Señores
JUZGADO SEPTIMO (7) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI (V)
of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: **REPARACION DIRECTA**
RADICACIÓN: **76001 33 33 013 2017-00093-01**
DEMANDANTE: **GLORIA STELLA BENAVIDEZ Y OTROS.**
DEMANDADA: **DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI Y OTRO.**
EN GARANTÍA: **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Y OTROS.**

ASUNTO: **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

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 especial **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, tal como se encuentra acreditado en el expediente; dentro del proceso de la referencia, mediante el presente escrito me permito presentar los siguientes:

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

I. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De conformidad con el auto del 26 de octubre de 2023, este despacho, con fundamento en el artículo 181 de la ley 1437 de 2011, ordenó dar traslado a las partes por el termino de 10 días para presentar alegatos de conclusión, cuyo término se corre los días 27, 30 y 31 de octubre de 2023 y los días 01, 02, 03, 07, 08, 09 y **10** de noviembre de 2023. Por lo anterior, este escrito se encuentra presentando en oportunidad.

II. ANALISIS PROBATORIO FRENTE A LA DEMANDA

1. FIJACIÓN DEL LITIGIO

En audiencia inicial desarrollada el 26 de octubre del 2023 se fijó el litigio entre las partes en el marco del medio de control de Reparación Directa previsto en el artículo 140 del CPACA, precisando que, el objeto de la prueba se circunscribió a "*determinar si a las entidades demandadas DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI y EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI - ESP les resultan imputables administrativamente, a título de falla del servicio, los perjuicios ocasionados presuntamente a los demandantes con motivo de la muerte en accidente de tránsito del señor CARLOS ALBERTO BENAVIDEZ, el día 6 de mayo de 2015, cuando se desplazaba en motocicleta en zona urbana del ente territorial.".*

Por otro lado, de manera accesoria, en caso de ser positiva la resolución del primer planteamiento, el despacho deberá "*determinar si a las llamadas en garantía por éstas les asiste alguna obligación respecto de la eventual condena, con fundamento en los contratos en los cuales se apoyaron los llamamientos en garantía."* Lo anterior, conforme a los fundamentos jurídicos, facticos y elementos de prueba que se recauden a lo largo del proceso.

2. SE ENCUENTRA PROBADA LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI Y, POR LO TANTO, NO ES POSIBLE ATRIBUIR UNA FALLA EN EL SERVICIO.

Se encuentra probada la inexistencia de falla en el servicio por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali, teniendo en cuenta que se encuentra configurada la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA del asegurado, por no tener a su cargo la obligación de mantenimiento y/o reparación de la infraestructura del servicio público domiciliario de alcantarillado, así como las señales de prevención, pues dicha obligación se encuentra a cargo de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P. (EMCALI E.I.C.E). y, en todo caso, las zanjas de desagüe con las que presuntamente se volcó el demandante no hacen parte de la malla vía. Por lo tanto, el hecho por el cual falleció el señor CARLOS ALBERTO BENAVIDEZ (q.e.p.d), bajo ninguna circunstancia es imputable al asegurado.

La legitimación en la causa ha sido entendida como la relación sustancial que debe existir entre las partes y el interés sustancial que se discute en el proceso. Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que *"consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones.*" Por lo tanto, cuando se encuentre configurada la falta de legitimación en la causa, en este caso, por pasiva, su consecuencia es la desestimación de las pretensiones.

Ahora, según la narrativa de los hechos de la demanda y sus fundamentos jurídicos, los accionantes atribuyen como causa eficiente del accidente de tránsito a la supuesta *"coladera o desagüe colector de aguas de lluvias" que* se encontraban en la vía y que no contaban con la reja de seguridad. Así mismo, aducen como título de imputación la falla en el servicio de la administración por la omisión en el mantenimiento y señalización prevención de las zanjas.

Sobre el particular, se debe precisar que el error de los accionantes radica en atribuir la causa del presunto daño al Distrito Especial de Santiago de Cali, cuando la obligación del mantenimiento, reparación y señalización de la infraestructura del servicio público domiciliario de alcantarillado está a cargo de EMCALI E.I.C.E, entidad sobre la cual el municipio no ostenta ninguna relación de dependencia.

