londonouribeabogados.com	

Respetados Magistrados, Funcionarios de la Secretaría de la Sala Civil y partes en este proceso, cordial saludo.

Actuando en mi calidad de apoderado judicial y Gerente General y Representante Legal Suplente de la **EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ETM S.A. – EN REORGANIZACIÓN**[1], parte demandada, en adelante ETM S.A., en la oportunidad y con los requisitos previstos en la ley[2], me dirijo ante el Despacho con el objeto de sustentar el recurso de apelación interpuesto

[1] Sociedad constituida mediante escritura pública número 2516 del 27 de julio de 2006 otorgada en la Notaría Cuarta (4) del Círculo de Santiago de Cali, inscrita en la Cámara de Comercio de Santiago de Cali el día 16 de agosto de 2006, bajo el número 9630 del libro IX, con número de identificación tributaria 900100778-5.
[2] Artículo 322 del Código General del Proceso – Artículo 12 de la Ley 2213 de 2022.

en contra de la sentencia de primera instancia, proferida por el señor **JUEZ ONCE (11) CIVIL DEL CIRCUITO DE SANTIAGO DE CALI**.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

I. DE LA RESPONSABILIDAD DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

Honrando el principio constitucional[3] de la buena fe, el legislador estimó necesario trasladar esa carga a las actividades comerciales, en consecuencia, surgió la premisa general respecto de los contratos:

> "***Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y****, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de estos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*[4]." Resaltado nuestro.

La buena fe implica obrar con lealtad en todos los actos y sin temeridad en el ejercicio de los derechos.

En este proceso se probó que previo a la ocurrencia del siniestro, MAPFRE SEGUROS GENERALES S.A. otorgó y ETM S.A. tomó las pólizas de que se describen así:

Póliza	Automóviles servicio público
Número	1507118000131
Fecha de expedición	Tres (3) de enero de 2018
Fecha de vencimiento	Tres (3) de enero de 2019

Póliza	Responsabilidad civil extracontractual
Número	1507217000004
Fecha de expedición	Tres (3) de enero de 2018
Fecha de vencimiento	Tres (3) de enero de 2019

PÓLIZA 1507118000131. Como consta en la póliza 1507118000131, prueba del contrato de seguro[5], cubre, sin exclusiones demostradas, la responsabilidad civil extracontractual, incluidos los daños o lesiones causados a terceros.

De acuerdo con el texto de la póliza:

> *"MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., denominada en adelante La Compañía, cubre dentro de la vigencia del seguro los daños corporales causados directa y exclusivamente* ***por accidente de tránsito*** *a terceros afectados y personas ocupantes del vehículo de servicio público especial, los perjuicios, daños o pérdidas que sufra el Asegurado, de acuerdo con las condiciones generales estipuladas a continuación y a las particulares indicadas en la carátula o en los anexos de la póliza."* Resaltado propio.

[3] Artículo 83 de la Constitución Política de Colombia.
[4] Artículo 871 del Código de Comercio.
[5] Artículo 1046 del Código de Comercio.

El artículo 2º de la ley 769 de 2002 "*Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones*." define:

> "*Accidente de tránsito:* ***Evento generalmente involuntario****, generado al menos por un* ***vehículo en movimiento****,* ***que causa daños a personas*** *y bienes involucrados en él e igualmente afecta la normal circulación de los vehículos que se movilizan por la vía o vías comprendidas en el lugar o dentro de la zona de influencia del hecho*."

Siguiendo la definición legal, consta en el expediente que el evento que causó los daños y perjuicios:

1. Fue involuntario.
2. Se produjo por un vehículo en movimiento que golpeo a otros.
3. Le causó daños y perjuicios al señor HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ ZAPATA.

El artículo 42 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, entre otras cosas dispone:

> "*SEGUROS OBLIGATORIOS. Para poder transitar en el territorio nacional todos los vehículos deben estar amparados por un seguro obligatorio vigente. El* ***Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito****, SOAT, se regirá por las normas actualmente vigentes o aquellas que la modifiquen o sustituyan*. Resaltado nuestro.

Con base en lo anterior, el **Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito** o **SOAT** es un contrato o instrumento de protección para las víctimas, cubre las lesiones de las personas que están involucradas en un accidente de tránsito, tal y como ocurrió en este evento.

Se desprende de las pruebas recaudadas en el proceso, que el señor HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ ZAPATA recibió las primeras atenciones médicas usando el SOAT del vehículo cuya póliza fue aportada, por tanto, en nuestro respetuoso criterio la póliza 1507118000131 cubre el siniestro.

PÓLIZA 1507217000004. Como consta en la póliza 1507217000004, <u>prueba del contrato de seguro</u>[6]:

1. **Texto de la póliza**. Contiene el condicionado general de responsabilidad civil extracontractual, siendo el asegurado ETM S.A.

