

Señor

JUZGADO CUARTO (04) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI (V)

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: REPARACION DIRECTA
DEMANDANTE: RODOLFO PÉREZ PAZ Y OTROS
DEMANDADA: DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI Y OTRO
EN GARANTÍA: ALLIANZ SEGUROS S.A. Y OTROS
RADICACIÓN: 76001-33-33-004-2018-00015-00

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA identificado con la Cédula de Ciudadanía No.19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, encontrándome dentro del término legal, mediante el presente escrito presento **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**, previa las siguientes consideraciones:

I. OPORTUNIDAD

Mediante auto del 18 de abril de 2024, notificado por estado del 19 de abril de la misma anualidad, el Despacho decidió declarar cerrado el debate probatorio y, por contera, prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento para correr traslado a las partes por el término común de diez (10) días, a efectos de que presenten sus alegatos de conclusión por escrito. Teniendo en cuenta lo anterior, el término común anteriormente descrito corrió los días 22, 23, 24, 25, 26, 29 y 30 de abril de 2024, 2, 3 y **6 de mayo de 2024**, resultando entonces que el presente escrito se radica en la oportunidad concedida.

II. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

En el caso de marras quedó acreditada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito Especial de Santiago de Cali, atendiendo a que el libelo introductorio ni siquiera atribuyó responsabilidad al ente territorial sino a EMCALI S.A. E.S.P., en consideración a que esta entidad -presuntamente- habría dejado tierra en el pavimento, luego de realizar obras sobre la tubería de la zona, lo cual – por demás- quedó plenamente desvirtuado, tal y como se aducirá en los acápite subsiguientes. De tal manera, es evidente que aun cuando no se acreditó el supuesto fáctico que fundamentó la imputación de responsabilidad, esta no estuvo dirigida a cuestionar una obligación a cargo del municipio, por lo que al no participar directamente en los hechos, se configuró su falta de legitimación en la causa por pasiva.

Respecto de la legitimación en la causa, la jurisprudencia ha dicho:

“La legitimación en la causa, sea por activa o por pasiva, es un presupuesto procesal derivado de la capacidad para ser parte. Es una facultad que le asiste a una persona, sea natural o jurídica, para ostentar dicha calidad y, por ende, formular unas pretensiones atinentes a hacer valer un derecho subjetivo sustancial o contradecirlas y oponerse a ellas. El artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por la remisión expresa consagrada en el artículo 306 del C.P.A.C.A., prevé las excepciones previas como medios de defensa del accionado encaminados a dilatar la entrada a juicio. Su condición de previas o dilatorias resulta de la falta de capacidad para enervar por completo la pretensión principal del actor; por lo tanto, su constitución no aniquila el derecho subjetivo sustancial que se pretende hacer valer en el proceso, pero sí obliga a que el demandante subsane las inconsistencias presentadas, pues de otro modo impedirán la continuación del trámite del asunto. Entre las mencionadas excepciones se encuentra la de falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual se configura por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio; así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda”¹.

Asimismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido las diferencias entre la falta de legitimación en la causa por pasiva de hecho y material, aduciendo que la primera se refiere a una relación procesal surgida de la demanda y su notificación y, la segunda es aquella que: “(...) responde al criterio de efectividad, esto es, **a la participación real de las personas en la situación jurídica (acto, hecho conducta etc.) que da origen a la demanda**, sin importar si accionó o no, para el caso del demandante, o si fue demandado o no, cuando se trata de la parte pasiva”².

En el mismo sentido, ha sostenido que: “la legitimación material en la causa alude a **la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda**, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas”³, por lo que es: “(...) una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrado la imputación del daño a la parte demandada”⁴.

¹ CE. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 51514 del 21 de septiembre de 2016, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. No. 25000-23-31-000-2011-00341-04 del 06 de febrero de 2014, C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. No. 40039 del 12 de octubre de 2017, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. No. 13764 del 01 de marzo de 2006, C.P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

En vista de lo anterior, se tiene que el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI no tuvo incidencia o participación en los hechos que dieron origen a la demanda, en la medida que la imputación fáctica consistió en que EMCALI S.A. E.S.P. habría dejado tierra sobre el pavimento producto de la intervención de tuberías en la zona, por lo que de la misma demanda se evidencia la ausencia de participación real del municipio en los hechos que supuestamente originaron el daño que hoy se pretende indemnizar.

Aunado a lo anterior, ninguna de las pruebas practicadas durante el proceso dieron cuenta de la participación del municipio en la concreción del hecho dañoso, incluso, dentro del expediente se encuentra una certificación con radicado No. 201741510200038291 del 21 de septiembre de 2017 que fue aportada en la misma demanda, en donde la Secretaría de Infraestructura de Santiago de Cali adujo lo siguiente:

1. *“La Secretaría de Infraestructura es la encargada de la conservación y el mantenimiento de las vías de la zona rural y urbana de la ciudad.*
2. *Para la fecha del mes del mes de agosto del 2016 la Secretaría de Infraestructura no realizó ninguna intervención en la avenida 2AN entre calles 47 y 48.*
3. *En el periodo comprendido entre agosto de 2016 y agosto de 2017 **La Secretaría de Infraestructura no intervino con el grito operativo dicho tramo vial ni tampoco ejecutó contrato alguno en el sector.***
4. *Cuando EMCALI realiza alguna intervención **es la misma entidad quien debe realizar el mantenimiento de la vía intervenida**”.*