Para efectos de clarificar los motivos que configuran la falta de legitimación en la causa por pasiva, es necesario abordar la naturaleza jurídica de EMCALI y las funciones que le fueron otorgadas, a fin de determinar a quién corresponde emplear los medios idóneos para evitar los presuntos daños causados a los demandantes:

Por una parte, el Acuerdo No. 50 del 1961 del Concejo Municipal de Santiago de Cali, creó el Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali- EMCALI para la prestación de algunos servicios públicos.

Con la entrada en vigencia de la ley 142 de 1994, en el artículo 17, se dispuso lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 17. NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.*
>
> *PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado."*

Con fundamento en ello, el Concejo Municipal de Santiago de Cali, mediante el acuerdo No. 014 del 26 de diciembre de 1996, modificó la naturaleza jurídica de EMCALI E.I.C.E, pasando de Establecimiento de Comercio a Empresa Industrial y Comercial del Estado, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa.

Posteriormente, mediante Acuerdo No. 034 de 1996 *"POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL ESTATUTO ORGANICO PARA LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CALI, EMCALI E.I.C.E. E.S.P., SE MODIFICA EL ACUERDO 014 DE 1996, SE DAN UNAS AUTORIZACIONES AL SEÑOR ALCALDE Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES*" se señaló su objeto social, así:

> *"ARTICULO CUARTO: Objeto Social. Las Empresas Municipales de Cali, EMCALI E.I.C.E. E.S.P., tienen como objeto social la prestación de servicios públicos domiciliarios contemplados en las Leyes 142 y 143 de 1.994, tales como acueducto,* ***alcantarillado****, distribución y comercialización de energía, distribución de gas combustible, telefonía básica conmutada, telefonía móvil y móvil rural y demás servicios de telecomunicaciones incluyendo los servicios agregados, generación de energía y tratamiento de aguas residuales."* (subrayado y negrilla fuera de texto)

Frente a las anteriores premisas, se puede concluir que EMCALI E.I.C.E asumió la prestación de servicios públicos domiciliarios de alcantarillado en el Distrito Especial de Santiago de Cali, en virtud de la independencia y autonomía propia de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, que es su naturaleza, según consta en los acuerdos municipales antes referenciados. Esto implica que EMCALI E.I.C.E, de conformidad con los artículos 85 y 86 de la Ley 489 de 1998, cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y un capital independiente, por lo que su funcionamiento, actos, decisiones, obligaciones y demás que adquiera, no se encuentran supeditados a ninguna otra entidad estatal.

En ese sentido, no se encuentra ajustado a derecho pretender que el Distrito Especial de Santiago de Cali responda por actos que no están a su cargo, máxime cuando está demostrado que existe una entidad encargada del mantenimiento de la infraestructura del servicio público de alcantarillado, que cuenta con personería jurídica, patrimonio propio e independiente, capacidad técnica, con autonomía administrativa y de objeto social múltiple, susceptible de comparecer como entidad demandada, y que debe ser la única vinculada directamente, que en este caso es EMCALI E.I.C.E.

Por otra parte, si se llegara a determinar que las zanjas de desagüe no pertenecen a la infraestructura del sistema de alcantarillado de EMCALI E.I.E.C., las mismas tampoco hacen parte de la infraestructura de la malla vía a cargo del distrito. Pues bien, vemos que en el informe INVESTIGADOR DE CAMPO JPJ-11-, se señala por parte del agente lo siguiente: *"(…) se encontró que la vía presentaba en su margen derecha una zanja que sirve para desagüe de aguas lluvias que está cubierta con un riel de hierro ubicado de forma paralela a la vía a lo largo de toda esa* ***zona de entrada y salida de vehículos de los parqueaderos del edificio Piedemonte****, que dicho riel deja a su vez dos zanjas en las cuales se introdujeron las ruedas de la motocicleta (…)*"

Es decir, es posible que dichas zanjas de desagüe hacían parte de una propiedad privada, por lo tanto, si la parte actora pretendía demostrar la responsabilidad del Distrito Especial de Santiago de Cali con fundamento en la supuesta obligación de mantenimiento y señalización de dicha zona de desagüe, por lo menos debía demostrar que dicha infraestructura hacía parte de los predios del distrito, sin embargo, desatendió es carga.

