

Señora Jueza,
Dra. Jackeline García Gómez
JUZGADO SÉPTIMO (7) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
Manizales, Caldas.
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTES: MARY RIASCOS TORO Y OTROS.

DEMANDADOS: DEPARTAMENTO DE CALDAS Y OTROS.

LLAMANTE EN GTIA: DEPARTAMENTO DE CALDAS.

LLAMADA EN GTIA: AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

RADICADO: 17001-33-39-007-2023-00284-00

ASUNTO: **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

ALEJANDRO FERNÁNDEZ MONSALVE actuando en mi calidad de apoderado judicial sustituto de la llamada en garantía **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, con el debido respeto y dentro del término legal concedido, me permito presentar **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**, dentro del proceso de la referencia, solicitando se **NIEGUEN** las pretensiones de la demanda en su totalidad y como consecuencia se absuelva al **DEPARTAMENTO DE CALDAS** y por consiguiente a mi representada **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, en razón a la ausencia de pruebas que determinen algún tipo de responsabilidad por acción y omisión de la misma.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

➤ **CAUSA EXTRAÑA: HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE UN TERCERO**

Conforme quedó plenamente acreditado durante el proceso, tenemos que el evento de tránsito por el cual perdió la vida el señor Anderson Betancur Riascos, correspondió a la actividad peligrosa desplegada por el conductor de la motocicleta en la cual se desplazaba como parrillero de placas ZHH-70, pues en virtud de dicha conducción ominosa de la actividad peligrosa, y al haberse desplazado en exceso de velocidad, como lo manifestaron los testimonios y experticias, que unívocamente respaldaron tal circunstancia al indicar que la motocicleta se desplazaba en descuido de su propia vida y la del parrillero, como en efecto ocurrió a saber:

- (i) El conductor y el parrillero se desplazaban a más de 60km/h aproximadamente;
- (ii) No existían elementos de protección legalmente requeridos para desplegar la actividad peligrosa, en este caso, cascos reglamentarios.
- (iii) El vehículo causalmente, no debía estar puesto en circulación, toda vez que transitaba sin SOAT ni revisión tecnicomecánica, por lo que de no estar transitando como era debido, no debió ocurrir el accidente.

- (iv) El conductor del velocípedo, se comprobó, además de lo anterior, transitaba sin licencia de conducción hábil, por lo que causalmente, tampoco debía estar desplegando la actividad.

Se concluye con esto, que de no estar puesto en la cadena fenomenológica de eventos previa al daño, los anteriores, luego, el daño no se concreta, pues no había existido, luego, quien alteró las condiciones de tiempo y lugar para dar genesis al daño, es el principal responsable, y por demás, sujeto de responsabilidad civil, esto es el conductor de la motocicleta Fander Alexis Orozco Agudelo.

Para ello tenemos que:

"LEY 760 DE 2002. CODIGO NACIONAL DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE TERRESTRE:

(...)

ARTÍCULO 74. REDUCCIÓN DE VELOCIDAD. *Los conductores deben reducir la velocidad a treinta (30) kilómetros por hora en los siguientes casos:*

En lugares de concentración de personas y en zonas residenciales.

En las zonas escolares.

Cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad.

Cuando las señales de tránsito así lo ordenen.

En proximidad a una intersección." (Subrayado fuera de texto)

Nótese como se aúna a lo ya dicho, el incumplimiento y trasgresión de las normas de tránsito por parte del señor Fander Alexis, conductor del velocípedo, al cual pueden agregarse en cita y subrayas, las siguientes:

"ARTÍCULO 55. COMPORTAMIENTO DEL CONDUCTOR, PASAJERO O PEATÓN. *Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón, debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito."*

"ARTÍCULO 94. NORMAS GENERALES PARA BICICLETAS, TRICICLOS, MOTOCICLETAS, MOTOCICLOS Y MOTOTRICICLOS. *Los conductores de bicicletas, triciclos, motocicletas, motociclos y moto triciclos, estarán sujetos a las siguientes normas:*

Deben transitar por la derecha de las vías a distancia no mayor de un (1) metro de la acera u orilla y nunca utilizar las vías exclusivas para servicio público colectivo.

(...)

Deben respetar las señales, normas de tránsito y límites de velocidad.

Los conductores y los acompañantes cuando hubieren, deberán utilizar casco de seguridad, de acuerdo como fije el Ministerio de Transporte.

(...)

ARTÍCULO 96. NORMAS ESPECÍFICAS PARA MOTOCICLETAS, MOTOCICLOS Y MOTOTRICICLOS: *Las motocicletas se sujetarán a las siguientes normas específicas:*

1. *Deben transitar ocupando un carril, observando lo dispuesto en los artículos 60 y 68 del Presente Código.*

(...)

3. Deberán usar de acuerdo con lo estipulado para vehículos automotores, las luces direccionales. De igual forma utilizar, en todo momento, los espejos retrovisores.

(...)

5. El conductor y el acompañante deberán portar siempre en el casco, conforme a la reglamentación que expida el Ministerio de Transporte, el número de la placa del vehículo en que se transite, con excepción de los pertenecientes a la fuerza pública, que se identificarán con el número interno asignado por la respectiva institución."

Al respecto, la Corte en SC 29 feb. 1964, GJ, t. CVI, pág. 163¹, precisó:

(...) La intervención de este elemento extraño configura una causal de irresponsabilidad del demandado, siempre que el hecho del tercero tenga con el daño sufrido por la víctima una relación exclusiva de causalidad, pues en tal supuesto la culpa del demandado es extraña al perjuicio.

"Jurídicamente no es cualquier hecho o intervención de tercero lo que constituye la causa de exoneración de responsabilidad; es necesario, entre otras condiciones, que el hecho del tercero aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado, anexa a la noción de culpa, se desplaza del autor del daño hacia el tercero en seguimiento de la causalidad que es uno de los elementos jurídicos esenciales integrantes de la responsabilidad civil. Cuando el hecho del tercero no es la causa determinante del daño no incide en ninguna forma sobre el problema de la responsabilidad". (0. J. LVI-298). -Subraya intencional-.

Posteriormente, en SC de 8 oct. 1992, rad. 3446, refiriéndose a la incidencia del hecho de un tercero en casos donde el daño se produce por obra de una actividad peligrosa, expuso que,

(...) el hecho de un tercero, alegado para contrarrestar la presunción que se desprende de la prueba de haberse causado el daño por motivo de una actividad peligrosa, tiene que participar en buena medida de los caracteres propios de la fuerza mayor exculpatoria, lo que al tenor de reiterada doctrina jurisprudencial le impone a los falladores la obligación de verificar la concurrencia de severas condiciones (...). (Subrayado fuera de texto).