De igual manera, también obra en el plenario oficio No. 201841510200011515 del 19 de julio de 2018 de la Secretaría de Infraestructura de la Alcaldía de Santiago de Cali, mediante el cual se certificó que: *“(…) sobre el estado vial de la avenida 2 con calle 47N debido al accidente ocurrido al señor RODOLFO PEREZ PAZ el 7 de agosto de 2016, le informa que en el momento de la visita **se encontró una vía de alto flujo vehicular en pavimento asfáltico en buen estado**”*

Así pues, se comprueba que el Distrito Especial de Santiago de Cali no tuvo participación real respecto de los hechos que dieron origen a la presente controversia, en la medida que: i) en el libelo introductorio no se imputó responsabilidad al ente territorial, ii) la vía se encontraba en perfecto estado y iii) quedó evidenciado que cuando se realizan obras de alcantarillado, es EMCALI S.A. E.S.P. al que le corresponde realizar el mantenimiento respectivo, razón por la cual se deberá tener por probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito y, a su vez, absolverle de toda responsabilidad en el presente asunto.

2. NO SE LOGRARON ACREDITAR LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN QUE SUCEDIERON LOS HECHOS – AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD FRENTE AL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI Y EMCALI S.A. E.S.P.

A efectos de endilgar responsabilidad administrativa a las entidades estatales, conforme lo preceptúa el artículo 90 constitucional, es imprescindible acreditar tanto el daño como la imputación fáctica y jurídica. Sin embargo, pese a que en el caso de marras presuntamente se ocasionó un daño a los demandantes como consecuencia de un accidente de tránsito, es evidente que no se lograron acreditar las circunstancias que rodearon el mismo y, consecuentemente, la relación de causalidad entre una acción u omisión de la parte pasiva y el hecho dañoso. Concretamente, no se aportó el informe policial de accidente de tránsito o cualquier otra prueba que acreditara las circunstancias de tiempo, modo y lugar de aquel y, por su parte, los testimonios que acudieron al proceso no fueron consistentes, ni lograron probar con certeza la ocurrencia del hecho.

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

Abordando lo anterior al caso concreto, resulta evidente que la parte actora no aportó pruebas que demuestren las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el accidente de tránsito donde resultaron lesionados, lo que se traduce en la imposibilidad de atribuir responsabilidad a la parte pasiva por ausencia de nexo de causalidad entre algún deber a su cargo y el hecho dañoso. En primera medida, la demandante confesó en el interrogatorio de parte que no se levantó IPAT o croquis del accidente de tránsito, lo cual se corrobora con la ausencia de dicho documento en el plenario.

Así, en la audiencia de pruebas del 12 de julio de 2023, el señor RODOLFO PÉREZ DÍAZ manifestó:

“P: Indique al Despacho, por qué no se levantó IPAT o croquis del accidente de tránsito.

R: Porque el dolor de mi esposa era tremendo y los guarda como siempre, no llegaron. Llegó primero la ambulancia decidimos ir al centro médico y guardar la moto ahí en la casa donde estaba el daño”.

Por otra parte, acudió a la audiencia de pruebas la señora LUZ IRENE HIDALGO en calidad de testigo ocular de los hechos, quien también afirmó: *“No, no llegó nadie, la gente que se dio cuenta del accidente llamó la ambulancia. Tránsito no llegó”.* De tal manera, no existe en el plenario ninguna prueba de autoridad policial o de tránsito que dé cuenta de las circunstancias del accidente y, mucho menos, de las condiciones de la vía donde ocurrió el accidente.

Ahora bien, el relato de la testigo fue incongruente respecto del interrogatorio de parte practicado, comoquiera que esta afirmó que el día de los hechos había llovido y que tanto ella como los demandantes se habían resbalado y caído, no obstante, el señor Pérez Díaz indicó que el día de los hechos no había llovido, a pesar de reconocer que el piso estaba mojado.

A su vez, la testigo no logró recordar ningún aspecto característico de la motocicleta de los demandantes, lo que no permite darle plena credibilidad a su declaración. De esta forma, no logró indicar la marca de la motocicleta, su color, la clínica de la ambulancia, o si portaban elementos de seguridad. Tanto así que negó recordar cualquier aspecto que pudiera identificar las características del accidente, al afirmar: *“pues no, en ese momento del impacto, yo recuerdo a 2 personas que iban en la motocicleta, después no me acuerdo bien si ellos fueron llevados también a la clínica valle salud, me parece que sí pero no me acuerdo bien”*.

En tal medida, no hay ningún medio de prueba que acredite las circunstancias que rodearon el caso, en tanto que no existe IPAT, fotografías, vídeos, testigos, ni ningún otro que permita dar certeza de la ocurrencia de los hechos en los términos en que fueron narrados por los demandantes

En conclusión, es claro que la parte actora no aportó ninguna prueba pertinente y/o conducente que acredite las circunstancia de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del accidente de tránsito. En consecuencia, resulta imposible atribuir fáctica y jurídicamente el hecho dañoso al Distrito Especial de Santiago de Cali o a EMCALI S.A. E.S.P. Por lo expuesto, solicito comedidamente al despacho declarar la prosperidad de la presente excepción.

3. SE ACREDITÓ LA INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO POR PARTE DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI Y EMCALI S.A. E.S.P.

Partiendo de los elementos configurativos de la responsabilidad, en el presente caso no se logró acreditar falla en el servicio por parte del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI y EMCALI S.A. E.S.P., considerando que conforme a las documentales que hay en el plenario, para la época de los hechos no hubo intervenciones de la infraestructura vial o de alcantarillado en la vía donde ocurrieron los hechos que fundamentaron el presente libelo, de este modo, no se acreditó el incumplimiento de deber u obligación alguna en cabeza de la parte pasiva, lo que devine en su ausencia de responsabilidad.

