

Doctora

PAOLA ANDREA GARTNER HENAO

JUZGADO PRIMERO (1°) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTES: AURA DALIA ESPAÑA ESPAÑA Y OTROS

DEMANDADOS: EMCALI E.I.C.E E.S.P. Y OTROS

LLAMADOS EN GARANTÍA: MAPFRE SEGUROS GENERALES Y OTROS

RADICADO: 76-001-33-33-001-2019-00146-00

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Cali, Valle del Cauca, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en la ciudad de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, con oficina en la Avenida 6 A Bis # 35N – 100 – Centro Empresarial de Chipichape – Oficina 212 de la ciudad de Cali, actuando en mi calidad de apoderado general de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, por medio del presente escrito **REASUMO** el mandato a mi conferido, y por tanto, encontrándome dentro del término legal procedo a presentar **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**, solicitando desde ahora mismo que se profiera **SENTENCIA FAVORABLE** para mi representada, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas por mi defendida al momento de contestar la demanda y el llamamiento en garantía, de conformidad con los argumentos que enseguida se exponen:

I. OPORTUNIDAD

Mediante Auto de Sustanciación notificado en estrados el 20 de mayo de 2025, el despacho resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 del CPACA, corriendo traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión por escrito dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, siendo que vencido el término de traslado se proferirá la sentencia respectiva, la cual se notificará al amparo del artículo 203 *ibidem*. En ese orden de ideas, los términos se computan durante los días 21, 22, 23, 26, 27, 28, 29 y 30 de mayo, 03 y **04 de junio de 2025**, por lo que se colige que este escrito se presenta dentro de la oportunidad procesal pertinente.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: LO QUE SE DEFINE

En atención a la confrontación de los hechos y los cargos planteados en la demanda, los presupuestos del objeto demandado, su contestación, las excepciones formuladas y los pronunciamientos de las llamadas en garantía, se tiene que el problema jurídico a resolver según el acta de la audiencia inicial¹, es:

“El litigio se contrae en determinar si el daño consistente en el fallecimiento del señor FEDERICO ESPAÑA QUIÑONES el 30 de mayo de 2017 es imputable a las entidades que integran la parte demandada como consecuencia de un incumplimiento de las normas que reglamentan la instalación, uso y ubicación de las líneas de conducción de energía eléctrica.

Con este propósito, en el caso de EMCALI se deberá establecer si dicha entidad incumplió las obligaciones que reglamentan la prestación del servicio público de energía eléctrica. A su turno, en el caso del distrito de Santiago de Cali se determinará si el ente territorial desconoció sus funciones de vigilancia y control en materia urbanística permitiendo la construcción de la fachada del establecimiento de comercio en el que ocurrió el daño a una distancia no permitida respecto de la infraestructura

¹ Llevada a cabo el 18 de septiembre de 2024.

energética.

Además, el Despacho deberá determinar si el daño es imputable a la sociedad AUTOMOTORES FARALLONES SAS en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio ubicado en las proximidades de las líneas de conducción eléctrica o si la afectación le es atribuible en su condición de parte contratante de los servicios prestados por la entidad empleadora del señor FEDERICO ESPAÑA QUIÑONES.

En el evento en que se encuentre acreditado que el daño es imputable a alguna de las personas jurídicas que integran la parte accionada se deberá establecer la procedencia de los perjuicios y el monto de la indemnización reclamada con la demanda.

Igualmente, en el caso que resulte procedente imponer una condena en contra de las entidades públicas demandadas se determinará si existen obligaciones a cargo de cada una de las aseguradoras llamadas en garantía de acuerdo con los términos y condiciones pactadas en los contratos que fundamentaron sus vinculaciones al proceso.”.

En dicho sentido, para sostener nuestra posición y que la misma sea relevante para el desenlace del litigio, se formulan los siguientes alegatos:

II. OPOSICIÓN A LAS CONSIDERACIONES DE LA PARTE ACTORA RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DE LAS DEMANDADAS

1. SE ACREDITÓ LA CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA

De lo actuado y efectivamente probado en el proceso debe concluir que existe una responsabilidad inequívoca y determinante de la víctima en el desenlace que ocupa este litigio, ya que como se ha podido observar de la práctica de pruebas tanto documentales, como técnicas y testimoniales, la víctima actuó de manera impropia respecto del deber objetivo de cuidado, pues se advierte que, tanto él como sus compañeros, decidieron exponerse de manera irresponsable a una situación en la que un desenlace fatal era sumamente probable, y ello es porque decidieron adelantar trabajo en alturas, sin las debidas precauciones respecto del espacio, pues utilizaron para la labor unos andamios de cuatro puestos, sostenido sobre un piso inclinado, el cual implicaba inestabilidad, pero además de ello, no contaban con los elementos de protección necesarios, ni para el trabajo en alturas, ni para el trabajo en cercanía de redes eléctricas de alta tensión, pues aunque en el caso se dio un contacto directo entre el andamio y la red, se podía haber dado un contacto indirecto por el arco que genera la red, y finalmente sobre el particular se debe señalar que aunque el cuerpo de andamios sobre el que se posaban ya contaba con un grado de inestabilidad, decidieron añadirle una acción aún más irresponsable y temeraria, como fue pretender trasladarlo armado, sin advertir la altura que alcanzaba al cargarlo, y que el peso les podría hacer perder el equilibrio y que callera sobre ellos, o peor aún sobre una de las redes de alta tensión cercana, que fue lo que a la postre ocurrió, por lo que quedó demostrado, que fue la acción de la víctima la que desencadenó el suceso dañoso que nos ocupa y la culpa, entonces, sólo puede ser atribuible a él.

Al respecto, se expone la postura Jurisprudencial del Consejo de Estado en sentencia del 25 de julio de 2002, expediente 13744, la cual que encuentra su reflejo en providencias anteriores, y que ha definido la culpa de la víctima, de la siguiente forma:

“Cabe recordar que *la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño.* Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado:

(...) Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima

directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto, puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. **Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad;** con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (...)" (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Igualmente se expone que, para su procedencia, se requiere de lo siguiente: la presencia de un actuar: positivo o negativo, esto es, de una acción u omisión por parte de quien alega padecer el daño; y ese actuar, viene a ser el determinante y exclusivo del hecho que materializa el acontecer de las lesiones infligidas.

(...) Desde la perspectiva general, es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de irresistibilidad e imprevisibilidad de la fuerza mayor, como quiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa del daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos. **En efecto, el demandado sólo se encuentra obligado a evitar los daños padecidos por la víctima en aquellos eventos en que se encuentre en posición de garante frente a aquélla, casos en los cuales, a efectos de enervar la acción indemnizatoria debe acreditar la imprevisibilidad e irresistibilidad de la conducta que origina el daño, con miras a exonerarse de la responsabilidad que se le endilga. A contrario sensu, en las demás circunstancias, el demandado se libera si logra acreditar que fue la consecuencia del comportamiento de la propia persona que sufrió el daño. En ese sentido, la Sala debe precisar y desarrollar la posición jurisprudencial vigente. **No se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño;** incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación. Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis".** (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Para poner en contexto la posición y obligaciones que tenía a cargo la víctima al momento puntual de los hechos y sobre las actividades que desarrollaba, el artículo 6 de la Resolución 4272 de 2021 expedida por el Ministerio del Trabajo, nos indica:

Artículo 6°. Roles y responsabilidades en el programa de prevención y protección de caídas. El empleador y/o contratante debe garantizar que, dentro del programa de prevención y protección contra caídas de alturas, se establezcan los siguientes roles y responsabilidades, que no necesariamente implican nuevos cargos al interior de la organización:

Rol	Responsabilidad	Perfil Requerido
Trabajador autorizado	- Realizar las actividades de trabajo en alturas encomendadas por el empleador y/o contratante, cumpliendo las medidas definidas en la presente resolución.	Capacitación en el nivel trabajador autorizado, y con reentrenamiento

	- Las demás definidas en la presente resolución.	vigente cuando aplique, de acuerdo con lo establecido en la presente resolución
--	--	---

A su vez, nos dice el artículo 16 ibídem:

Artículo 16. Sistemas de acceso para trabajo en alturas. Se consideran como sistemas de acceso para trabajo en alturas: los andamios, las escaleras, los elevadores de personal, y todos aquellos medios cuya finalidad sea permitir el acceso y/o soporte de trabajadores a lugares para desarrollar trabajo en alturas.

(...)

12. El montaje y operación de todo sistema de acceso para trabajo en alturas, debe garantizar una distancia segura entre este y las líneas o equipos eléctricos energizados de acuerdo al Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas (RETIE).

Y teniendo en cuenta que el señor Federico España Quiñones (Q.E.P.D) contaba con formación en trabajo en alturas tal como se observa del documental parte del proceso:

El Servicio Nacional de Aprendizaje SENA <i>En cumplimiento de la Ley 119 de 1994</i> Hace constar que FEDERICO ESPAÑA QUIÑONES <i>Con Cédula de Ciudadanía No. 1.004.611.250</i> <i>Cursó y aprobó la acción de Formación</i> AVANZADO TRABAJO SEGURO EN ALTURAS <i>con una duración de 40 horas</i> <i>En testimonio de lo anterior, se firma el presente en Cali, a los doce (12) días del mes de octubre de dos mil dieciséis (2016)</i>			
Ubicación:	EXPEDIENTE	DIGITALIZADO	2019-00146
	CUADERNO 1A – folio 22 en formato PDF.		
EL CENTRO DE ELECTRICIDAD Y AUTOMATIZACION INDUSTRIAL - CEAI CERTIFICA Que FEDERICO ESPAÑA QUIÑONES identificado(a) con Cédula de Ciudadanía No 1.004.611.250 de , realizó y aprobó el curso de AVANZADO TRABAJO SEGURO EN ALTURAS con una intensidad horaria de Cuarenta (40) y obtuvo una evaluación Apto (A) con una equivalencia de (4.5). Equivalencia de Evaluaciones: D: Reprobó A: Aprobó <i>Se expide en Cali, a los doce (12) días del mes de octubre de dos mil dieciséis (2016)</i>			
Ubicación:	EXPEDIENTE	DIGITALIZADO	2019-00146
	CUADERNO 1A – folio 23 en formato PDF.		