(...) puede sostenerse entonces que aquellas condiciones de las que depende que a la intervención de un tercero puedan imprimírsele los alcances plenamente liberatorios (...) son los siguientes: a) Debe tratarse antes que nada del hecho de una persona por cuyo obrar no sea responsable reflejo el agente presunto, vale decir que dicho obrar sea completamente externo a la esfera jurídica de este último; b) También es requisito indispensable que el hecho fuente del perjuicio no haya podido ser previsto o evitado por el demandado, ya que si era evitable y no se tomaron, por imprudencia o descuido, las medidas convenientes para evitar el riesgo de su ocurrencia, la imputabilidad a ese demandado es indiscutible, lo que en otros términos quiere significar que cuando alguien, por ejemplo, es convocado para que comparezca a juicio en estado de culpabilidad presunta por el ejercicio de una actividad peligrosa, y dentro de ese contexto logra acreditar que en la producción del daño tuvo injerencia causal un elemento extraño puesto de manifiesto en la conducta de un tercero, no hay exoneración posible mientras no suministre prueba concluyente de ausencia de culpa de su parte en el manejo de

¹ Reiterada en SC de 8 oct. 1992, rad. 3446.

*la actividad; c) Por último, el hecho del tercero **tiene que ser causa exclusiva del daño**, aspecto obvio acerca del cual no es necesario recabar de nuevo sino para indicar, tan sólo, **que es únicamente cuando media este supuesto que corresponde poner por entero el resarcimiento a la cuenta del tercero y no del ofensor presunto**, habida consideración que si por fuerza de los hechos la culpa de los dos ha de catalogarse como concurrente y por lo tanto, frente a la víctima, lo que en verdad hay son varios coautores que a ella le son extraños, esos coautores, por lo común, están obligados a cubrir la indemnización en concepto de deudores solidarios que por mandato de la ley lo son de la totalidad de su importe, postulado éste consagrado por el artículo 2344 del Código Civil (...).* (Subrayado fuera de texto)

Y en SC de 18 sep. 2009, rad. 2005-00406-01, se condensó la doctrina precedente, así:

*(...) la intervención exclusiva de un tercero, esto es, de un sujeto ajeno al autor y a la víctima por cuya conducta se causa el daño; para romper el nexo causal, además de **exclusiva, eficaz, idónea y determinante de la lesión**, pues "[c]uando el hecho del tercero no es la causa determinante del daño no incide en ninguna forma sobre el problema de la responsabilidad..." (G. J. T. LVI, págs. 296 y 321), **es menester "que el hecho fuente del perjuicio no haya podido ser previsto o evitado por el demandado"** (cas. civ. octubre 8 de 1992; 24 de marzo de 1939, XLVII, 1947, p. 63). -Subraya intencional-*

4.2.3. En ese caso, la Sala en desarrollo de lo previsto en el artículo 2356 del Código Civil, tiene decantado que la responsabilidad se juzga bajo el alero de la "(...) *presunción de culpabilidad* (...) "². Cualquier exoneración, por tanto, debe plantearse en el terreno de la causalidad, mediante la prueba de un elemento extraño (fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima). En el contrato de transporte, porque ligado a una obligación de resultado, así lo imponen los artículos 992 y 1003 del Código de Comercio.

Con mayor razón, cuando el pasajero, al decir de la Corte, "(...) *a no dudar, en su condición de tal, no despliega –por regla general– comportamiento alguno que pueda calificarse como peligroso. Su actividad, en relación con el automotor que lo transporta, de ordinario es típicamente pasiva y, por tanto, incapaz de generar un riesgo de cara a la conducción material de aquel. Muy por el contrario, está sometido a uno de ellos: el que emerge de la prenotada conducción vehicular. Mutatis mutandis, el ocupante, en dichas condiciones, no es más que un mero espectador; un sujeto neutro enteramente ajeno a la explotación o ejecución de la actividad catalogada como peligrosa o riesgosa* (...) "³.

*En esa hipótesis, respecto del hecho de un tercero, incluido el de otro conductor no convocado al proceso, la destrucción del nexo causal por quienes aparecen como demandados debe ser absoluta. Ningún grado de participación contra ellos, por lo tanto, cabe quedar en pie, porque de ser así perviviría la solidaridad in integrum, al margen, desde luego, de la colisión de responsabilidad interna derivada precisamente de la coautoría.*⁴

2. Tiene importancia para la comprensión del aspecto jurídico con incidencia en el ámbito de las referidas acusaciones, señalar que las operaciones relacionadas con el transporte terrestre de pasajeros, se adecuan al criterio de una «actividad peligrosa», cuya teoría construyó la doctrina jurisprudencial de esta Corporación,

² CSJ. Civil. Vid. Sentencias de 26 de agosto de 2010, expediente 00611, y de 18 de diciembre de 2012, expediente 00094

³ CSJ. Civil. Sentencia de 23 de octubre de 2001, expediente 6315.

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. SC 13.594-2015. Ref: 76001-31-03-015-2005-00105-01. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. 06 de octubre de 2015. Bogotá D.C.

con sustento en el Radicación nº05001-3103-011-2006-00123-02 42 artículo 2356 del Código Civil, la cual comporta como una de sus principales características, la concerniente a la «presunción de culpa» de quien ejecuta dicha actividad, por lo que para liberarse de responsabilidad en el evento de reclamación con fines indemnizatorios, deberá demostrar que el hecho derivó de una causa extraña, esto es, culpa exclusiva de la víctima, o hecho proveniente de un tercero, o existencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito.”

Esta tesis se ve respaldada por una opinión pericial del Dr. Alejandro Rico, quien soportó e indicó que la colisión pudo haberse evitado al resaltar que: *“...bajo los parámetros que se establecieron, la probabilidad estuvo asociada al comportamiento de la motocicleta, de acuerdo al espacio disponible de la motocicleta sobre su carril sin entrar en contacto con la ambulancia...”*

Véase que en la conducción de automotores, no solo lo dicho previamente en cuanto a la multiplicidad de normas violentadas por el conductor de la motocicleta, nos remite al uso de la lógica y a la empírica, todo conductor puesto en las mismas condiciones del motociclista, habría detenido el curso y más aún, reducido su velocidad, a efectos, ya sea de evitar la colisión y mantenerse en su carril, o en su defecto, esquivar cualquier obstáculo sobre la vía, toda vez que esquivarlo a tan alta velocidad, sin casco, sin reglamentación, y con un parrillero sin protección personal, sin lugar a duda alguna aumenta exponencialmente ya el riesgo creado y contraviene directamente el art. 55 de la Ley 769 de 2002.

Conforme el nexo causal pretendió establecerse derivado de la inexistente acción u omisión fáctica o jurídica a cargo de nuestro asegurado, aún sin perjuicio de dicho análisis huérfano de pruebas, lo cierto es que cualquier tesis se vería superada por el hecho exclusivo y determinante del tercero, en cuyo caso, tiene efectos liberatorios plenos y que desarticulan la triada de la responsabilidad extracontractual del Estado.

➤ **HECHO EXCLUSIVO DE LA VÍCTIMA- ASUNCIÓN DEL RIESGO DE LA VÍCTIMA**

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho atrás, y conforme a la cinemática del accidente de tránsito que nos reúne analizar, lo cierto es que el señor Anderson Betancur Riascos, era plenamente cognoscente del riesgo que asumía al transportarse como parrillero con su compañero Fander Alexis, a quien conocía de vieja data, y quien por demás, decidió ir como pasajero en un velocípedo sin SOAT, sin revisión tecnicomecánica, con un conductor que sabía no portaba licencia, y por demás, que al momento de iniciar la marcha, sabía que no contaba con casco reglamentario para tales fines, con la consciencia del riesgo que ya implica la conducción de automotores, este, aumentó exponencialmente la potencialidad de daño de la actividad peligrosa, al asentir ser pasajero de un riesgo aumentado, motocicleta sin el lleno de requisitos, a velocidad superior a la permitida reglamentariamente y sin casco de protección reglamentario.

