

Señores:

JUZGADO OCTAVO (08) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI (V)

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRIMERA INSTANCIA

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTES: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ GARCÍA

DEMANDADOS: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI- EMCALI EICE ESP Y
DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

RADICADO: 76001-33-33-008-2020-00005-00

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** conforme al memorial poder que ya obra en el expediente, comedidamente manifiesto que **REASUMO** el poder a mi conferido, y encontrándome dentro del término legal, procedo a presentar los respectivos **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**, solicitando desde ya que se profiera **SENTENCIA FAVORABLE** a los intereses de mi representada, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas al momento de contestar la demanda y el llamamiento en garantía.

I. OPORTUNIDAD

En la audiencia de pruebas llevada a cabo el día ocho (08) de mayo de 2024, se dio por concluido el periodo probatorio y se corrió traslado por el término común de diez (10) días a las partes para presentar los alegatos de conclusión, los cuales transcurrieron de la siguiente forma: 09, 10, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22 y, 23 de mayo de 2024. En este sentido, se colige entonces que el presente escrito de **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA** es radicado dentro del tiempo previsto para tal efecto.

II. FRENTE A LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD SOLICITADA POR EL DEMANDANTE

1. SE ENCUENTRA PROBADA LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

Para el caso en concreto, resulta claro que existe una falta manifiesta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Distrito Especial de Santiago de Cali, ello si se tiene en cuenta que el apoderado de la parte demandante en los hechos de la demanda y sus fundamentos jurídicos ha

dejado claro que, presuntamente la causa eficiente del daño padecido por el señor Héctor Hernán González fue por la supuesta ausencia de una tapa sobre la boca de una alcantarilla. Así las cosas, al analizarse la carga obligacional de la pasiva que tiene a su cargo las obligaciones de mantenimiento, vigilancia, construcción y señalización de las alcantarillas del lugar por donde ocurrió el accidente, resulta claro que el Distrito de Cali no es una entidad que tenga el conocimiento y especialidad en la construcción y mantenimiento de acueductos y alcantarillados; y ni siquiera puede considerarse responsable como supervisor, regulador, ni garante porque estas obligaciones recaen en la Superintendencia Nacional de Servicios Públicos de Ley 142 de 1993.

Para el caso en concreto, el apoderado de la parte demandante no realizó un análisis de la imputación de acuerdo con los hechos y las obligaciones que a cada pasiva le competen. Indirectamente aplicó la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones, la cual imputa a todo aquel que se encuentre explícita e implícitamente en la cadena causal. Para el demandante todo aquel que, así tuviera obligaciones diferentes a la construcción, mantenimiento y señalización de la infraestructura de acueducto y alcantarillado donde presuntamente ocurrieron los hechos, debía hacerse parte del proceso.

Ahora bien, es EMCALI como empresa prestadora del servicio público de alcantarillado en Cali quien, por mandato legal puede ser señalada como presunta responsable de asumir los perjuicios que genere a cualquier ciudadano la supuesta ausencia de una tapa de una alcantarilla porque esta infraestructura está dispuesta y existe con ocasión de la prestación del servicio público de alcantarillado. El art. 28 de la Ley 142 de 1994, sobre la infraestructura dice: *Todas las empresas tienen el derecho a construir, operar y modificar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos, para lo cual cumplirán con los mismos requisitos, y ejercerán las mismas facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades oficiales que han estado encargadas de la prestación de los mismos servicios, y las particulares previstas en esta Ley. **Las empresas tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, cuyos costos serán a cargo de ellas.***

El Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante Sentencia 25000232600020010097901 del 8 de julio del 2013 con ponencia del consejero Danilo Rojas indicó que cuando se el deber de mantenimiento de los conductos o sumideros que integran la infraestructura o red de alcantarillado está en cabeza de la empresa de servicios públicos domiciliarios pues según el art. 26 de la Ley 142 de 1994, en cada municipio, quienes prestan servicios públicos están sujetos a las normas generales sobre planeación urbana, circulación y tránsito, uso del espacio público y seguridad y tranquilidad ciudadanas. La Sentencia dice: *Los municipios deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de empresas de servicios públicos, o a la provisión de los mismos bienes y servicios que estas proporcionan, en la parte subterránea de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público. **Las empresas serán, en todo caso,***

responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes”

La parte demandante omitió analizar la imputación desde la condición sine qua non o una imputación objetiva, toda vez que no realizó un análisis serio frente a la responsabilidad por el mantenimiento de las alcantarillas en las vías del municipio. Cabe resaltar que dicho análisis de imputación debe dirigirse a quien efectivamente tenía la obligación de realizar la construcción, mantenimiento y señalización de la infraestructura de acueducto y alcantarillado.