Con miras a aclarar este punto, es necesario recordar que, de conformidad con los presupuestos de la responsabilidad estatal contenidos en el artículo 90 constitucional, esta se configura con la existencia de un daño antijurídico y su imputación por acción u omisión a una entidad pública, bajo los títulos de atribución de responsabilidad, esto es, falla del

servicio, daño especial y riesgo excepcional. Con relación a estos elementos, el Consejo de Estado ha dicho:

“El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (...) La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)”⁵.

Entonces, a partir de tales presupuestos, es posible afirmar que la responsabilidad estatal se configura con la acreditación de los siguientes elementos: i) el daño antijurídico, ii) la atribución o imputación y, iii) la culpa del agente en la causación del hecho dañoso. En el caso de la responsabilidad administrativa, estos elementos pueden dividirse en el daño antijurídico, la imputación fáctica (nexo de causalidad) y la imputación jurídica, que a su vez se refiere a los títulos de imputación creados por la jurisprudencia contenciosa, esto es, falla en el servicio, daño especial y riesgo excepcional.

Entonces, para determinar si a la parte pasiva le es imputable el daño padecido por los demandantes, es necesario acudir a los elementos constitutivos de responsabilidad antes aludidos, a saber: que haya un daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad.

Así las cosas, el juicio de imputación parte de la acreditación de dos esferas, una fáctica y una jurídica, esto es, la existencia de un daño cierto, consolidado, injustificado, que no se tenga la obligación o el deber de soportar, y una acción u omisión de la administración que materialice un deber jurídico de responder por el daño, de acuerdo con los distintos títulos de imputación.

Para el caso concreto, los demandantes alegan que existió una falla en servicio por parte de las entidades demandadas, título jurídico de imputación por excelencia que hace parte del régimen subjetivo de responsabilidad, por lo que para su acreditación es necesario verificar las obligaciones a cargo de la entidad y, consecuentemente, su incumplimiento por impericia, negligencia o culpa.

Así las cosas, al respecto, la jurisprudencia administrativa ha indicado:

“En efecto, en la responsabilidad del Estado por omisión, se ha considerado que para la prosperidad de la demanda es necesario que se encuentren acreditados

⁵ CE. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 20097 del 26 de mayo de 2011, C.P. Hernán Andrade Rincón.

los siguientes requisitos: i) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; ii) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; iii) un daño antijurídico, y iv) la relación causal entre la omisión y el daño⁶.

Entonces, en la atribución de responsabilidad que nos convoca, el demandante tiene la carga procesal de demostrar tanto el daño antijurídico como la imputación a la entidad pública que, además, debe tener relación de causalidad con el daño. Asimismo, dentro de la imputación, se tiene que acreditar la existencia de una obligación a cargo de la entidad demandada y su incumplimiento por acción u omisión.

Sobre el particular, es importante señalar que el Consejo de Estado ha establecido que las obligaciones a cargo del Estado deben observarse en el caso concreto, por lo que ha sostenido:

“También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2 inciso 2, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”, así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo”⁷.

Pues bien, con todo, es claro que la falla del servicio implica la acreditación de obligaciones concretas frente al hecho dañoso que, presuntamente, fueron incumplidas. Sin embargo, en el asunto de marras no existe ninguna prueba que pruebe el incumplimiento de obligación alguna en cabeza de los demandados. Por el contrario, existen pruebas de su diligencia y pericia en las actividades a su cargo.

De esta manera, en documentos del 27 de julio, 31 de julio y 4 de septiembre de 2017, EMCALI S.A. E.S.P. dejó claro que sobre la vía en donde ocurrió el accidente no se realizaron obras de ningún tipo a su cargo. Así pues, en el primer oficio se advirtió: *“(…) que en la avenida 2 Norte con Calle 47 Norte de Cali, no se realizaron obras bajo la supervisión de esta área en la fecha de los sucesos expuestos por el señor RODOLFO PEREZ PAZ”*.

⁶ CE. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 43332 del 8 de mayo de 2019, C.P. María Adriana Marín.

⁷ CE. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad 22745 del 14 de septiembre de 2011, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En el segundo de ellos, se indicó: “(...) entre los meses de enero y septiembre (inclusive) del año 2016, hemos verificado que en la dirección Avenida 2 Norte con Calle 47 Norte de Cali, no se ejecutó ninguna actividad, ni hay relación de daños asociados a la red de alcantarillado”.

En el último, se afirmó: “lo anterior puesto que una vez revisada la base de datos de obras ejecutadas en esta dependencia no se encontró la dirección referida por el peticionario, entre las áreas intervenidas bajo la supervisión de esta dependencia”.

Como se observa, EMCALI S.A. E.S.P. no incumplió ninguna de las actividades a su cargo, de hecho, no intervino la vía en donde ocurrieron los hechos objeto de litigio, por lo que ante su ausencia de participación en el presunto hecho dañoso, resulta inviable imputarle responsabilidad de cualquier tipo ante ausencia de nexo de causalidad, así como de falla en el servicio.

