

Señores.

JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI, VALLE DEL CAUCA.

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA.
RADICADO: 76001-33-33-017-2018-00138-00.
DEMANDANTES: ISRAEL RAMIREZ SILVA Y OTROS.
DEMANDADO: DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI Y OTRO.

ASUNTO: CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado general de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, sociedad comercial anónima de carácter privado, sometida a control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con el NIT. 891.700.037– 9, representada legalmente por la Doctora Alexandra Rivera Cruz, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.849.114, conforme se acredita con el certificado de existencia y representación legal que se adjunta, donde obra registro del poder general a mi conferido a través de escritura pública 1804 del 20 de junio de 2003 de la Notaría 35 de Bogotá. Encontrándome dentro del término legal comedidamente procedo, en primer lugar, a **CONTESTAR LA DEMANDA** impetrada por el señor ISRAEL RAMÍREZ SILVA y otros en contra del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI y otro, y en segundo lugar, a **CONTESTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** formulado por dicha entidad territorial a mi representada, para que en el momento en que se vaya a definir el litigio se tengan en cuenta los hechos y precisiones que se hacen a continuación, anticipando que me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, así como las que contiene el llamamiento en garantía que nos ocupa, en los siguientes términos:

**CONSIDERACIÓN PRELIMAR
SOLICITUD DE SENTENCIA ANTICIPADA**

El artículo 42 de la Ley 2080 del 2021, adicionó a la Ley 1437 del 2011, el artículo **182 A**, estipulando con claridad el deber que le asiste al juez de proferir sentencia anticipada cuando encuentra probada la prescripción extintiva, en los siguientes términos:

“Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

(...)

3. En cualquier estado del proceso, cuando el juzgador encuentre probada la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la conciliación, la falta manifiesta de legitimación en la causa y la **prescripción extintiva**”. (Énfasis propio).

Correspondería en este caso de manera ineludible, proceder por parte del Despacho, a reconocer mediante sentencia anticipada y en aplicación del precepto enunciado, la configuración del fenómeno prescriptivo de las acciones derivadas del contrato de seguro. Lo anterior, teniendo en cuenta que transcurrieron más de dos (2) años desde la fecha en la que se realizó la reclamación

al asegurado **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI** a través de la solicitud de conciliación extrajudicial y el momento en que se radicó el llamamiento en garantía a mi representada, esto es, el 18 de mayo del año 2022. Recuérdese que la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el día 13 de marzo de 2018. En ese orden de ideas, el **14 de marzo de 2020, prescribió la acción derivada del contrato de seguro**. Por ese motivo, como la radicación del llamamiento en garantía se produjo con posterioridad al término bienal de que trata la norma mercantil, contado a partir de la formulación de la petición extrajudicial de la víctima al asegurado, el H. Juez debe declarar probada la excepción de prescripción.

Ahora bien, si se tuviese en cuenta la fecha en la cual se surtió la audiencia de conciliación extrajudicial, es decir, el 26 de abril de 2018, lo anterior no cambiaría el fenómeno de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

El Consejo Superior de la Judicatura, ordenó suspender los términos judiciales desde el **16 de marzo de 2020 hasta el 30 de junio del 2020, inclusive** (por declaración del Estado de Emergencia por el Covid-19), descontando este lapso de suspensión, que fue de 107 días, de todos modos, el fenómeno prescriptivo de las acciones se habría producido el **8 de septiembre del 2020**.

Por lo anterior, solicito respetuosamente al Despacho proferir sentencia anticipada declarando probada la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro que se vincula en este proceso.

CAPÍTULO I
CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
I. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS

AL HECHO PRIMERO: no le consta a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, lo narrado, pues son situaciones ajenas al conocimiento que tuvo o debió tener, al ser circunstancias íntimas de la parte demandante, con relación a sus relaciones interpersonales. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

AL HECHO SEGUNDO: no le consta a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, que el 22 de marzo de 2016, al medio día, el demandante se desplazara por la Carrera 40 frente al número 30 C – 48 de la ciudad de Cali, (V), y que este tropezara con una supuesta reparación en la vía pública, lo que presuntamente produjo la caída del señor RAMÍREZ, ocasionándole lesiones, por tratarse de aspectos personales que escapan al radio competencial de la aseguradora que represento. Máxime, cuando con el libelo introductorio no se aportó informe de primeros auxilios ni prueba alguna que permita acreditar las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

AL HECHO TERCERO: no me consta lo afirmado en este hecho por la parte demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, Compañía sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y

suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

AL HECHO CUARTO: no me consta lo afirmado en este hecho por la parte demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, Compañía sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

Pese a lo anterior, es preciso resaltar que, de conformidad con la historia clínica allegada a la foliatura se vislumbra que el paciente fue atendido en la Clínica Rafael Uribe.

AL HECHO QUINTO: no es un hecho, es una manifestación subjetiva del apoderado de la parte actora, pretendiendo justificar el nexo de causalidad entre la actuación de la administración y el daño causado al demandante, el cual con el libelo introductorio de la demanda no se logra avizorar.

En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

AL HECHO SÉPTIMO (SIC): no es un hecho, es una manifestación subjetiva del apoderado de la parte actora, pretendiendo justificar el nexo de causalidad entre la actuación de la administración y el daño causado al demandante, el cual con el libelo introductorio de la demanda no se logra avizorar.

En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

AL HECHO OCTAVO (SIC): no es un hecho, corresponde al agotamiento del requisito de procedibilidad para poder acceder a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

II. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Manifiesto desde ya que **ME OPONGO A LA TOTALIDAD** de las pretensiones incoadas por la parte demandante, por cuanto no se vislumbran los elementos *sine qua non* para declarar una responsabilidad administrativa en el asunto que nos ocupa. Lo anterior, toda vez que en el presente caso nos encontramos frente a tres (3) circunstancias que eximen de responsabilidad al extremo pasivo del litigio, a saber: (i) En el presente proceso operó el hecho de un tercero, en tanto que se trata de una víctima de **87** años que debía salir acompañado, (ii) el hecho exclusivo de la víctima al transitar con la debida precaución y (iii) no hay prueba de las condiciones de modo, tiempo y lugar en que supuestamente habría ocurrido el accidente, lo que impide imputar el daño al extremo pasivo por la falta de acreditación del nexo causal.

Oposición frente a la pretensión PRIMERA: ME OPONGO a esta pretensión como quiera que no está demostrada la responsabilidad administrativa del Distrito Especial de Santiago de Cali. Además, por cuanto en el presente caso operaron las causales eximentes de responsabilidad denominadas *hecho de un tercero* y *hecho exclusivo de la víctima*. Además, no hay prueba de las condiciones de modo, tiempo y lugar en que supuestamente habría ocurrido el accidente, lo que impide imputar el daño al extremo pasivo por la falta de acreditación del nexo causal.

Oposición frente a la pretensión SEGUNDA: ME OPONGO a que se condene al Distrito Especial de Santiago de Cali, a pagar los perjuicios solicitados por los demandantes, porque es consecuencial de la anterior y en el entendido que aquella no debe prosperar, de igual forma esta tampoco. Concretamente me opongo a los perjuicios así:

- **Oposición frente al DAÑO MORAL.**

En efecto, es inviable el reconocimiento de los perjuicios morales en las sumas pretendidas por la parte demandante, primero, por cuanto no existe actuación y/u omisión del Distrito Especial de Santiago de Cali, que ocasionara daño a la víctima, segundo, la pretensión es evidentemente especulativa y equivocadamente tasada. Nótese como el Consejo de Estado, en Acta del 28 de agosto de 2014, fijó los límites de indemnización dependiendo de la gravedad o levedad de la lesión. Sin embargo, en el caso estudiado, no se cuenta con dictamen de pérdida de capacidad laboral ni de secuelas que comporte una gravedad igual o superior al 50%.

Es por ello, que la suma deprecada de cien (100), ochenta (80), cincuenta (50) y veinticinco (25) SMLMV, solicitada para la víctima, cónyuge, hijos y nietos del lesionado resulta claramente exorbitante. Lo mencionado, dado que en el presente proceso no existe dictamen de pérdida de capacidad laboral ni del Instituto Nacional de Medicina Legal, que determine secuelas en el señor ISRAEL RAMÍREZ SILVA. En virtud de lo anterior, las pretensiones invocadas por la parte demandante evocan un evidente ánimo especulativo.

- **Oposición frente al LUCRO CESANTE.**

Me opongo rotundamente a la pretensión de lucro cesante en cuantía de **\$20.000.000**, primero, por cuanto el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, no realizó ninguna actuación y/u omisión que deviniera en el daño ocasionado al señor ISRAEL RAMÍREZ SILVA. Máxime, cuando no existe medio probatorio alguno que acredite el nexo de causalidad entre el daño y la actuación y/u omisión de la entidad territorial. Aunado a lo anterior, no debe perderse de vista que se trata de una persona de la tercera edad que para la fecha de los hechos no se acreditó que laborara ni que percibiera recurso alguno.

- **Oposición frente al DAÑO A LA SALUD.**

Me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio. En primer lugar, porque el Distrito Especial de Santiago de Cali no tuvo injerencia alguna en el citado accidente. Segundo, no existe dictamen pericial que dé cuenta del presunto, pero no probado daño a la salud.