El régimen municipal encuentra su fundamento constitucional en los artículos 311 y 315 de la Constitución Política, los cuales establecen:

Artículo 311. Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir con las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes. (...) Artículo 315. Son atribuibles del alcalde:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas y los acuerdos del concejo.
2. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del presidente de la República y del respectivo gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio. La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.
3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 136 de 1994 *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”* vigente para la época de los hechos objeto de estudio, respecto a las funciones de los municipios estableció:

Artículo 3. Funciones. Modificado por el art. 6 Ley 1551 de 2012. Corresponde al municipio:

1. Administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la ley.
 2. Ordenar el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso municipal.
 3. Promover la participación comunitaria y el mejoramiento social y cultura de sus habitantes.
- (...)

Mientras que, los artículos 85 y 86 de la Ley 489 de 1998 *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones,*

principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, respecto a la calidad de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (EICE), indicó:

Artículo 85. Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por esta...y que reúnen las siguientes características:

a. Personería jurídica;

b. Autonomía administrativa y financiera;

c. Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución. (...)

Artículo 86. Autonomía administrativa y financiera. La autonomía administrativa y financiera de las empresas industriales y comerciales del Estado **se ejercerá conforme a los actos que las rigen...** (negrita adrede)

Exigirle al Distrito Especial de Santiago de Cali la gestión y mantenimiento de las tapas de alcantarilla, además de velar por el correcto funcionamiento de todas sus dependencias, resulta a todas luces desproporcionado, teniendo en cuenta las limitaciones técnicas, logísticas y de personal con las que se desenvuelve la entidad pública. Adicionalmente, tampoco se ha demostrado que para la fecha de los hechos el asegurado estuviera realizando obra de construcción o de reparación, o que un tercero lo estuviera haciendo y que requiriera la supervisión de la entidad demandada.

En ese orden, no existe debida legitimación en la causa cuando el demandado es persona diferente a quien debía responder por la atribución hecha por el demandante, como ocurre en este caso, pues es de público conocimiento que existen empresas industriales y comerciales del Estado (EICE) que operan los servicios públicos en Cali, que cuentan con personería jurídica, patrimonio propio e independiente, con autonomía administrativa y de objeto social múltiple, susceptible de comparecer como entidad demandada que, de acuerdo con el caso de marras, debió ser la única vinculada directamente. Al Distrito Especial de Santiago de Cali al asumir obligaciones diferentes y no solidarias con las EICE, no se le puede trasladar la responsabilidad por el mantenimiento, construcción, señalización y drenaje de las alcantarillas en la ciudad y su respectiva infraestructura; configurándose de este modo una falta de legitimación en la causa material por pasiva en favor de Distrito Especial de Santiago de Cali.

2. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA Y AUSENCIA DE SUS ELEMENTOS ESTRUCTURALES - NO HAY FALLA EN EL SERVICIO ATRIBUIBLE A LA ENTIDAD TERRITORIAL - INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL.

La parte actora no logró demostrar la causa del evento dañino alegado; téngase en cuenta, que la demanda se sustenta únicamente en nada más que el decir del demandante, puesto que el sustento

probatorio consiste en: i). Fotografías, que nada prueban sobre las circunstancias de modo tiempo y lugar ii). Historia clínica. Pruebas que no pueden considerarse como medios idóneos y conducentes para acreditar el nexo causal, pues lo consignado en ellas se deriva exclusivamente de la versión de los hechos del demandante, sin que se encuentren otros medios probatorios que respalden lo manifestado por este. En ese sentido, se advierte que no obra prueba idónea que demuestre las circunstancias en que supuestamente ocurrió el accidente que permita corroborar la realidad fáctica de los hechos de la demanda, y por ende la causa eficiente del daño.