Lo mismo habría que decirse respecto del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, toda vez que dentro del expediente se encuentra una certificación con radicado No. 201741510200038291 del 21 de septiembre de 2017 que fue aportada en la misma demanda, en donde la Secretaría de Infraestructura de Santiago de Cali adujo lo siguiente:

1. “La Secretaría de Infraestructura es la encargada de la conservación y el mantenimiento de las vías de la zona rural y urbana de la ciudad.
2. Para la fecha del mes de agosto del 2016 la Secretaría de Infraestructura no realizó ninguna intervención en la avenida 2AN entre calles 47 y 48.
3. En el periodo comprendido entre agosto de 2016 y agosto de 2017 **La Secretaría de Infraestructura no intervino con el gripo operativo dicho tramo vial ni tampoco ejecutó contrato alguno en el sector.**
4. Cuando EMCALI realiza alguna intervención **es la misma entidad quien debe realizar el mantenimiento de la vía intervenida**”.

De igual manera, también obra en el plenario oficio No. 201841510200011515 del 19 de julio de 2018 de la Secretaría de Infraestructura de la Alcaldía de Santiago de Cali, mediante el cual se certificó que: “(...) sobre el estado vial de la avenida 2 con calle 47N debido al accidente ocurrido al señor RODOLFO PEREZ PAZ el 7 de agosto de 2016, le informa que en el momento de la visita **se encontró una vía de alto flujo vehicular en pavimento asfáltico en buen estado**”

Así pues, se comprueba que ni el Distrito Especial de Santiago de Cali, ni EMCALI S.A. E.S.P. incumplieron obligación alguna de la cual pueda derivarse su responsabilidad, pues no intervinieron la vía y esta se encontraba en buen estado para el momento de los hechos, razón por la cual es imposible una condena en su contra.

4. NO SE LOGRÓ ACREDITAR EL PERJUICIO RECLAMADO A TÍTULO DE LUCRO CESANTE

En el asunto de marras, respecto del lucro cesante, la parte actora no logró acreditar de manera cierta, actual o futura la existencia de este perjuicio, pues no hay prueba de la afectación o menoscabo de un derecho material o patrimonial, reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir y que no ingresará al patrimonio de los demandantes. De hecho, no se logró acreditar que los demandantes dejaran de percibir ingresos como consecuencia del accidente, *contrario sensu*, obra en el expediente certificado que comprueba que los demandantes continuaron laborando luego del accidente. De igual forma, resulta improcedente el reconocimiento de este tipología de perjuicio, en la medida que no se logró acreditar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de los demandantes, lo que evidencia la falta de prueba del perjuicio reclamado.

El Consejo de Estado ha definido el lucro cesante en los siguientes términos:

“(...) en cuanto perjuicio, el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual.

(...)

Vale decir que el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afinsa en una situación real, existente al momento del evento dañoso, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente.

(...)

*Por último, están todos aquellos “sueños de ganancia”, como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que **conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables**”.*

Como se observa, el reconocimiento de cualquier tipología de perjuicio -incluido el lucro cesante- parte de la premisa de ser cierto y real, por lo que es imposible reconocer aquellos que carezcan de dicha característica y, por el contrario, sean meramente hipotéticos o eventuales, lo cual se cumple en el caso de marras.

Así las cosas, sobre el particular es pertinente recordar que en la demanda se parte del hipotético porcentaje de un veinticinco por ciento (25%) de pérdida de capacidad laboral para el señor RODOLFO PÉREZ PAZ, porcentaje con base en el cual se calculó la pretensión indemnizatoria a título de lucro cesante. No obstante, durante el proceso no se logró acreditar dicho porcentaje, lo que evidencia el ánimo especulativo e infundado del perjuicio pretendido. De hecho, la única prueba relativa a la gravedad de la lesión es el

informe pericial del INMLCF, que concluyó: “*mecanismos traumáticos de lesión: Contundente; abrasivo. Incapacidad médico legal DEFINITIVA CINCUENTA Y CINCO (55) DÍAS. SECUELAS MÉDICO LEGALES: Perturbación funcional de miembro superior derecho de carácter transitorio*”.

Como se observa, esta prueba pericial no lleva a concluir la certeza del perjuicio, pues no determina un porcentaje de pérdida de capacidad laboral o cualquier otro mediante el cual se puede establecer el porcentaje de lesión permanente y su afectación en los ingresos del demandante. Incluso, se establece una perturbación funcional **transitoria** cuya recuperación duró cincuenta y cinco (55) días. Lo mismo habría que decir respecto al dictamen pericial de la señora Katherine Romero, el cual no determina el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y, por tanto, la afectación permanente y su porcentaje a la profesión u oficio que desempeña la demandante.

Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho sobre los dictámenes periciales del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses lo siguiente:

“El mero hecho de que la sección de Medicinal Legal determine la existencia de la incapacidad, no es suficiente para que se orden el pago de la indemnización, dado que existe prueba en contra de tal certificación, pruebas que demuestra que ese perjuicio no es cierto, porque la lesionada siguió laborando normalmente en el oficio que desempeñaba. La indemnización por la pérdida de la capacidad laboral debe corresponder a que se haya perdido total o parcialmente capacidad, si así no sucede, no hay lugar a indemnización por que tal perjuicio no es real la lesionada no ha visto afectada su capacidad laboral, habida cuenta que siguió trabajando en la institución, en el mismo oficio que desempeñaba antes del atentado; que después de sufrida la lesión fue inscrita en carrera y que adicionalmente fue ascendida, situación que evidencia el hecho de que la señora no ha visto disminuida su capacidad laboral, sino que esta se mantuvo intacta, a pesar de pérdida de su ojo derecho”⁸.

Como se observa, el análisis del Consejo de Estado parte de la certeza del perjuicio, comoquiera que la indemnización por lucro cesante comprende la pérdida real de ingresos producto de determinada pérdida de capacidad laboral que impide al accionante continuar laborando en el mismo oficio en que se desempeñaba o, incluso, desempeñarse en cualquier oficio. Tan es así que, si se acredita que el peticionario continuó laborando en el mismo oficio que desempeñaba antes del hecho dañoso, es claro que no operaría la indemnización por este perjuicio.