En el caso que nos ocupa no hay prueba de pérdida de capacidad laboral como tampoco prueba médica que permita equiparar las lesiones que sufrió el señor ISRAEL RAMÍREZ SILVA, con las que padece una persona que es declarada en estado de invalidez.

Oposición frente a la pretensión TERCERA: ME OPONGO me opongo a la prosperidad de esta pretensión por cuanto, al no reunirse los requisitos esenciales para endilgar responsabilidad alguna en cabeza del Distrito Especial de Santiago de Cali, el reconocimiento de intereses se torna inane.

Oposición frente a la pretensión CUARTA: respecto, de esta pretensión debe indicarse al Despacho que la misma no puede considerarse, por cuanto se refiere al cumplimiento de disposiciones normativas.

De conformidad con lo expuesto, respetuosamente solicito denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

III. EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE A LA DEMANDA

1. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI S.A., POR ENCONTRARSE CONFIGURADA LA CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD “HECHO DE UN TERCERO”.

Es necesario indicar que el presunto accidente padecido por el señor **Israel Ramírez Silva** el pasado 22 de marzo de 2016 en la carrera 40 frente al número 30C – 48 de la ciudad de Cali, no fue por responsabilidad del Distrito Especial de Santiago de Cali. Por el contrario, el accidente se produjo por el hecho de un tercero, esto es, los familiares del señor Ramírez, al permitir que una persona de **ochenta y siete (87)** años se dispusiera a salir de la vivienda sin acompañante. Por tal motivo, se procede a colegir que el lamentable accidente ocurre por la omisión de los cuidadores de la víctima, siendo los únicos responsables de las lesiones generadas al actor. Lo antes expuesto, es una clara muestra de la configuración del hecho de un tercero como causal que exime de toda responsabilidad al extremo pasivo.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado¹ ha indicado que cuando la conducta de un tercero causa el daño, debe liberarse de toda responsabilidad al extremo pasivo de la litis así:

“(…)

De entrada debe precisarse que la causa extraña es la única eximente de responsabilidad que se admite cuando el daño es causado en el ejercicio de actividades peligrosas. Esa causal exonerativa es aquella ajena o extrema del funcionamiento mismo del elemento peligroso (fuerza mayor, hecho de la víctima o de un tercero)”. (Énfasis propio).

En concordancia con lo manifestado por la jurisprudencia, es claro que, si el daño alegado se produjo como consecuencia del hecho de un tercero, el demandado será exonerado de cualquier tipo de responsabilidad. En el caso concreto, es evidente que el factor relevante y adecuado que incidió en la ocurrencia del presunto accidente del 22 de marzo de 2016, fue la conducta desplegada por los familiares del señor RAMÍREZ, cuando de forma equivocada dejaron salir solo al señor de tercera edad, pese a que se trataba de un adulto mayor de ochenta y siete (87) años. Por tanto, es jurídicamente inviable imputar responsabilidad al extremo pasivo.

El Artículo 59 de la Ley 769 de 2002, reza lo siguiente:

“ARTÍCULO 59. LIMITACIONES A PEATONES ESPECIALES. Los peatones que se enuncian a continuación deberán ser acompañados, al cruzar las vías, por personas mayores de dieciséis años:

Las personas que padezcan de trastornos mentales permanentes o transitorios.

Las personas que se encuentren bajo el influjo de alcohol, drogas alucinógenas y de medicamentos o sustancias que disminuyan sus reflejos.

Los invidentes, los sordomudos, salvo que su capacitación o entrenamiento o la utilización de ayudas o aparatos ortopédicos los habiliten para cruzar las vías por sí mismos.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 11 de mayo de 2017, radicado 05001-23-31-000-2003-02994-01 (40590).

Los menores de seis (6) años.
Los ancianos". (Énfasis propio).

En definitiva, el anterior contexto nos permite concluir que el comportamiento de los familiares de la víctima fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño, exponiendo al señor RAMÍREZ a transitar en la calle sin el debido acompañamiento de una persona que velara por su integridad. Lo que claramente demuestra una total imprudencia por parte de los hoy demandantes, lo que conllevó a la generación del daño que ahora pretenden endilgar al ente territorial demandado. Es decir, dado que el hecho generador del daño reside en la conducta de los familiares de la víctima, debe exonerarse de toda responsabilidad al extremo pasivo al configurarse el hecho de un tercero como causal eximente de responsabilidad.

En ese sentido, solicito al señor juez, declarar probada esta excepción.

2. EL HECHO EXCLUSIVO DE LA VÍCTIMA.

Es necesario indicar que en el accidente ocurrido el 22 de marzo de 2016 no hubo responsabilidad por parte del ente territorial. Por el contrario, el accidente se produjo por el hecho exclusivo de la víctima, **ISRAEL RAMÍREZ SILVA**, al trasladarse en la vía pública sin acompañante y sin estar pendiente de la calle, pues debe recordarse que, según el relato de los hechos de la demanda, el citado accidente ocurrió al medio día. Por tal motivo, se procede a colegir que el señor **RAMÍREZ** fue el único responsable de la ocurrencia del accidente, por cuanto según se desprende del libelo introductorio, decidió libremente desplazarse solo por la vía pública pese a su avanzada edad. Lo antes expuesto, es una clara muestra de la configuración del hecho exclusivo de la víctima como causal que exime de toda responsabilidad al extremo pasivo.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado² ha indicado que cuando la conducta imprudente de la víctima fue suficiente para causar el daño, debe liberarse de toda responsabilidad al extremo pasivo de la litis así:

"(...)

De entrada debe precisarse que la causa extraña es la única eximente de responsabilidad que se admite cuando el daño es causado en el ejercicio de actividades peligrosas. Esa causal exonerativa es aquella ajena o extrema del funcionamiento mismo del elemento peligroso (fuerza mayor, hecho de la víctima o de un tercero). Entre esas causas extrañas, está la otrora denominada culpa de la víctima, en la actualidad hecho de la víctima. Ese cambio de denominación obedece a la víctima, por cuanto lo importante es que lo que haga la víctima, con independencia de su calificación, dolosa o culposa, sea determinante y exclusivo para la causación del daño, en tanto resulte imprevisible o irresistible. (...)". Énfasis propio.

Respecto, del hecho de la víctima, la doctrina³ sostiene lo siguiente:

"(...)

Esta figura exonerativa parte, en nuestro parecer, de la siguiente lógica: quien ha concurrido su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 11 de mayo de 2017, radicado 05001-23-31-000-2003-02994-01 (40590).

³ Patiño, H. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. 2011. págs. 388 y 391.

(...) Cuando hablamos del hecho de la víctima, nos referimos a una causal que impide efectuar imputación, en el sentido en que, si bien es cierto, que puede ser que el demandado causó el daño física o materialmente, el mismo no puede serle imputable en la medida en que el actuar de la víctima que le resultó extraño, imprevisible e irresistible, lo llevó a actuar de forma que causara el daño, razón por la cual el mismo es imputable desde el punto de vista jurídico a la víctima y no al demandado”.

En concordancia con lo manifestado por la jurisprudencia y la doctrina, es claro que, si el daño alegado se produjo como consecuencia de un hecho exclusivo de la víctima, el demandado será exonerado de cualquier tipo de responsabilidad. En el caso concreto, es evidente que el factor relevante y adecuado que incidió en la ocurrencia del accidente del 22 de marzo de 2016, fue la conducta desplegada por el señor **RAMÍREZ SILVA**, cuando se dispuso a transitar SOLO en la vía sin tener en consideración lo dispuesto en el Código de Tránsito, que indica que las personas mayores son peatones especiales que deben desplazarse con acompañante. Así como la falta de atención de quien no advirtió del peligro al que se exponía al no actuar de la manera correcta, exponiendo su vida e integridad física. Por tanto, es jurídicamente inviable imputar responsabilidad al extremo pasivo. En ese sentido, deberá este Despacho proceder a negar las pretensiones de la demanda.

Es de particular relevancia advertir que el Código Nacional de Tránsito, en el artículo 59, establece lo pertinente:

“ARTÍCULO 59. LIMITACIONES A PEATONES ESPECIALES. Los peatones que se enuncian a continuación **deberán ser acompañados, al cruzar las vías,** por personas mayores de dieciséis años:

Las personas que padezcan de trastornos mentales permanentes o transitorios.

Las personas que se encuentren bajo el influjo de alcohol, drogas alucinógenas y de medicamentos o sustancias que disminuyan sus reflejos.

Los invidentes, los sordomudos, salvo que su capacitación o entrenamiento o la utilización de ayudas o aparatos ortopédicos los habiliten para cruzar las vías por sí mismos.

Los menores de seis (6) años.

Los ancianos”. (Énfasis propio).

De la norma antes citada, es posible colegir que el señor **RAMÍREZ SILVA** faltó a su deber objetivo de cuidado porque no tuvo la prudencia requerida para transitar al desplazarse SOLO sin acatar lo dispuesto por el Código Nacional de Tránsito, exponiéndose a un riesgo de gran proporción. En consonancia con lo reseñado y de acuerdo con el análisis de causalidad existente en el presente caso, se puede inferir que el hecho que debe ser considerado como única causa adecuada y determinante del daño estuvo en cabeza del señor **ISRAEL**, quien pudo evitar la exposición al riesgo al transitar con un acompañante responsable, tal y como se lo indicaba la norma de tránsito.