No se probó el hecho: No hay prueba eficaz, en el sentido persuasivo, que acredite la presencia del hueco en la vía de la calle 3 con carrera 57 ni la supuesta ausencia de la tapa sobre la boca de la alcantarilla, mucho menos la deficiencia en la señalización que debía ser instrumentada, esto por cuanto no hay un informe de una autoridad reguladora o policial de accidente de tránsito, la cual era necesaria porque por la fecha de la ocurrencia de los hechos -en vigencia de la Ley 769 del 2022 sin la modificación de la Ley 2161 del 2021 que adicionó el art. 144A del Código Nacional de Tránsito- exigía la elaboración de ese documento público cuando se tratara de accidentes de tránsito, el cual se extraña en el asunto bajo estudio, porque si la teoría del apoderado demandante es cierta, al haberse involucrado una bicicleta en el hecho, se trataba entonces de un accidente de tránsito.

Pero, además, las fotografías en copia que aporta el apoderado demandante con el ánimo de representar las características de la superficie de la carpeta asfáltica de la vía, del hueco y de su supuesta señalización improvisada nada prueban sobre las circunstancias de modo tiempo y lugar, porque no tienen ningún elemento visible que permitan saber cuál fue la fecha en la que fueron tomadas, ni cuánto tiempo transcurrió entre la ocurrencia del accidente (supuestamente el 27 de enero del 2017) y su elaboración, no tienen huella de autoría y nada que indique que el escenario retratado en ellas corresponda al lugar en el que supuestamente ocurrió el hecho. Es decir que el hecho como fenómeno y como tal ni siquiera está acreditado.

No se probó (y no hay) falla del Municipio: ahora, no habiéndose probado el hecho, se debe agregar que tampoco la falla, por lo menos no imputable jurídica, ni fácticamente al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, ya que está claro y probado que la responsabilidad de cara a la administración, conservación, mantenimiento y señalización preventiva (no de tránsito) de la infraestructura dispuesta para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado -como la alcantarilla y su tapa- instalada sobre las calzadas de la del transporte -calles y carreras- le corresponde, en Cali a EMCALI, no al Municipio.

No hay relación causal: El nexo causal como elemento de la trifecta axiológica en asuntos donde se controvierte una supuesta responsabilidad extracontractual, en este caso estatal a través del título de imputación de la falla en la prestación de un servicio implica reconocer ex ante, cuál es el servicio que está involucrado en el esquema del reproche de conducta sobre el que se basa la

demanda, en este caso es el del alcantarillado, ya que la supuesta caída al hueco ocurre por la supuesta ausencia de la tapa de la alcantarilla, (no por un desperfecto de la carpeta asfáltica) y dicho eso, el servicio de alcantarillado en Cali, no está a cargo de la Entidad territorial, sino de EMCALI, por lo que no solo no se prueba el nexo de causal sino que es legal y jurídicamente imposible afirmar que exista. Pero en gracia de discusión, en asuntos que deben conducirse bajo la égida de la falla en la prestación del servicio, el nexo causal en términos generales, siempre tiene que probarse con base en medios suasorios cuya consecución e introducción al proceso resultan en una carga alternativa de la parte actora -que si deja de lado le genera consecuencias adversas- y ni siquiera en aquellos casos en los que se permite evaluar la falla (o culpa) desde un punto de vista de presunciones y objetivamente se releva al interesado de probar los otros elementos, esto es que nunca, bajo ninguna circunstancia puede afirmar un juez, que el nexo se puede construir con base en juicios deductivos sin pruebas de hechos fenoménicamente positivos y comprobables sensiblemente a través de la valoración de su prueba.

No debe perderse nunca de vista que siempre recae en la parte actora la carga probatoria de demostrar al operador judicial la culpa -en este caso el hecho o conducta constitutiva de falla en el servicio, el daño y su respectiva magnitud en aras de poderlo cuantificar y finalmente, pero no menos importante, el nexo de causalidad entre los dos primeros

Por otro lado, siguiendo la máxima “Nadie está obligado a lo imposible”, no se puede atribuir responsabilidad alguna a la entidad territorial, pues dadas las obligaciones de supervisión, exigirle al Distrito Especial de Santiago de Cali la gestión y mantenimiento de alcantarillas, función a cargo de la EICE, además de velar por el correcto funcionamiento de todas sus dependencias, resulta desproporcionado teniendo en cuenta sus limitaciones técnicas, logísticas y de personal con las que se desenvuelve la entidad. Además, se debe advertir que en el caso de marras no se ha probado que ni la entidad territorial ni la EICE, para la fecha y lugar de los hechos estuviera realizando alguna obra de construcción o reparación que requiriera la supervisión de la tomadora del seguro contratado con mi representada.