De tal manera, dentro del plenario obra la certificación laboral del Centro de Diagnóstico Automotor del 13 de junio de 2017, esto es, diez (10) meses después del accidente de tránsito, en donde se establece que el señor Pérez Paz se encontraba laborando en dicha empresa. En este sentido, es claro que el señor continuó laborando, por lo que es dable

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 10606 del 23 de setiembre de 1995, C.P. Daniel Suarez Hernandez.

concluir que el hecho dañoso no afectó su capacidad laboral, ni la posibilidad de continuar desempeñando el oficio que venía realizando, de manera que no hay lugar a reconocer perjuicio alguno por concepto de lucro cesante, aunado al hecho de que no se logró acreditar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de ninguno de los demandantes.

5. SE DESCONOCIERON LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES CON RELACIÓN A LA INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIO MORAL

En el caso objeto de estudio, la parte demandante extralimitó su petitum indemnizatorio en lo que atañe al daño moral, en la medida que desconoció los topes indemnizatorios fijados por el Consejo de Estado y solicitó una indemnización para todos los demandantes de 70SMMLV, aun cuando no se logró acreditar la gravedad de la lesión.

Así pues, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, fijó los topes indemnizatorios en caso de lesiones en los siguientes términos:

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

Según la jurisprudencia citada, la indemnización depende de dos factores: el porcentaje de gravedad de lesión, y el nivel de afectación de acuerdo con el grado de consanguinidad o relación afectiva con la víctima directa. Sin embargo, en el presente caso, no se logró acreditar el porcentaje de gravedad de lesión, por lo que en el hipotético caso de reconocer que la parte actora sufrió un daño que debe ser indemnizado por los demandantes, habrá que limitarse al último tope indemnizatorio allí descrito, esto es, 1-10% de gravedad de lesión, por lo que a la víctima directa, su cónyuge y a su madre le corresponderían 10SMMLV, mientras que a su hermana 5SMMLV.

En conclusión, es inviable el reconocimiento por daño moral porque no se probó la responsabilidad del asegurado Distrito Especial de Santiago de Cali o EMCALI S.A. E.S.P.. En todo caso, la petición indemnizatoria desconoció los baremos fijados por el Consejo de Estado en su jurisprudencia unificada, lo cual permite evidenciar la improcedencia de la indemnización solicitada.

6. SE PROBÓ LA IMPROCEDENCIA DEL DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN E IMPROCEDENCIA DEL DAÑO A SALUD

En el caso bajo estudio es improcedente el reconocimiento de indemnización por daño a la salud, en la medida que no se logró acreditar el porcentaje de afectación ante la ausencia de dictamen de pérdida de capacidad laboral o cualquiera similar que acredite dicho porcentaje,

Por otra parte, frente al denominado “daño a la salud” la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha dicho lo siguiente:

“(…) el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

*De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: **i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado** y **ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada**”*

De igual manera, esta corporación ha establecido unos topes indemnizatorios del daño a la salud en observancia del nivel de lesión sufrida por la víctima, como se observan a continuación:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

En el caso concreto, sin el ánimo de aceptar responsabilidad en cabeza del demandado, es improcedente el reconocimiento de perjuicios por este concepto, toda vez que no obra en el plenario prueba de la gravedad de la lesión, tal y como lo exige un reconocimiento de este tipo. En todo caso, aun cuando en el hipotético evento en que se considere que hay

responsabilidad de la parte pasiva y se ordene una indemnización respecto a este perjuicio, dicha indemnización no podría superar los 10SMMLV, por lo que resulta evidente la exacerbada tasación de la parte actora.

Por lo anterior, claramente la pretensión debe ser desestimada.

7. LA PARTE ACTORA NO PROBÓ EL DAÑO EMERGENTE

En primera medida, los demandantes pretenden que se reconozca por concepto de daño emergente la suma de CINCO MILLONES DE PESOS MCTE (\$5.000.000), sin indicar cual es el fundamento fáctico y probatorio de dicha petición, lo que evidencia el ánimo especulativo respecto a este perjuicio que hace improcedente su reconocimiento, dado que este debe cumplir con las características de cierto y determinado. De igual manera, los recibos adjuntados por la señora Katherine Romero no acreditan que el dinero haya salido de su patrimonio, lo cual evidencia la ausencia del perjuicio reclamado.

Sobre el particular, cabe resaltar que para que se reconozca el daño, este debe cumplir con las características de ser cierto, determinado o determinable y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁹. También debe aclararse que el daño emergente comprende las erogaciones que se sufragaron como consecuencia directa del hecho dañoso, contrario al lucro cesante, que son las utilidades esperadas de no haberse producido el mismo¹⁰.

Asimismo, es importante señalar que el daño se ha definido así:

*“El daño, debe ser entendido como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser antijurídico. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de antijurídico y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, **el de ser personal, cierto y directo**. De manera que, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo. **El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto - , esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio**. Para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, **bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual**”¹¹.*

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 22464 del 1 de febrero de 2012, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia SC20448-2017 del 07 de diciembre de 2017, M.P. Margarita Cabello Blanco.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 42785 del 22 de febrero de 2019.

Así pues, solo es posible reconocer un daño cuando cumpla las características de ser personal, cierto y directo. Con relación a la certeza, se ha dicho que el daño no puede ser hipotético, eventual o genérico, sino específico y cierto, sin importar si es presente o futuro.