De modo que es claro que el ente territorial demandado no desplegó ninguna conducta tendiente a provocar el referido accidente en el que resultó lesionado el actor. Por lo anterior, no existe fundamento fáctico ni jurídico que obligue al extremo pasivo en el presente proceso a indemnizar a la parte actora por los eventuales perjuicios producidos con ocasión al accidente del 22 de marzo de 2016. Lo anterior, por cuanto como ya quedó plenamente demostrado, fue la conducta de la víctima la causa determinante en la producción del accidente.

En conclusión, no es jurídicamente viable imputar obligación indemnizatoria a cargo del extremo pasivo de la litis, puesto que como lo afirma el Consejo de Estado, los daños alegados por el extremo activo son consecuencia del actuar negligente e imprudente de la víctima, por no transitar con un acompañante y observar atentamente la vía. Téngase en cuenta que, tras el análisis jurídico y fáctico antes expuesto, es evidente que el comportamiento de la víctima y la falta de cuidado del señor **RAMÍREZ SILVA** fue totalmente negligente, imprudente y contrario a las normas de tránsito. Por tanto, no puede pretender una indemnización respecto del demandado, cuando la causa gestora del accidente fue su propia imprudencia. Tanto así, que de haber tomado una conducta tan mínima como salir acompañado, se habría impedido la ocurrencia del accidente.

En ese sentido, solicito al Señor Juez, declarar probada esta excepción.

3. INEXISTENCIA DE PRUEBA QUE ACREDITE EL NEXO CAUSAL ENTRE EL HECHO Y LA ACTUACIÓN DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI.

Para que se pudiera configurar la responsabilidad a cargo del extremo pasivo de la litis, era necesario que la parte actora desde la presentación de la demanda, probara el factor estructural de la responsabilidad, esto es, el nexo causal entre la supuesta acción y/u omisión desplegada por el ente territorial y los perjuicios pretendidos por los demandantes. No obstante, la parte demandante no demostró: (i) las condiciones de modo, tiempo ni lugar, (ii) no demostró alguna conducta del extremo pasivo de la que se pueda deducir responsabilidad, (iii) no acreditó que las lesiones del señor ISRAEL RAMÍREZ SILVA, se produjeran por una obra y mucho menos que esta estuviera a cargo del Distrito Especial de Santiago de Cali.

En este sentido, no es procedente la asignación de un factor de imputación al Distrito Especial de Santiago de Cali, puesto que en el expediente no reposa prueba siquiera sumaria de los elementos particulares sobre el acontecimiento en el que se vio involucrado el actor. Así, no existe soporte y mucho menos claridad sobre las condiciones del lugar en el que acaeció el hecho, ni mucho menos las medidas de precaución para que un adulto mayor de 87 años se desplazara por la vía pública.

El nexo de causalidad se ha definido como la determinación de que una conducta antijurídica es la causa adecuada de un daño. Así lo ha entendido en profusa jurisprudencia el Honorable Consejo de Estado, para lo cual valga traer a colación la siguiente consideración emanada de dicha Corporación: (...) *El nexo causal es la determinación de que un hecho es la causa de un daño. En esa medida, en aras de establecer la existencia del nexo causal es necesario **determinar si la conducta imputada a la Administración fue la causa eficiente y determinante del daño que dicen haber sufrido quienes deciden acudir ante el juez con miras a que les sean restablecidos los derechos conculcados** (...).* (Subrayado y negrilla por fuera del texto original).

No existe en el plenario ninguna prueba que demuestre que fueron las presuntas “obras” realizadas por el ente territorial que condujeron a la caída del demandante. Ningún medio probatorio demuestra que la supuesta reparación en la vía efectivamente hubiera causado el hecho acaecido el 22 de marzo de 2016 y generara las lesiones que fundamentan el reclamo. Lo que lleva a esta llamada en garantía a alegar la insuficiencia probatoria presentada por la parte demandante, pues si bien acompañó a la demanda copia de Historia Clínica y fotografías, no existe material probatorio adicional que permita concluir cuál fue la acción u omisión que determinó el resultado dañoso. En síntesis, no basta con afirmar la existencia de una reparación en la vía sin señalar, sino que dicho análisis debe estar precedido de una verificación real de los hechos, más allá de simples afirmaciones sin la virtualidad de demostrar las condiciones de modo, tiempo y lugar.

Es dable concluir que no existió nexo de causalidad, toda vez que, en el caso bajo estudio se observa que las pruebas aportadas por los demandantes y que obran en el expediente, de ninguna forma logran acreditar las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que supuestamente se habría desarrollado el accidente del 22 de marzo de 2016. Lo expuesto supone que no puede desprenderse de la conducta desplegada por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali, un presupuesto que pueda ser objeto de la designación de un factor de imputación ante la ausencia de claridad y certeza dentro del expediente sobre las condiciones en las cuales se presentó la supuesta caída desde su propia altura del señor RAMÍREZ SILVA.

Por las razones expuestas, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

4. REDUCCIÓN DE LA EVENTUAL INDEMNIZACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA INCIDENCIA DE LA CONDUCTA DEL SEÑOR ISRAEL RAMÍREZ SILVA Y SUS CUIDADORES EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO.

En gracia de discusión y de manera subsidiaria, debe tenerse en cuenta que en el improbable y remoto evento en que se reconocieran una o algunas de las pretensiones esgrimidas por los demandantes, de todas maneras, debe aplicarse la respectiva reducción de la indemnización. Lo anterior, en proporción a la contribución que tuvo en el accidente el señor **Israel Ramírez Silva**, a quien por su edad le correspondía transitar con el acompañamiento de una persona mayor de dieciséis años, quien imprudentemente asumió el riesgo de movilizarse como peatón en la vía pública, sin atender las normas del Código Nacional de Tránsito. Por supuesto, sin perjuicio de que como ya se demostró en las anteriores excepciones: **(i)** No hay prueba del nexo de causalidad entre el actuar del demandado Distrito Especial de Santiago de Cali y las lesiones sufridas por el señor Ramírez, y además **(ii)** Operaron las causales eximentes de responsabilidad denominadas Hecho de un tercero y hecho exclusivo de la víctima, lo cual imposibilita la imputación del supuesto hecho dañoso a los demandados.

Conforme a lo dicho, el Despacho debe establecer un análisis causal de las conductas implicadas en el evento dañoso, a fin de determinar la incidencia del señor **Israel Ramírez Silva** y sus cuidadores en la ocurrencia del daño. Lo anterior, a efectos de disminuir la indemnización si es que a ella hubiere lugar, en proporción a su contribución al daño que sufrió la víctima como consecuencia de las conductas imprudentes de las personas adultas de su núcleo familiar. Quienes expusieron al adulto mayor imprudentemente al riesgo de transitar en la vía pública sin acompañante. Así es como lo ha indicado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones:

“De ahí que, la autoridad judicial demandada se encontraba habilitada para estudiar si se configuraba alguno de los eximentes de responsabilidad, entre los que se encuentra, el hecho de la víctima, como efectivamente lo hizo. **Por ello, al encontrar que la actuación de la víctima directa concurrió en la producción del daño, decidió reducir el valor de la indemnización.** De modo que, contrario a lo alegado por el actor, el juez de segunda instancia no desbordó el marco de su competencia y tampoco incurrió en el defecto sustantivo alegado.”⁴ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En distinto pronunciamiento, la misma Corporación manifestó que en el caso en que la negligencia de la víctima incida para que se exponga imprudentemente al daño, deberá necesariamente realizarse una reducción de la indemnización. Lo anterior fue manifestado en un caso en el que se evidenció la culpa de la víctima en la ocurrencia del daño, estimada en una proporción del 50% de los perjuicios:

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. C.P. Milton Chaves García. Radicación 2018-03357

“Todo ello, en pos de la responsabilidad que por el riesgo creado debe afrontar la entidad demandada —Fiscalía General de la Nación— implica que, en merecimiento de la culpa evidenciada de la víctima, se debe efectuar una reducción en la condena, la cual se estima, por el nivel de incidencia de la negligencia de los demandantes —propietarios de edificio donde funcionaba el centro comercial—, equivalente al 50% de los perjuicios que lleguen a probarse y concederse en favor de estas personas, ya que del mismo tenor del riesgo que reclaman, fue la imprudencia de los demandantes en la no evitación del daño.”⁵ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Como se lee, el fallador encontró probada la incidencia de la víctima en la causa generadora del daño en proporción a un 50% y en ese sentido redujo los perjuicios que se probaron en el proceso en el mismo porcentaje. Como quiera que la responsabilidad del demandado resultó menguada por la participación determinante de la víctima en la ocurrencia del suceso. De tal suerte que queda completamente claro que el fallador debe considerar el marco de circunstancia en que se produce el daño, así como sus condiciones de modo, tiempo y lugar, a fin de determinar la incidencia causal de la conducta de la víctima y de los familiares que tenían a su cargo el cuidado del adulto mayor, en la ocurrencia del daño por el cual solicitan indemnización.