2. **Actividad asegurada**. La actividad asegurada es el transporte público de personas en buses articulados, padres y complementarios para el SITM – MIO.

3. **Objeto del seguro**. El objeto del seguro es amparar los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que el asegurado cause a terceros, con motivo de la responsabilidad civil en que incurra de acuerdo con la Ley, durante el giro normal de sus actividades, <u>**incluyendo las complementarias**</u>.

4. **Amparos.** Ampara los daños morales (incluye perjuicios fisiológicos y daños a la vida en relación) derivados directamente de una lesión personal o daño material amparados por la

[6] Artículo 1046 del Código de Comercio.

póliza. Lucro cesante derivado directamente de una lesión personal o daño material amparado por la póliza.

5. **Cobertura**. De acuerdo con la póliza que obra en el expediente, tiene como cobertura los predios, **labores y operaciones** por una suma de $3.000.000.000, con la cual deberían pagarse los daños y perjuicios causados. Esta cobertura está diseñada para cubrir eventos como el que nos convoca, en las páginas 2º y 3º de la póliza aportada consta:

   "COBERTURA.

   Responsabilidad civil extracontractual *y contractual* ***por la cual el asegurado tenga Responsabilidad legal de indemnizar a terceros*** *por concepto de lesiones o muerte a personales y/o daños materiales* ***causados durante el giro normal de las actividades del asegurado dentro del territorio colombiano por:***

   SOLO PARA PREDIOS LABORES Y OPERACIONES." Resaltado nuestro.

Al respecto destacamos:

Responsabilidad extracontractual. Se encuentra probado que el señor HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ ZAPATA no ejecutaba ninguna relación contractual con ETM S.A., su vinculación laboral se dio exclusivamente con FORMACEP S.A.S.

Responsabilidad legal de indemnizar a terceros. Como consecuencia de la responsabilidad civil extracontractual[7] de que trata sentencia proferida, surgió para ETM S.A. la responsabilidad u obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al señor HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ ZAPATA, conforme con lo dispuesto en la parte resolutiva de la sentencia.

Daños causados durante el giro normal de las actividades del asegurado. Se encuentra probado que el señor HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ ZAPATA resultó lesionado mientras lavaba un vehículo de ETM S.A. quien, a su vez, ejecuta el CONTRATO DE CONCESION No. 3 para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Santiago de Cali – MIO[8] y que, en virtud de lo anterior:

- Se le otorgó a ETM S.A. en Concesión, conjunta y simultánea con otros Concesionarios, la explotación del servicio público de transporte masivo del Sistema MIO al CONCESIONARIO, por su cuenta y riesgo, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el Contrato de concesión[9].

- Se le concedió a ETM S.A. el derecho a celebrar los Contratos y operaciones para la ejecución del Contrato de Concesión que considere útiles relacionadas con la operación de transporte del Sistema MIO[10] y la posibilidad de suscribir todos los contratos

[7] Artículo 2341 del Código Civil.
[8] http://www.metrocali.gov.co/wp/wp-content/uploads/2018/10/CONTRATO-DE-CONCESION-No.-3-ETM-S.A.pdf
[9] Cláusula 1º. – Objeto del contrato de concesión No. 3.
[10] Numeral 7.4. de la Cláusula Contrato de Concesión.

complementarios al Contrato de Concesión que se requieran para el funcionamiento del Sistema MIO[11], entre ellos, el del lavado de la flota.

- ETM S.A. se obligó a garantizar, en forma permanente, la adecuada apariencia, limpieza y el buen estado físico, mecánico, eléctrico, electrónico y demás sistemas, de los autobuses de su flota.[12]

Por otra parte, de acuerdo con el documento denominado "REGLAMENTO DE OPERACIÓN DE PATIOS Y TALLERES DEL SITM – MIO" aportado por FORMACEP S.A.S., en los patios y talleres existe un área de lavado y limpieza interna y externa de los vehículos[13], disponiendo que en dicho lugar se llevará a cabo, diariamente, el lavado de los autobuses[14] y las generalidades del lavado[15] cuyo acatamiento, por parte de ETM S.A., se encuentra probado.

La Real Academia Española define el término complementario como un adjetivo que sirve para completar o perfeccionar algo[16]. La limpieza de los vehículos es una actividad complementaria a la operación del transporte de personas, además de estar regulada en el contrato de concesión que ejecuta ETM S.A., sin ella, no se obtiene la autorización del ente gestor para operar; así mismo, debe realizarse diariamente; en consecuencia, está estrechamente relacionada con el giro de las actividades de ETM S.A., en la misma importancia o categoría que el suministro de combustible, lubricantes y/o llantas que también son actividades complementarias a la del transporte.

6. **Exclusiones inaplicables**. Sin examinar las coberturas, claramente aplicables a este caso, el fallo de primera instancia sostuvo que la compañía de seguros debía ser absuelta por la aplicación de una exclusión que nunca fue examinada.