Con fundamento en lo anterior, se tiene que la indemnización pretendida por concepto de daño emergente futuro carece de certeza, en tanto que es hipotético y genérico, lo que hace imposible su reconocimiento. En esta medida, se pretende que se indemnice por valor de CINCO MILLONES DE PESOS MCTE, sin aducir el fundamento de dicha petición y ni siquiera relacionar los documentos que la soportan. A su vez, tampoco es procedente la indemnización solicitada por la señora Katherine Romero, en la medida que adjunto comprobantes de ingreso y facturan que no acreditan que el dinero haya salido de su patrimonio.

Así las cosas, considerando que la indemnización pretendida por concepto de daño emergente futuro es eventual e hipotética, no cumple con la característica de certeza y, por lo anterior, está llamada a no prosperar.

- **ANALISIS PROBATORIO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

- 1. NO SE DEMOSTRÓ LA REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 1501216001931 Y, POR TANTO, NO EXISTE OBLIGACIÓN A CARGO DE ALLIANZ SEGUROS S.A.**

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que para que nazca a la vida jurídica la obligación condicional del asegurador, es requisito ineludible que en efecto se verifique el siniestro, que no es otra cosa que la realización del riesgo asegurado. En tal virtud, es claro que en ejercicio de la libertad negocial mi mandante asumió un riesgo y no habiendo ocurrido la prestación condicional no nace a la vida jurídica y no podrá hacerse efectiva la póliza.

En el caso concreto, se amparó la responsabilidad civil extracontractual, sin embargo, no se ha realizado el riesgo asegurado, pues la parte actora no probó las circunstancias de tiempo, modo y lugar del accidente de tránsito que permitan establecer la existencia de falla en el servicio atribuible al DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, de hecho, se logró acreditar su falta de legitimación en la causa por pasiva, atendido a que en el mismo libelo introductorio ni siquiera se realizó una imputación en su contra. Esto sumado al hecho que no se acreditaron los elementos de la responsabilidad, específicamente el nexo de causalidad entre la actuación del distrito y las lesiones presuntamente sufridas por la parte actora, lo cual permite establecer que no existió daño atribuible al extremo pasivo, en tanto no se ha realizado el riesgo asegurado y por ende no ha surgido la obligación condicional del asegurador al no existir siniestro.

Al respecto, el artículo 1072 del Código de Comercio define como siniestro:

“ARTÍCULO 1072. DEFINICIÓN DE SINIESTRO. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.”

Así las cosas, se reitera que no ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional en cabeza de mi mandante, por cuanto no hubo lesión o daño atribuible a la demandada. Lo anterior considerando que, como se ha desarrollado a lo largo del presente escrito, no se estructuraron los elementos de la responsabilidad atribuible al DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI. En consecuencia, no existe realización de riesgo asegurado en el presente asunto, toda vez que no hubo daño imputable al asegurado, teniendo en cuenta que no se aportó ninguna prueba que permita aclarar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del accidente de tránsito, por lo que queda desprovista cualquier falla del servicio de aquella entidad y consecuente nexo de causalidad frente al resultado dañoso.

En conclusión, como puede apreciar su señoría, NO se configuró ninguno de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, razón por la cual a mi asegurada no le asiste ninguna obligación de pago. Así entonces, como no se reúnen los requisitos de la responsabilidad en cabeza del demandado, es claro que no se ha realizado el riesgo asegurado en el contrato de seguro, por lo que las pretensiones del llamamiento en garantía están destinadas al fracaso.

Por lo expuesto, solicito comedidamente al despacho declarar la prosperidad de la presente excepción.

2. EN TODO CASO, LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA SE DEBE CEÑIR AL PORCENTAJE PACTADO EN EL COASEGURO – INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE LAS COASEGURADORAS

Sin perjuicio de los argumentos arriba expuestos, debe manifestarse al Despacho, que solo si en gracia de discusión, si hipotéticamente naciera obligación de mi procurada, la misma deberá estar sujeta a todas y cada una de las condiciones estipuladas en las Pólizas que se discuten. Puntualmente, ruego tener presente que dichos contratos fueron suscritos en coaseguro por Allianz Seguros S.A., Compañía de Seguros Colpatria, QBE y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, cuya distribución corresponde a la siguiente:

Compañía Aseguradora	Porcentaje
Allianz Seguros S.A.	23.00%
Compañía de Seguros Colpatria	21.00%
QBE	22.00%
Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.	34.00%

En consideración de lo expuesto, la eventual condena que llegara a proferirse en contra del extremo pasivo, deberá sujetarse, con relación a mi representada, a la participación que ella tiene en virtud del coaseguro, es decir, al treinta y cuatro por ciento (23.00%).

Lo anterior encuentra sustento en lo preceptuado por el artículo 1092 del Código de Comercio, que reza en su tenor literal: "*Artículo 1092. indemnización en caso de coexistencia de seguros. En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad*".

En concordancia, el artículo 1095 del mismo Estatuto expresa: "*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*".

En virtud de lo expuesto, no existe solidaridad entre las demás Compañías Aseguradoras y mi representada, consecuencia de lo cual, como se explicó, su obligación indemnizatoria corresponde exclusivamente al porcentaje indicado, sin perjuicio del deducible pactado, arriba referido.

3. DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA No. 1501216001931

En el remoto caso que el Despacho considere que la póliza cubre los hechos materia de debate, así como las sumas pretendidas por los demandantes, deben considerarse los montos máximos de cobertura por la póliza contenidos en la misma y su clausulado.