En ese orden de ideas, tal como lo ha determinado la jurisprudencia, al encontrarse acreditado por medio de las pruebas que obran en el expediente que el señor **Israel Ramírez Silva** y sus cuidadores tuvieron incidencia determinante y significativa en la ocurrencia del accidente acaecido el 22 de marzo de 2016, al asumir imprudentemente el riesgo de desplazarse sin acompañante en una vía pública resultó altamente peligroso para su integridad. Deberá declararse que el porcentaje de la causación del daño a lo sumo es del 50%. En virtud de lo anterior, es importante recordar que el actuar de la víctima y cuidadores fue imprudente, en tanto asumieron el riesgo de que una persona de 87 años transitara sola por la vía pública. Razón por la cual, de considerarse procedente una indemnización por los perjuicios deprecados, esta debe ser reducida conforme al porcentaje de participación de la víctima y cuidadores en la ocurrencia del siniestro al exponerse al peligro, como mínimo en un 50%.

Por las razones expuestas, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

5. EXCEPCIONES PLANTEADAS POR QUIEN FORMULÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A MÍ PROCURADA.

Respetuosamente solicito al juzgador de instancia, tener como excepciones contra el medio de control de reparación directa, todas las planteadas por **el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, las cuales coadyuvo, en cuanto favorezcan los intereses de mí procurada.

6. OPOSICIÓN POR IMPROCEDENCIA DEL LUCRO CESANTE.

En gracia de discusión, debe indicarse que en el proceso el señor **ISRAEL RAMÍREZ SILVA** solicita el reconocimiento del perjuicio material en modalidad de lucro cesante en cuantía de **\$20.000.000**, sin que se aportara prueba alguna que lo sustente. Debe indicarse que no existe prueba del lucro al no concurrir prueba que demuestre que la víctima devengaba un salario o que desempeñaba alguna actividad económica. Se destaca que, con la sola manifestación del extremo

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 24 de enero de 2019. Radicación No. 43112.

actor, no puede tenerse como demostrado el ingreso, máxime cuando se trata de un adulto mayor de 87 años del cual se presume que ya no laboraba. Lo cual impide al juez de instancia para que, en el remoto e hipotético evento de una condena, pueda acceder a su reconocimiento.

En este sentido, resulta útil recordar los aspectos fundamentales que configuran el lucro cesante. Éste se ha entendido cómo una categoría de perjuicio material, de naturaleza económica y de contenido pecuniario. Es decir, que puede cuantificarse en una suma de dinero y que consiste en la afectación o menoscabo de un derecho material o patrimonial, reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir y que no ingresará al patrimonio de la persona. Es decir, se deja de recibir cuando se sufre un daño y puede ser percibido a título de indemnización por las víctimas directas o indirectas cuando se imputa al causante del perjuicio la obligación de reparar.

No obstante, para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o futura, es decir que si no se hubiese producido el daño el ingreso debía percibirse, es necesaria su plena demostración en el proceso con elementos probatorios fidedignos e idóneos, como lo son aquellos medios permitidos en el ordenamiento jurídico. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

*“El lucro cesante, de la manera como fue calculado por los peritos, no cumple con el requisito uniformemente exigido por la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. **El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético.** Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño (...)”⁶*

Esto significa que el lucro cesante no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias. Por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso. De manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso, siempre que logre acreditarse que en efecto la víctima, al momento de la ocurrencia del daño, ejerciera alguna actividad productiva que le generara los ingresos dejados de percibir.

Ahora bien, se debe mencionar que todas las posibles discusiones que pueden emerger frente al particular fueron zanjadas mediante el más reciente pronunciamiento de unificación del Consejo de Estado en la Sentencia No. 44572 del 18 de julio de 2019 proferida por la Sección Tercera, M.P. Carlos Alberto Zambrano. Providencia en la que se elimina la presunción según la cual toda persona en edad productiva percibe al menos un salario mínimo, en tanto contraría uno de los elementos del daño, esto es la certeza. De manera que el lucro cesante solo reconocerá cuando obren pruebas suficientes que acrediten que efectivamente la víctima dejó de percibir los ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos. En dicho pronunciamiento se manifestó literalmente lo siguiente:

*“La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como **el incumplimiento de la carga probatoria dirigida a demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios debe conducir, necesariamente, a denegar su decreto.** (...)”*

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006 (expediente 13.168)

En los casos en los que se prueba que la detención produjo la pérdida del derecho cierto a obtener un beneficio económico, lo cual se presenta cuando la detención ha afectado el derecho a percibir un ingreso que se tenía o que con certeza se iba a empezar a percibir, el juzgador solo podrá disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se cumplen los presupuestos para ello, frente a lo cual se requiere que se demuestre que la posibilidad de tener un ingreso era cierta, es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada que le permitiría a la víctima directa de la privación de la libertad obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención.

Entonces, resulta oportuno recoger la jurisprudencia en torno a los parámetros empleados para la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, unificarla en orden a establecer los criterios necesarios para: i) acceder al reconocimiento de este tipo de perjuicio y ii) proceder a su liquidación.

La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante.
(subrayado y negrilla fuera del texto original)

Este pronunciamiento entonces excluye posibilidad alguna de que se reconozca lucro cesante a una persona que, aunque esté en edad productiva, no acredite los ingresos percibidos por el efectivo desarrollo de una actividad económica, por contrariar el carácter cierto del perjuicio, siendo entonces una utilidad meramente hipotética o eventual.

Aterrizando al caso concreto, debe manifestarse que el demandante solicita el reconocimiento de lucro cesante derivado de las presuntas lesiones padecidas en el supuesto accidente del 22 de marzo de 2016, sin aportar prueba siquiera sumaria que acredite la actividad económica que este desarrollaba y mucho menos su ingreso o cuantía. De manera que dicha solicitud deviene improcedente, máxime, considerando el pronunciamiento de unificación del Consejo de Estado que se trajo a colación. Se destaca que, con la sola aseveración del extremo actor, no puede tenerse como demostrado el ingreso que dejó o dejará de percibir.

Adicionalmente, para solicitar el reconocimiento del lucro cesante en materia administrativa es necesario que se allegue prueba de la declaración de renta de la parte que lo solicita conforme a lo normado en el artículo 10º de la Ley 58 de 1982 el cual establece que:

“ARTÍCULO 10º. Para la tasación de los perjuicios en acciones indemnizatorias contra el Estado deberá examinarse la concordancia entre los daños alegados y la declaración de renta de las personas vinculadas a la controversia.”

De acuerdo con lo anterior, para solicitar este tipo de perjuicios es necesario que la parte solicitante acredite con pruebas útiles, conducentes y pertinentes, las cuales no fueron allegadas,

especialmente las declaraciones de renta de la víctima, por lo que no resulta procedente la pretensión impetrada en el libelo genitor, según la cual, debe reconocerse y pagarse en favor de la parte actora sumas de dinero por concepto de lucro cesante consolidado.

En conclusión, al no haberse aportado prueba siquiera sumaria que permita acreditar (i) la ganancia dejada de percibir como consecuencia del hecho dañoso, y, (ii) la actividad económica que desarrollaba el señor ISRAEL RAMÍREZ SILVA, no resulta procedente la pretensión impetrada en el libelo genitor, según la cual, debe reconocerse y pagarse en favor de la parte actora sumas de dinero por la modalidad de lucro cesante.

7. LOS PERJUICIOS MORALES DEPRECADOS POR EL EXTREMO ACTOR, DESCONOCEN LOS BAREMOS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDOS POR EL MÁXIMO ÓRGANO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

La tasación propuesta del daño moral es exorbitante y en tal virtud, no puede ser tomada en cuenta por el Despacho. La pretensión resulta excesivamente cuantificada al solicitarse la suma de cien (100), ochenta (80), cincuenta (50) y veinticinco (25), SMLMV, para la víctima directa, cónyuge, hijos y nietos del lesionado. Petición que desborda los límites de la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado. Pues la suma exigida supera el límite que el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha reconocido para víctimas y familiares en caso de una lesión que se enmarca como máximo entre el 1% y el 10%.

Es importante señalar que los perjuicios morales solicitados por la parte demandante resultan exorbitantes de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales fijados por el Consejo de Estado, para la tasación de los perjuicios morales en caso de lesiones. En efecto, el Consejo de Estado ha fijado como límite indemnizatorio en caso de lesiones que generan una lesión igual o superior al 10% e inferior al 20%, tal y como se observa a continuación:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Así pues, frente a los perjuicios morales solicitados en el líbello de la demanda, es preciso señalar que el Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014, en torno a los montos del resarcimiento cuando se reclaman perjuicios inmateriales, sostuvo lo siguiente:

*“La reparación moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.
(...)”*

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

*Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%, a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; **a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20%** y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior a 10%". (Énfasis propio).*

Según la jurisprudencia citada, es inviable el reconocimiento de los perjuicios morales en las sumas pretendidas por la parte demandante. Solicitar 100, 80, 50 y 25 SMLMV, para la víctima, cónyuge, hijos y nietos del lesionado, resulta a todas luces exorbitante. Lo anterior, pues una lesión que debería como máximo reconocer entre el 1% y el 10%. En tal virtud, las pretensiones invocadas por la parte demandante evocan un evidente ánimo especulativo que no puede convalidar el Despacho.