De acuerdo con la póliza que obra en el expediente:

> **"***2. EXCLUSIONES.*
> *2.1. La cobertura de esta póliza en ningún caso ampara ni se refiere a reclamaciones que sean directa o indirectamente consecuencia de:*
> *2.1.2.* ***Relaciones contractuales entre el asegurado y un tercero****; en particular las reclamaciones:*
> - *Por incumplimiento total, parcial o por mora de la obligación principal de un contrato.*
> - *Por incumplimiento total, parcial o por mora de pactos que vayan más allá del alcance de la responsabilidad civil del asegurado (como también responsabilidades ajenas, en las que el asegurado, por convenio o contrato, se comprometa a la sustitución del responsable original).*
> - ***Responsabilidad civil derivada de OPERACIONES PORTUARIAS Y AEROPORTUARIAS****, incluyendo actividades como mantenimiento y limpieza.*"

[11] Numeral 8.1.2. de la Cláusula Octava del Contrato de Concesión No. 3.
[12] Numeral 67.4. de la Cláusula 57 del Contrato de Concesión No. 3.
[13] Numeral 5.8. del punto 5º. – Definiciones y numeral 6.4. disposición funcionalidad de las áreas del patio y taller.
[14] Punto 6.4.3.3.
[15] Punto 6.9.1. y siguientes.
[16] https://dle.rae.es/complementario

Resaltado nuestro.

Al respecto destacamos:

Inexistencia de una relación contractual. Se encuentra probado que el señor HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ ZAPATA no ejecutaba ninguna relación contractual con ETM S.A., su vinculación laboral se dio exclusivamente con FORMACEP S.A.S.

Inexistencia de incumplimiento o mora. Evidentemente inaplicable al asunto que nos convoca.

Responsabilidad civil derivada de operaciones portuarias y aeroportuarias. Como consta en el certificado de existencia y representación legal de ETM S.A. En Reorganización, mi representada tiene por objeto social único[17]:

> *"(i) participar en la licitación pública No. MC-DT-001 de 2006 convocada por METRO CALI S.A. Mediante resolución No. 205 del 21 de junio de 2006 que tiene por objeto seleccionar cinco (5) concesionarios que celebraran el contrato estatal de concesión cuyo objeto es otorgar en concesión no exclusiva, conjunta y simultanea con otros concesionarios, y exclusiva respecto de otros operadores de transporte colectivo, la explotación del servicio público de transporte masivo de pasajeros del SISTEMA MIO, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el contrato de concesión. (ii) la presentación de la oferta dentro de la mencionada licitación pública No. MC-DT-001 de 2006 convocada por METRO CALI S.A., (iii) celebración del contrato de concesión que se adjudique a la sociedad en desarrollo de la licitación pública No. MC-DT-001 de 2006 convocada por METRO CALI S.A., y (iv) la ejecución del contrato de concesión para la explotación del **servicio público de transporte masivo de pasajeros del sistema MIO** que se adjudique en desarrollo de la licitación pública No. MC-DT-001 de 2006 convocada por METRO CALI S.A. En desarrollo de su objeto social particular y único, **la sociedad podrá prestar el servicio de transporte terrestre masivo de pasajeros**, mediante la participación en el sistema de concesiones previsto en la ley, en los términos anteriormente indicados*." Resaltado nuestro.

De acuerdo con la Real Academia Española[18] la palabra "portuaria" es un adjetivo perteneciente o relativo al **puerto de mar** o a las obras de este y la palabra aeroportuaria es perteneciente o relativo al **aeropuerto**, lo cual es evidentemente inaplicable.

En consecuencia, también se encuentra probado que ETM S.A. no tiene como actividad la derivada de operaciones portuarias y aeroportuarias.

7. **Contrato de seguro autónomo e independiente**. Por último, si bien esta póliza 1507217000004 opera en exceso de la 1507118000131, claramente se trata de un contrato de seguro diferente, con condiciones, coberturas, cláusulas y exclusiones diferentes, por tanto, es autónoma.

[17] Página 4 de 11 del certificado de existencia y representación legal.
[18] https://dle.rae.es/portuario

En nuestro respetuoso criterio, se encuentran presentes los elementos determinantes que nos permiten identificar que el asunto que nos convoca se encuentra cubierto, al menos, por la póliza de seguros 1507217000004.

Como consecuencia de la realidad contractual, la compañía de seguros, en el acápite denominado: "A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA FORMULADO POR EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ETM S.A. A MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A." haciendo alusión a la póliza 1507217000004 confesó:

"*Frente a este* ***se precisa que la misma brinda cobertura*** *dentro de los riesgos delimitados por ella dentro de sus condiciones generales y particulares que se presentan con este escrito*." Resaltado nuestro.