Atendiendo todo lo anterior, se debe concluir que el señor España no solamente tenía la calificación para el trabajo, sino que tenía el conocimiento y la preparación para saber qué hacer de manera correcta ante una situación como la que ocupa el litigio, y por tanto, que sus actuaciones fueron producto de decisiones que eligió tomar, en contra de esas obligaciones que la norma de seguridad indica que tenía y que su capacitación exhibe que conocía, por lo tanto, es perfectamente aplicable al caso la figura de la culpa

exclusiva y determinante de la víctima, dada la evidente injerencia de su actuar descuidado, imprudente y temerario en el resultado dañoso, dado que en el acervo probatorio del *sub-lite* existen elementos que permitan determinar que se presentaron comportamientos desplegados por la víctima que fueron determinantes para el desenlace, pues son incumplimientos sin los cuales el hecho demandado no se hubiese presentado.

Ahora bien, respecto de los elementos de convicción a los que se ha hecho mención, que se practicaron en la etapa procesal y que ayudan a sustentar las afirmaciones anteriores, podemos extraer los siguientes apartes de testimonios, los cuales corroboran el punto de argumento de este medio exceptivo. Entonces, al respecto dijeron los testigos lo siguiente:

Testimonio de Carlos Andrés León Montoya

- *“(…) Estábamos corriendo los andamios, de un momento a otro no sé qué pasó, pero el cuerpo del andamio chocó con las cuerdas de arriba”*
- *“(…) Él (la víctima) no tenía elementos de protección, debíamos realizar la tarea rápido porque había que entregarla”*
- *“(…) No teníamos todos los elementos que nos exigen. Solo teníamos una ropa, zapatos y cascos, no teníamos arnés, guantes, ni las botas especiales”*
- *“(…) El señor Federico sí tenía curso de alturas”*
- *“(…) Tuvimos que mover el andamio porque faltaba colocar las últimas letras, en ese momento que “no sé por qué” el andamio chocó con las redes y eso explotó”.*

Testimonio técnico de Jhon Jairo Salazar Arenas (ingeniero electricista y perito en el caso):

- *“(…) Tuve en cuenta la evidencia fotográfica del occiso para ver la indumentaria, ahí se advierte que no tenía los elementos necesarios para evitar el desenlace que se tuvo, debían ser elementos dieléctricos, guantes, casco y nada de eso se advierte.”*
- *“(…) Hubo desconocimiento de los requisitos técnicos en cuanto a elementos de protección, de capacitación como el curso en alturas, la parte del trabajo en alturas se debe tener muy en cuenta, frente al riesgo eléctrico se debe tener una indumentaria idónea, cosa que en el caso no pasó. La víctima tenía pantaloneta, una camisilla y zapatillas, lo que no es lo correcto, y aunque no estaba manipulando redes, estaba en un contexto en el que existía el riesgo y por ello debía contar con elementos diferentes a los que se advierten, en este caso no se cumplió con la distancia de 3 metros en la que pueden desarrollar labores las personas no especializadas (como es el caso) respecto de las líneas de alta tensión lo cual genera un factor de total riesgo”.*
- *“(…) Trasladaron sin desarmar el andamio y no contaron con el desnivel del andén donde lo reposaba, y por ello se volcó hacia las redes, lo que a la postre causó el hecho dañoso. No se hizo una buena selección de un equipamiento, la cercanía a redes de alta tensión implica una serie de elementos de seguridad especiales, hubo falta de elementos de protección personal, la indumentaria no era la apropiada, existía un riesgo de caída, usaron un andamio con rodachines de los que se les coloca freno, lo cual implica un riesgo, hubo falta de capacitación. En casos como este se deben solicitar permisos a Emcali para que ellos brinden el apoyo o puedan desenergizar el tramo, pero si se debían solicitar los permisos. En conclusión, falta de planificación, selección inadecuada, falta de capacitación, falta de precaución, falta de supervisión (de Emcali o quien fuera). Fue determinante trasladar el andamio armado. Aunque no hay una directriz como tal, hay un formato para solicitar la supervisión o acompañamiento, pero tiene un costo, quizá por eso no se solicita”.*

Las anteriores aseveraciones nos permiten advertir con claridad que nos encontramos en un caso en el que se presentó una imprudencia del trabajador que para el *sub lite* es la víctima, sumado al hecho de que incurrió en el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el trabajo en alturas en contextos de riesgo especial como lo son redes de alta tensión cercanas, todo ello a pesar de contar con la capacitación y calidades que le permitían conocer y saber discernir las acciones correctas en un caso como el que nos ocupa.

En efecto, lo argumentado deja en evidencia la configuración de una conducta determinante de la víctima en la generación del hecho dañoso, y ello se da porque como se ha explicado en extenso, el señor España (q.e.p.d.) en su ejercicio de trabajador calificado en alturas, desatendió las obligaciones de cuidado y también las legales, para de manera irresponsable y temeraria, exponerse a un riesgo que terminó por materializarse.

En conclusión, se deberá atender por el despacho al momento de fallar, que los elementos de prueba que fueron acercados y practicados efectivamente en el caso de autos, dan fe de las situaciones que llevan a concluir una actuación descuidada, irresponsable, temeraria y por fuera de los parámetros que permite la ley, lo cual correlativamente incidió en que se presentará el desenlace fatal que ocupa esta *litis*, y en ese sentido la actuación de la víctima como una determinante respecto del daño, se instituye como uno de los eximentes de responsabilidad de que se habla en la jurisprudencia colombiana y que se ha traído a colación a efectos de comprender el escenario puntual en que se encuentra este caso y conforme al que se debe decidir.

Por los anteriores motivos solicito respetuosamente se dé por probado este alegato.

2. SE PROBÓ LA INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR LA FALTA DE ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL HECHO Y LA ACTUACIÓN U OMISIÓN DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

Se invoca este alegato atendiendo a que la parte actora no logró probar en el desarrollo del proceso la responsabilidad que pretende sea imputada a la entidad territorial convocada, pues no acercó medio de convicción con el que se pueda acreditar que se presentó una falla en el servicio del Distrito Especial de Santiago de Cali, de la cual se haya derivado el daño alegado en la demanda, y que ello haya sido consecuencia de una conducta negligente, retardada u omisiva de la que se pudiese predicar un nexo de causalidad, es decir, los actores nunca demostraron que en medida alguna existió relación causal ente el daño acaecido por los hechos ocurridos el 12 de septiembre de 2014 y alguna acción u omisión que fuera proveniente de la entidad territorial asegurada, y ciertamente, tampoco respecto de las demás entidades del extremo pasivo, contrario a ello, como se explicó ampliamente en el aparte anterior, se evidenció, de lo probado y practicado, que efectivamente se presentó una actuación de la víctima imprudente, temeraria, descuidada y contraría a los postulados normativos del trabajo en alturas, la cual fue determinante para que se diera el desenlace fatal que nos convoca.

Al respecto, el artículo 2341 del Código Civil, dice:

*“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”, se desprende necesariamente que es obligatorio que la parte demandante acredite la existencia de tres elementos: 1) el hecho dañoso acaecido culpablemente (o delictualmente si es el caso), 2) el daño y 3) **la relación de causalidad entre esos dos elementos**. (Subrayado y negrillas fuera del texto original)*

En el mismo hilo argumentativo la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de septiembre de 2002, expediente 6143, señaló:

*“(…) Toda responsabilidad civil extracontractual se estructura sobre tres pilares fundamentales que, por lo general, debe demostrar el demandante: el hecho dañoso o culpa, el daño **y la relación de causalidad** (…)*”. (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Igualmente, señaló la Corte Suprema que es el demandante quien debe acreditar estos tres elementos, así:

*“(…) se tiene por verdad sabida que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que equivale a decir que quien reclama a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar en principio, el perjuicio padecido, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y **la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre ambos factores** (…)*”. (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En el escenario de análisis conductual que ofrece el esquema de la falla de prestación del servicio, los elementos que deben soportar la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado también son semejantes. 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. Así lo entendió el Magistrado Jorge Santos Ballesteros en sentencia 6878 de 26 de septiembre del 2002, cuando dice:

“El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responderá de los primeros cuando son “consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”. Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. el que da la pauta, junto con el anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil. (...) El causalismo ha sido entendido como un método filosófico- científico que intenta explicar los fenómenos a través del estudio de sus causas, de tal manera que la pretensión de reconocer en los sucesos de la vida una relación de causa-efecto se presenta como una de las búsquedas más grandes del ser humano, un „delito o culpa -es decir, de acto doloso o culposo- hace responsable a su autor, en la medida en que ha inferido daño a otro”

Aterrizando al caso podemos afirmar entonces que no hubo culpa porque el hecho omisivo que los demandantes quiere presentar como generador del daño padecido, en realidad no lo fue, ello porque como se explicó en el apartado exceptivo anterior, dicha responsabilidad sólo puede ser atribuida, en caso bajo examen, a una actividad determinante de la víctima que en mediante una evidente actuación imprudente, temeraria, descuidada y contraría a los postulados normativos del trabajo en alturas, decidió exponerse al riesgo y ponerse en una situación en la que el desenlace fatal que finalmente ocurrió, era altamente probable.