En conclusión, es inviable el reconocimiento por daño moral en las sumas pretendidas por la parte demandante, por cuanto la tasación propuesta es equivocada. En tal sentido, no hay lugar al reconocimiento de suma alguna por concepto que supere los montos fijados a partir de la unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. De ese modo, en tanto las sumas solicitadas en las pretensiones de la demanda desconocen los lineamientos establecidos por esa corporación, deben ser desestimadas.

Por todo lo anterior solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

8. OPOSICIÓN FRENTE AL DAÑO A LA SALUD.

ME OPONGO al reconocimiento del daño a la salud que se solicitó en la demanda por el equivalente de **100 SMLMV**, a favor de la víctima directa. Lo anterior, por cuanto no hay elementos de juicio que permitan sostener que las lesiones que tuvo el señor Ramírez son equivalentes a las que sufre una persona que es declarada en estado de invalidez. Por este motivo, desde luego, no puede reconocérsele el máximo indemnizatorio.

Es menester indicar que, analizando el caso en concreto, dentro del expediente se solicita una indemnización por esta tipología de perjuicios bajo una premisa completamente errada, en la medida de que, al momento de estimar su solicitud, se desatendieron completamente los topes máximos de indemnización fijados por el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativo para la tasación del daño a la salud:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.

Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

En tal virtud, la solicitud elevada en el escrito de demanda se encuentra tasada de forma exorbitante, como quiera que desconoce completamente los parámetros fijados por el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Lo anterior, teniendo en cuenta que la solicitud elevada en el escrito de demanda corresponde a cien (100) SMLMV, para la víctima directa del supuesto accidente, sin que en el expediente milite dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal que, de cuenta de secuelas de carácter permanente, ni dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que determine pérdida de capacidad laboral del 50%. Tampoco hay prueba médica que acredite que las lesiones que tuvo el señor Ramírez son equivalentes a las que sufre una persona que es declarada en estado de invalidez. Por ese motivo, desde luego no puede reconocérsele el máximo indemnizatorio.

Así las cosas, ante la desmesurada solicitud del daño a la salud estimado en cien (100) SMLMV, para la víctima directa, es claro que no podrá proceder tal pretensión, toda vez que es evidente el ánimo especulativo de la errónea tasación de este perjuicio, en tanto, el mismo resulta claramente exorbitante. Lo anterior, como quiera que se derivan de una estimación excesiva del supuesto daño a la salud que pretende y lejos de los criterios jurisprudenciales fijados por el Consejo de Estado, en el Acta del 28 de agosto de 2014.

En conclusión, es desacertada la petición de reconocimiento del daño a la salud en la suma pretendida por la parte demandante, siendo exorbitante, por cuanto la tasación propuesta es equivocada y en tal sentido, no hay lugar al reconocimiento de suma alguna por concepto que supere los montos fijados a partir del desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado.

9. GENÉRICA O INNOMINADA.

Solicito declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, frente a la demanda y al llamamiento en garantía, que se origine en la ley o en el contrato que con el que se convocó a mi poderdante, incluida la de caducidad y la de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Lo anterior, en concordancia con lo señalado en el artículo 282 del Código General del Proceso, el cual expresa:

“Artículo 282. Resolución sobre excepciones. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.”

Conforme a la norma transcrita el juez deberá declarar probadas las excepciones que oficiosamente encuentre acreditadas, por lo que en el evento de encontrarse fundamentos que derroten las pretensiones y no hubieran sido alegados por las partes, solicito se sirva declararlas mediante sentencia.

CAPÍTULO II
CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA
FORMULADO POR EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI.

En este acápite se desarrollará lo concerniente al llamamiento en garantía formulado por el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, en virtud del Contrato de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual, documentado en la Póliza No. **1501216001931**, procediendo a contestar así:

I. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS

FRENTE AL HECHO 1º: no es un hecho que sirva de fundamento al llamamiento en garantía, pero es cierto que **el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, figura como demandado en el proceso de reparación directa que hoy nos ocupa la atención, el cual fue impetrado por el señor ISRAEL RAMÍREZ SILVA y otros. Proceso que se identifica bajo el radicado No. 76001-33-33-017-2018-00138-00.

FRENTE AL HECHO 2º: no es un hecho que describa, pruebe o acredite la existencia de una relación sustancial entre el llamante en garantía y el llamado. Es la manifestación que la parte actora pretende el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, morales y daño a la salud, por el accidente acaecido el 22 de marzo de 2016, donde presuntamente resultó lesionado el señor Ramírez.

FRENTE AL HECHO 3º: no es un hecho. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el contrato de seguro fundamento de la convocatoria no puede hacerse efectivo toda vez que la acción derivada del seguro está prescrita al transcurrir más de dos (2) años desde la fecha en la que se realizó la reclamación al asegurado **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI** a través de la solicitud de conciliación extrajudicial y el momento en que se radicó el llamamiento en garantía a mi representada, esto es, el 18 de mayo del año 2022.

II. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

En primer lugar, solicito al Despacho que no proceda el llamamiento en garantía en contra de mi representada por cuanto operó la prescripción de las acciones derivadas del seguro utilizado como fundamento de la convocatoria.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. **1501216001931**, con fundamento en la cual el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI llama en garantía a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, no puede hacerse efectiva pues no se ha realizado el riesgo asegurado, esto es, no existe acción y/u omisión por parte del ente territorial, que generara el perjuicio alegado por los demandantes, todo lo contrario, se encuentra demostrado que el accidente acaeció por el hecho de terceros (curadores del adulto mayor) y el hecho exclusivo de la víctima al omitir salir acompañado a la vía pública y al transitar sin observar la calle.

III. EXCEPCIONES FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

1. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO.

Es preciso indicar que en el proceso que nos asiste operó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro contenido en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. **1501216001931**, vigente del 16 de marzo al 1º de diciembre de 2016. La prescripción aplica según lo establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio en consonancia con el artículo 1131 de la misma codificación. Lo anterior, teniendo en cuenta que transcurrieron más de dos (2) años desde la fecha en la que se realizó la reclamación al asegurado **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI** a través de la solicitud de conciliación y el momento en que se radicó el llamamiento en garantía a mi representada el 18 de mayo del año 2022. Recuérdese que la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el día **13 de marzo de 2018**, surtiéndose la audiencia de conciliación el 26 de abril de 2018. Por ello, el **14 de marzo de 2020**, **prescribió la acción derivada del contrato de seguro**. Por ese motivo, como la radicación del llamamiento en garantía se produjo con posterioridad al término bienal de que trata la norma mercantil, contado a partir de la formulación de la petición extrajudicial de la víctima al asegurado, el H. Juez debe declarar probada la excepción de prescripción.

Ahora bien, si se tuviese en cuenta la fecha en la cual se surtió la audiencia de conciliación extrajudicial, es decir, el 26 de abril de 2018, lo anterior no cambiaría el fenómeno de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

El Consejo Superior de la Judicatura, ordenó suspender los términos judiciales desde el **16 de marzo de 2020 hasta el 30 de junio del 2020, inclusive** (por declaración del Estado de Emergencia por el Covid-19), descontando este lapso de suspensión, que fue de 107 días, de todos modos, el fenómeno prescriptivo de las acciones se habría producido el **8 de septiembre del 2020**.

Dicho lo precedente, estimo necesario recordar que, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio, textualmente el legislador determinó lo siguiente:

“(...) ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes (...).”

Igualmente, el artículo 1131 del Código de Comercio, ha indicado al respecto lo siguiente:

*“En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. **Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial**”.*

La Corte Suprema de Justicia, frente al tópico de la prescripción respecto del asegurado, sostiene lo siguiente:

“Del contenido de ese mandato refulge, sin duda, que en los «seguros de responsabilidad civil», especie a la que atañe el concertado entre Flota Occidental S.A. y Axa Colpatria Seguros S.A., subsisten dos sub-reglas cuyo miramiento resulta cardinal para arbitrar cualquier trifulca de esa naturaleza. La primera, consistente en que el «término de prescripción» de las «acciones» que puede ejercer el agredido contra el ofensor corre desde la ocurrencia del «riesgo asegurado» (siniestro). Y la segunda, que indica que para la «aseguradora» dicho término inicia su conteo a partir de que se le plantea la petición «judicial» o «extrajudicial» de indemnización por la situación o circunstancia lesiva al tercero, no antes ni después de uno de tales acontecimientos, lo que revela el error del censurado que percibió cosa diversa”. (Énfasis propio).

Por lo anterior, solicito respetuosamente al Despacho se declare probada la excepción de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro y se absuelva a mi representada, toda vez que, para el 18 de mayo de 2022, cuando se radicó el llamamiento en garantía frente MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., ya había operado el fenómeno de la prescripción extintiva.

2. NO SE HA REALIZADO EL RIESGO ASEGURADO EN TANTO NO HAY RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO EN LOS HECHOS MATERIA DE DEBATE.