Así como el Juez de primera instancia le dio relevancia a la supuesta responsabilidad de ETM S.A., debió ser consecuente, procurar la igualdad de las partes[19] y realizar un estudio igual de juicioso a las pólizas que contienen los contratos de seguro celebrados entre ETM S.A. y MAPFRE SEGUROS GENERALES S.A.

Con base en lo expuesto, en caso de sentencia en contra o desfavorable total o parcialmente a los intereses de ETM S.A., solicito al Despacho que la llamada en garantía sea condenada en forma directa a indemnizar los perjuicios a que hubiere lugar en favor de los demandantes.

II. DE LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE ETM S.A.

En materia de responsabilidad deben conjugarse o concurrir tres elementos:

1. La culpa.
2. El perjuicio.
3. La relación de causalidad entre el hecho culposo y el perjuicio.

En ausencia de uno de ellos, debería negarse la pretensión de declaración de responsabilidad.

En este caso, los elementos que estructuran la responsabilidad se encuentran ausentes, pues no existe prueba que determine, con certeza, que el daño sufrido por el demandante se hubiese causado como consecuencia directa de una conducta culposa de ETM S.A.

ETM S.A. no es responsable de los daños y perjuicios que pretende la parte demandante.

Se encuentra probado que FORMACEP S.A.S. y el señor HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ ZAPATA tenían conocimiento de los riesgos y peligros en la zona de lavado, además, conocían el reglamento de patios y talleres del SITM – MIO; en consecuencia, la causa del lamentable accidente fue la culpa, descuido o negligencia de la víctima o de la empleadora del aquí demandante.

Está probado que el señor HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ ZAPATA y su empleadora FORMACEP S.A.S. ejecutaban una actividad peligrosa como lo es el lavado automotriz de una

[19] Artículo 4º del Código General del Proceso.

flota de vehículos articulados[20], padrones[21] y complementarios[22], por tanto, en nuestro respetuoso criterio, tenían la carga de cuidado y le es aplicable la presunción de culpa que ha desarrollado la jurisprudencia y doctrina.

De acuerdo con los documentos que obran en el expediente, fueron causas eficientes del accidente de trabajo:

1. Las condiciones inseguras, específicamente, la ubicación del personal a cargo de FORMACEP S.A.S. en medio de dos vehículos.
2. La ausencia de una matriz de identificación de peligros, de un análisis de riesgo por oficio y un estándar de seguridad de lavado.
3. Omisión del protocolo de seguridad informado por ETM S.A. y contenido en el reglamento de patios y talleres.
4. No tomar en cuenta el ruido como condición ambiental peligrosa.
5. Realizar intervención a un vehículo cuando existe riesgo de aprisionamiento.
6. No solicitar el cambio de lugar de parqueo cuando se advierta riesgo.

La doctrina[23] ha indicado que cuando se configura una culpa exclusiva de la víctima se genera una causal de exoneración del demandado; ahora bien, en el evento en que el Despacho halle que el daño sufrido lo causó la exposición imprudente al riesgo y/o una concurrencia de culpas, ello podría dar lugar a la aplicación de la reducción de que trata el artículo 2357 del Código Civil.

Por otra parte, en este proceso se probó que, al momento de los lamentables hechos, el señor HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ ZAPATA ejecutaba un contrato de trabajo con la demandada FORMACEP S.A.S., en el cargo de operario de aseo, lo cual también se encuentra acreditado con los documentos que provienen de la ARL y los denominados PAGOSIMPLE o autoliquidación consolidada aportados por la parte demandante.

Consta en los documentos aportados por la parte demandante, que obran en el expediente, que el motivo de la consulta consignado en la historia clínica fue un accidente de trabajo, mientras laboraba para FORMACEP S.A.S., circunstancia que también aparece acreditada en el informe de la ARL, en el cuadro usado para describir el ANÁLISIS, refiriéndose al hecho y al demandante la entidad señala: "*(…), quien en el año 2018 presentó accidente laboral*…".

Toda actividad laboral implica la exposición a un riesgo que le es inherente, el cual es cubierto por la Administradora de Riesgos Laborales, tal y como sucedió en este caso, en el que se encuentra probado que el demandante aceptó la calificación de la pérdida de capacidad laboral (Escrito visto a folio 49 de la demanda), interpuso derecho de petición para el pago (folios 50 a 59) y, conforme con las pruebas recaudadas, se reparó el daño causado por la materialización

[20] El Contrato de Concesión No. 3 – el numeral 1.7. de la Cláusula primera define: ***Autobús Articulado:*** *Se entiende por autobús articulado, el vehículo de dos cuerpos, que cuenta con una capacidad entre 140 y 160 pasajeros.*
[21] El Contrato de Concesión No. 3 – el numeral 1.8. de la Cláusula primera define: ***Autobús Complementario:*** *Se entiende por autobús complementario, el vehículo de un cuerpo, que cuenta con una capacidad entre 48 y 52 pasajeros.*
[22] El Contrato de Concesión No. 3 – el numeral 1.9. de la Cláusula primera define: ***Autobús Padrón:*** *Se entiende por autobús padrón, el vehículo de un cuerpo, que cuenta con una capacidad entre 80 y 90 pasajeros.*
[23] P. 66 El seguro de Responsabilidad – Segunda Edición – Juan Manuel Díaz Granados – Junio de 2012 – Bogotá – Editorial Universidad del Rosario.

del riesgo; sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, son obligaciones del empleador, en este caso de FORMACEP:

1. Poner a disposición de los trabajadores los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores.
2. Procurar a los trabajadores **elementos adecuados de protección contra los accidentes que garanticen razonablemente la seguridad y la salud**.