"3.2. De la Teoría de la Asunción del Riesgo en el Marco de las Actividades Peligrosas. Si bien, sin hesitación alguna podría concluirse que, como en el caso de aquel conductor de un vehículo o de una motocicleta que están en movimiento, ciertamente ambos se encuentran desempeñando una actividad peligrosa (entendiendo tal fenomenología de conformidad con lo argumentado en líneas anteriores); luego, necesariamente surge el interrogante, *¿cómo podrá ser tratada entonces la situación de quien, no obstante no desplegar una actividad peligrosa –parrillero de la motocicleta-, pero indirectamente participando en ella, asumió por conexidad el riesgo que potencialmente en un daño se pudiere traducir?*

Al tenor del cuestionamiento anterior, cabe aquí citar doctrina autorizada, donde particularmente el profesor Félix Trigo Represas define la Teoría de la Asunción del Riesgo: "...como el consentimiento tácito que la víctima parece prestar en todos aquellos casos en que, con pleno consentimiento, **asume el riesgo de sufrir un daño, lo cual tendría el valor de una convención sobreentendida con otra persona, por lo cual aquella renuncia por anticipado a reclamar eventualmente una indemnización**⁵**por los perjuicios que así pueda sufrir.** O sea, podría sostenerse que si bien un agente crea el riesgo, acontece que la **víctima tiene cabal conocimiento del mismo y lo acepta o asume antes de la producción del daño.**" Igualmente, Zavala de González ha sostenido, "...la aceptación del riesgo se configura cuando una persona **asume un peligro anormal o extraordinario y esta conducta es idónea para dañarla.**"⁶

"...La diferencia esencial entre aceptación de riesgo y el consentimiento de la víctima o perjudicado radica en que en la asunción de riesgos no existe una aceptación de un daño actual, **sino de la exposición a ese daño.**"⁷ (Énfasis es propio).

Entonces, tenemos que el señor Anderson Betancur Riascos, asumió la exposición al daño, e hizo de suyo los riesgos que traía con ello, en su conocimiento, transitar como pasajero en una motocicleta -actividad peligrosa- sin SOAT ni revisión tecnomecánica, especialmente, sin CASCO, y en exceso de velocidad, y aún conociéndolo aceptó y asumió los perjuicios que pudiera sufrir, y por tanto, no puede trasladarse dicha asunción a terceros, mucho menos al Departamento de Caldas, quien ninguna injerencia tuvo en el asunto pues ni el vehículo donde se desplazaba el fallecido era oficial, y la ambulancia no tuvo comportamiento inadecuado alguno, por demás, que no era un vehículo adscrito al Departamento, sino a entes territoriales terceros, del cual no se hace responsable el Departamento.

En el peor de los escenarios, existirá una llamada *conurrencia de causas*, explicada por la jurisprudencia de la especialidad en materia de accidentes de tránsito, como la concurrencia a un daño de dos actividades peligrosas en iguales o desproporcionadas dimensiones pero que concurrieron al daño de manera equivalente o proporcional a su atribución a que se ocasionara el evento, en este caso, podría aseverarse en varias hipótesis, y la más relevante es el actuar del tercero a cargo del velocípedo, versus la causalidad de la víctima al asumir el riesgo de suyo como ya lo indicamos atrás, o en el peor de los casos, estas, versus el hecho del tercero a cargo de la ambulancia.

➤ **INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR AUSENCIA DE NEXO CAUSAL**

Para el presente caso, debe tenerse en cuenta que el nexo de causalidad como elemento fundamental en la estructura de la responsabilidad administrativa que consagra la ley y la jurisprudencia de esta especialidad, no existen presunciones, no se trata de un régimen objetivo mucho menos, por lo que debe acudir al régimen común de responsabilidad Estatal, esto es, el régimen de falla probada, en cuyo caso, recae en cabeza de la parte actora probar los supuestos de hecho que soportan las pretensiones, en este caso, corresponde a la parte demandante, probar que el presunto daño, se dio con atención a la inobservancia de alguna obligación del Departamento de Caldas.

⁵ TRIGO REPRESAS, FELIX A. y LIPEZ MESA, MARCELO J., Tratado de responsabilidad Civil, 1º ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, tomo 1, p. 966.

⁶ ZAVALA DE GONZALEZ, MATILDE, Resarcimiento de daños, Presupuestos y funciones del derecho de daños, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, tomo 4, p. 287.

⁷ TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo. Tratado de la responsabilidad civil, t. I, p.966.

Si se observa entonces el plenario, no ha sido arrimada al proceso, prueba alguna que permita establecer un vínculo causal o relación causa-efecto entre ese daño alegado por la demandante y una presunta falla en las obligaciones del DEPARTAMENTO DE CALDAS

Teniendo en cuenta que las pruebas aportadas por la actora y los interrogatorios desarrollados en el proceso permiten desarrollar una tesis totalmente contraria a la planteada por los actores, que deriva en la inexistencia de la responsabilidad, estamos entonces ante una apreciación subjetiva de la demandante que debe ser desechada.

"ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*"⁸

En todo caso, debe señalarse que al no existir dentro de la ocurrencia del hecho una razón atribuible al DEPARTAMENTO DE CALDAS por cuanto ya se analizado y argumentado de forma eficiente el indebido actuar del conductor de la motocicleta, así mismo, respecto a la incidencia de la asunción del riesgo de la víctima fallecida, y por último aquella que podría recaer, hipotéticamente en la ambulancia con que colisionó la moto, pero en ninguno de estos antecedentes causales se ubica alguna actuación u omisión del Departamento de Caldas.

No existiendo nexo causal como se ha explicado no es procedente que se acojan las pretensiones de la demanda por la ausencia de los elementos esenciales para que se estructure responsabilidad administrativa imputable al asegurado.

Es por lo indicado, que no existe nexo de causalidad alguno, entre la conducta desplegada por la asegurada y el hecho acontecido.

El profesor Javier Tamayo Jaramillo, al referirse al nexo causal, afirma:

*"... Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado teorías; las más importantes son: la "teoría de la equivalencia de las condiciones" y "la teoría de la causalidad adecuada". De acuerdo con la primera todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causante del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se la rechaza por su inaplicabilidad práctica, pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría absurdamente, buscar responsables hasta el infinito. Para suavizar este criterio se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción de daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica de perjuicio; se considera que solamente causo el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño..."*⁹

En similar asunto, se refirió el Consejo de Estado, mediante sentencia del 14 de julio de 2016, Exp. 41.631. C.P. Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Rad: 2008-00179. Sección Tercera, Subsección A, de la siguiente forma:

ACCIDENTE DE TRANSITO - Eventos en que se configura una falla en el servicio / ESTADO - Deber de mantenimiento de la red vial / CONFIGURACION DE UNA FALLA EN EL SERVICIO - Eventos: Incumplimiento en los deberes de vigilancia, mantenimiento, rehabilitación y conservación de la malla vial / CARGA DE LA PRUEBA -

⁸ Código General del Proceso. Artículo 167.