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi prohilada respecto de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. **1501216001931**. Por cuanto existe siniestro conforme a lo dispuesto en el artículo 1072 del Código de Comercio.

La hipótesis previamente mencionada, en concordancia con las condiciones generales y particulares de la póliza en cuestión, que mencionan como amparo principal:

1. “Objeto del Seguro

Amparar los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo los perjuicios morales y de vida en relación y el lucro cesante, que cause a terceros el asegurado, con motivo de la responsabilidad civil en que incurra o le sea imputable de acuerdo con la Ley colombiana, durante el giro normal de sus actividades”.

Ahora bien, el artículo 1072 del Código de Comercio define como siniestro:

“ARTÍCULO 1072. DEFINICIÓN DE SINIESTRO.

Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”. (Subrayado fuera del texto original).

De tal suerte que, al no estar probada la responsabilidad del asegurado, no ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional en cabeza de mi mandante. Como se ha desarrollado a lo largo del presente escrito, no hay ningún medio probatorio que dé cuenta de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que acaeció el mencionado accidente que presuntamente generó los perjuicios que aquí se discuten. En consecuencia, se insiste en que no está probada la realización del riesgo asegurado por mi representada.

Así las cosas y debido a que no existe responsabilidad en cabeza del ente territorial demandado en este proceso, no ha surgido la obligación condicional del asegurador, en la medida que no se ha realizado el riesgo asegurado. Por todo lo anterior, no demostrada la supuesta falla del servicio en cabeza del Distrito Especial de Santiago de Cali ni el nexo causal entre éste y los perjuicios presuntamente ocasionados, no podrá bajo ninguna circunstancia afectarse la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. **1501216001931**. Claramente, acá no existe siniestro y por ese motivo, no puede afectarse el contrato de seguros.

3. LA OBLIGACIÓN DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., SE CIRCUNSCRIBE AL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN TENIENDO EN CUENTA EL COASEGURO Y LA INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE LAS COASEGURADORAS.

Es importante mencionar, sin que tal manifestación pueda llegar a ser tenida en cuenta como aceptación alguna de responsabilidad por parte de mí representada o que pueda ser valorada en detrimento de los argumentos expuestos que, conforme a las estipulaciones concertadas en el contrato de seguro que sirvió de fundamento para la vinculación de mi procurada, los riesgos trasladados por el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI fueron distribuidos entre varias aseguradoras, donde mi prohijada, tiene una participación del 34%, sin que se pueda predicar la solidaridad entre ellas.

Debe señalarse señor Juez, que la relación sustancial entre el demandado Distrito Especial de Santiago de Cali y **Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.**, surge en el contrato de seguro documentado en la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. **1501216001931**, en el cual obra como coaseguradora líder mi procurada. Así las cosas, el llamamiento efectuado a mí defendida se fundamenta en un contrato de seguro que fue tomado en un tipo contractual denominado coaseguro. Tipología que se presenta cuando el asegurado promueve o asiente la celebración de un acuerdo entre dos o más aseguradoras, con el fin de distribuir entre ellas el interés y riesgos asegurados. Cuya formalización además está sometida a la obligatoria reunión de las condiciones establecidas en el artículo 1094 del aludido código, aplicable por remisión expresa del mismo artículo 1095. Es decir, se requiere que concurren "(...) 1. *Diversidad de aseguradores*; 2. *Identidad de asegurado*; 3. *Identidad de interés asegurado*, y 4. *Identidad de riesgo*".

En este orden de ideas, puede afirmarse que quienes participan en un coaseguro son un conjunto de compañías de seguros, entre las cuales no existen relaciones recíprocas de aseguramiento, pues tales aseguradoras asumen responsabilidades individuales frente a un mismo riesgo, cuya iniciativa nace del asegurado que quiere hacerlas partícipes o de una de estas con la aceptación del interesado, para efectos de hacer la repartición del riesgo.

Como se podrá observar en la carátula de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. **1501216001931**, mi prohijada **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, asumió el **34.00%** de la participación en el negocio jurídico asegurador, de igual manera obsérvese el porcentaje que asumió cada compañía aseguradora:

SE ANEXAN Condiciones Generales y Particulares: Observaciones: PRORROGA POR EL PERIODO del 01 de febrero a las 0000 horas hasta las 2400 horas del 24 de mayo de 2018 (LAS PARTES ACUERDAN QUE EL TOMADOR PAGARÁ LA PRIMA DE LA PRESENTE PÓLIZA, A MÁS TARDAR DENTRO DEL MES SIGUIENTE CONTADO A PARTIR DE LA INDICACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA MISMA, LA MOROSIDAD EN EL PAGO DE LA PRIMA, PRODUCIRÁ LA TERMINACIÓN DE LA PÓLIZA Y OTRA DERECHO A MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. A EXIGIR EL PAGO DE LA PRIMA Y DE LOS SINIESTROS CAUSADOS POR LA INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y SUS CERTIFICADOS Y ANEXOS)				
Aplica el Condicionado General Código: 040212-1305-P-06-00000/TE390-ABR/12				
TOTAL PRIMA NETA PESOS COLOMBIANOS	GASTOS DE EXPEDICIÓN PESOS COLOMBIANOS	SUBTOTAL EN PESOS COLOMBIANOS	VALOR IMPUESTO A LAS VENTAS PESOS COLOMBIANOS	TOTAL A PAGAR EN PESOS COLOMBIANOS
\$ 609.360.307,00	\$ 0,00	\$ 609.360.307,00	\$ 115.778.458,00	\$ 725.138.765,00
PARTICIPACION DE COASEGURADORAS				
NOMBRE COMPAÑIA COASEGURADORA	TIPO DE COASEGURO	%PARTICIPACION	\$ PRIMA PESO COLOMBIANO-N	FIRMA
ALLIANZ SEGUROS SA	CEDIDO	23,00%	\$ 140.152.870,61	
COMPAÑIA DE SEGUROS COLANTIA	CEDIDO	24,00%	\$ 157.055.554,47	
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE CO	CEDIDO	34,00%	\$ 207.182.504,3	
QBE	CEDIDO	22,00%	\$ 134.059.267,54	

Dada la existencia del coaseguro, cada compañía de seguros asumió un porcentaje determinado, destacándose que ni siquiera en el improbable caso de que fueran viables las pretensiones de la parte actora y las que contiene el llamamiento en garantía, podría condenarse a mi representada por lo que les corresponde a las otras coaseguradoras. Se reitera, como quiera que en el coaseguro las aseguradoras no son responsables de forma solidaria, como se desprende del artículo 1092 del Código de Comercio, pues cada una responderá por el porcentaje de participación en el contrato de seguro.

La figura del coaseguro, como se manifestó en el párrafo precedente, se encuentra regulada en el artículo 1092 del Código de Comercio, el cual establece:

“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.”
(Subrayado fuera de texto).

Lo estipulado en la norma en cita se aplica al coaseguro, por estipulación expresa del artículo 1095 del mismo estatuto, que establece:

“Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al **coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro**”.
(Subrayado fuera de texto).

El Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia⁷ preciso que no existe solidaridad entre las coaseguradoras, en los siguientes términos:

“(…)
18.1.- En atención al coaseguro existente, se precisa que la llamada en garantía reembolsará únicamente el 55% de lo que llegue a pagar el Municipio de Santiago de Cali, pues, en estos eventos, **los distintos aseguradores deben responder con sujeción a la participación que asumieron al momento de la celebración del contrato sin que exista solidaridad** de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio:
<<La jurisprudencia ha reconocido que en **casos de coaseguro se responde en proporción a la cuantía que se asumió, sobre todo en el caso en que ello se pacte expresamente**. De hecho, ha indicado que en casos de coaseguro <<el riesgo, entonces, es dividido en el número de coaseguradores que participan del contrato, en las proporciones que entre ellos dispongan, sin que se predique solidaridad entre ellos>>”.

(Subrayado fuera de texto).

Se colige de la anterior cita, que en caso de una eventual condena en contra de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, frente a los riesgos cubiertos por la póliza, el juzgador deberá limitar la cuantía de la misma en contra de mi procurada al porcentaje de participación que ella tiene en virtud del coaseguro, que en el caso estudiado corresponde al **34.00%**, por cuanto no existe solidaridad entre las coaseguradoras, debiendo responder cada una por el porcentaje de participación otorgado al asegurado.

4. RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA No. 1501216001931.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 30 de marzo de 2022, exp. 53742.

En materia de contratos de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del Contrato de Seguro, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al Asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la Póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia del 27 de mayo de 2022, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros de Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”.

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se exhorta a los Jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los Contratos de Seguro. Razón por la cual, es menester señalar que la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. **1501216001931**, en la sección segunda de las Condiciones Generales, señala una serie de exclusiones, las cuales presento a continuación:

“EXCLUSIONES
(...)

2.1.4. Deslizamiento de tierras, fallas geológicas, terremotos, temblores, asentimientos, cambios en los niveles de temperatura o agua, inconsistencias del suelo o del subsuelo, lluvias, inundaciones, erupción volcánica o cualquier otra perturbación atmosférica o de la naturaleza.

