

Honorable Magistrado
Doctor FLAVIO EDUARDO CORDOBA FUERTES
TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI (Valle)
E. S. D.

REF: PROCESO: DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTACTUAL
DEMANDANTE: LUIS ENRIQUE ROJAS BALANTA, MARIA DEL PILAR ALEGRÍAS
ROCHA, KAROL XIMENA ROJAS ALEGRÍAS, LUIS CARLOS ALEGRÍAS
ROCHA, LESLYE VANESSA GALVIS APONTE.
DEMANDADO: HDI SEGUROS S.A., RUBEN FABIAN BORRERO DIAZ y
ADOLFO BORRERO LENIS.
RADICACION: 2018-00120-00

NAYIBI RICAURTE PINZON, mayor de edad, domiciliada y residente en Cali, Abogada en ejercicio, con Tarjeta Profesional No. **52.784** del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de **Apoderada Judicial de los señores RUBEN FABIAN BORRERO DIAZ y ADOLFO BORRERO LENIS, SUSTENTO EL RECURSO DE APELACION** que fue admitido en el efecto suspensivo el día 18 de Septiembre de 2019 mediante Estado No. 165 interpuesto contra Sentencia de fecha junio 19 de 2019:

Me permito de manera respetuosa hacer la sustentación, haciendo énfasis en los REPAROS concretos ya formulados contra la mencionada sentencia y me permito RESALTAR nuevamente:

1.- Si bien es cierto el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio con base en el cual necesariamente debe fundamentar su decisión y formar el convencimiento, con fundamento en principio de la sana crítica (artículo 176 del CGP), dicho poder siempre debe ser ajustado a las pruebas allegadas al proceso. La evaluación probatoria supone la escogencia de criterios objetivos, racionales, serios y responsables que deben primar al momento de proferir una sentencia.

2.- Según el mismo Informe de Accidentes que aportó la parte demandante, claramente se observa que el señor ALVARO JOSE ALEGRIRAS (q.e.p.d.) se movilizaba en compañía de varios motociclistas a las 1:50 de la madrugada por la Carrera 23 con calle 60 de ciudad de Cali, por el carril izquierdo en donde encuentra con la REDUCCION ASIMETRICA DE LA CALZADA por el carril izquierdo, que lo obliga a maniobrar su motocicleta, invadiendo central, impactando al vehículo por el lado derecho de atrás hacia adelante, que ocasiona que pierda el control de su velocípedo. Y la Hipotesis que establece el Agente de Tránsito no con base a su conocimiento y evidencias encontradas en el lugar de los hechos; sino que la realiza con base en lo que le manifiesta el Testigo señor Michael Stiven Salazar (amigo de la víctima que iba en moto con el)

3.- No es de recibo que el operador Judicial de Primera Instancia solicite la vigencia del Decreto **Decreto 4112.010.20.0434 de junio 30 de 2017 de la Alcaldía de Santiago de Cali**, que **corresponde a las Restricciones por los días Días de Pico y Placa, el cual es conocimiento publico que cambia cada 6 meses;** y de conformidad a **la Ley 1712 de 2014, Ley de Transparencia y acceso a la Información, consagra los Principios de Facilitación y Celeridad**, el mismo Juez de Conocimiento podía confirmar su VIGENCIA. Es totalmente relevante Y determinante para el caso que nos ocupa las dudas que se generan que varios motociclistas se movilicen a altas Horas de la madrugada por esta vía Principal a pesar de la restricción.

4.- Se tiene que la tesis expuesta por el señor Juez Dieciséis Civil del Circuito en su sentencia funda su sustento en que el conductor del vehículo de placas JHX 701 señor Rubén Fabián Borrero Díaz realizó un "giro abrupto que hizo hacia la izquierda" siendo una maniobra imprudente, pero no existe prueba de lo manifestado por el señor Juez, solo existe el informe de tránsito N° 0625058 en donde se indicó que se trata de un "posible" giro a la izquierda según versión del testigo (amigo de la víctima), al respecto se debe resaltar que los testigos presenciales que dan cuenta del modo en que ocurrió el accidente no fueron claros y fueron contradictorios pues se evidencio que no **guardaban la distancia de seguridad**, las únicas prueba que permite extraer elementos objetivos son el informe de policía suscrito por el agente **Ramiro Valderrama** quien declaro dentro del proceso dejando muchas dudas respecto del diligenciamiento del IPAT para la hipótesis, pero de este nada dice el sentenciador de primera instancia, pruebas que no permiten tener la certeza que el señor Rubén Fabián Borrero Díaz girara a la izquierda de la manera que se menciona por el agente de tránsito Ramiro Valderrama a pesar de las fotografías incorporadas a la investigación, pues es imposible que un vehículo pretenda realizar un giro en una vía como donde se presentó el accidente.