⁹ Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Temis, Bogotá D.C, 2009, Pág., 374 y ss.

Corresponde al demandante / IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD AL ESTADO - Acreditación del nexo causal / CONFIGURACION DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - No se configuró. Inexistencia del nexo causal entre el daño y la acción u omisión en que pudo haber incurrido la administración

En casos como el que ahora ocupa a la Sala, en los que el análisis de responsabilidad se realiza a la luz del régimen de la falla en la prestación del servicio, se advierte que aquélla se configura si se acredita que la entidad encargada del mantenimiento y conservación de la vía (escenario del accidente) **omitió el cumplimiento de tales deberes, máxime si se prueba que fue enterada sobre la presencia anormal y peligrosa de obstáculos sobre ésta, como hundimientos, árboles caídos, derrumbes o desprendimiento de rocas, etc., que pudieren ofrecer riesgo a los automotores o peatones que transitan por el sector y que, aún así, no tomó las medidas tendientes a reparar, señalizar o aislar la zona, o a remover el material estorboso, a fin de prevenir el peligro que éste implica.** Al respecto, esta Corporación ha sostenido que el Estado está obligado a realizar las labores necesarias para cumplir con el mantenimiento de la red vial, de manera que deberá responder en los siguientes eventos:

i) cuando conozca las condiciones naturales del terreno, de las cuales sea previsible el desprendimiento de materiales de las montañas aledañas a las carreteras y, sin embargo, no adopte las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de tragedias naturales o accidentes de tránsito y;

ii) cuando incurra en omisión de sus tareas de conservación y mantenimiento rutinario y periódico de la infraestructura vial, responsabilidad que acarreará mayor exigencia si se demuestra que los daños u obstáculos permanecieron sobre una carretera durante un tiempo razonable para actuar, sin que la entidad demandada hubiere efectuado las obras de limpieza, remoción, reparación o señalización, con miras a restablecer la circulación normal en la vía, evento en el cual se deben evaluar las condiciones y circunstancias del caso particular, con el fin de determinar la razonabilidad del tiempo, valoración que debe ser más estricta si se llega a demostrar que el hecho anormal que presentaba la vía fue puesto en conocimiento de la accionada y que ésta omitió el cumplimiento de sus funciones; no obstante, en este punto cabe advertir que la falta de aviso a la entidad encargada no la exonera de responsabilidad.

(...)

En su lugar, sobre las circunstancias de modo en que ocurrió el siniestro sólo se demostró que el accidente de tránsito tuvo como causa la invasión del carril del vehículo en que se desplazaban las víctimas por parte de un camión que se desplazaba en sentido contrario. Así las cosas, a pesar de que se demostró tanto el daño como la falla en el servicio alegados, no se logró evidenciar el tercer elemento de responsabilidad, esto es, **el nexo causal**, en tanto **no se aportó prueba alguna que diera cuenta de la incidencia de la falla en la causación efectiva del daño;** en consecuencia, se presenta una clara ausencia o imposibilidad de imputación de responsabilidad al departamento del Valle del Cauca por la muerte de los Carlos Alberto Hernández Gómez y Julio Campo Palacios y las lesiones de Gustavo de Jesús Gómez Aristizábal. (...)”

En consonancia con lo anterior, la parte actora no demuestra en qué consiste la falla atribuida a nuestro asegurado, se adentra en un espectro especulativo sobre una presunta desatención al mantenimiento vial, pero no se observa una fotografía que

permita así establecerlo, un testimonio que así lo refiera o un experto que en la materia elucide tal cuestión, ello con precedencia al accidente mencionado.

Sobre el medio de control de reparación Directa por falla en el Servicio, la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010, radicado número 66001-23-31-000-1998-00568-01 (17999), con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, expreso lo siguiente:

*"la falla del servicio surge a partir de la comprobación de una violación –conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual constituye un juicio de reproche por parte del juez, respecto de las falencias en las cuales habría incurrido la Administración. Por su parte, la entidad pública demandada sólo podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir, que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada –positivos o negativos- **o si demuestra que el nexo causal era apenas aparente, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o hecho también exclusivo y determinante de un tercero**".*

Corolario de lo anterior, resulta válido afirmar que no existe una presunción de nexo de causalidad, el mismo debe ser probado plenamente por la parte pretensora, esto es, demostrar en el expediente que definitivamente fue la conducta de la demandada la que causó el daño. Valga decir, sin que implique confesión alguna, que hipotéticamente puede resultar probado en un expediente un error de conducta en cabeza del demandado, pero si esa no fue la conducta que causó el daño, no estamos frente a un evento de responsabilidad, dado que el nexo de causalidad no se presume y para el presente caso no se probó.

Estamos entonces ante una situación imposible de atribuir al DEPARTAMENTO DE CALDAS por las razones expuestas que denotan el inadecuado actuar de la demandante, el conductor del vehículo y la cooperativa a través de la cual se encuentra afiliada, con lo que no asiste razón para acceder a las pretensiones y se ha cerrado cualquier puerta especulativa de responsabilidad administrativa en cabeza del asegurado.

➤ **RELATIVIDAD DE LA FALLA EN EL SERVICIO- A LO IMPOSIBLE NADIE ESTÁ OBLIGADO**

Debemos advertir que la relatividad de la falla en el servicio ha sido ampliamente estudiada a lo largo de los años puesto que nos enfocamos a Colombia un país en vía de desarrollo, teniendo en cuenta la realidad misma, su economía, la amplitud y la cobertura de los servicios públicos puesto que no se puede tener la misma extensión de un país desarrollado; ante esto la relatividad en la falla en el servicio radica en **la imposibilidad de exigir de manera absoluta a la organización estatal prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico**, como quiera que el Estado no se encuentra en capacidad de brindar una protección personalizada a cada individuo que integra el conglomerado social, luego entonces es a partir del erario público que se cumplen las obligaciones como el mantenimiento de las vías, situación que se encuentra fuera del control total de cualquier entidad por cuanto cada uno tiene prioridades como la salud y la educación de los habitantes del sector, lo anterior para indicar que el DEPARTAMENTO DE CALDAS no está obligado a lo imposible y el cumplimiento de dichas obligaciones es totalmente programático – de tracto sucesivo y no de ejecución instantánea, lo que se relaciona directamente con la imposibilidad de establecer si el tramo vial que se desprendió, lo hizo al momento en que transito el vehículo sobre él o por el contrario se encontraba en tal estado con anterioridad a la ocurrencia del accidente.