Así las cosas, en ninguno de los eventos señalados es posible imputar responsabilidad con fundamento en la falla del servicio por omisión, pues resulta evidente que el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI no tenía el deber de mantenimiento, reparación y/o señalización de la infraestructura del servicio público domiciliario de alcantarillado, ni de ejercer supervisión sobre el mismo pues no hacen parte de sus predios.

Por lo anterior, solicito declarar **PROBADA** la falta de legitimación en la causa del Distrito Especial de Santiago de Cali.

3. LA PARTE ACTORA NO PROBÓ LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR DE OCURRENCIA DEL ACCIDENTE.

Si bien, como se indicó anteriormente, existe falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito Especial de Santiago de Cali, por no tener a su cargo la obligación de mantenimiento, reparación y/o señalización de la infraestructura del servicio público de alcantarillado y, en todo caso, las zanjas de desagüe donde presuntamente ocurrió el accidente, no hacen parte de la malla vial ni de los predios del distrito, es menester precisar que en el sub lite no quedaron probadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el accidente, por lo tanto, ante la falta de certeza sobre el hecho dañoso, no es posible atribuir responsabilidad al asegurado y, por ende, tampoco a la aseguradora.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia dispone que el "*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijudíos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*" Así, para que se pueda atribuir responsabilidad al Estado, dicho precepto deviene en la necesidad de determinar el daño que ha sido causado al administrado y la imputación que de este se realice al Estado, fáctica y jurídicamente.

En tratándose de la imputación jurídica, relativa a la atribución de un deber jurídico de la administración, se determina conforme a distintos títulos de imputación que han sido entendidos por la Jurisprudencia del Consejo de Estado como: 1) daño especial; 2) riesgo excepcional; y 3) falla en la prestación del servicio-probada. Los dos primeros enmarcados dentro de un régimen objetivo de responsabilidad, en cuanto corresponde a la entidad demanda, para exonerarse de responsabilidad, la carga de probar la inexistencia del nexo causal por la ocurrencia de una causa extraña; y, el tercero, enmarcado en un régimen subjetivo, en cuanto es a la parte demandante a quien corresponde demostrar el daño, la falla en el servicio (incumplimiento del deber jurídico) y el nexo de causalidad.

En lo que respecta a la falla del servicio probada, el extremo activo debe asumir una carga probatoria frente a la demostración de todos los elementos que configuran la responsabilidad de la administración en el medio de reparación directa, aspecto que ha sido reiterado por la profusa jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual ha dicho lo siguiente:

> *"La carga de la prueba en la demostración de los presupuestos axiológicos establecidos en el artículo 90 de nuestra Carta Política impone a quien solicita su aplicación la obligación de aportar o solicitar dentro de las oportunidades legales, los medios de convicción para su acreditación.* ***Así, la parte que pretende una reparación debe encaminar sus esfuerzos en demostrar un daño que no tendrá que soportar, para luego sí acreditar que este resulta atribuible al Estado, carga lógica si se tiene en cuenta que sin la preexistencia del daño no hay lugar a estudiar la imputación y así mismo a resolver sobre la responsabilidad.*** *En estos términos, no basta con afirmar la existencia del daño habrá que demostrarlo."* (subrayado y negrilla fuera de texto)

Abordando el caso concreto, tenemos que en los hechos de la demanda, en resumen, el extremo activo manifestó que el día 06 de mayo de 2015, siendo las 21:45 horas, el señor CARLOS ALBERTO BENEVIDEZ falleció cuando se movilizaba en su motocicleta de placas CUH-86B por la Avenida 4 oeste con calle 5 de la ciudad de Cali, y perdió el control del vehículo por una de las llantas que se incrustó en una coladera o desagüe que se encontraba al costado derecho de la vía, atribuyendo responsabilidad al Distrito Especial de Santiago de Cali por la supuesta omisión en el mantenimiento y señalización del obstáculo. Esta teoría quedó totalmente desvirtuada a partir de las pruebas prácticas dentro del proceso, que dan cuenta de las siguientes anotaciones:

Un primer punto a considerar es que la parte actora no acreditó que la causa eficiente del accidente de tránsito fuera la zanja del desagüe de aguas de lluvia que supuestamente se encontraba sin rejilla. Si bien consta en el expediente el Informe Policial de Accidente de Tránsito No. 76000000032303 suscrito por los agentes de agente de tránsito Jesús Andrade

Salazar y Ramiro Orozco Ramírez, este por sí solo, no brinda certeza sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, pues el agente de tránsito que lo diligencia arrima al lugar de accidente con posterioridad a su ocurrencia, en ese sentido, no es un testigo de los hechos. Así, se puede traer a colación lo dicho por el Consejo de Estado, en ponencia de la Dra. Marta Nubia Velásquez Rico, sobre un caso similar:

> *"Lo consignado en el informe, por lo menos en lo que a las posibles causas del accidente se refiere, corresponde a las apreciaciones del agente que lo elaboró, tan es así que en ese documento se hace referencia a estas como "hipótesis", es decir que son simples suposiciones o conjeturas que evidentemente no brindan la certeza suficiente sobre lo ocurrido.*
>
> *Conviene precisar que al proceso no se allegaron otros medios probatorios que, analizados en conjunto con el informe policial del accidente de tránsito, demostraran que pese a que en la vía en la que se movilizaba la victima directa del daño existía una señal que le advertía que debía detenerse para verificar si tenía las posibilidades de cruzar sin poner en riesgo su vida ni su integridad física, no lo hizo y fue por el incumplimiento de esa carga que colisionó con la motocicleta oficial.[1]"*

En igual sentido, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en casos análogos dijo lo siguiente:

> *"(...) efectivamente la motocicleta no se encontraba en el lugar donde afirma la parte actora ocurrieron los hechos, limitándose el agente de tránsito a tomar las fotografías que se anexan en la aclaración y a realizar el informe en el cual se consigna una hipótesis de la causa del accidente "huecos" y el segundo de los agentes de tránsito que hace la aclaración, quien no estuvo presente en el lugar de los hechos, se limita a dar su apreciación..., **estableciéndose por ello que este informe, por sí solo, no sirve para acreditar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos**"*[2]. (negrita y subrayado fuera del texto original).
>
> "*En este punto conveniente es precisar, que la parte actora achaca como causa eficiente del accidente de tránsito ocurrido el 31 de mayo de 2015, a un hueco existente en la vía, soportando su aseveración en el referido informe de tránsito, sin embargo, no puede pasarse por alto que se trata de una hipótesis; luego dicho informe por sí solo no constituye prueba suficiente de dicha aseveración, para ello se necesitaba de otras pruebas como las testimoniales, empero, los testimonios en este asunto solo rindieron declaración sobre las relaciones afectivas de la víctima con los demás demandantes.[3]"*

Sin perjuicio de lo anterior, podemos observar que en dicho informe se registra en el ítem 4 que los hechos ocurrieron a las 21:15 horas y el levantamiento se realizó a las 21:45 horas. Es decir, que los agentes de tránsito arrimaron al lugar habiendo trascurrido, aproximadamente, más de media hora de haber ocurrido el accidente. De acuerdo con lo dicho por el agente de tránsito Jesús Andrade en audiencia de pruebas y en informe Investigador de Campo FPJ-11, antes de arrimar al lugar, los familiares de la víctima habían alterado la posición final del cuerpo, supuestamente para sacar los documentos de identificación del occiso. Situación que genera serias dudas sobre la veracidad de la posición final de los elementos probatorios que se registran en los planos topográficos del informe policial de accidente de tránsito, pues se tiene certeza de que la escena final del accidente fue alterada por terceros.