El fallo del señor Juez no se atempera a los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia, toda vez que no está soportada en una examen integral de las pruebas allegadas, pues se excluyen aspectos relevantes que están llamados a ser revisados rigurosamente, (contradicción en el testimonio del agente de tránsito y el testigo señor Michel Stiven Salazar, huella de frenada, impacto de la motocicleta en el vehículo, posición final) de donde se sigue que a partir de una fundamentación tan deleznable no es posible deducir, con la certeza la estructuración de una culpa única y exclusiva en el señor Rubén Fabián Borrero Díaz conductor del vehículo de placas JHX 701, pues el señor juez de primera instancia no considero información imperativa respecto de la totalidad de las circunstancias de modo y lugar que rodearon el accidente ocurrido el día 26 de agosto de 2.017, y tampoco permite inferir, de forma inequívoca, que el accionar del conductor del vehículo fue la causa única del accidente.

Como con vehemencia lo ha advertido la Corte Suprema de Justicia en estos casos el Juez Civil:

***"no puede limitarse a remedar el fallo penal,** sino que debe auscultar, **ex abundante cautela,** si la calificación que en él se hizo de la causa extraña obedece, con el rigor que es debido, a una adecuada valoración de hecho respectivo, apreciado, en este caso en particular, a la luz de los elementos que, **ex lege,** determinan la existencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, desde luego que para que se produzca el referido efecto impeditivo, no es necesaria la coincidencia de pareceres entre dos funcionarios judiciales, ni para descartarlo es suficiente que exista contraposición entre ellos, pues delo que se trata es de verificar que la providencia penal no sea "un cascarrón vacío" resultando simple apariencia la inclusión que de los hechos se hizo en la causal comentada" (Cas. Civ. 14 diciembre de 2000; exp: 5738)*

El señor Juez tuvo por demostrada la hipótesis del informe de tránsito sin un mayor análisis, olvidando que se trata precisamente de una causa probable de una posibilidad, que corresponde a la opinión del agente de tránsito que no presencio el accidente, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el informe de tránsito y el croquis deben valorarse bajo

el sistema de la sana crítica teniendo en cuenta los elementos objetivos contenidos en el mismo.

Del examen de las pruebas allegadas al proceso y más precisamente al punto de impacto de la motocicleta con el vehículo se puede inferir que el señor Rubén Fabián Borrero Díaz conductor del vehículo de placas JHX 701 transitaba sobre la carrera 23 entre calle 60, **pero lo que no se puede tener por demostrado, es que el señor Rubén Fabián Borrero Díaz tratara de hacer una maniobra de giro a la izquierda**, como se indica el en informe de tránsito N° 0625058.

En el testimonio al señor Michel Stiven Salazar este indico que: "se abrió al lado izquierdo cuando el carro cruzo fue el impacto" aunque dicho relato pareciera estar corroborado por los otros elementos de convicción, la realidad es que termino desprovisto de la contundencia necesaria para despejar por completo el suceso, pues como lo trato de justificar el señor Michel Stiven Salazar "**cuando el carro cruzo fue el impacto**" otros habrían sido los daños en la motocicleta, al igual que la posición final sobre la vía, aspectos estos que no permiten crear certeza en torno a la forma como realmente se produjo el hecho, y menos para atribuirlo exclusivamente al señor Rubén Fabián Borrero Díaz.