En la obra del tratadista Enrique Gil Botero, Tesauro de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Tomo III Vol. 1 – Régimen de falla en el servicio-, año 2013, se indican diferentes tipos de pronunciamiento de las altas cortes del país frente a la falla en el servicio de las entidades estatales, así por ejemplo a página 433 se indica:

"En igual sentido, en sentencia de 11 de octubre de 1990, se dijo: "Es cierto que en los términos del artículo 16 de la Constitución Política las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes y que a partir de este texto se fundamenta la responsabilidad del Estado, pero también lo que esa responsabilidad no resulta automáticamente declarada cada vez que una persona es afectada en tales bienes, pues la determinación de la falla que se presente en el cumplimiento de tal obligación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se hubieren sucedido los hechos así como a los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio para que pueda deducir que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna, todo dentro de la idea de que "nadie es obligado a lo imposible""

(...)

"A la luz de la orientación jurídica anterior, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijo en sentencia del 25 de octubre de 1991, actor: Helio de Jesús Cardona Ríos y otros, en la cual discurrió dentro del siguiente perfil:

<< En el plano ideal, el Estado debería responder por toda muerte violenta acaecida en el territorio nacional (él tiene el deber de proteger su vida); siempre que muriera una persona por falla de asistencia médica; por los niños que se quedan sin escuela y entran a la mendicidad por todos los casos de inanición; por las epidemias no contrarrestadas; por todos los daños producidos por el terrorismo; por la caída de un avión en zona carente de radio ayuda; por todos los derrumbes de las carreteras, por la falta de acueductos, por la contaminación de los ríos (...).

*"<< Los ejemplos se podrían multiplicar por miles. Pero, ¿Podría el patrimonio estatal hacer frente a todas esas demandas cuando sus servicios públicos apenas si logran tener una pequeña cobertura? **¿Sería razonable permitir esa responsabilidad irrestricta y en todos los casos, con desmedro del mantenimiento, en los límites propios de nuestra realidad económica y social, de los modestos servicios actuales?** ¿No sería peor el remedio que la enfermedad?" (Negrilla fuera del texto original)*

Sobre el medio de control de reparación Directa por falla en el Servicio, la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010, radicado número 66001-23-31-000-1998-00568-01 (17999), con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, expreso lo siguiente:

*"la falla del servicio surge a partir de la comprobación de una violación –conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual constituye un juicio de reproché por parte del juez, respecto de las falencias en las cuales habría incurrido la Administración. Por su parte, la entidad pública demandada sólo podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir, **que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada** –positivos o negativos- o si demuestra que el nexo causal era apenas aparente, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o hecho también exclusivo y determinante de un tercero".*

La falla en el servicio es un concepto relativo porque no puede pensarse que alguien que sufre un daño, así sea una actividad privada o personal, deba ser el Estado quien siempre

esté obligado a resarcir sus males, mucho menos, en este caso, privados quienes se encuentren prestando un servicio de mantenimiento o trazado vial en favor de la comunidad de conductores.

En este orden de ideas, para el caso en concreto, brillan por su ausencia elementos fácticos que permitan establecer la producción de una falla en el servicio por omisión de mantenimiento del tramo vial en donde ocurrió el ya conocido accidente, debe precisarse por parte de su despacho que dicho control por parte del asegurado, no materializa la causa eficiente y determinante del daño sufrido por la demandante, máxime cuando no existe, como reiteramos, una prueba que permita llegar a la conclusión indubitada de la falla del llamante en garantía o de las demás demandadas, carga la cual recae en cabeza de la demandante, cuya labor probatoria fue inconducente e inidónea, sumado a que pudo demostrarse contrario a lo pretendido y afirmado en el escrito de la demanda, que fue su propio actuar el determinante en el hecho acontecido.

RESPECTO DE LA RELACIÓN ASEGURADO-ASEGURADOR

Con fundamento en la respuesta dada a los hechos de los llamamientos en garantía, con todo respeto solicito que en el momento de entrar a resolver sobre la relación contractual que existe entre el llamante en garantía y la sociedad **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, se circunscriba a los términos, condiciones y exclusiones de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual General número 1002446, vigente desde el 01 de septiembre de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017, **en la que como coasegurador asumió el riesgo en un 40%** siempre y cuando, el asegurado haya cumplido a cabalidad sus obligaciones, no haya violado prohibiciones que le imponen el contrato y la ley, y no se encuentre en alguna de las exclusiones previstas en las condiciones generales y particulares del contrato.

➤ AUSENCIA DE COBERTURA DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES – LIMITACIÓN DEL RIESGO ASUMIDO POR EL ASEGURADOR

Con fundamento en el contrato de seguro celebrado y, conforme a la facultad concedida al asegurador en el artículo 1056 del código de comercio para elegir los riesgos que esta dispuesto a asumir, es claro que expresamente se establecieron las condiciones de cobertura en las cuales **NO** se encuentra amparado ningún tipo de daño moral o lucro cesante.

Entonces, conforme a las coberturas y exclusiones de la **PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 100164**, es claro que el asegurador no asumió el riesgo de indemnizar los perjuicios derivados de la responsabilidad por daño moral ni lucro cesante:

Las condiciones generales de la póliza arriba citada, forma 11/01/11-1306-P-06-P001A ENERO/2011, expresamente indican:

*"1.11 EXCLUSIONES GENERALES APLICABLES A TODO EL CONTRATO
AXA COLPATRIA QUEDARA LIBERADA DE TODA RESPONSABILIDAD BAJO EL
PRESENTE CONTRATO DE SEGURO CUANDO AL MOMENTO DEL ACCIDENTE SE
PRESENTE UNO O VARIOS DE LOS SIGUIENTES HECHOS O CIRCUNSTANCIAS:*

(...)

D. DAÑO MORAL QUE SE CAUSE A CUALQUIER TERCERO DAMNIFICADO

(...)

V. EL LUCRO CESANTE, SALVO QUE SE PACTE EXPRESAMENTE POR ESCRITO". (Subrayas y negrilla fuera de texto).

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que el ruego indemnizatorio de la parte actora solo persigue perjuicios presuntamente irrogados a título de **DAÑOS O PERJUICIOS MORALES**, claramente la póliza No. 1002446 **NO ofrece cobertura respecto de los perjuicios morales, por ende no habrá tampoco lugar a imponer condena a manera de reembolso a cargo suyo.**

Itérese que lo anterior no se trata de una mera apreciación de nuestra parte, por el contrario es una situación expresada en el libelo demandatorio en el acápite denominado ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA, en la cual se lee en su inciso final: *"Se indica que la única pretensión que se formula es el pago de los perjuicios morales, por ende no existe otro criterio objetivo para razonar la cuantía, en los términos que ha dispuesto el legislador."* (Subrayas más).

Así entonces, los perjuicios de carácter extrapatrimonial como el daño moral no se encuentran cubiertos con las pólizas contratadas, porque el amparo no se pactó expresamente, es decir, no está contenido ni en la caratula de la pólizas ni en las condiciones generales del contrato, en segundo lugar porque la ley no consagra tal amparo para el seguro de responsabilidad, de tal suerte que no hace parte de su naturaleza, por tanto si se pretende que el asegurador cubra estos perjuicios, debió el llamante en garantía contratar un amparo adicional, a los contratados, consistente en daños extrapatrimoniales.

El artículo 1127 del Código de Comercio, modificado por el artículo 84 de la ley 45 de 1990 contiene la definición de seguro de responsabilidad en la cual no se impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios extrapatrimoniales, únicamente consagra la obligación respecto a los perjuicios patrimoniales.