Como consta en el documento denominado "FORMATO DE INVESTIGACIÓN PARA LAS EMPRESAS", aportado por la parte demandante, visto a folio 78 y siguientes de la demanda:

1. El señor HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ ZAPATA ejecutaba un contrato de trabajo con la demandada FORMACEP S.A.S.
2. FORMACEP, en su calidad de empleadora, afilió al trabajador en AXA COLPATRIA.
3. El incidente fue reportado como un accidente de trabajo.
4. El tipo de vinculación del señor HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ ZAPATA con FORMACEP era la de un trabajador de planta y no en misión.
5. El señor HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ ZAPATA fungía como operario de aseo de FORMACEP.
6. En la descripción del accidente – punto IV del formato, se indicó que:
   - Los buses fueron parqueados en fila, atrás del que estaba siendo lavado, tenían una distancia de 3 metros.
   - El bus que rodó sin operador tenía activado el freno.
   - Quien prestó el auxilio fue el operador de ETM S.A.
7. En el acápite denominado datos complementarios, se dejó constancia que:
   - FORMACEP, dentro de su Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo **no tenía valorado el riesgo**.
   - ETM S.A. tiene un procedimiento definido donde los buses que reporten fallas al entrar deben dirigirse a la zona de mantenimiento (cárcamo) y no a la zona de lavado.
8. Una de las causas del accidente fueron las condiciones inseguras, específicamente, que la ubicación del personal para realizar la tarea se encuentra en medio de dos vehículos; ahora bien, en este caso, la ubicación del personal y, en general, la operación del lavado se encontraba a cargo de la empleadora FORMACEP.
9. Las recomendaciones emitidas a FORMACEP fueron realizar la matriz de identificación de peligros, un análisis de riesgo por oficio y un estándar de seguridad de lavado, lo cual, eventualmente implica que el empleador no suministró los medios adecuados de protección contra los accidentes que garanticen razonablemente la seguridad y la salud de sus trabajadores.

Debemos reconocer que el accidente de trabajo también se causa por negligencia del trabajador, habitualmente, entre otras razones, por no tomar las medidas de precaución o no utilizar los elementos de seguridad, no obstante, el empleador tiene la obligación de tomar las medidas para que el trabajador no sea negligente, aplicando para el fin las medidas disciplinarias con las garantías previstas en la ley, es por ello, que el legislador, incluyó como una justa causa de terminación del contrato de trabajo, por parte del empleador:

> *La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del empleador o por las autoridades para evitar*

enfermedades o accidentes. (Numeral 12º del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo).

De acuerdo con la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1613-2020 con ponencia de la Magistrada Jimena Isabel Godoy Fajardo:

> "*…**de cara a los riesgos laborales, existen dos clases de responsabilidad** claramente diferenciables, la de naturaleza objetiva, por la simple exposición a los riesgos que comporta la actividad, que se encuentra a cargo de la seguridad social integral (…), **de orden subjetivo, derivada de la culpa del empleador, no subrogada al sistema de seguridad social, y según las voces del artículo 216 del CST**, **se compensa con el pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios***."

Por tanto, en este caso, la responsabilidad debe examinarse conforme con lo previsto en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo[24]; es decir, la obligación de indemnización de perjuicios se encuentra a cargo del empleador, que, como se probó, es FORMACEP S.A.S.; sin embargo, tiene derecho al descuento de las prestaciones pagadas y recibidas por el trabajador accidentado, lo cual se encuentra conforme con el principio expuesto por el Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia Doctor Octavio Augusto Tejeiro, ponente de la Sentencia 25386 del 18 de septiembre de 2018 que dijo:

> *"…**la indemnización no puede ser fuente de enriquecimiento**…"*

La demandada FORMACEP S.A.S. no acreditó haber implementado eficazmente un Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo asegurando el cumplimiento de las normas mínimas establecidas por el Sistema General de Riesgos Laborales para la protección de la integridad del personal que realiza el trabajo, labor o actividad, con la identificación de prácticas, procesos, situaciones peligrosas y de acciones de intervención en los riesgos propios de la actividad económica.