Así las cosas, bajo la anterior premisa, como se encuentran configuradas las exclusiones arriba señaladas las que constan en las condiciones generales y particulares de la Póliza No. **1501216001931**, estas deberán ser aplicadas y deberá dársele los efectos señalados por la Jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza del Asegurador como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

5. EN EL CONTRATO DE SEGURO SE PACTÓ UN DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI.

En gracia de discusión y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que de la eventual obligación de mi procurada se debe descontar el deducible pactado. Debe tenerse en cuenta que el deducible corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado, **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**. En este caso para la póliza se pactó en el **15% de la pérdida mínimo (40) SMMMLV**, como se observa:

COBERTURAS	VALOR ASEGURADO	DEDUCIBLE
P.L.O.: PREDIOS LABORES Y OPERACIONES	\$ 5.000.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMMMLV)

El deducible, se encuentra consagrado en el artículo 1103 del Código de Comercio, el cual reza:

“(…) Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original (…).”

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada responsable de pagar la indemnización a la parte actora en virtud de la aplicación del contrato de seguro, es de suma importancia que el Honorable Juzgador descuente del importe de la indemnización la suma pactada como deducible expuesta anteriormente.

Sin perjuicio de las razones expuestas que sin lugar a duda dan cuenta de la inexistencia de la obligación resarcitoria en virtud del contrato de seguro tantas veces comentado, también debe tener presente el señor Juez, que al momento de convenir los amparos en la póliza que nos ocupa, se impuso una carga al asegurado o al beneficiario en caso de siniestro, por virtud de la cual este asumirá una parte del mismo. Esto es lo que se denomina deducible, una suma de dinero del valor del siniestro que asumirían como coparticipación en el mismo. Es por ello que, en las condiciones particulares de la póliza expedida por mi representada, se concertó un deducible, el cual invariablemente está a cargo directamente del asegurado.

Así entonces, de acuerdo con lo señalado en líneas anteriores y toda vez que el deducible pactado es la porción o fracción que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado, aún en el remoto caso de que la póliza en cuestión estuviera llamada a hacerse efectiva, al asegurado le corresponderá asumir el **15% sobre el valor de la pérdida mínimo (40) SMMLV**.

6. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGURO.

Los perjuicios pedidos en la demanda como no están demostrados (lucro) y además están equivocadamente cuantificados (moral y salud) de reconocerlos con cargo al seguro se enriquecería a la parte demandante. Este enriquecimiento contraviene la naturaleza indemnizatoria del seguro.

El carácter indemnizatorio es un principio que rige el contrato de seguro de daños, el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo. De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado.

El carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización. Es decir, no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, frente al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

“Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que

el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato”.

El artículo 1127 del Código de Comercio, establece lo siguiente:

“Art. 1127. Definición de seguro de responsabilidad. Modificado. Ley 45 de 1990, Art. 84. 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 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 reconozcan al asegurado”.

El artículo 1088 del Código de Comercio, dispone:

“ARTÍCULO 1088. <CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO>. Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.

<Inciso adicionado por el artículo 242 de la Ley 2294 de 2023. El nuevo texto es el siguiente:> Para el caso del seguro paramétrico o por índice, el pago por la ocurrencia del riesgo asegurado se hará efectivo con la realización del índice o los índices definidos en el contrato de seguro”.

Se colige de lo anterior, que como el perjuicio material e inmaterial no está debidamente probado, si se reconociera con cargo a la póliza se enriquecería a los demandantes, lo que transgrede el principio indemnizatorio esencial del contrato de seguro.

Conforme a ello, dado que los perjuicios solicitados en el petitum de la demanda presentan serias inconsistencias, reconocer el pago de suma alguna con cargo a la póliza de seguro, implicaría correlativamente transgredir el carácter meramente indemnizatorio que revisten los contratos de seguro. En efecto, se estaría supliendo la carga probatoria de la parte actora frente a los presupuestos de una responsabilidad patrimonial del Estado y eventualmente enriqueciendo a la demandante.

En conclusión, no puede perderse de vista que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento y que el mismo atiende a un carácter meramente indemnizatorio. Por todo lo anterior y teniendo en cuenta la indebida solicitud y tasación de perjuicios, se deberá declarar probada la presente excepción y así evitar la contravención del carácter indemnizatorio del contrato de seguro y un correlativo enriquecimiento sin justa causa en cabeza de la parte actora.

7. CONGRUENCIA ENTRE LA SENTENCIA Y LO SOLICITADO EN EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Verificado el escrito de llamamiento en garantía se evidencia que en el mismo no se encuentra consignada una sola pretensión declaratoria o condenatoria en contra de la aseguradora que represento, por lo que no hay lugar al reconocimiento de pretensiones que claramente no fueron solicitadas en la oportunidad procesal correspondiente. En ese sentido, es necesario señalar que el principio de congruencia es la regla del derecho procesal, en virtud de la cual el Juez se

encuentra obligado a que sus decisiones sean concordantes con los hechos y pretensiones que se presentan en los escritos que se elevan ante los despachos.

Sobre este particular, el artículo 281 del Código General del Proceso contempla los preceptos que debe seguir el Juez en sus sentencias de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 281. CONGRUENCIA. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

PARÁGRAFO 1o. En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole.

PARÁGRAFO 2o. En los procesos agrarios, los jueces aplicarán la ley sustancial teniendo en cuenta que el objeto de este tipo de procesos es conseguir la plena realización de la justicia en el campo en consonancia de los fines y principios generales del derecho agrario, especialmente el relativo a la protección del más débil en las relaciones de tenencia de tierra y producción agraria.

En los procesos agrarios, cuando una de las partes goce del amparo de pobreza, el juez de primera o de única instancia podrá, en su beneficio, decidir sobre lo controvertido o probado aunque la demanda sea defectuosa, siempre que esté relacionado con el objeto del litigio. Por consiguiente, está facultado para reconocer u ordenar el pago de derechos e indemnizaciones extra o ultrapetita, siempre que los hechos que los originan y sustenten estén debidamente controvertidos y probados.

En la interpretación de las disposiciones jurídicas, el juez tendrá en cuenta que el derecho agrario tiene por finalidad tutelar los derechos de los campesinos, de los resguardos o parcialidades indígenas y de los miembros e integrantes de comunidades civiles indígenas”.

En virtud de lo anterior, se puede concluir que: i) no es válido emitir fallos ultra petita, es decir, sentencias en las cuales se condene al demandando por una cantidad superior a la solicitada en el líbello de la demanda, o sentencias que concedan más de lo pedido. ii) Tampoco se pueden emitir fallos extra petita, es decir, sentencias en las cuales se condene al demandado con base en pretensiones distintas a las deprecadas en la demanda y iii) no pueden ser proferidas

sentencias por causas distintas a las invocadas en el petitum de la demanda. En cuanto a la importancia del principio de congruencia, la Corte Constitucional ha indicado:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia “como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó. Además, ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurara un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso.

(...)

24.2. De lo expuesto hasta el momento, se puede concluir que el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. **Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita),** pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento. **El principio de congruencia de la sentencia además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello¹⁴.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, resulta incuestionable que el juez al momento de fallar no podrá desbordarse de las pretensiones propuestas. Es claro entonces que la sentencia que resuelve la demanda está sometida al principio de congruencia. Así las cosas, se evidencia a través de preceptos legales y jurisprudenciales que el juez está en la obligación de garantizar el derecho de defensa y debido proceso dentro de las actuaciones judiciales, a las partes intervinientes en el proceso, en el sentido de no proferir sentencia sobre aspectos adiciones a los solicitados por las partes, o que no hayan sido solicitados.

Teniendo en cuenta todo lo previamente mencionado, ahora es necesario aterrizar la teoría al caso concreto. Se evidencia en el escrito del llamamiento que el mismo no contiene pretensiones formuladas en contra de la compañía de seguros que represento, desconociendo lo consignado en el artículo 82 del Código General del Proceso, así como lo señalado en el artículo 65 del mismo Código, que determina que *“La demanda por medio de la cual se llame en garantía deberá cumplir con los mismos requisitos exigidos en el artículo 82 y demás normas aplicables”*.

Así las cosas y de la lectura del escrito no se evidencia ninguna pretensión en la cual se solicite hacer efectiva la póliza de seguro emitida por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, dentro de la cual mi prohijada funge como coaseguradora, por lo que en cualquier caso ello resultaría improcedente. Razón por la cual, el Juez no podrá ordenar el pago de suma alguna en cabeza de la compañía aseguradora que represento, cuando es claro que el llamante en garantía en ningún momento solicitó la afectación de la póliza de seguro emitida.

En conclusión, se evidencia como en el presente asunto el llamante no siguió los lineamientos dispuestos en el artículo 82 del Código General del Proceso para la presentación del llamamiento en garantía, desconociendo también entonces lo señalado en el artículo 65 del mismo Código,

que determina que “La demanda por medio de la cual se llame en garantía deberá cumplir con los mismos requisitos exigidos en el artículo 82 y demás normas aplicables”, pues ni siquiera planteó pretensiones en el escrito. Es por ello, que, bajo el principio de congruencia, al juez no le es dable en el contenido de la sentencia ordenar la afectación de la póliza de seguro expedida por mi representada. Razón por la cual, el Juez no podrá pronunciarse o decidir más allá de lo consignado en las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, y de la lectura de este último documento, se denota que la parte llamante no solicitó la afectación de la Póliza en mención. Por lo que no procederá reconocimiento de emolumento alguno.