En el ramo civil, las reglas probatorias respecto a la carga de la prueba se rigen por tres normas, el artículo 1757 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012), la regla general está dada, entonces, por el Código Civil que establece: *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas”* (art. 1757).

Para el caso en concreto conviene aterrizar en la teoría de la causalidad adecuada en virtud de la cual se debe *“aislar de entre los diversos acaecimientos que han podido concurrir a la producción del daño aquel que lleve consigo la mayor posibilidad o probabilidad de producción del daño, apareciendo como su causa generadora”*², En este sentido, la gran virtud de la teoría de la causalidad adecuada, que por demás ha sido única acogida por la jurisprudencia nacional, consiste en permitir acercarse a la causa adecuada o verdadera del daño, encontrando la razón de la ocurrencia que genera responsabilidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, y guardando estricta relación con las pruebas practicadas, se concluye que ninguna acción y/u omisión atribuible al Distrito Especial de Santiago de Cali o a mi representada incidió

² González Pérez, Jesús, Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, 4a ed., p.512.

en el acaecimiento del resultado dañoso de que trata esta demanda y, sobre este particular se resaltan los siguientes aspectos que conducirán a la prosperidad de esta excepción, a saber:

De la lectura del libelo demandatorio se concluye que el baluarte en el que reposa la imputación que se hace en contra del Distrito Especial de Santiago de Cali, descansa sobre el argumento del supuesto incumplimiento en las obligaciones de vigilancia frente a la construcción del inmueble en el que se presentó el hecho, pues presuntamente este incumplía con los postulados técnicos respecto de la distancia que debía tener en relación con la infraestructura de red, según la norma RETIE. En este contexto, resulta preciso traer a colación que en el caso se tuvo la oportunidad de contar con un dictamen pericial especializado cuyo contenido fue refrendado y debidamente controvertido en la etapa de pruebas mediante el testimonio técnico del ingeniero electricista Jhon Jairo Salazar Arenas, quien sobre los temas argüidos en este punto manifestó lo siguiente:

“(…) Se verificó que las redes estaban bajo la normatividad RETIE 2013, que era la vigente para el momento de los hechos, tanto en su separación, como en su ubicación y en su nivel de tensión. Aunque no estaban recubiertas, el recubrimiento no es obligatorio en este caso. La edificación de la fachada tiene un voladizo, y aun contando con él, las distancias de 2,3 metros se cumplen”.

“(…) El voladizo tiene el tamaño reglamentario desde el punto de vista de la obra civil. Los 50 centímetros de su tamaño están bajo la reglamentación, de ahí a la cuerda hay 3,05 metros, por lo que estaba en cumplimiento de la normatividad, pues una red de esa tensión debe estar a mínimo 2,3 metros. El voladizo hace parte ornamental de la fachada, pretende atenuar cuando hay lluvias. Es decir, el punto más saliente cumple con la distancia que debe tener respecto de la red de alta tensión”.

“(…) Hubo cumplimiento por parte de Emcali y la edificación desde la fachada hasta la línea de alta tensión, pero hubo incumplimiento en el sentido que los trabajadores incluyeron a esa distancia el andamio, y ello disminuyó las medidas y eso incumple con las medidas de seguridad necesarias porque desde la parte más saliente del andamio hasta las redes ya no eran 3 metros, ello sumado a que es un elemento metálico en cercanía de una red de alta tensión, en estas consideraciones es importante que era personal no especializado”.

“(…) Sería muy difícil que el Distrito se encargara de acciones tan circunstanciales como las que nos ocupa, en casos así se desconoce si alguna acción del Distrito pudiera haber influido en algo respecto de un caso como este”.

Como dicho testimonio es además la corroboración de las conclusiones del documento técnico, es claro entonces, que el mismo desvirtúa en su totalidad las afirmaciones e imputaciones planteadas por la parte actora pues de las pruebas existentes y practicadas en el plenario se concluye que resultó imposible determinar la existencia de una falla en las obligaciones de servicio del ente territorial y consecuentemente resulta inviable concatenar un nexo de causalidad entre alguna acción u omisión del Distrito Especial de Santiago de Cali y el daño alegado.

Por todo lo anterior, y porque no se pudo demostrar por parte del extremo activo la presunta acción u omisión en que incurrió la entidad territorial demandada para que se generara de manera efectiva el daño, es claro que nos ubicamos ante lo que en el argot jurídico se traduce como el incumplimiento con la carga legal de demostrar la existencia de una falla en el servicio, lo que consecuentemente se traslada a exhibir que no se presenta un nexo de causalidad que esté directamente relacionado entre el daño y la falla, pues como se dijo, tal falla, no existe y/o no se demostró, que para efectos de la realidad y verdad procesal, es igual.

En tal sentido solicito respetuosamente declarar probada este alegato.

3. HECHO DE UN TERCERO COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD RESPECTO AL DAÑO ALEGADO EN LA DEMANDA

Esta causal de exoneración parte de lo probado en el proceso y lo argumentado en apartes anteriores, de los que se colige que en el caso en cuestión se presentó la actuación de un tercero ajeno al proceso que fue influyente en la concreción del resultado dañoso, si tenemos presente que quién contrató los servicios del señor España (Q.E.P.D.) así como de sus compañeros, fue la empresa Servicios Varios J.C. S.A.S., la cual era representada legalmente por el señor Henry Corral, quién fue la encargada de encomendar la labor en la que se produjo el hecho dañoso, misma que a efectos prácticos era la encargada de velar por las condiciones en que se realizaban los trabajos encargados, y aunque si bien es cierto en este caso se advierte una acción inequívoca de la víctima al actuar de manera imprudente y temeraria, se deberá tener en consideración, y en gracia de discusión, que en caso de existir algún tipo de responsabilidad frente a las condiciones en que se desarrollaron las labores, la misma sólo podrá ser atribuible -además de a la víctima- a su empleador, pues ha quedado demostrado ampliamente que no existió incumplimiento ni en la construcción del inmueble ni en la infraestructura de red respecto de las medidas de la norma RETIE así como que la empresa en cuestión, por medio de su representante legal, impulsó y/o constriñó a la víctima y sus compañeros a adelantar las acciones que causaron el hecho dañoso, aun cuando lo hacían sin previsión de las normas de trabajo en alturas y de seguridad y salud en el trabajo.

Al respecto dice la Resolución 4272 de 2021 expedida por el Ministerio del Trabajo en su artículo 4, que:

*Artículo 4°. Programa de prevención y protección contra caídas de alturas. **El empleador debe contar con un programa donde debe identificar las tareas de trabajo en alturas y su ubicación.***

***En el programa de la empresa se debe** identificar cada riesgo de caída en el lugar de trabajo, establecer y documentar uno o varios métodos para eliminar el trabajo en alturas a través de sistemas de ingeniería, adaptaciones de procesos, entre otros, o **controlar cada riesgo de caída identificado**, aplicando especialmente la jerarquización de controles contenida en el artículo 2.2.4.6.24 del Decreto 1072 de 2015 o las normas que lo modifiquen o sustituyan. (Subrayado y negrillas fuera del texto original)*

En igual sentido dice el artículo 7 ibidem:

Artículo 7°. Definición de medidas de prevención. El empleador o contratante debe definir, las medidas de prevención a ser utilizadas en cada sitio de trabajo donde se realicen trabajos en alturas ya sea en tareas rutinarias o no rutinarias. Estas medidas deben estar acorde con la actividad económica y tareas que la componen.

Aterrizando al caso concreto tenemos que las labores se realizaron en un espacio en el que no era físicamente ni recomendable ni viable instalar andamios, tal como lo advirtió el señor Jhon Jairo Salazar Arenas (ingeniero electricista) quién fungió como testigo técnico, y que en su intervención en la etapa probatoria dijo:

“Trasladaron sin desarmar el andamio y no contaron con el desnivel del andén donde lo reposaba, y por ello se volcó hacía las redes, lo que a la postre causó el hecho dañoso. No se hizo una buena selección de un equipamiento, la cercanía a redes de alta tensión implica una serie de elementos de seguridad especiales, hubo falta de elementos de protección personal, la indumentaria no era la apropiada, existía un riesgo de caída, usaron un andamio con rodachines de los que se les coloca freno, lo cual implica un riesgo, hubo falta de capacitación”.

Así quedó consignado en el dictamen pericial acercado al caso:

RESPUESTA A LA PREGUNTA No 3 (Continuación)**Conclusión**

El escenario descrito presenta una combinación de factores de riesgo que desencadenaron un accidente grave con consecuencias fatales. Fundamentalmente debieron haberse adoptado medidas preventivas para eliminar o minimizar los riesgos existentes en el sitio y garantizar la seguridad de los trabajadores.