*"...El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los **perjuicios patrimoniales** que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley..."*

Nótese como los perjuicios morales, fisiológicos o daño a la vida de relación, que se constituyen en los denominados **DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES**, **no se encuentran nombrados ni en la carátula de la póliza, ni en el clausulado general, ni en el artículo 1127 del Código de Comercio que establece la naturaleza de seguro de responsabilidad civil.**

Por lo tanto la cobertura de las pólizas en las que se basa el presente llamamiento se limita única y exclusivamente a las indemnizaciones que tenga que pagar el asegurado con ocasión de perjuicios patrimoniales, y no de ningún otro tipo de perjuicios, lo anterior teniendo en cuenta los límites del valor asegurado y las condiciones generales y particulares de dichas pólizas.

En conclusión, **LA PARTE LLAMANTE EN GARANTÍA NO PROBÓ HABER CONTRATADO EL AMPARO ADICIONAL DE DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES**, razón por la cual mi representada no está llamada a cubrir indemnización por tales conceptos. Recuérdese que la obligación de probar la existencia de los amparos y coberturas se encuentra en cabeza del llamante en garantía (tomador-asegurado), quien para este caso no cumplió con la carga de la prueba, y le sería imposible cumplir con dicha carga, porque el amparo adicional de daños extrapatrimoniales, o daños morales, **NUNCA FUE CONTRATADO.**

Sobre el particular se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado, indicando que si no se pacta de manera adicional el cubrimiento de los daños extrapatrimoniales, el seguro de responsabilidad civil sólo cubre los perjuicios patrimoniales, por tanto el daño

moral y el daño a la vida de relación no se encuentran cubiertos, en los siguientes términos:

"...2. El contrato de seguro que determinó el llamamiento en garantía

La compañía de Seguros del Estado S.A., otorgó la póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, No. 8914800271, con el objeto de asegurar al Instituto de Desarrollo Urbano y Valorización de Pereira "INDUVAL", el cumplimiento del contrato 004/94, celebrado con Gabriel Zapata Tabares, el cual tenía por objeto la ampliación y pavimentación de la calle 13 entre carreras 8ª y 11, en concreto rígido de 4.000 P.S.I (tramo II) y obras complementarias, del municipio de Pereira (fl. 246). ...

*Sobre la naturaleza del seguro de responsabilidad, establece el art. 1127 del C. de Comercio, que éste "impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar **los perjuicios patrimoniales** que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozca al asegurado."*

Lo anterior significa que la garantía contractual básica es la denominada garantía única que en veces debe incluir la de responsabilidad civil frente a terceros, como garantía adicional, imperativa en los contratos de obra pública, la cual no está orientada a avalar el cumplimiento del contrato, sino la responsabilidad civil que le pueda incumbir a la entidad pública frente a terceros por daños causados durante la ejecución del contrato. Distingue la doctrina que:

"Mientras la garantía única ésta destinada a proteger a la entidad pública del incumplimiento del contratista, la garantía de responsabilidad está encaminada a salvaguardar sus intereses patrimoniales de la obligación indemnizatoria que surge a su cargo cuando se causa un daño antijurídico a un tercero, con ocasión del desarrollo del objeto contractual."

*Argumentos como los anteriores permiten concluir que tiene razón la entidad estatal cuando se queja que concretamente en el anexo No. 001 de la póliza No 9463085, **se haya excluido el pago de perjuicios morales y por lucro cesante**, cuando éstos son comunes en el campo de daños e indemnizaciones, por los que debe responder la administración pública cuando causa perjuicios a terceros, con ocasión de trabajos públicos.*

En efecto, ninguno de esos dos conceptos hizo parte del amparo básico del seguro de responsabilidad civil frente a terceros que exigió la entidad estatal al contratista. La circunstancia de su exclusión la ha justificado la doctrina en la redacción misma del art. 1127 del C. de Comercio, ***en tanto solo hizo referencia a "los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado", lo cual permite deducir que ni los daños morales ni los fisiológicos sufridos por los damnificados están como asegurables por la ley.***

Para la Sala, los términos en que se constituyó el seguro de responsabilidad civil extracontractual que tomó el contratista a favor de la entidad contratante, y que está aprobó, con ocasión de la ejecución del contrato de obra pública No. 004 de 1994, fueron de alguna manera ambiguos, teniendo en cuenta que el amparo básico por "PREDIOS, LABORES Y OPERACIONES" no contiene en las condiciones generales del seguro una definición de los conceptos que permitan a las partes del contrato de seguro, y a los terceros damnificados, inferir cuáles son los riesgos que dichos conceptos ampararon y por los que podría reclamarse.

En cuanto a que expresamente se hayan excluido el reconocimiento de perjuicios morales y perjuicios por lucro cesante a favor de terceros, demuestra un inadecuado manejo de los seguros en la actividad contractual, en tanto los riesgos que se excluyen en las condiciones generales del contrato de seguro, en tanto no tengan la prohibición de riesgos no asegurables, **pueden convenirse cuando el objeto y la conveniencia del contrato así lo aconsejen, por una prima adicional**, que nada impide que así se exija al contratista del Estado.

Es claro que el Instituto demandado, como entidad estatal contratante, **no podía pretender del llamado en garantía el pago de los perjuicios morales** que reconoció a los terceros damnificados en la audiencia de conciliación que se realizó dentro del proceso, **porque no hicieron parte de los límites contractualmente estipulados**. En este caso, tiene plena aplicación el principio de la **prevalencia de la intención de las partes**, según el cual "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras" (art. 1618 Código Civil), materia sobre la cual ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

" (...) cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna en innocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen la facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales."

Y lo anterior no conduce a que a dicha exclusión se le califique de ser una cláusula restrictiva, ya que éstas en la práctica aseguradora tienen una connotación jurídica diferente, pues una cosa es que se impida por las aseguradoras la posibilidad de negociación y otra es, que siendo posible la convención por pacto expreso, se omita del seguro porque se aceptaron las exclusiones **y no se tomaron como amparos adicionales**. ...

En las anteriores condiciones, no existían obligaciones para el llamado en garantía que pudieran desprenderse del contrato de seguro y sobre las cuales se pueda hacer un pronunciamiento judicial condenatorio. ..." ¹⁰ Resaltados nuestro.

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta que entre asegurador y asegurado se convino la cobertura y exclusión de ciertos eventos, obra la voluntad del tomador y asegurado de la Póliza de excluir aquellos enlistados en las condiciones generales, y de los cuales no obra prueba de su aceptación expresa del asegurador de asegurarlos, razón por la cual no tendrían cobertura.

➤ **AUSENCIA DE COBERTURA - LIMITACIÓN DEL RIESGO ASUMIPO POR EL ASEGURADOR- EXCLUSION POR INOBSERVANCIA DE OBLIGACIONES DEL ASEGURADO**

Con fundamento en el contrato de seguro celebrado y de conformidad con lo expuesto en el artículo 1056 del estatuto mercantil, el asegurador se encuentra facultado para elegir a su arbitrio los riesgos que está dispuesto a asumir.