Por otro lado, se aportan unas fotografías donde se observan una vía con unas zanjas al lado derecho y un cuerpo sin vida. Dichos documentales no son suficientes para probar las condiciones en que ocurrió el accidente, en cuanto estos, por sí solos, no brindan certeza sobre la fecha de los hechos que en ellos se representan ni sobre el lugar donde fueron tomados. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 06 de mayo del 2015, con ponencia de la Consejera OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ, sobre el valor probatorio de las pruebas documentales como fotografías, dijo lo siguiente:

---

[1] Consejo de Estado, Sección Tercera (2018). Sentencia 45.661, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[2] Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (2019). Sentencia No. 97, M.P. Zoranny Castillo Otalora. Radicado No. 76-001-33-33-013-2014-00198-01, 22 de agosto.

[3] Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (2021). Radicado No. 76-001-33-33-006-2016-00094-03. M.P. Fernando Augusto García Muñoz. 30de julio.

> *"2.1. Sobre la posible valoración de las fotografías que fueron allegados al proceso por el demandante, y que pretenden demostrar la ocurrencia de un hecho,* ***debe precisarse que éstas sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las cuales no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas, y al carecer de reconocimiento o ratificación, no pueden ser cotejadas con otros medios de prueba allegados al proceso****.*
> *(…)*
> *Conforme a lo anterior, se tiene que las fotografías son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica,* ***siempre y cuando se hayan verificado los requisitos formales para la valoración de ese tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar.*** *En el asunto en estudio, de las fotografías aportadas no se puede determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas y carecen de reconocimiento o ratificación."* (subrayado y negrilla fuera de texto)

Ahora, sin que implique confesión, en el caso hipotético de que dichas fotografías correspondieran a los hechos, se puede observar que las zanjas del desagüe no se encuentran dentro de la vía sino por fuera de esta, al costado derecho, luego entonces no se explica cómo es que el occiso pudo salirse de la vía y chocar con la zanja, pues es claro que debió existir algún objeto o causa extraña que causó que el conductor se desviara hacia el lado derecho y se volcara, o simplemente iba muy pegado a la zanja y perdió el equilibrio. Situación de la que no se tiene certeza pues no lo supo explicar la parte actora, ya que en los hechos de la demanda se limitó a transcribir lo descrito en los informes de policía judicial y tampoco quedó probado en el proceso cómo ocurrieron los hechos.

Así las cosas, es claro que las pruebas aportadas y practicadas en el proceso no permitan establecer las circunstancias de tiempo modo y lugar en que acaeció el accidente de tránsito, siendo consecuencia de ello la imposibilidad de imputar jurídicamente el hecho a la administración por el desplegamiento de la actividad peligrosa y, por ende, deviene la imposibilidad de acceder a las pretensiones de la demanda.

Por lo anterior, solicito declarar **PROBADA** esta excepción.

4. SE ENCUENTRA PROBADA LA CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA VICTIMA QUE ROMPE EL NEXO DE CAUSALIDAD Y EXONERA DE RESPONSABILIDAD AL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI.

Si bien, como se indicó anteriormente, existe falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito Especial de Santiago de Cali, por no tener a su cargo la prestación del servicio público de alcantarillado y, en todo caso, las zanjas de desagüe donde presuntamente ocurrió el accidente, no hacen parte de la malla vial ni de los predios del distrito, es menester precisar que, en el caso bajo estudio no se probó el nexo de causalidad como elemento esencial de la responsabilidad estatal, en cuanto quedó probado que el resultado dañoso tuvo como causa eficiente y determinante la culpa exclusiva de la víctima.

Según la narración de los hechos, el día 06 de mayo de 2015, siendo las 21:45 horas, el señor CARLOS ALBERTO BENEVIDEZ falleció cuando se movilizaba en su motocicleta de placas CUH-86B por la Avenida 4 oeste con calle 5 de la ciudad de Cali, y perdió el control del vehículo por una de las llantas que se incrustó en una coladera o desagüe que se encontraba al costado derecho de la vía. Sobre el punto se debe tener en cuenta que al no existir certeza de los hechos y de la conducta de la administración, tampoco es posible establecer un nexo de causalidad.