8. EN CUALQUIER CASO, NO SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 1501216001931. TAMPOCO SE PODRÁ DESCONOCER LA DISMINUCIÓN DE LA SUMA ASEGURADA POR PAGO DE INDEMNIZACIONES.

De manera ilustrativa y sin aceptar responsabilidad alguna, se informa que el contrato de seguro pactado tiene unos montos máximos, tanto por evento como por vigencia. Respetuosamente se solicita tener en cuenta el clausulado, porque como lo indica el doctrinante Ossa, dichas estipulaciones “están destinadas a delimitar, de una parte, la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro y, de otra, a regular las relaciones entre las partes vinculadas al contrato, definir la oportunidad y el modo de ejercicio de los derechos y la observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanen”8.

En ese sentido, de acuerdo con el principio pacta sunt servanda, esto es, que constituyen ley para las partes los límites estipulados en el contrato de seguro, específicamente, los atinentes al valor asegurado. Así, la Póliza No. 1501216001931., contempla el siguiente tope por vigencia y evento:

Table with 3 columns: COBERTURAS, VALOR ASEGURADO, DEDUCIBLE. Rows include P.L.O.: PREDIOS LABORES Y OPERACIONES, Responsabilidad Civil patronal, Gastos medicos y hospitalarios, Responsabilidad Civil parqueaderos, Responsabilidad Civil para contratistas y subcontratistas, Responsabilidad Civil Vehiculos propios y no propios, Responsabilidad Civil productos, and Responsabilidad Civil cruzada.

En adicción a lo anterior, en el contrato de seguro también se pactó un sublímite respecto del lucro cesante el cual corresponde al 50% del límite asegurado.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto, que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad la cual va hasta la concurrencia de la suma asegurada, tal y como lo dispone el artículo 1079 del Código de Comercio:

“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.

La norma antes expuesta es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. Así las cosas, el amparo cubierto para el caso que nos ocupa tiene un tope máximo por evento y vigencia. Este valor se encontrará

8 Ossa G. J., Efrén. Teoría General del Seguro: El contrato. Editorial Temis. 1991.

disponible de acuerdo con los siniestros que se hayan materializado en la vigencia de la póliza. El valor máximo se condiciona a que en la vigencia total de la póliza no se hubiere indemnizado por otras reclamaciones pagadas conforme a la Póliza No. **1501216001931**. Lógicamente, este valor se va reduciendo con cada siniestro pagado judicial o extrajudicialmente. Esto significa que la responsabilidad se predicará cuando el suceso esté concebido en el ámbito de la cobertura del contrato, según su texto literal y por supuesto la responsabilidad de la aseguradora se limita a dicha suma.

Lo anterior sin perjuicio de los sublímites establecidos en el condicionado general de la póliza.

9. GENÉRICA Y OTRAS.

Solicito declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso ya sea frente a la demanda o incluso ante el llamamiento en garantía, incluida la de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Lo anterior, en concordancia con lo señalado en el artículo 282 del Código General del Proceso, el cual expresa:

“Artículo 282. Resolución sobre excepciones. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.”

Conforme a la norma transcrita el juez deberá declara probadas las excepciones que oficiosamente encuentre acreditadas, por lo que en el evento de encontrarse fundamentos que derroten las pretensiones y no hubieran sido alegados por las partes, solicito se sirva declararlas mediante sentencia.

CAPÍTULO III **MEDIOS DE PRUEBA APORTADOS Y SOLICITADOS**

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

A. DOCUMENTALES QUE SE APORTAN:

1. Certificado de Existencia y Representación de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, expedido por la Cámara de Comercio de Cali.
2. Escritura pública No. **1804**, por medio de la cual se confiere poder general al suscrito.
3. Copia del certificado de vigencia del poder general.
4. Copia de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. **1501216001931**, certificado No. 0, expedida por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., (Carátula, Condicionado Particular y General).

Respetuosamente solicito se decreten las siguientes:

B. TESTIMONIAL:

Respetuosamente solicito decretar la práctica del testimonio de la siguiente persona:

- Del Dr. **NICOLÁS LOAIZA**, identificado con cédula de ciudadanía No. **1.107.101.497**, quien tiene domicilio en Cali y puede ser citado en la Carrera 41 No. 11 -83 piso 2 de la ciudad de Cali, Asesor Externo de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, con el objeto de que se pronuncie sobre los hechos en que se fundamentan las excepciones propuestas, y en especial para que deponga sobre la configuración del fenómeno prescriptivo de las acciones derivadas del contrato de seguro, las causales de exclusión aplicables en el contrato vinculado y demás condiciones particulares y generales de la póliza expedida por mi prohijada y vinculada en este proceso.

CAPÍTULO IV

PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRUEBAS DE LA DEMANDA

1. OPOSICIÓN A FOTOGRAFÍAS APORTADAS CON LA DEMANDA:

Si bien el apoderado del extremo activo arrimó al plenario un registro fotográfico para tratar de ilustrar la situación narrada, debe advertirse desde ahora que al mismo no se le podrá asignar valor probatorio alguno. Lo anterior, toda vez que no reúne los requisitos mínimos para ello, los cuales son: i) origen, ii) lugar, iii) época en que fue tomada, iv) reconocimiento o ratificación, y v) autenticidad y certeza, tal como lo refirió el Honorable Consejo de Estado⁹:

“Sobre la posible valoración de las fotografías que fueron allegadas al proceso por el demandante, y que pretenden demostrar la ocurrencia de un hecho, debe precisarse que éstas sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las cuales no se puede determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas, y al carecer de reconocimiento o ratificación, no pueden ser cotejadas con otros medios de prueba allegados al proceso (...) se tiene que las fotografías son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado que los requisitos formales para la valoración de este tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar”.

Conforme a la cita anterior, las fotografías allegadas con el libelo introductorio solamente muestran imágenes de una vía, pero no arroja ninguna luz o explicación de los hechos de la demanda, ni mucho menos el nexo de causalidad entre el daño y la presunta pero no probada omisión del **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, sin contar que no se tiene certeza de que realmente sean de esa época, por lo que no demuestran condiciones de tiempo, modo y lugar. Así pues, no son elementos probatorios válidos, convirtiéndose en pruebas inútiles para el presente proceso, toda vez que no prestan un servicio útil al convencimiento del juez por su absoluta falta de idoneidad.

2. OPOSICIÓN A PRUEBAS DOCUMENTALES SOLICITADAS:

El extremo actor solicita el decreto de pruebas documentales sin ejercer previamente el derecho de petición tal y como lo dispone el Código General del Proceso, denotando una total pasividad frente a la consecución de las pruebas.

El artículo 173 del Código General del Proceso, dispone:

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Subsección C, Radicación No. 08001-23-31-000-1997-11812-01 (27353), Sentencia del 13 de junio de 2013.

“Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código. En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.”

Las pruebas practicadas por comisionado o de común acuerdo por las partes y los informes o documentos solicitados a otras entidades públicas o privadas, que lleguen antes de dictar sentencia, serán tenidas en cuenta para la decisión, previo el cumplimiento de los requisitos legales para su práctica y contradicción”. (Énfasis propio).

El artículo 78 del Código General del Proceso, dispone:

“Artículo 78. Deberes de las partes y sus apoderados: Son deberes de las partes y sus apoderados:

(...)

10. Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir”.

De lo anterior, se desprende que las pruebas que la parte interesada pueda obtener por medio de derecho de petición o tenga en su poder directamente no podrán ser practicadas, fijando como única excepción cuando la petición no fue atendida, demostrando sumariamente que se radicó la petición.

Descendiendo al caso de marras, se observa que la parte actora pretende se oficie a:

- La Secretaría de Infraestructura del Distrito de Santiago de Cali, para que se remita certificación de las obras efectuadas en el barrio Ciudad Modelo, en especial las intervenciones realizadas a las Calle 30 A y 31.
- La Gerencia de Acueducto y Alcantarillado de EMCALI EICE E.S.P., para que remita certificación de las obras efectuadas en el barrio Ciudad Modelo, en especial las intervenciones realizadas a las Calle 30 A y 31.
- La clínica Rafael Uribe, para que remita historia clínica completa.
- La Nueva EPS UT SALUD CALLE 26, para que remita historia clínica completa.

Documentos que pudo haber obtenido a través del ejercicio del derecho de petición, sin embargo, no lo hizo, pretendiendo que el Despacho le decrete unas pruebas, que tenía en su poder o podía conseguir en virtud del derecho de petición, sin realizar el menor esfuerzo.

En atención a lo consagrado en la norma en cita, ruego al Despacho se abstenga de decretar dichas pruebas, por cuanto la parte actora incumplió con la carga de aportación de los medios probatorios en su poder.

CAPÍTULO V
NOTIFICACIONES

El suscrito en Avenida 6 A Bis No. 35 N - 100, Oficina 212 del Centro Empresarial Chipichape de la ciudad de Cali, (V), o en la dirección de correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Del señor Juez,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA.

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá, D.C.

T.P. No. 39.116 del C. S. de la J.