En efecto, pese a que el distrito sí tiene a cargo ciertos deberes y obligaciones en sede de los servicios públicos, estas son de carácter general y para el caso en concreto son ajenas a la supuesta falla del servicio. Lo anterior obedece a que las obligaciones generales a cargo del distrito no pueden usarse para justificar la omnipresencia de este ente para endilgar una supuesta falla del servicio.

Por lo que, aunado a la ausencia probatoria, es un hecho que no existió conocimiento ni requerimiento al Distrito Especial de Santiago de Cali para realizar posteriormente el llamado de atención a la entidad encargada, pues nunca, se requirió por parte de cualquier organismo o de la ciudadanía realizar el respectivo mantenimiento de la alcantarilla; en ese sentido y en aplicación de la falla relativa del servicio, era imposible exigírsele a la entidad territorial realizar una acción tendiente a superar esa fuente de potencial riesgo. El Consejo de Estado ha determinado lo

siguiente:

En cuanto toca con la omisión hay que advertir que si bien la Fuerza Pública – para el caso – debe por principio estar atenta y dispensar la vigilancia permanente, redoblada cuando la necesidad, las circunstancias o el requerimiento lo indiquen; lo mismo en zonas urbanas que en áreas rurales para la seguridad de las personas y protección de los bienes donde quiera que se encuentren, ésta afirmación no puede entenderse en términos absolutos, de modo que comprometa la responsabilidad del Estado por no encontrarse en disponibilidad inmediata, adecuada y en todo lugar, **porque es evidente que no puede esperarse que sea onnipotente, omnisciente y omnipresente por principio**. Su presencia inminente para la cobertura de todo el territorio nacional es un ideal jurídico, un deber ser, que debe entenderse como un deber ser relativo a su poder, referido a la posibilidad de actuar con los efectivos que tiene a su servicio, la información que puede recaudar por sí **y con la colaboración de los ciudadanos** (lo cual es un deber de estos), y la posibilidad de desplazarse en la geografía nacional, para velar por todos y cada uno de los colombianos (...). ¹(subrayado y negrita adrede)

Entonces, atendiendo al régimen de imputación de falla probada del servicio, no hay prueba en el proceso del incumplimiento obligacional del Distrito Especial de Santiago de Cali, más cuando el único reproche que hace la parte demandante frente al ente territorial, es referir que EMCALI E.I.C.E. es una entidad del Municipio de Santiago de Cali, no obstante, se recuerda que, EMCALI E.I.C.E. E.S.P. es una entidad descentralizada que cuenta con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa. Con fundamento en lo anterior, se concluye que no concurren la totalidad de los elementos para atribuir responsabilidad al Estado, esto por cuanto no hay prueba alguna que permita objetivizar la atribución causal al Distrito de Cali, impidiendo la configuración del nexo de causalidad. Una vez acreditado que no existe causalidad y al no configurarse de esta forma la totalidad de los elementos estructurales de la responsabilidad, no habrá fundamento para declarar la misma.

3. CARENCIA DE PRUEBA DE LOS SUPUESTOS PERJUICIOS

3.1. Frente a los perjuicios inmateriales

3.1.1. Perjuicios morales

Es evidente la ausencia probatoria frente a la gravedad de la lesión sufrida por el demandante, no obra en el plenario dictamen de pérdida de capacidad laboral, de especialista en daño corporal o médico laboral, que demuestre científicamente la gravedad de la lesión, por lo que es no posible dar por cierto, sin estarlo, que la gravedad de la lesión fue del talante señalado en la demanda. Mucho menos obra elemento material médico que enseñe perturbación orgánica, secuelas y/o deformidad física y/o psicológica.

¹ C.E., Sec. Tercera (2018). Exp. 47.803, mar. 04/1998. C.P Jesús María Carrillo Ballesteros

La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2014, señaló que en caso de lesiones físicas *“se debe verificar la gravedad o levedad de la lesión con fundamento en el dictamen de calificación de la merma de la capacidad laboral, para determinar el monto indemnizatorio de acuerdo con la relación afectiva que existe entre el demandante y el lesionado”*

Recuérdese que el daño es un perjuicio interno-subjetivo y sin lugar a equívocos debe existir realmente, no basta solo con su enunciación, sin embargo, los soportes documentales allegados con la demanda no fundamentan detrimento inmaterial, y como ya se indicó la prueba idónea viene a estar concebida por la experticia médica, de la cual se pueda inferir un perjuicio moral, dictamen que no tiene sustento en el acervo probatorio.