Inexplicablemente si se indica por el testigo presencial que el conductor del vehículo de placas JHX 701 intento hacer un giro a la izquierda, no existe evidencia de esa prueba física en el informe de tránsito, ni se evidencia en los daños de la motocicleta como lo dice el PERITAJE ALLEGADO POR LA MISMA PARTE DEMANDANTE y adicionalmente el informe de tránsito no ofrece información confiable sobre la causa fatal del accidente respecto de la trayectoria de la motocicleta, **pues según lo expuesto en el informe de tránsito fue elaborado en base en la versión del testigo.** Lo que impone concluir que la mención referente a que el conductor del vehículo INTENTO HACER UN GIRO fue consignada apenas como una probable causa del accidente sustentada frágilmente en la sola manifestación que le hizo el testigo al agente de tránsito Ramiro Valderrama.

El informe de tránsito y las investigaciones de campo fueron realizadas por el mismo agente de tránsito Ramiro Valderrama quien compareció al proceso civil pero dejo demasiadas dudas respecto a la veracidad de lo ocurrido, el informe de tránsito, no aporta elementos confiables que sirvan para afianzar las explicaciones del testigo señor Michael Stiven Salazar, conforman un acervo probatorio preñado de incertidumbre y múltiples interrogantes que no pueden servir de estribo solido a una conclusión como aquella a la que arribo el agente de tránsito Ramiro Valderrama que conoció del caso.

Existen muchas contradicciones que no permiten determinar cómo ocurrieron los hechos, pues indica el testigo que el impacto fue antes de la franja peatonal y si fue antes como era posible que el vehículo pretendiera cruzar pues como se evidencia en las fotografías aportadas es imposible. El agente de tránsito indico que fue después y así lo gráfico.

¿Cabe preguntarse porque el juez de primera instancia no analizo la distancia de seguridad que debía guardar el motociclista al transitar detrás de un vehículo? Pero nada de esto se dijo.

5.- De conformidad al artículo 226 del Código General del Proceso, inciso 2, claramente señala que todo Dictamen será rendido por UN (1) PERITO; de esta forma NO TIENE ASIDERO LEGAL que el Numeral C de la Sentencia el Juez de Primera Instancia para descalificar el Dictamen señale que el dictamen lo sustento un Solo Perito.

6.- No es comprensible que el operador Judicial de Primera Instancia se refiera a la Imparcialidad del Dictamen, ya que es claro que la Parte Demandante aporó su propio dictamen y la parte Demandada aporó el suyo; Dictámenes con los que cada Parte busca desvirtuar lo alegado por la Parte Contraria. *Me pregunto por que NO se refiere a la Imparcialidad del Dictamen de la Parte demandante, cuando es obvio que de igual forma lo contrataron y Pagaron ellos?*

7.- El Perito señor Alejandro Umaña Garibello, sustentó el Dictamen bajo la Gravedad del Juramento, lo que indica que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional, dejando en claro su Imparcialidad. Y de conformidad al artículo 235, Parágrafo Único, consagra que *"No se entenderá que el perito designado por la parte tiene interés directo o indirecto en el proceso por el solo hecho de recibir una retribución..."*

8.- En las páginas 50, 51 y 52 del Informe Pericial No. 180222943, cuenta con las referencias de la Idoneidad como peritos, sus títulos académicos, y la gran experiencia como peritos especializados en la materia en todos sus trabajos realizados. La sociedad especializada que rinde el dictamen es IRS VIAL, cuya idoneidad, calidad y amplios conocimientos en esta materia, son de dominio público, con una simple consulta en la web.

9.- El dictamen objeto de los ataques, cumplió con el debido proceso de la Contradicción del artículo 228 del Código General en el cual **no se descalificó** al Perito por estar en ninguna de las Causales del artículo 50 o por cualquier otra circunstancia.

El rol del juez frente al dictamen pericial como medio probatorio, es mucho más exhaustivo y exigente, de lo que tradicionalmente había sido, estamos en presencia de un juez con muchas herramientas legales y facultades, que le permiten ir en pos de la búsqueda de la certeza y la verdad procesal establecida legalmente a través de los distintos medios probatorios. En conclusión, se trata de un juez con enormes posibilidades frente al dictamen pericial, ya no es el juez tradicional, que se limita a lo que las partes logren establecer en el proceso, sino que él mismo se erige como un activo director del mismo.