Por tanto, el suscrito Perito para dar respuesta a la pregunta 3, establece que los principales factores, causas o razones que contribuyeron a que se presentara el accidente fueron:

- **La falta de planificación.**
- **La selección inadecuada del equipo.**
- **La ausencia de capacitación por parte de los trabajadores y, por tanto, ausencia por parte de ellos, de un Procedimiento de Trabajo Seguro.**
- **No advertir la existencia del tendido eléctrico en el lugar de trabajo y, por ende, existió un desconocimiento sobre el peligro del trabajo en la proximidad de líneas eléctricas.**
- **Movilizar la estructura metálica en la proximidad de un tendido eléctrico.**
- **Falta de supervisión en el desarrollo de la tarea.**

Por su parte dijo el señor Carlos Andrés León Montoya (compañero de trabajo del señor España Q.E.P.D.)

- *No teníamos todos los elementos que se nos exigen. Solo tenían una ropa, zapatos y cascos, no tenían arnés, guantes, ni las botas especiales. El señor Henry era él que les decía lo que tenía que hacer.*
- *El señor Henry nos pagaban en efectivo*
- *El señor Henry nos contrató para que terminaran la fachada, que era lijar, pintar y colocar unas letras que estaban en el aviso. También tuvimos que lijar y pintar en la parte de adentro*
- *La trabajadora (Siso) de Farallones nos decía que no podíamos trabajar porque no tenía los elementos de seguridad, pero el señor Henry nos decía que sí, que trabajáramos que él arreglaba todo*
- *Solo recibía órdenes del señor Henry y de la Siso de Farallones*

Sobre estas manifestaciones debe tenerse en cuenta que seguramente por la vocación, los involucrados no estaban en la facilidad de comprender la diferencia entre la persona jurídica -Servicios Varios J.C. S.A.S.-, y la persona natural, -Henry Corral-, pero que queda claro que era este último en representación de la primera, quién inducía a que adelantarán las acciones cuestionables, aún cuando no contaban con los elementos necesarios y cuando ellos eran concedores de dicho riesgo, e incluso que fueron advertidos del mismo, pero lo ignoraron.

Ahora bien, frente al hecho de un tercero ha establecido la jurisprudencia:

“En relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquel, de manera que se produce la ruptura del nexo causal; además, como ocurre tratándose de cualquier causa extraña, se ha sostenido que la misma debe revestir las características de imprevisibilidad e irresistibilidad antes anotadas, más allá de la consideración de acuerdo con la cual ha de tratarse de una conducta ajena a la de la entidad pública demandada. Adicionalmente no puede perderse de vista que para que el hecho del tercero pueda ser admitido como eximente de responsabilidad no se precisa que se culposo, sino que constituya la causa exclusiva del daño. En criterio de la Sala el concepto subyace a las posiciones tanto como doctrinales como jurisprudenciales recién referida es, precisamente el atrás explicado de la exterioridad de la causa extraña, entendida como la exigencia predicable de esta – para que pueda tener virtualidad liberatoria de responsabilidad – en el sentido de que el acontecimiento o circunstancia que el demandado invoca como causal exonerativa debe resultarle ajeno jurídicamente, es decir, que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder, más allá de que, desde el punto de vista estrictamente físico o fenomenológico se trate de un suceso en el cual la entidad accionada o

alguno de sus agentes no haya tenido intervención directa y de que, en consecuencia, no hayan tomado parte, en manera alguna, en el proceso de causación física del daño, lo cual quiere significar que pueden darse eventos como, de hecho, ha ocurrido en el sub judice en los cuales si bien es cierto que la producción física del daño obedece a la actuación de un tercero, no lo es menos que la lesión resulta jurídicamente imputable, por razones de diversa índole, o a la omisión de una autoridad pública³.

En este orden de ideas, resulta evidente cómo para la jurisprudencia del Consejo de Estado, el hecho del tercero debe revestirse de los requisitos de exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad para que pueda ser considerado como una causa extraña que pueda impedir la imputación.

De acuerdo con lo arrimado al proceso, se puede concluir que el hecho que tuvo lugar el 30 de mayo de 2017, ocurrió con la contribución inequívoca de la omisión de la empresa Servicios Varios J.C. S.A.S, la cual era representada legalmente por el señor Henry Corral, pues se pudo acreditar que las actuaciones imprudentes y temerarias de la víctima fueron secundadas por unas ordenes laborales que se alejan de los postulados de las normas de seguridad en el trabajo de alturas, ello implícitamente conlleva dos de los elementos de la figura, es decir, la imprevisibilidad y la irresistibilidad, pues debe resultar claro, con fundamento en la teoría de la relatividad del servicio, que es tanto imprevisible como irresistible para el ente territorial que se presente un actuar omisivo frente a obligaciones laborales por parte de la empresa en mención, por lo que el único aspecto que queda por analizar es la exterioridad, sentido en el cual es menester señalar que nunca se probó, ni tan siquiera se sugirió, que dicha empresa tuviese vínculo alguno con el ente territorial o mi apoderada, lo que por sustracción de manera conlleva a que sea imposible realizar un juicio de valor frente a estas, con base en los hechos de la demanda.

Por lo anterior, se puede inferir que hubo un incumplimiento a las normas de tránsito dispuestas, conducta que incidió exclusivamente en el resultado dañoso, exonerando de esta manera al demandado por cuando el hecho del tercero fue exclusivo, determinante y autónomo a la conducta del Municipio de Santiago de Cali.

Con la configuración de esta causal exonerativa, el Municipio de Santiago de Cali no está llamado a responder, y mucho menos el llamado en garantía, por lo que el juicio de responsabilidad no debería prosperar. Por esto, solicito respetuosamente se despache desfavorablemente la totalidad de las pretensiones del demandante y se declare el eximente de responsabilidad propuesto.

4. AL PRESENTE CASO SE LE DEBE APLICAR EL RÉGIMEN SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD

Si bien es cierto el escrito introductorio hace referencia a que el caso es uno de los que se debe abordar desde la perspectiva del riesgo excepcional como parte del régimen objetivo de responsabilidad de que se habla la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cierto es que los señalamientos que se realizaron a las entidades estatales que se vincularon al caso, se hicieron bajo la percepción de que -incumplieron- sus obligaciones frente a la prestación del servicio, así es reconocido por los actores cuando hacen referencia a la vinculación causal de las demandadas, véase:

³ 18 Consejo de Estado, Sección Tercera. No. 16530 de 2008.

3. Del Nexo de Causalidad entre el Hecho y El Daño.

Es evidente que la actividad de riesgo, como lo es la prestación del servicio público de energía eléctrica, se encuentra en cabeza de los convocados, especialmente de las entidades EMCALI EICE ESP y el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, el cumplimiento de las disposiciones normativas contenidas en el RETIE 2013, en torno a la prevención, protección de los usuarios y el conglomerado, en cuanto al ejercicio de dicha actividad de riesgo. Como se decanta de los hechos enunciados, dichas exigencias normativas de prevención y tratamiento de cara al público de la actividad de la prestación del servicio público de energía eléctrica, máxime cuando se refiere a líneas de alta tensión, NO FUERON ACATADAS por:

- **EMCALI E.I.C.E E.S.P.,** para con los usuarios, en este caso para con el establecimiento de comercio TALLER AUTOMOTORES FARALLONES de propiedad de la sociedad AUTOMOTORES FARALLONES S.A.S., al no informar, ni capacitar debida ni oportunamente, sobre los procedimientos, precauciones, medidas, etc., a adoptar en el ejercicio de actividades circundantes a la zona de influencia y/o afectación de la línea de alta tensión CHIPICHAPE DIESEL 1, en la cual se generó la descarga eléctrica que ocasionó la muerte del señor FEDERICO ESPAÑA QUIÑONES. Tampoco adoptó las medidas preventivas de encauchado de las líneas de alta tensión o suspensión del servicio, para la realización de las obras de pintura en la fachada del establecimiento de comercio antes mencionado.
- **EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI,** quien incumplió su obligación normativa de vigilar el cumplimiento de las directrices del RETIE 2013, estas en cabeza de EMCALI E.I.C.E E.S.P.; así como al permitir la construcción del establecimiento de comercio, en vulneración de las distancias

Similares señalamientos realizan sobre las responsabilidades de vigilancia y prevención de la infraestructura de red que, aunque fueron desestimadas por el testimonio técnico que se practicó, dejan en evidencia que el sentir de los demandantes era que -de existir- una responsabilidad por parte de las entidades pasivas, esta sería como causa de la prestación del servicio, véase:

SÉPTIMO. La entidad EMCALI E.I.C.E. E.S.P., NO realizó la gestión y/o comunicación preventiva, correspondiente al manejo de trabajos en cercanía a líneas de alta tensión, que le exige el RETIE-2013, para con la compañía usuaria AUTOMOTORES FARALLONES en su establecimiento de comercio ubicado en la calle 26; ni para con la empresa contratista, así como tampoco con los trabajadores inmersos en el suceso.

Similar señalamiento realizó el togado actor respecto de la vinculación del ente territorial:

DÉCIMO. Municipio de Santiago de Cali (Valle), permitió la construcción de la fachada del establecimiento de comercio AUTOMOTORES FARALLONES TALLER de propiedad de la entidad hoy demandada, con vulneración de las normas de ordenamiento urbanístico, al permitir la construcción de un ala en concreto, una cornisa a la altura del segundo piso, volado, cornisa que infringe la norma de distancia mínima de la línea de alta tensión a la fachada de la edificación (2.30 MTS) y esto lo hizo al expedir la licencia de construcción del establecimiento de comercio con estas características al propietario del mismo; de igual manera es responsable la entidad territorial al no realizar la supervisión, vigilancia y seguimiento, correspondiente al cumplimiento de las normas establecidas en el RETIE-2013, atinentes a las labores de prevención y capacitación que debe realizar la entidad EMCALI E.I.C.E. E.S.P., en torno a todos los riesgos asociados y derivados de la actividad peligrosa, los trabajos a realizar en zonas de proximidad a las líneas de alta tensión, conforme lo obliga la citada norma especial ya citada.