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

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

Por ende, no se podrá obtener una indemnización superior al límite en cuantía de la suma asegurada por parte de mi mandante, que en este caso resulta ser la siguiente:

COBERTURAS		VALOR ASEGURADO	
P.L.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

A su vez se pactaron un sub límite para la cobertura por daños morales y lucro cesante:

Daños morales hasta el 100% del límite asegurado
Lucro cesante hasta el 50% del límite asegurado

El amparo cubierto tiene un tope que depende de la disponibilidad para su pago, en tanto que en el año de la vigencia de la póliza pudo haberse presentado otro siniestro o diversos eventos que agoten los montos pactados en el contrato de seguro, condición que deberá ser tenida en cuenta por el Despacho en el evento de encontrar configurado el riesgo asegurado, esto es, la responsabilidad civil del asegurado.

4. DEL LÍMITE MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD EN LO CONCERNIENTE AL DEDUCIBLE DE LA PÓLIZA No. 1501216001931

En el eventual caso que el Despacho encuentre configurada la responsabilidad civil del asegurado, es pertinente recordar que en el contrato de seguro convenido se pactó un deducible, el cual corresponde a una porción del siniestro que debe asumir por cuenta propia el asegurado.

De manera, en el hipotético y remoto evento que se establezca responsabilidad médica en cabeza del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI debe tenerse en cuenta que el límite del valor asegurado total es \$5.000.000.000 y, respecto del mismo, debe descontarse el deducible, que asciende al 15% del valor de la pérdida, mínimo de \$ 40 SMMLV, que es la porción que debe asumir el asegurado.

5. NO SE LOGRÓ DEMOSTRAR LA REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL NO. 021735913 Y POR TANTO NO EXISTE OBLIGACIÓN A CARGO DE ALLIANZ SEGUROS S.A.

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que para que nazca a la vida jurídica la obligación condicional del asegurador, es requisito ineludible que en efecto se verifique el siniestro, que no es otra cosa que la realización del riesgo asegurado. En tal virtud, es claro que en ejercicio de la libertad comercial mi mandante asumió un riesgo y no habiendo ocurrido la prestación condicional no nace a la vida jurídica y no podrá hacerse efectiva la póliza.

En el caso concreto, se amparó la responsabilidad civil extracontractual, sin embargo, no se ha realizado el riesgo asegurado, pues la parte actora no probó las circunstancias de

tiempo, modo y lugar del accidente de tránsito que permitan establecer la existencia de falla en el servicio atribuible a EMCALI S.A. E.S.P. Esto sumado al hecho que no se acreditaron los elementos de la responsabilidad, específicamente el nexo de causalidad entre la actuación de la entidad y las lesiones presuntamente sufridas por la parte actora, lo cual permite establecer que no existió daño atribuible al extremo pasivo, en tanto no se ha realizado el riesgo asegurado y por ende no ha surgido la obligación condicional del asegurador al no existir siniestro.

Al respecto, el artículo 1072 del Código de Comercio define como siniestro:

“ARTÍCULO 1072. DEFINICIÓN DE SINIESTRO. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.”

Así las cosas, se reitera que no ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional en cabeza de mi mandante, por cuanto no hubo lesión o daño atribuible a la demandada. Lo anterior considerando que, como se ha desarrollado a lo largo del presente escrito, no se estructuraron los elementos de la responsabilidad atribuible a EMCALI S.A. E.S.P. En consecuencia, no existe realización de riesgo asegurado en el presente asunto, toda vez que no hubo daño imputable al asegurado, teniendo en cuenta que no se aportó ninguna prueba que permita aclarar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del accidente de tránsito, por lo que queda desprovista cualquier falla del servicio de aquella entidad y consecuente nexo de causalidad frente al resultado dañoso.

En conclusión, como puede apreciar su señoría, NO se configuró ninguno de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, razón por la cual a mi asegurada no le asiste ninguna obligación de pago. Así entonces, como no se reúnen los requisitos de la responsabilidad en cabeza del demandado, es claro que no se ha realizado el riesgo asegurado en el contrato de seguro, por lo que las pretensiones del llamamiento en garantía están destinadas al fracaso.

Por lo expuesto, solicito comedidamente al despacho declarar la prosperidad de la presente excepción.

6. SE ENCUENTRA PROBADO EL COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE LAS COASEGURADORAS

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción a la cuantía de su participación porcentual, de acuerdo con el coaseguro concertado en la póliza.

Debe señalarse señor juez, que la relación sustancial entre el demandado EMCALI S.A. E.S.P. y las coaseguradoras surge en el contrato de seguro documentado en la Póliza No.

021735913, fungiendo como coaseguradoras ALLIANZ SEGUROS S.A. y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, en los siguientes porcentajes:

Compañía Aseguradora	Porcentaje
Allianz Seguros S.A.	80.00%
LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS	20.00%

Así las cosas, el llamamiento efectuado a mí defendida se basa en un contrato de seguro, el cual fue tomado en un tipo contractual denominado coaseguro, el cual se presenta cuando el asegurado promueve o asiente la celebración de un acuerdo entre dos o más aseguradoras, con el fin de distribuir entre ellas el interés y riesgos asegurados. Cuya formalización además está sometida a la obligatoria reunión de las condiciones establecidas en el artículo 1094 del aludido código, aplicable por remisión expresa del mismo artículo 1095. Es decir, se requiere que concurren "(...) 1. *Diversidad de aseguradores*, 2. *Identidad de asegurado*; 3. *Identidad de interés asegurado*, y 4. *Identidad de riesgo*".