Los elementos mínimos que componen el dictamen, contenidos en el artículo 226 del C.G.P. no se le imprimió de forma expresa efecto alguno en lo que a la admisibilidad de la prueba se refiere, como tampoco se determinó si daría lugar a afectar la validez de las conclusiones del dictamen.

10.- EL señor Juez 16 de Civil de Circuito **le otorga total credibilidad e IMPARCIALIDAD a los testimonios** de los señores Michael Steven Salazar y Andrés Camilo Viveros (Este último No vio el accidente), **AMIGOS del señor ALVARO JOSE ROJAS ALEGRÍAS (q.e.p.d) y de la familia de la víctima;** hechos y circunstancias que rodearon el accidente que incluso no quedaron claras con la misma Declaración de la Autoridad de Tránsito. *(Nótese que en la Sentencia no se refiere a dicha declaración).*

11.- No existe elemento probatorio alguno, que puedan demostrar en forma clara, precisa y contundente que el señor RUBEN FABIAN BORRERO intento realizar alguna maniobra de giro prohibida que genere el accidente. El ad-quo debe valorar las pruebas allegas en su conjunto y dar aplicación al artículo 167 del Código General del Proceso.

12.- Es importante establecer que las partes que integran cada uno de los extremos procesales del presente proceso, se encontraban desplegando la denominada actividad

peligrosa de conducción, por lo que de endilgarse algún tipo de responsabilidad en el presente proceso, el régimen aplicable es el de la **culpa probada**, pues ambos conductores se encontraban en el ejercicio de una actividad peligrosa, y por tanto, la presunción sobre la culpa se NEUTRALIZA, teniendo la parte acota la carga de probar la culpa exclusiva del señor RUBEN FABIAN BORRERO DIAZ, a la luz del artículo 241 del Código Civil.

En Efecto **al adoptar la teoría de la neutralización**, la Corte Suprema ha considerado que, en el caso de las actividades peligrosas, la culpa se presume, salvo que las partes en controversia se encuentren desplegando actividades peligrosas, pues aquí el problema se analiza desde la perspectiva del artículo 241 del Código Civil, esto es, bajo la normatividad de la culpa probada. Es decir, que no se tiene en cuenta el artículo 2356 del Código Civil, que se fundamenta en la responsabilidad presunta. Lo anterior se materializa en la siguiente sentencia, en la que la Corte confirmó el fallo citando apartes de la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Cundinamarca: *" Como en este caso el accidente se produjo cuando ambas partes desarrollaban actividades de ese tipo, se eliminaba cualquier presunción de culpa, lo que a su turno implicaba que la acción no se examinara a la luz del artículo 2356 del Co. Civil, sino del 2341 ibidem, evento en el cual el demandante corría con la carga de demostrar todos los elementos integrantes de la responsabilidad civil extracontractual"*. (Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sentencia 5462 de 2000 – M.P., Dr. José Fernando Ramírez Gómez).

13.- En gracia de discusión, el Juez Natural, ni siquiera contemplo, a pesar de lo contenido en las pruebas arrojadas, que el señor Álvaro José Rojas Alegrías (q.e.p.d.) contribuyó en la producción de los lamentables hechos; toda que se encontraba desplegando igualmente una actividad peligrosa y en este sentido opera la **Compensación de Culpas**, tal y como lo reafirma la jurisprudencia colombiana y de la cual procedo a citar un reciente texto que sirve para aclarar la situación jurídica en este asunto:

" ...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, tal elemento de análisis no es exclusivo para este 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". (Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sentencia SC-2107-2018 del 12 de Junio de 2018- M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villegas).

Recordemos que en la misma Historia Clínica que arrima la parte demandante consta que el señor Álvaro Rojas Alegría (q.e.p.d.), presentaba un antecedente quirúrgico de escasos 15 días en su pie izquierdo.