Se encuentra probado, entre otros, con el certificado de existencia y representación legal de FORMACEP S.A.S. (Página 4), que tiene como objeto social o actividad económica principal:

> *"Hidrojet, **lavado automotriz**, desmanchado, aspirado, brillado, lavado de motor, lavado de chasis…"*

Está demostrado que FORMACEP SAS es una sociedad comercial y no una empresa de servicios temporales, de los documentos que obran en el expediente se desprende que fue constituida mediante documento privado del 13 de mayo de 2016; en consecuencia, está acreditado que se dedicaba a la actividad comercial de lavado automotriz y que, además tenía experiencia en la ejecución de contratos relacionados con esa actividad peligrosa; por tanto, le correspondía prevenir el peligro y mitigarlo, incluyendo en su Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, la identificación y valoración de los riesgos, estándares de seguridad, mecanismos, alarmas o procedimientos para evitar eventos como el ocurrido, sobre todo,

[24] "Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo."

porque se probó que, en la ejecución de los contratos, el área de lavado era responsabilidad de FORMACEP S.A.S.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil:

> "*Todo contrato legalmente celebrado* ***es una ley para los contratantes****, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*." Resaltado nuestro.

Probamos en este proceso que ETM S.A. y FORMACEP S.A.S. suscribieron un contrato comercial de prestación de servicios de lavado automotriz en el que las partes acordaron que:

1. **No** estaban vinculadas por relaciones de dependencia, mandato o representación y que las partes actuaban por su propia cuenta, con absoluta autonomía[25].
2. FORMACEP S.A.S. actúa por su propia cuenta sin estar sometida a subordinación laboral; en consecuencia, que no existía relación laboral alguna entre ETM S.A. y el personal que contrata FORMACEP S.A.S. para la ejecución de los contratos y, además, que FORMACEP S.A.S. no puede celebrar contrato de trabajo alguno en nombre de ETM S.A.[26]
3. Los contratos de trabajo o de cualquiera otra índole o denominación, lo celebraba directa y exclusivamente FORMACEP S.A.S., **bajo su responsabilidad y riesgo**.
4. Ninguna de las partes adquiría o compartía hacia terceros, en forma enunciativa y no limitativa, **responsabilidad civil,** contractual o extracontractual o por los negocios jurídicos que celebre la otra parte[27]; es decir, que no existe solidaridad entre las partes.
5. FORMACEP debía mantener actualizadas las certificaciones y elementos de protección necesarios para la ejecución del contrato[28].
6. FORMACEP S.A.S. estaba obligada a mantener afiliado a la Seguridad Social integral a sus trabajadores. El personal empleado no tenía relación jurídica o laboral directa con ETM S.A. sino con FORMACEP S.A.S. y que, en consecuencia, FORMACEP S.A.S. está obligada a atender el pago de prestaciones sociales, sueldos o salarios, aportes parafiscales y demás cargos que la legislación laboral determine, así como su afiliación a la ARL, que cubrirá de cualquier riesgo a sus trabajadores **sin que ETM S.A. sea involucrada**[29].
7. ETM S.A. no impartiría órdenes directas al personal de FORMACEP S.A.S.[30]
8. **FORMACEP debía desarrollar sus actividades tomando todas las medidas de seguridad a su alcance e** informar a LA CONTRATANTE de los riesgos ocupacionales y laborales que puedan presentarse en la ejecución del contrato. **LA CONTRATISTA se obligó a acatar las normas de seguridad industrial**[31].
9. FORMACEP se obligó a mantener indemne a ETM S.A.[32] y a asumir, cualquier reparación, ordenada legal o judicialmente, por daños o perjuicios causados con ocasión de la ejecución del contrato[33].

---

[25] Numeral 1.2. de la CLÁUSULA PRIMERA del contrato de lavado denominada "**PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN EL CONTRATO**" – **AUTONOMÍA.**
[26] Numeral 1.3. de la CLÁUSULA PRIMERA del contrato de lavado denominada "**PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN EL CONTRATO**" – **EXCLUSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.**
[27] Numeral 1.5. de la CLÁUSULA PRIMERA del contrato de lavado denominada "**PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN EL CONTRATO**" – **RESPONSABILIDAD.**
[28] Numeral 8.4. de la CLÁUSULA OCTVA de los contratos denominada "OBLIGACIONES DE LA CONTRATISTA.
[29] Numeral 8.5. de la CLÁUSULA OCTAVA de los contratos denominada "**OBLIGACIONES DE LA CONTRATISTA.**
[30] Numeral 7.3. de la cláusula séptima del contrato de lavado denominada "OBLIGACIONES DE LA CONTRATANTE".
[31] Numeral 8.11. de la CLÁUSULA OCTAVA de los contratos denominada "**OBLIGACIONES DE LA CONTRATISTA.**
[32] CLÁUSULA NOVENA de los contratos.