¹⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 10 de marzo de 2005. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio Rdo. 66001-23-31-000-1996-03272-01 (14245) Actor: Luis Eduardo Londoño Ocampo y Otros. Demandado: Municipio de Pereira, Induval y Empresas Públicas de Pereira.

"ARTICULO 1056. ASUNCIÓN DE RIESGOS. *Con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado".*

Esta norma permite al asegurador delimitar contractualmente el riesgo que asume, teniendo la posibilidad de definir qué riesgos asume y cuáles no, o establecer bajo qué circunstancias los asume; en este sentido las condiciones particulares y generales del contrato, contienen en su texto bien como cobertura o por vía exclusión los riesgos asumidos por el asegurador.

Se debe tener en cuenta que en las condiciones generales de la póliza se establecen claramente los eventos excluidos de cobertura, dentro de los cuales se destacan los siguientes:

"1.11 EXCLUSIONES GENERALES APLICABLES A TODO EL CONTRATO

AXA COLPATRIA QUEDARÁ LIBERADA DE TODA RESPONSABILIDAD BAJO EL PRESENTE CONTRATO DE SEGURO CUANDO SE PRESENTEN ALGUNO DE LOS SIGUIENTES HECHOS O CIRCUNSTANCIAS:

(...)

S. PERJUICIOS A CAUSA DE LA INOBSERVANCIA O LA VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DETERMINADA IMPUESTA POR REGLAMENTOS O POR LA LEY"

Conforme a los hechos narrados tanto en las demandas, como en sus contestaciones por parte del Departamento, y de acuerdo a los medios de prueba que obran en el proceso, este evento no tiene cobertura por el contrato de seguro, y en consecuencia este riesgo nunca fue asumido por el asegurador. Están expresamente excluidos de cobertura los eventos que se presenten por ***variaciones, inconsistencia, hundimiento o asentamiento del suelo o subsuelo***

En síntesis, en el hipotético caso de una sentencia condenatoria en contra del DEPARTAMENTO DE CALDAS, las pretensiones de los llamamientos en garantía en contra de mi representada no prosperaran, pues estamos ante un riesgo expresamente excluido de cobertura por el asegurador.

➤ **INASEGURABILIDAD DEL DOLO Y/O CULPA GRAVE**

En el evento de una declaración de condena frente al asegurado con fundamento en la culpa grave, no habrá lugar a la obligación de reembolso que implica la pretensión revérsica, en razón a que este riesgo no es de obligatoria aceptación por parte del asegurador.

El artículo 1055 del Código de Comercio establece:

"El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno..."

Si bien es cierto en el seguro de responsabilidad civil por regla excepcional el legislador permitió la asegurabilidad de la culpa grave, también lo es, que dicho aseguramiento requiere de manifestación expresa, como no ocurre para el presente caso.

Véase además que en el clausulado contiguo a la póliza se excluye expresamente el dolo y la culpa grave:

1.11 EXCLUSIONES GENERALES APLICABLES A TODO EL CONTRATO

A) DOLO O CULPA GRAVE

Así las cosas, si hipotéticamente se llegare a proferir un fallo, en cuyo caso se indique responsabilidad en cabeza del llamante en garantía, con fundamento en la culpa grave y/o dolo de su parte, no habrá lugar a cobertura del evento por encontrarse expresamente excluido.

➤ **COASEGURO PACTADO**

En el contrato de seguro señalado se pactó coaseguro cedido, en los siguientes porcentajes:

COMPañIA	PARTICIPACION
AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. (LIDER)	40%
ALLIANZ SEGUROS S.A.	30%
SEGUROS DEL ESTADO S.A.	30%

La administración y la atención de la póliza corresponde a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., la cual recibirá del asegurado, la prima total para distribuirla entre las Compañías Coaseguradoras en las proporciones indicadas anteriormente.

En los siniestros, mi representada, pagará únicamente la participación proporcional señalada anteriormente, pero en ningún momento se hará responsable por un porcentaje mayor al de su participación.

Conforme a lo anterior, mi representada en la póliza solo asumió el riesgo en un 40°/o, luego, en el evento de una condena solo está obligada a reembolsar al asegurado en proporción al porcentaje asumido en el riesgo, teniendo en cuenta el deducible pactado y el límite de valor asegurado.

Entre las coaseguradoras no existe solidaridad. la obligación que adquieren es divisible. son litisconsortes facultativos v en consecuencia debe el asegurado vincularlos a todos mediante llamamiento en garantía para que cada uno responda por el porcentaje asumido en el riesgo asegurado.

➤ **LIMITE DEL VALOR ASEGURADO**

Es necesario que se tenga a consideración el límite a la suma asegurada, es decir, la suma máxima que **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** pagaría a manera de reembolso en razón de la responsabilidad que eventualmente pudiere haberse causado durante la vigencia de la póliza, de tal suerte, que si antes de proferirse sentencia en este proceso, el asegurador hubiere tenido que reconocer condenas correspondientes a esta vigencia, dichos pagos afectarían el valor asegurado reduciéndolo en dicha proporción hasta concurrencia del valor asegurado. La responsabilidad **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, respecto a cada amparo, no excederá, en ningún caso, la suma asegurada indicada en la

carátula de la presente póliza para cada uno, los cuales son independientes uno de otro respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados. La empresa asegurada no podrá reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor de otros, los cuales no son acumulables, de hecho, son excluyentes entre sí.

De acuerdo con la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual General número 1002446 aportada y que corresponde a la vigencia 01 de septiembre de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017, el límite básico de valor asegurado en el amparo de Responsabilidad Civil Extracontractual es de \$4.000.000.000.oo por evento/vigencia y en el cual mi representada participa en un 40%, esto es \$1.600.000.000.oo.

Precisamos que, si la vigencia señalada ya se encuentra afectada por otros eventos, en caso de una sentencia condenatoria para el asegurado, deberá tenerse en cuenta que el valor asegurado se aplicará a los eventos reclamados y reservados con anterioridad al reclamado con ocasión de este llamamiento en garantía, y siempre hasta el agotamiento de la suma asegurada.

➤ **DEDUCIBLE PACTADO**

En el evento de prosperar la pretensión revérsica, se debe aplicar como límites a la obligación de mi poderdante los deducibles pactados como parte de la pérdida que debe asumir el asegurado.

El deducible es la suma que invariablemente se descuenta del monto de la pérdida indemnizable y que siempre queda a cargo del asegurado o beneficiario.

En este caso el deducible pactado para el amparo básico de Responsabilidad Civil Extracontractual General es del **10% del valor del siniestro para toda y cada pérdida.**

La Sección I del Capítulo II, Título V, Libro Cuarto del Código de Comercio, en su artículo 1103, consagra dentro de los principios comunes a los seguros de daños la posibilidad de pactar, mediante cláusulas especiales, que el asegurado

"(...) deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño".

Una de tales modalidades, la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor asegurado sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.