Por dichas manifestaciones, es palmario concluir que aun cuando se pretende usar la figura de un régimen objetivo para direccionar la demanda y esquivar de esa manera la responsabilidad probatoria, lo cierto es que los supuestos tanto de hecho como de derecho llevaron a los peticionarios a dejar en evidencia que

los reproches que creyeron que se podían hacer a las entidades públicas, eran respecto de la prestación de sus servicios, y ello lleva a concluir que, en ese escenario conductual, el caso se debe analizar desde la perspectiva de la falla en el servicio, porque es lo que realmente se puso en discusión en el caso de autos, es decir, si las entidades cumplieron o no con sus obligaciones respecto de los servicios que prestan y/ la vigilancia y control de los mismos.

Dicha discusión ha sido así abordada por despachos de esta jurisdicción, y se ha llegado a igual conclusión que la que se expone, para lo cual podemos abordar como el ejemplo el análisis que realizó Juzgado Séptimo Administrativo de Cali, cuando al analizar un caso homólogo en sentencia reciente⁴, indicó lo siguiente:

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

(...)

Si bien la responsabilidad por daños que se producen en el contexto de la actividad de conducción de energía eléctrica ha sido estudiada por el Consejo de Estado bajo el régimen objetivo de riesgo excepcional, el extremo activo señala la infracción a reglamentos técnicos por parte de la demandada, así como el no cumplimiento de su deber de cuidado, vigilancia y prevención frente a la infraestructura eléctrica donde ocurrió el accidente que da origen a las pretensiones; de modo que en principio el análisis de tal atribución deberá efectuarse bajo los postulados de la falla, en cuya virtud es menester encontrar plenamente acreditada la ocurrencia del daño, la acción u omisión de la administración y el nexo de causalidad entre ambos. (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Dicha consideración la sustentó desde el concepto superior del Consejo de Estado, que en sentencia de unificación de abril 19 de 2012⁵ expresó que la Carta Política de 1991 no condiciona la aplicación de un título de imputación específico, de tal manera que el operador judicial habrá de circunscribir el régimen de responsabilidad aplicable conforme a lo debatido en el proceso y a que en un asunto similar al presente, la corporación de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa acudió también al régimen subjetivo, en razón a que “*si bien la parte actora afirmó que al presente asunto se le debía aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, lo cierto es que también alegó una falla en el servicio, al advertir que la red eléctrica que causó las lesiones al menor Castro Ruiz no cumplía con la distancia reglamentaria*”⁶.

En ese orden de ideas, resulta claro que para establecer si las entidades demandadas incurrieron en conductas u omisiones causantes del daño alegado por los actores, este Despacho deberá realizar un análisis de los elementos de la responsabilidad en ese contexto, con el fin de determinar si hubo incumplimiento o cumplimiento irregular o tardío de obligaciones por parte del Estado, (lo cual se puede adelantar que no se probó); así como también para dilucidar si eventualmente la causa determinante del daño configura algún eximente de responsabilidad, como serían la culpa de la víctima o el hecho de un tercero, (que es lo que se presenta en el caso de marras y que se expondrá a continuación).

En estos términos solicito al honorable despacho que declare probara esta excepción y consecuencia de ello dé aplicación al análisis del caso bajo el régimen subjetivo de responsabilidad de la falla en el servicio.

5. EN EL REMOTO ESCENARIO DE UNA CONDENA, SE ENCUENTRA ACREDITADA LA INCIDENCIA DE LA VÍCTIMA EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO/CONCURRENCIA DE CULPAS

La presente excepción se fundamenta en dos aspectos basilares a saber:

⁴ Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cali, Sentencia 25 del 25 de abril de 2024, Rad. 2019-00212

⁵ Consejo de Estado - Sección Tercera, sentencia de unificación del 19 de abril de 2012, expediente 21.515, M.P. Hernán Andrade Rincón.

⁶ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 31 de julio de 2020, Radicación número: 76001-23-31-000-2009-00439-01(58204), Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico

1. Tal y como se ha argumentado en párrafos precedentes, no existió una falla en el servicio atribuible al Distrito Especial de Santiago de Cali, pues no se demostró su vinculación con los hechos.

2. Aun si se admitiera, en gracia de discusión, la posibilidad de analizar una falla que se relacionara con la causación de los hechos, ella sólo se podría endilgar o bien al prestador del servicio -Emcali EICE E.S.P.- o bien a los contratantes, Automotores Farallones y/o Servicios Varios J.C. S.A.S., entidades estas que no tienen relación alguna con el ente territorial y que gozan de independencia tanto administrativa como financiera.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la falta de legitimación en la causa ha sido clasificada como de hecho y como material, y dicha distinción obedece a la necesidad de determinar sus efectos dentro de la *Litis*.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en providencia del 30 de enero de 2013 bajo el Expediente No. 2010-00395-01 (42610) C.P. Danilo Rojas Betancourt señaló lo siguiente:

*"(...) Existen dos clases de falta de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que **la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda**". (Subrayado y negrillas fuera del texto original)*

Esa misma Corporación, con antelación, en Sentencia de 17 de junio de 2004. Expediente No. 1993-0090 (14452) sostuvo:

*"(...) la legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina y para los juicios de cognición desde dos puntos de vista: de hecho y material. Por la primera, legitimación de hecho en la causa, se entiende la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y le atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. **En cambio, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Es decir, todo legitimado de hecho no necesariamente será legitimado material, pues sólo están legitimados materialmente quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda**". (Subrayado y negrillas fuera del texto original)*

Teniendo en cuenta lo antes expuesto y la jurisprudencia en cita, para el caso que nos ocupa, es claro entonces que estamos frente a una evidente falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto el Distrito Especial de Santiago de Cali, no intervino, por acción ni por omisión, en los hechos que dieron génesis al presente medio de control, ni era responsable de la vigilancia puntual de las acciones que generaron la controversia tal como lo afirmó el testigo técnico arribado al proceso, razón por la cual, reitero debe declararse que el ente territorial, no se encuentra legitimado en la causa para comparecer al proceso, por ende, resulta inviable estructurar la responsabilidad patrimonial deprecada por los actores respecto de aquel, y resulta nugatoria cualquier condena indemnizatoria.

Por tal razón, y en el entendido que esta solicitud no se resolvió por el despacho al momento de fijar fecha para la audiencia inicial, sino que se difirió tal decisión al momento de la sentencia, ruego señor juez se desestimen las pretensiones de los demandantes y se declare probada esta excepción.

6. SUBSIDIARIA: REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR CONCURRENCIA DE CAUSAS

Sin que el presente alegato implique una aceptación de la responsabilidad que se pretende atribuir a al Distrito Especial de Santiago de Cali, ni mucho menos a mi mandante, se propone este medio exceptivo pues ha quedado completamente demostrado que existe una vinculación directa y determinante de la víctima en la ocurrencia del hecho dañoso, sin embargo, en caso de que el Despacho considere que dicha influencia no fue total sino parcial, y que el complemento de la responsabilidad se encuentra en alguna de las pasivas, deberá atenderse la implícita concausalidad y consecuencia de ello se deberá fallar en proporción a la responsabilidad que se considere acreditada.

Como en efecto se comprobó la intervención de la víctima en la ocurrencia del daño, nos encontramos ante el fenómeno conocido como concurrencia de culpas o de causas y se producirá una repartición de la responsabilidad del daño entre las personas damnificadas y la parte pasiva. Si bien es cierto para este extremo es claro que nos encontramos frente a un caso en el que se rompe el vínculo causal del daño por un hecho exclusivo de la víctima, también lo es que en caso de que el juzgador de instancia no lo aprecie así, sin lugar a duda deberá apreciar que la víctima coadyuvó con su comportamiento a la producción del daño por lo cual deberá reducirse la eventual prestación indemnizatoria determinando el grado de participación de la víctima.

En este orden de cosas, en el remoto e improbable evento de que el fallador de instancia declare la responsabilidad de la entidad demandada o las vinculadas, el *quantum* indemnizatorio deberá reducirse respecto de estas últimas ya que su acción u omisión no constituyen las únicas causas determinantes en el acaecimiento del accidente.

Por lo expuesto solicito se declare fundada la excepción.