Como consta en el contrato de prestación de servicios de lavado automotriz aportado, en sus renovaciones y prórrogas, y, además, en la fecha de los hechos objeto de este proceso, evidentemente, el servicio no se contrató en forma temporal[34].

Con el testimonio del Jefe de Mantenimiento de ETM S.A., entre otras cosas se probó que:

1. ETM S.A. ponía a disposición de FORMACEP S.A.S. un área idónea – plana, idónea para llevar a cabo el lavado, no interfería en las actividades que realizaba el personal de la contratista.
2. ETM S.A. realiza juiciosas programaciones de mantenimiento, siendo el mejor operador del SITM – MIO, conforme con los reportes del ente gestor.
3. Los vehículos se encontraban en perfecto estado de funcionamiento, lo cual desecha la teoría de la falla de frenos, lo cual fue ratificado en el documento denominado bitácora de mantenimiento que obra en el expediente.
4. ETM S.A. tiene un protocolo de operación y un número importante de operadores dedicados a llevar los vehículos a la zona de lavado, parquearlos con el freno activado y una distancia de seguridad de al menos 3 metros.
5. No conoció de la existencia de un video que hubiera registrado los hechos.

En los contratos de prestación de servicios que obran en el expediente, consta que FORMACEP S.A.S. y ETM S.A. acordaron[35]:

> *"LA CONTRATISTA, **en forma independiente, autónoma y sin subordinación o dependencia, utilizando sus propios medios y elementos de trabajo, y el recurso humano necesario, bajo su exclusiva responsabilidad**, prestará el servicio de aseo integral de lavado interno y externo, (…) a **CIENTO SESENTA Y DOS (162)** vehículos de propiedad de LA CONTRATANTE en el patio taller de LA CONTRATANTE…*
>
> ***PARÁGRAFO SEGUNDO:** LA CONTRATISTA se obliga a prestar el servicio contratado **con personal certificado y de experiencia**, con los equipos, accesorios y maquinaria necesaria para la prestación del servicio contratado..."*
>
> - Negrillas y cursivas propias.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[36] define al contratista independiente en los siguientes términos:

> *"Con arreglo al artículo 3 del Decreto 2351 de 1965, **es una persona natural o jurídica que mediante un contrato civil o mercantil se compromete, a cambio de determinada remuneración o precio, a realizar una o varias obras o a prestar un servicio en favor de la persona natural o jurídica con quien contrate**. **El contratista asume los riesgos propios de la función a su cargo, debe ejecutarla con sus propios medios y goza de libertad y autonomía técnica y directiva**. Para poder cumplir su obligación requiere contratar trabajadores, cuya fuerza de trabajo ha de encauzar y dirigir en desarrollo del*

---

[33] CLÁUSULA DÉCIMA de los contratos.
[34] Cláusula cuarta del contrato de lavado automotriz – Duración del contrato – 12 meses.
[35] Cláusula segunda del contrato denominada OBJETO.
[36] En sentencia 9435 del 24 de abril de 1997 con ponencia del magistrado Francisco Escobar Henríquez.

*poder de subordinación, pues **se trata de un verdadero empleador** y no de un mero representante o intermediario respecto del contratante o beneficiario de la obra o del servicio. Es que con este no se compromete a llevar trabajadores, sino a **lograr por su cuenta y riesgo** a cambio de un precio, **el objetivo propuesto**, de forma que en este orden de ideas su actividad económica no es la intermediación laboral, sino la especialidad que les permite construir la determinada obra o lograr la prestación del servicio.*

En lo que hace al beneficiario del servicio o dueño de la obra, es claro que no es patrono en términos formales o reales con respecto de los trabajadores requeridos por el contratista, ya que no ejerce la subordinación laboral frente a aquellos o este, de suerte que solo es acreedor de un resultado o de un concreto servicio."

De acuerdo con lo previsto en la ley[37], una obligación es solidaria cuando **se ha contraído** por muchas personas y en virtud de la **convención** o de la **ley** puede exigirse a cada uno de los deudores el total de la deuda; entonces, es la ley o el acuerdo el que indica cuando una obligación es solidaria, además, es precisa la existencia de una deuda y, en consecuencia, de un acreedor y un deudor.

Respecto a la obligación solidaria pasiva, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil[38], se refirió de la siguiente manera:

"*La solidaridad pasiva tiene como rasgo característico el que todos y **cada uno de los obligados responden por el total de la deuda**, es decir, que a los ojos del acreedor cada deudor responde como si fuera el único que se encuentra en la parte pasiva del vínculo obligacional. El concepto de fiador que asoma en el artículo 1579 del código civil no altera, en manera alguna, la ventaja que para el acreedor representa la solidaridad*."