➤ **INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL CONTRATO DE SEGURO**

La obligación de mí representada, la compañía de seguros, emana de un contrato de seguro celebrado dentro de unos parámetros y límites propios de la autonomía de la voluntad privada y no de la existencia de la una eventual responsabilidad que se pudiere atribuir al asegurado conforme lo establecido por el artículo 2341 del Código Civil y a las disposiciones precitadas en materia de Responsabilidad Civil, por tanto se encuentra frente a dos responsabilidades diferentes a saber: 1. La del asegurado por la responsabilidad que se le llegará a atribuir, cuya fuente de obligación indemnizatoria

emana de la ley propia y 2. La de mí representada aseguradora cuyas obligaciones no emanan de la ley propiamente dicha, sino de la existencia de un contrato de seguro celebrado dentro de los parámetros dados por los artículos 1036 del Código de Comercio y S.S., encontrándose las obligaciones de mí representada debidamente delimitadas por las condiciones pactadas en el contrato de seguro celebrado, constituyéndose entonces las obligaciones del asegurado y de la aseguradora en obligaciones independientes y que no son solidarias.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado sin mayor disertación al respecto:

*"(...) En ese sentido, conforme lo dispone el artículo 1037 del Código de Comercio, **el asegurador es la persona que asume los riesgos del interés o la cosa asegurada, obligación muy diferente a la solidaridad derivada de un contrato o por ministerio de la ley, ya que es la realización del riesgo asegurado lo que da origen a la obligación del asegurador**, tal como lo dispone el artículo 1054 del Código de Comercio¹¹(...)"* (Subrayas y negrilla mías)

En similar sentido lo ha entendido el órgano de cierre de esta jurisdicción:

*"(...) Por último, **la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual**, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del artículo 1134 del C. de Co ¹² (...)"* (Subrayas y negrilla mías)

Entendido lo anterior, es preciso indicar que la solidaridad de las obligaciones en Colombia solo se origina por pacto que expresamente la convenga entre los contrayentes, lo anterior según el art. 1568 del Código Civil Colombiano que reza:

*"(...) **En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda**, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.*

*Pero **en virtud de la convención**, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.*

***La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.** (...)"*

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la responsabilidad principal que se debate en el fondo del asunto comprende su eventual fuente obligacional entre asegurado y presuntas víctimas a raíz de la responsabilidad extracontractual que se debate, mientras que la suscitada con el llamamiento en garantía, yace del contrato de seguros mismo entre asegurado-asegurador, luego, hay disimilitud de fuentes, y por tanto no nace la solidaridad para con la aseguradora.

➤ **INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL COASEGURO**

El maestro y jurista Joaquín Garrigues sobre el coaseguro precisaba que:

¹¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta CP. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAD: 25000-23-27-000-2012-00509-01 (19879) del 21 de mayo del 2014.

¹² Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ SC20950-2017 Radicación nº 05001-31-03-005-2008-00497-01 (Aprobada en sesión 15 de agosto del 2017)

"... lo que caracteriza este tipo de seguro es el reparto de cuotas entre diversos aseguradores y sobre el mismo riesgo, interés y duración del seguro. Esta hipótesis es frecuente en la práctica para evitar los inconvenientes de los seguros de riesgos particularmente graves. Para evitar el gravamen económico de una operación de esta naturaleza se reparte la suma asegurada entre varios aseguradores de modo que cada uno de ellos consiga liberarse de un riesgo sumamente gravoso para él. El coaseguro puede pactarse en un contrato único firmado por diversos 21 aseguradores o en diversos contratos separados concluidos con cada uno de ellos, previo acuerdo entre los mismos. Este acuerdo preventivo es precisamente el rasgo que distingue el coaseguro de la pluralidad de seguros separados. **Que en el coaseguro no existe solidaridad entre varios aseguradores se desprende del mismo texto citado, ya que cada uno de ellos resultará obligado frente al asegurado solo por la cuota correspondiente al riesgo que asume. Por ello cada asegurador, como dice la ley, estará obligado al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva sin que quepa derecho de regreso de un asegurador respecto de otro. Las obligaciones de este contrato son independientes aunque se pacten en un contrato único**"¹³(Negrilla y subrayado fuera del texto original).

La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 27 de noviembre de 2002, M.P. María Elena Giraldo Gómez, expuso a propósito del ejercicio de una acción subrogatoria por parte de una aseguradora participante en un coaseguro de una póliza de transportes, lo siguiente:

"...para efectos indemnizatorios cada coaseguradora se entiende que concurre conforme a su importe y por tanto las obligaciones que asume cada coaseguradora no se torna en relación con las otras coaseguradoras en obligaciones solidarias que impliquen que si alguna paga la indemnización total pueda reembolsarse en términos del artículo 1096 ibídem, sobre la subrogación. Recuérdese además que el artículo 1092 ibídem establece que "En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad"

(...)

"En consecuencia, y como además se conoce del caso en grado jurisdiccional de consulta, no es procedente reconocer a la actora el total de la indemnización pagada al asegurado sino el valor en el que concurrió como Coaseguradora..." (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Sin mayores disertaciones al respecto, es suficientemente claro que las obligaciones de las coaseguradoras que manifiestan su voluntad de compartir un riesgo asegurado, se obligan únicamente en el porcentaje convenido en el contrato de seguro, y es en esa misma proporción que participan de las primas y de las indemnizaciones a causa de la ocurrencia de un siniestro, pues se trata de una obligación conjunta y no de una obligación solidaria. En otras palabras, cada coaseguradora responde hasta la concurrencia de su respectiva participación en el riesgo.

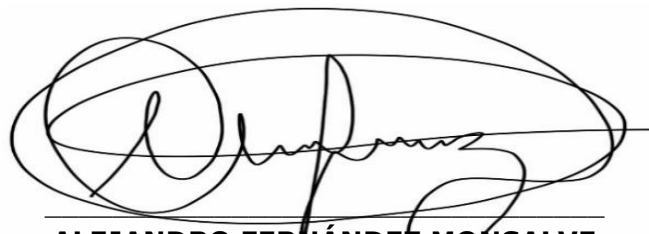
SOLICITUD

¹³ Contrato de seguro terrestre, Imprenta Aguirre, Madrid, 1983, pág. 192

Por todo lo dicho hasta acá, le solicito respetuosamente al Despacho, se **NIEGUEN** las pretensiones de la demanda, toda vez que no existió nexo causal alguno del daño alegado de cara a alguna actuación del **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por demás, porque sin perjuicio de ello, cualquier disertación sobre la génesis del accidente de tránsito, se ve derruida por una causa extraña consistente en el conductor del velocípedo en el cual falleció lamentablemente el señor Anderson Betancur Riascos, o por su propia asunción del riesgo.

Finalmente, y en caso de no ser de recibo los argumentos debidamente expuestos en relación a la llamante en garantía, solicitamos respetuosamente no se imponga obligación de reembolso alguna frente a mi representada **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** con base en las exclusiones y particularidades que contiene el contrato de seguro suscrito aplicables al caso en concreto, descritas anteriormente.

Del Señor Juez,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandro Fernández Monsalve', is written over a horizontal line.

ALEJANDRO FERNÁNDEZ MONSALVE

C.C. No. 1.088.329.881 de Pereira.

T.P. No. 320.772 del C.S.J.

fernandezmabogado@gmail.com