En conclusión, como quiera que el demandante, no aportó prueba que pudiese efectivamente corroborar la gravedad de la lesión sufrida por este, el despacho no tendrá otra opción más que declarar no probada esta tipología de perjuicio. Aunado a la inexistencia de elementos materiales probatorios que pudiesen eventualmente considerar el reconocimiento y pago de perjuicios morales a favor del demandante, es importante resaltar que la cuantía que la parte actora reclama por este concepto se encuentra completamente sobreestimada, como quiera que la suma reclamada no se compadece con los criterios que han sido decantados pacíficamente por parte del Honorable Consejo de Estado.

Por todo lo anterior, su falta de actividad en la tasación y discriminación de los perjuicios contraviene el principio indemnizatorio por calificarse de arbitrario.

3.2 Frente a los perjuicios materiales

3.2.1. Lucro cesante

En gracia de discusión y sin aceptar responsabilidad alguna, cabe objetar la indemnización que se persiguen con esta demanda por lucro cesante, en tanto el apoderado determinó este valor sin realizar un análisis serio del material probatorio y sin utilizar las fórmulas que maneja el Consejo de Estado, pues se desconoce cómo la parte activa llegó a la suma de dinero que solicita.

Brilla por su ausencia datos que ayuden si quiera a tener un ligero conocimiento de la forma como se arribó a dicha conclusión. No obstante, se recuerda que el reclamo del lucro cesante como ganancia frustrada o como provecho económico que no se reportará, y que de no haberse producido el daño hubiese ingresado al patrimonio de la víctima, debe probarse para que proceda su indemnización, toda vez que no hay modalidad eventual que sea objeto de reparación alguna. Para su reconocimiento debe probarse la actividad productiva: *“la regla general será la carga de la prueba*

en cabeza de la parte actora de cualquier actividad productiva, es decir, reiterando que no debe ser una relación laboral en estricto sentido, sino una actividad de generación de ingresos”.

Ahora, se pide a favor del demandante la suma equivalente a 35 SMLMV por lucro cesante, obviando prueba alguna, si quiera sumaria, de que le señor Héctor Hernán devengara una asignación mensual o que inclusive tenía alguna ocupación. Como se puede apreciar en el plenario, hay ausencia de contrato laboral, de prestación de servicios, desprendibles de pago, constancias laborales, certificado expedido por contador, transacciones bancarias, o algún documento semejante que acredite el oficio que en vida supuestamente realizaba y lo que percibía por ello. No logrando acreditar cuál era supuestamente la actividad económica que desarrollaba el señor HÉCTOR GONZÁLEZ, ya fuera como trabajador dependiente, independiente, contratista civil, comerciante, que supuestamente fuere la fuente del ingreso echado de menos, ni qué tipo de rubro era (salario, honorario, bonificación u ocasional) como tampoco la frecuencia con la que se percibía.

Así pues, esta modalidad de daño patrimonial puede definirse como **una cesación de pagos, una ganancia o productividad frustrada** ya sea de un bien comercialmente activo o de una persona que haga parte del mercado laboral de forma dependiente, liberal o como una empresa unipersonal. Valga decir que cuando se habla de una ganancia o utilidad frustrada, no puede basarse esta en una mera expectativa, sino en una utilidad razonablemente esperada en razón de una ocupación productiva permanente de un bien o persona en razón a su proyección personal o comercial, de la que se deduzca sin duda alguna, que antes de producirse el daño que le deja cesante, se ocuparía productivamente en algo que le generaría una renta o utilidad.

Entonces, dado que se trata de un evento sin prueba, no podrá ser reconocido, porque el mismo no presenta las características de certeza, cuantificación, ser directo y personal.

III. ANÁLISIS PROBATORIO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

1. NO SE HA CONFIGURADO UN SINIESTRO A LA LUZ DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL NO. 1501216001931, Y POR TANTO NO ES EXIGIBLE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE LA ASEGURADORA

Se debe destacar como primera medida, que la responsabilidad de mi prohiada solo puede verse comprometida ante el cumplimiento de las condiciones pactadas, de la que pende el surgimiento de la obligación condicional, esto es la realización del riesgo asegurado. Es decir que la responsabilidad de mi representada está supeditada al contenido de la póliza, sus diversas condiciones, al ámbito de amparo, a la definición contractual de su alcance o extensión, a los límites asegurados para cada riesgo tomado, a los riesgos asumidos por la convocada, a los valores asegurados para cada amparo, al deducible pactado etc., luego son esas condiciones las que

enmarcan la obligación condicional que contrae el asegurador y por eso el juzgador debe sujetar el pronunciamiento respecto de la relación entre el asegurado, beneficiario y aseguradora, al contenido del contexto de la correspondiente póliza.