7. SE PROBÓ QUE SANTIAGO ESPAÑA CUERO (HIJO) ES BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE DE ARL SURA

Sin perjuicio de los argumentos esgrimidos en precedencia, no puede perder de vista el Despacho que el sensible fallecimiento del señor FEDERICO ESPAÑA QUIÑONES fue calificado como —accidente de trabajo por parte de ARL Sura, de allí que el hijo de este, Santiago España Cuero, haya sido beneficiario de la pensión de sobreviviente. Al respecto, la prueba documental aportada señala:

<p style="text-align: center;">SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A</p> <p style="text-align: center;">NIT 800256161-9</p> <p style="text-align: center;">CERTIFICA QUE:</p> <p>El señor SANTIAGO ESPAÑA CUERO con registro civil número 1143991515, en su calidad de HIJO(A), desde el 30 de octubre de 2017, es beneficiario de la pensión sobreviviente que Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A, cancela como consecuencia del fallecimiento del señor FEDERICO ESPAÑA QUIÑONES a causa de un(a) ACCIDENTE DE TRABAJO ocurrido el 30 de mayo de 2017 mientras laboraba para la empresa SERVICIOS VARIOS JC S.A.S. .</p> <p>ARL SURA se encarga de descontar mensualmente del valor de la mesada, el 12% para efectos de realizar la correspondiente cotización a la EPS.</p> <p>El valor de la mesada pensonal para el año 2018 es de \$ 390,621 (TRESCIENTOS NOVENTA MIL SEISCIENTOS VEINTIUN PESOS)</p> <p>Medellín, 30 de abril de 2018</p>
<p>Ubicación: EXPEDIENTE DIGITALIZADO 2019-00146 CUADERNO1 – Folio 110 PDF</p> <p>Se señala: "El señor SANTIAGO ESPAÑA CUERO, (...) en su calidad de hijo(a) (...) es beneficiario de la pensión de sobreviviente de (...), cancela como consecuencia de un(a) accidente de trabajo ocurrido el 30 de mayo de 2017 mientras laboraba para la empresa SERVICIOS VARIOS JC S.A.S.</p>

Dicha calificación como “accidente de trabajo”, enervó que el menor Santiago España fuese beneficiario de dicha pensión por parte de la ARL, de allí que el perjuicio reclamado ya se encuentre resarcido y no se pueda reparar de manera doble.

Respetuosamente solicito se declare probada esta excepción.

8. IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS POR NO EXISTIR ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y POR LA EXAGERADA TASACIÓN DE ESTOS

Se ha podido demostrar que se configura la culpa exclusiva de la víctima en la producción de la afectación alegada, motivo por el cual, resulta incuestionable que nos encontramos ante un daño que no es antijurídico, y al carecer éste de tal condición, resulta improcedente atender las pretensiones de la demanda, pues las mismas tienen sustento en la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, la cual exige para su aplicación que exista un daño antijurídico, se resalta. En tal contexto no puede haber reconocimiento a ningún tipo de perjuicios y en consecuencia tampoco puede darse el reconocimiento a la tasación que de estos se hace en la acción, en primera medida porque como se dijo, materialmente carecen de sustento probatorio y, en segunda medida, formalmente, porque han sido planteados en desconocimiento de los criterios pacíficos que ha planteado el Consejo de Estado para dicha labor como se traerá a discusión más adelante.

Sustento evidente de lo anterior, es que para la parte demandante fue imposible aportar material probatorio que dejara evidencia de la responsabilidad del Distrito Especial de Santiago de Cali ni de las demás integrantes de la parte pasiva de la acción ni mucho menos el nexo de causalidad entre el daño y la acción u omisión de estas, tal como ya se ha explicado *in extenso* en este escrito. En este sentido, no es posible que el despacho condene a la entidad territorial y/o a mi procurada al pago de perjuicios, debido a que la parte actora no cumplió con la carga probatoria de demostrar la responsabilidad.

En este sentido es oportuno mencionar el criterio de la Corte Constitucional sobre el tema, quien mediante Sentencia C- 043 de 2004, dijo:

El sentido de la antijuridicidad en el daño implica que no todo daño deba ser reparado, sino sólo aquel que reviste la connotación de antijurídico, es decir, no se repara el daño justificado. (Subrayado fuera del texto original)

Es decir, que el daño no tiene la condición de reparable por el hecho de producirse, sino por tener la calidad de antijurídico, y aunque en el caso *sub examine* se ha presentado un daño, como es la muerte del señor España, dicho daño no reviste la calidad de antijurídico por las razones expuestas en los medios exceptivos anteriores.

En relación con el daño antijurídico como presupuesto de configuración de perjuicios y del nexo de causalidad que le da sustento a aquel, ha dicho la sección tercera del Consejo de Estado en Sentencia con radicado número: 17001-23-3-1000-1999-0909-01(22592) del 23 de mayo de 2012, que:

El daño antijurídico, entendido como la lesión a un derecho o bien jurídico o interés legítimo que los demandantes no están obligados a soportar (...)

En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribubilidad material (imputatio facti), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión– por consiguiente, es en la imputación

fáctica o material, en donde se debe analizar y definir si el daño está vinculado en el plano fáctico con una acción u omisión de la administración pública, o si a contrario sensu, el mismo no resulta atribuible por ser ajeno a la misma o porque operó una de las llamadas causales eximentes de responsabilidad, puesto que lo que éstas desencadenan que se enerve la posibilidad de endilgar las consecuencias de un determinado daño. (Subrayado fuera del texto original)

En tal sentido tenemos que justamente el daño se ha presentado producto de la culpa exclusiva y determinante de la víctima como ya se explicó líneas atrás, es decir, de una causal eximente de responsabilidad y en tal contexto no se puede predicar de él, que sea del tipo del que no debía soportar la víctima, pues la obligación de soportarlo surge de su actuar imprudente, temerario y en desconocimiento del deber objetivo de cuidado.

Aunado a lo anterior, se debe mencionar que se presentó por la parte activa una indebida y exagerada tasación de perjuicios, pues como es de conocimiento, el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa ha sido pacífica en su criterio de tasar los perjuicios morales en los procesos de responsabilidad del Estado, lo cual tiene sustento en los preceptos de la sentencia de unificación de la sala plena de la sección tercera del Consejo de Estado con radicación No. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251), cuyo consejero ponente fue el doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, y en donde se establece que, para la tasación del daño moral en caso de muerte, se deberán atender fielmente los criterios expuestos en la siguiente tabla:

Tabla 1. Reparación del daño moral en caso de muerte

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

De igual manera dicho precepto indica que fuera de los dos primeros niveles de filiación, el daño moral se debe demostrar y que este no gozará de presunción. Contrario a esta determinación instituida, el demandante solicita, (más allá de la ausencia probatoria para ello), cantidades injustificables que, en el remoto e improbable caso que el despacho considere proferir un fallo condenatorio, es necesario que se tenga en cuenta, puesto que ninguno de los perjuicios fue acreditado por la parte demandante y, por ende, conceder cualquier tipo de indemnización sin sustento probatorio resultaría contrario a derecho, veamos:

- **Frente a los perjuicios morales**

La parte demandante solicitó como indemnización de perjuicios morales la suma de 100 SMMLV para la señora Suleny Cuero Angulo como compañera permanente, sin embargo, dicha condición y especialmente el daño padecido por esta, no se acreditó, por lo que no es procedente reconocer ningún perjuicio, pues el hecho de que hayan tenido hijos en común no acredita *per se* su grado de parentesco ni mucho menos el daño moral. Igual suerte lleva la solicitud de perjuicios a nombre de Jorge Eliecer España Castillo y Federico España Castillo, sobre quienes no se probó el daño padecido como tíos de la víctima, y como sabido es que dicha relación filial no goza de presunción, no es procedente que se reconozca perjuicio alguno para ellos.

No obstante, si en el remoto e improbable caso, el despacho considera que sí existen los elementos para

determinar la procedencia de la indemnización, esta sólo podrá ser reconocida en concordancia a los topes establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, y en atención única y exclusiva a lo efectivamente demostrado en el proceso.

9. GENÉRICA O INNOMINADA

Solicito señor Juez declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, que se encuentre originada en la ley o en el contrato de seguro expedido por mi procurada, incluida la de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Lo anterior, conforme a lo estipulado en el artículo 282 del Código General del Proceso que establece "(...) *Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes (...)*".

En este sentido, cualquier hecho que dentro del proceso constituya una excepción deberá declararse de manera oficiosa por el despacho en la sentencia que defina el mérito.

III. DE LAS EXCEPCIONES FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

1. SE ACREDITÓ LA INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE ASEGURADORA POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 1501216001931

Para desarrollar el presente alegato, es preciso aclarar a la judicatura que, dado que no se logró probar el hecho dañoso que alegan los actores haber sufrido con cargo del asegurado, no es exigible prestación alguna derivada del contrato de seguro, en tanto no se ha realizado un riesgo proveniente del mismo.

Respecto al llamamiento en garantía se debe destacar como primera medida, que la obligación de pago en relación con mi prohilada solo puede verse comprometida ante el cumplimiento de la condición pactada, de cual pende el surgimiento de la obligación condicional, esto es, la realización del riesgo asegurado. No obstante, al ser claro que la causa adecuada del cuestionado daño que deriva en la muerte del señor **Federico España Quiñones**, por los hechos acaecidos el **30 de mayo de 2017**, no se probó, como tampoco se demostró la presunta omisión en el actuar del asegurado, no puede predicarse la realización del riesgo amparado.

Es así, como resulta a cargo del demandante probar la falla del servicio a cargo de la demandada, por tanto, bajo el incumplimiento de este deber y al no estar acreditada la mentada, por no vislumbrarse responsabilidad alguna dentro de la demanda, queda automáticamente desvirtuada la responsabilidad que la actora atribuye a la pasiva. Por lo que resulta inocuo estudiar la relación causal entre una falla inexistente y el daño alegado por quienes llaman a juicio. Así, es necesario señalar que para que exista la obligación de indemnizar por parte de la compañía aseguradora, es requisito *sine qua non* la realización del riesgo asegurado de conformidad con lo establecido en el artículo 1072 del Código de Comercio:

"... Definición de riesgo asegurado: Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado."

En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, pues a través de su Sección Tercera recordó que el siniestro es la materialización del riesgo asegurado conforme a los artículos 1072 y 1131 del Código de Comercio. Es decir, el hecho acaecido configura el suceso incierto contenido en la póliza de seguro y es responsabilidad del asegurado. También indicó que, en un seguro de responsabilidad civil, el siniestro es generado cuando ocurre el hecho dañoso y este afecta a un tercero, lo que da lugar a una indemnización

al afectado⁷.