A partir de la Jurisprudencia de las Altas Cortes, para el análisis de este tipo de eventos en los que puede llegar a existir concurrencia de culpas en el ejercicio de actividades peligrosas, corresponderá al Juez examinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se produjo el supuesto daño, con el de evaluar la equivalencia o asimetría de las actividades peligrosas concurrentes y su incidencia en la cadena de causas generadoras del daño; estableciendo de este modo, el grado de responsabilidad que corresponda a cada uno de los involucrados, de conformidad con lo establecido en el artículo 2357 del Código Civil.

La concurrencia de consecuencias reparadoras, o de concausas, cuyo efecto práctico es la reducción de la indemnización en proporción a la participación de la víctima, que para

el caso que ahora nos ocupa es la manera arriesgada y sin precaución alguna que transitaba intentando adelantar por el carril izquierdo la víctima resulta influyente en el resultado lesivo.

*“(…) [E]n tratándose de la concurrencia de causas que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental **establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro** (G. J. Tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699, y CLXXXVIII, pág. 186, Primer Semestre, (...); principios en los que se funda la llamada ‘compensación de culpas’, concebida por el legislador para disminuir, aminorar o moderar la obligación de indemnizar, en su expresión cuantitativa, hasta o en la medida en que el agraviado sea el propio artífice de su mal, compensación cuyo efecto no es otro distinto que el de ‘repartir’ el daño, para reducir el importe de la indemnización debida al demandante, ello, desde luego, sobre el supuesto de que las culpas a ser ‘compensadas’ tengan virtualidad jurídica semejante y, por ende, sean equiparables entre sí (...)” (resaltado propio)¹.*

14.-No puede pasarse por alto el criterio hermenéutico de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política y replicado en el canon 11 del Código General del Proceso, conforme al cual «el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial».

Al respecto esta Corporación ha ilustrado:

«(…) [R]ecordemos que el derecho procesal es medio y no fin, [y] (...) la finalidad de los procedimientos es la efectividad de los derechos sustanciales (...). Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto y el fin de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (...)».

“(…) [L]a relación de medio a fin es ostensible, lo que hace ver que la rigurosidad con la que actuaron los jueces de instancia, desconoci[ó] principios generales del derecho procesal, los cuales deben estar para cumplir la garantía constitucional del debido proceso, a cuyo respecto se ha referido esta Sala en pretéritas oportunidades como cuando dijo: ‘No en vano el legislador ha previsto que ‘las dudas que surjan de la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes’ (art. 4º, C. de P. C.)» (SC 27 abr. 2006, 2006-00480-01; reiterada recientemente en STC8971-2017, 22 jun. 2017, rad. 2017-01237-01).

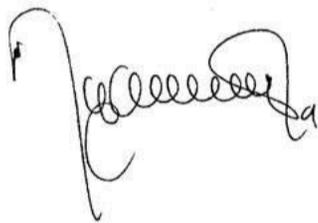
En la misma línea, la Corte Constitucional ha condensado su precedente sobre la materia en los siguientes términos:

¹ CSJ SC 25 de noviembre de 1999, rad. 5173.

«38. Del anterior recuento la Corte concluye que el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas refiere a que (i) la norma adjetiva debe buscar la garantía del derecho sustancial y, por ende, no se puede convertir en una barrera de efectividad de éste; (ii) la regulación procesal debe propender por la realización de los derechos sustanciales al suministrar una vía para la solución de controversias sobre los mismos; y, (iii) el derecho adjetivo al cumplir una función instrumental que no es un fin en sí mismo, debe ceñirse y estar al servicio del derecho sustancial el cual se debe privilegiar para proteger las garantías fundamentales.» (C-193/16).

En virtud de lo expuesto, no se reúnen en este caso los presupuestos para la confirmación de la sentencia de primera instancia pues no existe valoración en conjunto de las pruebas allegadas ni se tuvo en cuenta la participación de la víctima en la producción del daño. Luego no es suficiente para radicar un juicio de responsabilidad civil el simple hecho de que el autor haya intervenido en su generación, respetuosamente solicito se revoque la sentencia y en su lugar se nieguen todas y cada una de las pretensiones elevadas en el escrito de demanda.

Del Señor Magistrado,



NAYIBI RICAURTE PINZON
C.C. 31.941.144 de Cali
T.P. Nro. 52784 del C. S. de la J.