Ahora en el caso particular se observa que dicha condición nunca se cumplió, toda vez que la responsabilidad de la aseguradora está delimitada estrictamente por la serie de amparos que otorgó al Distrito Especial de Santiago de Cali tal y como se estipuló en el contrato de seguro que enmarca la eventual obligación de mi representada y considerando que la responsabilidad del ente convocante no se estructuró por no existir falla alguna de su parte o del personal a su servicio que haya originado el incumplimiento contractual, los hechos y pretensiones de la demanda carecen de cobertura bajo la póliza de seguro utilizada como fundamento del llamamiento en garantía, pues no se cumplió la condición a la que está sometida la obligación de la aseguradora, esto es, que se realice el riesgo asegurado en los términos de la póliza.

Al respecto, resulta preciso señalar que la eventual obligación indemnizatoria en cabeza de mi representada se encuentra supeditada al contenido de la póliza, es decir a sus diversas condiciones, el ámbito del amparo, a la definición contractual de su alcance o extensión, a los límites asegurados para cada riesgo tomado, etc. El riesgo asegurado en el contrato de seguros en comento y consignado en su condicionado – clausulado particular corresponde a:

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,.

Teniendo en cuenta la definición del riesgo como elemento esencial del contrato de seguro, se puede observar que la Póliza No. **1501216001931** únicamente ampara perjuicios que cause a terceros el asegurado, Distrito Especial de Santiago de Cali.

Luego al no realizarse el riesgo asegurado, o no existir amparo para el evento, el juzgador debe exonerar a mi representada de toda obligación. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, Sentencia del 2 de mayo de 2000. Ref. Expediente: 6291. M.P: Jorge Santos Ballesteros; indicó lo siguiente:

“Son la columna vertebral de la relación asegurativa y junto con las condiciones o cláusulas particulares del contrato de seguros conforman el contenido de éste negocio jurídico, o sea el conjunto de disposiciones que integran y regulan la relación. Esas cláusulas generales, como su propio nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a todos los contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aún por los aseguradores del mismo mercado y 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, definir la oportunidad y modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanar”.

Por lo tanto, son estas las manifestaciones las que enmarcan las condiciones que regulan las obligaciones del asegurador, por lo que el juzgador debe ceñirse a lo expresamente enunciado en el condicionado del contrato de seguro.

Vale la pena recordar al respecto, que el contrato de seguro contiene una obligación condicional a cargo del asegurador, (la de indemnizar), una vez ha ocurrido el riesgo que se ha asegurado (Arts. 1045, 1536 y 1054 del Código de Comercio). Por ello, el nacimiento de la indemnización pende, exclusivamente, de la realización del siniestro contractualmente asegurado, por lo cual, no cualquier acto o hecho tiene la propiedad de ser un acto asegurado, sino únicamente tienen esta característica aquellos actos y hechos que son expresamente pactados en la póliza del contrato de seguro.

De esta manera, el hecho de haberse pactado en las pólizas de seguro concretamente en las condiciones generales, algunas exclusiones de amparo, ellas deben considerarse al proferirse la respectiva sentencia, pues de presentarse o configurarse una de ellas se releva a la compañía de la obligación de pagar cualquier tipo de indemnización.

2. EN TODO CASO, LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA SE DEBE CEÑIR AL PORCENTAJE PACTADO EN EL COASEGURO / INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD PASIVA 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 anteriormente, que conforme a las estipulaciones concertadas en el contrato de seguro que sirvió de fundamento para la vinculación de mi representada, los riesgos trasladados fueron distribuidos entre **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. (antes QBE), ALLIANZ SEGUROS S.A., y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**de la siguiente manera:

Nombre compañía	% Participación
Mapfre Seguros Colombia	34%
Allianz Seguros S.A.	23%
Zurich Colombia Seguros S.A.	22%
AXA Colpatria Seguros S.A.	21%

En ese sentido, existiendo coaseguro, es decir estando distribuido el riesgo entre las compañías de seguros mencionadas, debe tenerse en cuenta que en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar en virtud del contrato de seguro mencionado, la responsabilidad de cada

una de las aseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues no se puede predicar nunca una especie de solidaridad entre ellas.