Sin embargo, en este caso, como consta en los contratos suscritos por FORMACEP S.A.S. y ETM S.A. **NO existe solidaridad**, por el contrario, las partes **convinieron**:

1. **FORMACEP S.A.S. defenderá y mantendrá indemne a ETM S.A**.[39]
2. **Correrán por cuenta de FORMACEP S.A.S.** los daños que le sean imputables durante el término de vigencia del Contrato por acción, omisión, operación, error técnico, **negligencia o descuido suyo o de cualquiera de quienes integran su equipo de trabajo, bien sean trabajadores** o que tengan cualquier vínculo contractual con FORMACEP S.A.S. cualquiera que sea la naturaleza de su contrato.
3. **Correrá por cuenta de FORMACEP S.A.S.** cualquier reparación, ordenada legal o judicialmente, por daño o perjuicio causado a un tercero o a su personal, **con ocasión de la ejecución de los contratos**[40].

No depende entonces del querer unilateral de la parte demandante establecer arbitrariamente algún tipo de solidaridad que vincule inexorablemente a ETM S.A. frente a sus pretensiones. La responsabilidad solidaria debe demostrarse en cada caso con base en las formalidades que

[37] Artículo 1568 del Código Civil.
[38] Expediente 5208 – Sentencia de 11 de enero de 2000.
[39] Cláusula novena del contrato denominada "**INDEMNIDAD**".
[40] Cláusula décima del contrato denominada "**RESPONSABILIDAD DE LA CONTRATISTA**".

para ello exige la ley, en este caso la parte demandante no acreditó la existencia de la solidaridad en virtud de la convención o la ley.

III. **PRETENSIONES DE LA DEMANDA**.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

> "*Ahora bien, todo daño, para que sea susceptible de reparación, debe ser cierto y, en el caso de la segunda clase de responsabilidad atrás mencionada -contractual-,* ***provenir directamente del incumplimiento de las obligaciones a cargo del demandado****. La certidumbre del daño, refiere a su "existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión."*[41]
>
> "*Y la causalidad, a que el daño sea "ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor*".[42]

En nuestro respetuoso criterio:

1. No se probó, como corresponde, que el señor HECTOR HUGO RODRIGUEZ FAJARDO y DORA NELSY ZAPATA BOLAÑOS fueran los padres del señor HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ ZAPATA.
2. No se acreditó, en debida forma, que la señora MARICELA VARGAS PATIÑO y el señor HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ ZAPATA fueran compañeros permanentes.
3. No se probó la filiación de SHAROL NICOL VARGAS PATIÑO.
4. La excesiva tasación de los perjuicios morales no se encuentra de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales[43].
5. La tipología de daño a la vida en relación está reservada únicamente para la víctima directa cuando hay una pérdida de capacidad laboral debidamente calificada y en un monto inferior al solicitado por la parte actora.
6. La parte demandante no cumplió con el deber o la carga de la prueba que le imponen los artículos 1757 y 2341 del Código Civil y artículo 167 del Código General del Proceso – Norma de orden público, posterior a la citada por el Despacho.
7. En este caso no se probó el incumplimiento de las obligaciones a cargo de ETM S.A. ni la responsabilidad. Ante la inexistencia de responsabilidad civil no debieron prosperar las pretensiones de la demanda, por tanto, solicito se sirva absolver a ETM S.A.

Con base en lo expuesto, solicitamos al Despacho se nos concedan las siguientes o similares:

PETICIONES

1. Sírvase tener por interpuesto oportunamente y sustentado de acuerdo con las reglas legales este recurso de apelación.

---

[41] CSJ, SC del 9 de septiembre de 2010, Rad. N° 2005- 00103-01.
[42] CSJ, SC del 18 de enero de 2007, Rad. N.° 1999-00173-01.
[43] Entre otras en la sentencia proferida por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL – M.P. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ – STC11368-2015 – Radicación N° 11001-02-03-000-2015-01834-00 – del veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015).

2. Sírvase tener por presentados los reparos concretos que le hacemos a la decisión de primera instancia, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.
3. Sírvase dar el trámite que corresponde al recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de septiembre de 2022.

NOTIFICACIONES

Las notificaciones que deban surtirse dentro de este proceso, las recibiré en mi oficina de abogado, en la secretaría de su despacho o en estrados cuando las dediciones se profieran en audiencia. Recibiré notificaciones en:

Dirección	Carrera 3 No. 12 – 40 oficina 905 – Santiago de Cali
Teléfono	(2) 8843663 – (2) 8843689
Email	FGSserviciosjuridicos@gmail.com – juridico@etm-cali.com.co

ETM S.A. recibirá notificaciones en:

Dirección	Calle 118 No. 28-62 Barrio Las Orquídeas – Santiago de Cali
Email	info@etm-cali.com

La parte demandante y la llamada en garantía reciben las notificaciones en las direcciones, teléfonos y correos electrónicos suministrados al Despacho de primera instancia.

Atentamente.

WILLIAM FELIPE GIRALDO SILVA
Representante Legal Suplente – Apoderado Judicial
EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ETM S.A. – EN REORGANIZACIÓN