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

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

La figura del coaseguro, como se manifestó en el párrafo precedente, se encuentra regulada en el artículo 1092 del Código de Comercio, el cual establece: "*En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, **los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos**, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad.*" (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Lo estipulado en la norma en cita se aplica al coaseguro, por estipulación expresa del artículo 1095 del mismo estatuto, que establece: "*Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del*

asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro". (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Se colige de lo anterior, que en caso de una eventual condena en contra de ALLIANZ SEGUROS S.A. frente a los riesgos cubiertos por la póliza, el juzgador deberá limitar la cuantía de la misma en contra de mi procurada al porcentaje de participación que ella tiene en virtud del coaseguro, que en el caso estudiado corresponde al 80,00%, por cuanto no existe solidaridad entre las coaseguradoras, debiendo responder cada una por el porcentaje de participación otorgado al asegurado.

Por lo expuesto, solicito comedidamente al despacho declarar la prosperidad de la presente excepción.

7. LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.

Conforme con lo expuesto a lo largo del presente escrito, ante un hipotético evento de responsabilidad en cabeza de mi representada, deberá tenerse en cuenta el valor asegurado del contrato de seguro, que fue claramente determinado para la Póliza No. 021735913, en su carátula y en su condicionado particular, que delimita el máximo de responsabilidad de la aseguradora frente a los eventuales siniestros.

En el remoto e improbable evento en que el despacho considere que la póliza que nos ocupa sí deba prestar cobertura para los hechos objeto de este litigio, que además se hayan acreditado los elementos de la responsabilidad y se haya determinado que la aseguradora es la que está llamada a indemnizar los perjuicios reclamados por los demandantes, el despacho deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi representada al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se logrará demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado y previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. Así pues y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada: *"ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074"*.

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, **dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario**, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: **evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización**. (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda exclusivamente por la porción de riesgo asumido.

De conformidad con lo señalado, necesariamente debe tenerse en cuenta la suma pactada en el contrato para el amparo de correspondiente, que se encuentra en las condiciones particulares de la póliza, de la siguiente forma:

Coberturas	Límite Asegurado Evento	Límite Asegurado Vigencia
1.Predios, Labores y Operaciones	10.000.000.000,00	10.000.000.000,00
2.RC Contratistas y subcontratistas independientes	5.000.000.000,00	5.000.000.000,00
3.RC Patronal	500.000.000,00	2.000.000.000,00
4.RC Vehículos Propios y No Propios	500.000.000,00	2.000.000.000,00
5.RC Productos y Trabajos Terminados	2.000.000.000,00	4.000.000.000,00
9.RC Bienes Bajo Cuidado, Control y Custodia	2.000.000.000,00	2.000.000.000,00
20.RC Transformación	500.000.000,00	1.000.000.000,00
21.RC Unión y Mezcla	500.000.000,00	1.000.000.000,00
22.Gastos Médicos	130.000.000,00	1.300.000.000,00

6

23.RC por Personal de Celaduría, Vigilancia y Seguridad	257.740.000,00	257.740.000,00
35.RC Contaminación Accidental, Súbita e Imprevista	10.000.000.000,00	10.000.000.000,00
44.RC Propietarios, Arrendatarios y Poseedores	10.000.000.000,00	10.000.000.000,00
53.Participación de Asegurado en Ferias y Exposiciones	10.000.000.000,00	10.000.000.000,00

Por ende, bajo el hipotético supuesto que se acaba de mencionar, se deberá tener en cuenta que la suma asegurada en la póliza representa el límite máximo por el cual mi

representada respondería ante el eventual y remoto caso en que sea condenada dentro del presente proceso.

Por lo expuesto, solicito comedidamente al despacho declarar la prosperidad de la presente excepción.

8. SE ENCUENTRA PROBADO EL DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO

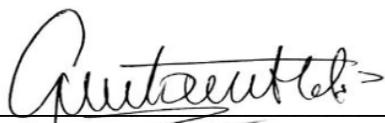
En el caso hipotético y poco probable que se llegare a declarar la responsabilidad de EMCALI S.A. E.S.P. y, en consecuencia, mi representada se obligare a cubrir el valor de la indemnización, sin que esto implique confesión, resulta fundamental que tenga en cuenta que en la Póliza No. 021735913, se pactó un deducible a cargo del asegurado correspondiente al **10% de la pérdida, mínimo \$28.000.000 por evento.**

III. PETICIÓN

Ruego a la Juez Cuarto (04) Administrativo de Oralidad del Circuito de Cali, que despache desfavorablemente las pretensiones alegadas por la parte actora, declarando probadas las excepciones propuestas por el demandado Distrito Especial de Santiago de Cali y EMCALI S.A. E.S.P., y por mí defendida frente a la demanda y al llamamiento en garantía, y consecuentemente, declare que la aseguradora ALLIANZ SEGUROS S.A. no está obligada a efectuar pago alguno por concepto de indemnización de los supuestos perjuicios sufridos por los demandantes, ni a responder ante la llamante en garantía.

No obstante, lo anterior, respetuosamente solicito al despacho que en el remoto evento en que los argumentos esbozados en el presente escrito no fueren de su convencimiento, no pierda de vista las condiciones particulares y generales de los contratos de seguro documentados en la Póliza No. 021735913 y No. 1501216001931, en especial la cobertura otorgada, la vigencia de la póliza, el coaseguro, deducible y el límite del valor asegurado, con fundamento en los cuales las demandadas llamaron en garantía a mí prohijada, esto, de conformidad con las consideraciones expuestas por mi defendida desde la contestación de la demanda y del llamamiento en garantía y reiteradas en esta oportunidad.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No.19.395.114 de Bogotá.

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