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 lo pactado en el objeto del seguro.

Ahora bien, como ya se ha argumentado de manera reiterada y suficiente, las pretensiones contenidas en el escrito de demanda carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad; especialmente porque no existe ningún tipo de obligación en cabeza de la demandada, ya que en la esfera de la responsabilidad civil implorada no se constituyen los elementos necesarios para que la misma sea adjudicada y/o atribuible.

Desde dicha perspectiva, resulta evidente que no es posible que exista condena en contra de quien llama en garantía y consecuentemente, no obra razón alguna para que se afecte el contrato de seguro suscrito entre ésta y mi prohijada, pues al no presentarse la realización del riesgo asegurado, no da lugar si quiera a establecer si asiste o no obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora que represento.

Sin embargo, las obligaciones contractuales que se deriven de la misma están fielmente circunscritas a lo convenido en el documento referenciado, es decir que, las reclamaciones que eventualmente pueden exigirse a mi representada están limitadas a que, a través de las pruebas legamente permitidas, se compruebe fehacientemente el acaecimiento del riesgo asegurado, si quien formula la acción no se ocupa de acreditar cada uno de los hechos que fundan la trífeca axiológica sobre la que reposa la declaratoria de responsabilidad, en este caso extracontractual por una supuesta falla en la prestación del servicio, la consecuencia ante tal omisión es la negación de la pretensión.

En ese sentido, se tiene que las cargas procesales son un imperativo que emana de la norma de derecho público y con ocasión del proceso, solo para las partes y algunos terceros. Son del propio interés de quien las soporta, razón por la cual:

“no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá, para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja para el mismo (y no para el otro sujeto)” (...) el sujeto procesal que soporta la carga, está en el campo de la libertad para cumplir o no con ella, de modo que si no lo hace no está constreñido para que se allane a cumplirla, por lo cual el no asumirla no dará lugar propiamente a una sanción sino a las consecuencias jurídicas propias de su inactividad, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan.” (Véscovi, 1984, p. 245).

En correlación, la Corte Constitucional en Sentencias C-1512 de 2000, C-1104 de 2001, C-662 de 2004, C-275 de 2006, C-227 de 2009 y C-279 de 2013, entre otras, ha recogido y ha hecho propios discernimientos en torno a la consecuencia desfavorable que apareja para la parte que está interesada en acreditar determinada situación, abandonar dicha carga que al respecto ha traído la Corte Suprema de Justicia y que explican el anterior raciocinio con claridad meridiana. En Sala de Casación Civil, con providencia del Dr. Horacio Montoya Gil en auto del 17 de septiembre de 1985 se integró que:

“(...) Finalmente, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso. Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la

⁷ <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administracion-publica/asi-se-paga-el-deducible-dentro-de-una-póliza-de>

*ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. **Así, por ejemplo, probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa**". (Subrayado y negrillas fuera del texto original)*

De acuerdo con lo anterior, es menester indicar que, confrontando las pruebas recaudadas en el proceso, es notorio que en el caso sub examine, la responsabilidad civil extracontractual del asegurado no se acreditó. Para la atribución de responsabilidad civil extracontractual, es indispensable la concurrencia de unos elementos *sine qua non*, estos son, un hecho dañoso, un daño y un nexo causal entre el daño y el hecho; debe acreditarse irrefutablemente el vínculo que une el hecho al daño acaecido, como quiera que, cuando este no está debidamente demostrado, se convierte en una circunstancia que obstaculiza la atribución de responsabilidad. Así pues, del análisis del acervo probatorio practicado en el proceso, se advierte que no existe prueba que acredite la existencia de un nexo causal como presupuesto para la configuración de la responsabilidad extracontractual, por el contrario, sí se tienen elementos que permiten advertir la fractura o carencia del mentado requisito.

En pocas palabras, si se da una remota sentencia en contra de los intereses del demandado, mi representada no estará obligada al pago por suma alguna que no tenga cobertura. Así las cosas, de conformidad con lo establecido en la normatividad mercantil para que exista obligación alguna de indemnizar en cabeza del asegurador se hace indispensable que concurren los siguientes elementos: la realización de un riesgo asegurado, frente al cual se encuentre debidamente acreditado su ocurrencia y cuantía y que además el asunto no se enmarque en ninguna de las exclusiones contenidas en la póliza.

Por lo tanto y como conclusión, no se puede pretender una indemnización por parte de mi prohijada, toda vez que para ser beneficiario de tal amparo debe encontrarse configurada la existencia del siniestro. Sin embargo, al no encontrarse demostrada la responsabilidad en cabeza del asegurado no se puede afectar la garantía.

Respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

2. EL DESPACHO DEBERÁ TENER EN CUENTA QUE LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA SE CIRCUNSCRIBE AL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN CONFORME AL COASEGURO PACTADO - INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD

Ahora, sin que lo siguiente implique la aceptación de la responsabilidad por parte de mi representada, es necesario precisar que, si llegaré a existir una condena en contra de la compañía aseguradora, el despacho debe tener en cuenta que los riesgos fueron distribuidos entre diferentes aseguradoras.

Puntualmente, ruego tener presente que el contrato de seguro fue suscrito en coaseguro con las siguientes compañías aseguradoras:

- Allianz Seguros S.A: veintitrés por ciento (23%)
- Axa Colpatria Seguros S.A. (antes Compañía de Seguros Colpatria): veintiuno por ciento (21%)
- Zurich Colombia Seguros S.A. (antes QBE): veintidós por ciento (22%)
- Finalmente, mi representada, como la líder, asumió el treinta y cuatro por ciento (34%)

Dicha información, se corrobora con la carátula de la póliza, que refiere:

NOMBRE COMPAÑIA COASEGURADORA	TIPO DE COASEGURO	%PARTICIPACION
ALLIANZ SEGUROS SA	CEDIDO	23,00%
COMPANIA DE SEGUROS COLPATRIA	CEDIDO	21,00%
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE CO	CEDIDO	34,00%
OBE	CEDIDO	22,00%

Lo anterior, de conformidad con 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”. (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Lo estipulado en la norma en cita, se aplica al coaseguro por estipulación expresa del artículo 1095 del Código de Comercio, 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**”. (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

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 sentencia del 9 de julio de 2021 con radicación No. 08001-23-33-000- 2013-00227-01 (54460) estableció:

(...) 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 **estos 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 esos casos de coaseguro. (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En consecuencia, 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 mí 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.

Siendo así, resulta necesario aclarar que entre las coaseguradoras no existe solidaridad en la acreencia eventual por la pasiva, así lo ha entendido el Consejo de Estado en Sentencia del 26 de enero del 2022, en la que afirmó:

Es claro para la Sala que las obligaciones que asumen las coaseguradoras son conjuntas en proporción al porcentaje de riesgo aceptado por cada una de ellas y no existe en este caso solidaridad legal ni contractual entre ellas, de modo que la contratista violó el debido proceso a Segurexpo SA al negar la vinculación del coasegurador Colpatría SA al trámite administrativo e imponerle, sin fundamento jurídico admisible, la carga de responder por la obligación de un tercero que no fue citado al proceso y que, en tal virtud, carece de interés para cuestionar los actos administrativos objeto de control, con todo, como lo estimó el tribunal, ello solo otorga derecho a Segurexpo S.A. para reclamar la nulidad parcial del acto, precisamente porque las obligaciones no eran solidarias y bien podía reclamársele su parte sin la comparecencia del coasegurador.

Es claro entonces que mi representada 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.

En virtud de lo anterior, solicito se tenga en cuenta el porcentaje de treinta y cuatro por ciento (34%) asumido por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** en el caso de autos.

3. EL DESPACHO DEBERÁ EN TODO CASO TENER EN CUENTA EL LÍMITE ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 2 1501216001931

Sin perjuicio de lo anterior y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, en el remoto e improbable caso en el que el despacho acceda favorablemente a los ruegos de la demanda, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. En el caso en concreto se establecieron unos límites, los cuales se encuentran sujetos a la disponibilidad de la suma asegurada. La ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando dicha suma, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra del asegurado.

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1079 del Código de Comercio, el asegurador estará obligado a responder únicamente hasta la concurrencia de la suma asegurada, sin excepción y sin perjuicio del carácter meramente indemnizatorio de esta clase de pólizas, consagrado en el artículo 1088 ibídem, que establece que los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

Ahora bien, exclusivamente en gracia de discusión, sin ánimo de que implique el reconocimiento de responsabilidad en contra de mi representada, se debe manifestar que en la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931**, con el que se llamó en garantía a mi procurada, se indicaron los límites para los diversos amparos pactados de la siguiente manera:

COBERTURAS	VALOR ASEGURADO	
PL.O.: PREDIOS LABORES Y OPERACIONES	\$ 5.000.000.000,00	\$ 5.000.000.000,00
Responsabilidad Civil patronal	\$ 300.000.000,00	\$ 750.000.000,00
Gastos medicos y hospitalarios	\$ 300.000.000,00	\$ 1.100.000.000,00
Responsabilidad Civil parqueaderos	\$ 450.000.000,00	\$ 900.000.000,00
Responsabilidad Civil para contratistas y subcontratistas	\$ 3.250.000.000,00	\$ 3.500.000.000,00
Responsabilidad Civil Vehiculos propios y no propios	\$ 800.000.000,00	\$ 1.350.000.000,00
Responsabilidad Civil productos	\$ 2.000.000.000,00	\$ 2.000.000.000,00
Responsabilidad Civil cruzada	\$ 4.000.000.000,00	\$ 4.000.000.000,00

Ahora bien, es importante traer a colación que conforme con contenido en el clausulado general acordado entre las partes, si se presentaran otras reclamaciones o demandas para obtener indemnizaciones que afecten la póliza de seguro, se entenderá 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 Código de Comercio.