Lo anterior, conforme a lo preceptuado en el artículo 1092 del Código de Comercio, el cual sostiene: *“(...) 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. (...)”*

Lo estipulado en la norma en cita, se aplica al coaseguro por estipulación expresa del Art. 1095 Ibídem, que establece lo siguiente: *“(...) 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. (...)”*

Es así como las obligaciones que asumen las coaseguradoras son conjuntas en proporción al porcentaje de riesgo aceptado por cada una de ellas y no existe solidaridad legal ni contractual entre ellas. Al respecto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo en Sección Tercera – Subsección B, en reciente jurisprudencia consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00227-01 (54460) 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).

Por consiguiente, al momento de resolver lo concerniente a mi procurada y en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar a su cargo, deberá tenerse en cuenta que la póliza de seguro antes referida fue tomada en coaseguro. En virtud de lo anterior, es claro que mi procurada y las aseguradoras citadas, acordaron distribuirse el riesgo según los porcentajes señalados, sin que pueda predicarse una solidaridad entre ellas y limitándose la responsabilidad de

estas en proporción con el porcentaje del riesgo asumido. Así las cosas, solicito se tenga en cuenta el porcentaje asumido por mi representada.

3. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.

En el remoto e improbable evento en que el Despacho considere que la Póliza que hoy nos ocupa sí presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional en cabeza de mi representada. Exclusivamente bajo esta hipótesis, el operador judicial deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

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 hasta la concurrencia de la suma asegurada: **“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”.*

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda en razón de la porción del riesgo asumido. En efecto, en la carátula de la citada póliza, se establecieron las coberturas, en los siguientes términos:

COBERTURAS		VALOR ASEGURADO	
P.L.O.: PREDIOS LABORES Y OPERACIONES	\$ 5.000.000.000,00	\$	5.000.000.000,00

Si se llegaren a presentar otras reclamaciones o demandas para obtener indemnizaciones que afecten la póliza de seguro, se entenderán como una sola pérdida y la obligación de mi representada está limitada a la suma asegurada, conforme a lo dispuesto en los Arts. 1079 y 1089 del C.Co. Es decir que el límite global del valor asegurado por vigencia se reducirá en la suma de los montos de las indemnizaciones pagadas, sin perjuicio del deducible pactado.

En orden de lo comentado, las condiciones pactadas en la Póliza No. 1501216001931, indicarán el tope de la obligación indemnizatoria de la compañía aseguradora, en el remoto caso en que se

profiera una sentencia en su contra. Este tope nunca será mayor a \$5.000.000.000 de pesos y está sujeto a la disponibilidad de los fondos para realizar la cobertura, en tanto, puede que hayan sucedido más siniestros.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado por las razones previamente anotadas. En todo caso, dicha póliza contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el despacho en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

4. EXISTENCIA DE DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO PACTADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL NO. 1501216001931

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** y, en este caso para la Póliza de Responsabilidad Civil extracontractual No. 1501216001931 se pactó en el **15% del valor de la pérdida mínimo 40 SMLMV.**

DEDUCIBLE
15% PERD Min 40 (SMLMV)

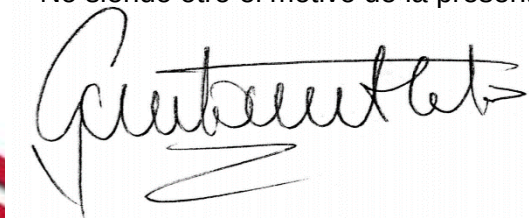
De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada responsable de pagar la indemnización a la parte actora en virtud de la aplicación del contrato de seguro, es de suma importancia que el Honorable Juzgador descuente del importe de la indemnización la suma pactada como deducible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

Sin más consideraciones, elevo la siguiente:

PETICIÓN

De conformidad con lo anteriormente expuesto, en garantía a nuestro asegurado, solicitamos al honorable despacho, se sirva denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda. De manera subsidiaria, en el remoto e hipotético caso que se considerara acceder a las pretensiones de la demanda, en contra del Distrito Especial de Santiago de Cali, ruego se tenga en cuenta todas y cada una de las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza que sirvió de base para el llamamiento en garantía efectuado en el presente proceso.

No siendo otro el motivo de la presente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. 19.395.114 de Bogotá

T.P. 39.116 del C. S. de la J.