Es decir, el límite global del valor asegurado por vigencia anual se reducirá en la suma de los montos de las indemnizaciones pagadas. La suma indicada en la carátula de la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931**, es el límite máximo de responsabilidad de la compañía por todos los daños y perjuicios causados durante la vigencia anual del seguro.

Conforme a lo señalado anteriormente, en este caso en particular, no queda duda sobre las sumas

aseguradas. Como fuere, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados y a la fehaciente demostración, por parte del asegurado en este caso, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

De conformidad con estos argumentos, respetuosamente solicito declarar probada la excepción planteada en favor de los derechos e intereses de mi procurada.

4. EL DESPACHO DEBERÁ TENER EN CUENTA QUE EN EL CONTRATO DE SEGURO CONTENIDO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 21501216001931 SE PACTÓ UN DEDUCIBLE CON CARGO AL ASEGURADO

Adicionalmente y sin perjuicio de las razones expuestas que indican que no hay responsabilidad de la asegurada como tampoco de mi representada, ni de los demás argumentos expuestos atrás, también se debe tener presente 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 de este, esto es, el deducible.

Lo que se denomina deducible, corresponde a una suma de dinero del valor del siniestro que se asumirá como coparticipación en el mismo. Es por ello, que en las caratulas de la póliza expedida por mi prohijada, se concertó un deducible el cual corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado.

En este caso se pactó de manera específica un deducible que corresponde al quince por ciento (15%) del valor de la pérdida o mínimo 40 SMMLV, como se enseña a continuación:

COBERTURAS	VALOR ASEGURADO	DEDUCIBLE	
PL.O.: PREDIOS LABORES Y OPERACIONES	\$ 5.000.000.000,00	\$ 5.000.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMMLV)
Responsabilidad Civil patronal	\$ 300.000.000,00	\$ 750.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMMLV)
Gastos medicos y hospitalarios	\$ 300.000.000,00	\$ 1.100.000.000,00	NO APLICA
Responsabilidad Civil parqueaderos	\$ 450.000.000,00	\$ 900.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMMLV)
Responsabilidad Civil para contratistas y subcontratistas	\$ 3.250.000.000,00	\$ 3.500.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMMLV)
Responsabilidad Civil Vehiculos propios y no propios	\$ 800.000.000,00	\$ 1.350.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMMLV)
Responsabilidad Civil productos	\$ 2.000.000.000,00	\$ 2.000.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMMLV)
Responsabilidad Civil cruzada	\$ 4.000.000.000,00	\$ 4.000.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMMLV)

Por otra parte, de acuerdo con la normatividad vigente, la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto No. 2019098264 del 29 de agosto de 2019, ha sido clara en definir en qué consiste el deducible indicando lo siguiente:

“...Sin embargo, es preciso señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición que obligue al asegurador a indemnizar conforme a determinado régimen específico, en consecuencia, sea que la incapacidad o la lesión se acredite en las formas mencionadas en su comunicación, la fijación del monto de la indemnización se rige por las estipulaciones que al respecto hubieren pactado el tomador y el asegurador.

Dicho esto, en una póliza donde se ampara la responsabilidad civil extracontractual el monto de la indemnización puede verse disminuido si las partes han pactado que un porcentaje de la pérdida se asumirá a título de deducible por el asegurado, convenio que resulta legalmente viable, de acuerdo con nuestro ordenamiento mercantil.

En efecto, la Sección I del Capítulo II, Título V, Libro Cuarto del Código de Comercio, en su artículo 1103, consagra dentro de los principios comunes a los seguros de daños la posibilidad de pactar, mediante cláusulas especiales, que el asegurado “...deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño”.

Una de tales modalidades, la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta

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

Por tanto, el valor del ofrecimiento extendido por la compañía aseguradora podría variar en función de los perjuicios sufridos por el reclamante, así como los elementos probatorios que se hubieren allegado para acreditar el valor de la pérdida, conforme lo presupuestado en el artículo 1077 del código de comercio, aunado a las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza, como lo son el límite del valor asegurado, el deducible pactado con el asegurado, entre otros factores”

Colofón con lo expuesto, ruego al despacho tener en cuenta cada una de las condiciones establecidas en la póliza en comento, haciendo hincapié en la suma amparada mediante el contrato y al deducible pactado en el mismo. De igual manera, solicito que en el remoto evento de que se llegare a encontrar responsable al asegurado, se apliquen todas y cada una de las cláusulas y condiciones del contrato de seguro.

5. NO SE PUEDE DESCONOCER EL CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGURO

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. Así las cosas, 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.

Frente a ello, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto 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.

En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio establece lo siguiente: **“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”** (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, no debe perderse de vista que las solicitudes deprecadas en el escrito de demanda por concepto de perjuicios inmateriales no son de recibo por cuanto su reconocimiento por parte de las demandadas implicaría correlativamente una transgresión del principio indemnizatorio esencial del contrato de seguro. Lo anterior, puesto que se enriquecería la parte demandante recibiendo una indemnización por parte de las pasivas que nada tuvieron que ver con la configuración del daño que se reclama. Adicionalmente, no habría lugar al reconocimiento de estos conceptos, dado que, como se ha venido reiterando a lo largo del escrito, se configuró la culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de la responsabilidad que se pretende predicar contra la entidad demandada.

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 y extracontractual del Estado, y eventualmente enriqueciéndola.

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 del extremo activo.

En los anteriores términos ruego declarar probada esta excepción.

6. EL DESPACHO DEBERÁ TENER ENCUESTA LA DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismos hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha de la sentencia y ante una condena, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada.

En los anteriores términos, solicito respetuosamente al señor Juez, declarar probada esta excepción.

7. PAGO POR REEMBOLSO

Sin que el planteamiento de esta excepción constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, se solicita al honorable operador judicial que, en el improbable caso de encontrar responsable al asegurado y de llegarse a establecer que ha surgido alguna obligación resarcitoria en cabeza de la aseguradora, la obligación de mi representada deberá imponerse por reembolso y no por pago directo a los demandantes, ya que es el asegurado quien debe decidir si afecta o no el seguro, quedándole la opción de realizar el pago directo de la hipotética condena.

Así las cosas, se solicita que en el remoto caso de condena la misma no sea a través de pago directo, sino por reembolso o reintegro.

8. SE ACREDITÓ LA AUSENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE MI MANDANTE Y EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

Esta excepción se propone con fundamento en que la solidaridad surge exclusivamente cuando la Ley o la convención la establecen. En el caso que nos ocupa, la fuente de las obligaciones de mi procurada está contenida en el contrato de seguro y en él no está convenida la solidaridad entre las partes del contrato.

Debe aclararse que las obligaciones de la aseguradora que represento están determinadas por el límite asegurado para cada amparo, por las condiciones del contrato de seguro y por la normatividad que lo rige. Por lo tanto, la obligación indemnizatoria está estrictamente sujeta a las estipulaciones contractuales y al límite asegurado, con sujeción a las condiciones de cada póliza; en virtud de ello, es válido afirmar desde ya que, de conformidad con la exposición previa, no le asiste a mi representada en todo caso la obligación

de hacer efectiva la póliza de responsabilidad civil extracontractual vinculada en esta contienda, toda vez que el acaecimiento del riesgo asegurado y otorgado en la misma, no se ha demostrado y se tiene que esta no se afectaría como resultado de la configuración de una causal de exclusión de responsabilidad indemnizatoria taxativamente determinada en la caratula de las mismas.

Por lo anterior, respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

9. GENERICA E INNOMINADA

Solicito señor Juez declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, que se encuentre originada en la ley o en el contrato de seguro expedido por mi procurada, incluida la de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Lo anterior, conforme a lo estipulado en el artículo 282 del Código General del Proceso que establece "(...) *Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes (...)*".

En este sentido, cualquier hecho que dentro del proceso constituya una excepción deberá declararse de manera oficiosa por el despacho en la sentencia que defina el mérito.

IV. SOLICITUDES

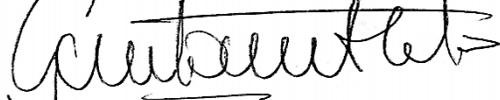
1.- En garantía a nuestro asegurado, solicitamos al Honorable Despacho, se sirva **DENEGAR** la totalidad de las pretensiones de la demanda ante la ausencia de los elementos axiológicos de la responsabilidad del Estado, accediendo a las excepciones de mérito propuestas por mi representada y aquellas que le beneficien de las propuestas por las demás partes e inclusive las que el Despacho logre encontrar fundadas de los hechos probados en este juicio.

2.- 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, solicito se tengan en cuenta las condiciones particulares y generales de la póliza con la cual fue vinculada mí procurada al presente litigio, relativas al coaseguro, a la disponibilidad del valor asegurado, límite del valor asegurado, a disponibilidad del mismo, y/o cualquier otra que el señor juez, en su buen entender, encuentre probada en beneficio de mi procurada.

V. NOTIFICACIONES

Mi poderdante y el suscrito recibiremos notificaciones en la Avenida 6A Bis No. 35N -100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212, de la ciudad de Cali, o en la dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. 19.395.114 de Bogotá

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