Ahora, véase que la profusa jurisprudencia del honorable Consejo de Estado ha dicho que "*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". Por lo anterior, si lo que se pretende es demostrar la existencia del nexo causal como elemento esencial de la responsabilidad estatal, es necesario establecer el concurso de condiciones que intervienen en la generación de un resultado, siendo la causa eficiente del daño aquella que resulte preponderante. Así, es preciso señalar que no resulta relevante la cercanía que exista entre el hecho de la administración y el daño, pues para efectos de establecer el nexo de causalidad, se deberá determinar la causa más activa en la producción del resultado, esto es, su causa eficiente.

Por otro lado, el Consejo de Estado ha indicado que la culpa exclusiva de la víctima es un factor que exime de responsabilidad y lo ha definido en los siguientes términos:

> *"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**.(…)"[4] (subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Con base en las pruebas recaudadas en el proceso y valoradas en su conjunto, quedó demostrado que la causa eficiente del daño alegado por el accionante no es más que su propia culpa. Ello se concluye a partir de la demostración de varios hechos relevantes, a saber:

En primera medida, el Código Nacional de Tránsito Terrestre establece que los conductores deben estar atentos a todos los factores que se le presenten en la vía, señalando en su artículo 108 lo siguiente: "En todos los casos, el conductor deberá atender al estado del suelo, humedad, visibilidad, peso del vehículo y otras condiciones que puedan alterar la capacidad de frenado de éste, manteniendo una distancia prudente con el vehículo que antecede." (subrayado y negrilla fuera de texto)

Por otra parte, el artículo 106 del Código Nacional de Tránsito, modificado en su momento por el artículo 1 de la Ley 1239 de 2008, dispone que la velocidad máxima permitida en zonas residenciales es de 30 kilómetros por hora, disposición que actualmente se mantiene. La norma en comento señala:

> ***"ARTÍCULO 106**. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1239 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> En las vías urbanas las velocidades máximas y mínimas para vehículos de servicio público o particular será determinada y debidamente señalizada por la autoridad de Tránsito competente en el distrito o municipio respectivo. En ningún caso podrá sobrepasar los 80 kilómetros por hora.*
>
> *El límite de velocidad para los vehículos de servicio público, de carga y de transporte escolar, será de sesenta (60) kilómetros por hora. **La velocidad en zonas escolares y en zonas residenciales será hasta de treinta (30) kilómetros por hora**."*

Revisado el Informe Policial de Accidente de Tránsito, encontramos que se registra en el ítem 7.6 que el estado de la vía era "bueno", en el ítem 7.8, que la iluminación artificial era "buena", en el ítem 6.1. que el área era "urbana" y en el ítem 6.2. que el sector era "residencial". Por lo que es claro que el conductor contaba con una vía en buen estado y con buena visibilidad que le permitía percartarse de cualquier obstáculo y, a una velocidad

[4] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de julio de 2002 (expediente 13.744)

de 30 kilómetros, que es la máxima permitida para los sectores residenciales, se pudo haber anticipado al riesgo y ejecutar alguna maniobra para evitarlo.

Pese a lo anterior, es claro que el conductor desatendió su obligación de cuidado al conducir, lo cual es coherente con la hipótesis que plasmó el agente de tránsito en el INFORME INVESTIGADOR DE CAMPO – FPJ-11- en el cual señaló como hipótesis técnica ***"impericia en la conducción del vehículo que aplica para su conductor*** *y aplica para la vía: diseño de rejilla protectora que ofrece peligro a vehículos de ruedas pequeñas como motocicletas y bicicletas*.", ello pues si conductor del vehículo automotor hubiere estado atento a los factores de su entorno, se hubiera percatado de las zanjas que se encontraban al costado de la vía presuntamente sin rejilla y hubiese mantenido precauciones para no perder el equilibrio, si es que iba muy pegado al borde de la vía.

Por otra parte, por según lo dicho por el agente de tránsito, Jesús Andrade, en audiencia de pruebas, el conductor del vehículo llevaba casco y recuerda que se encontraba "ensangrentado", lo cual solo da cuenta de que el occiso debía llevar una velocidad mucho más alta de 30 km/h para que aún con el casco hubiere sufrido un trauma tan fuerte al punto de causarle la muerte.

Así las cosas, es claro que la causa del accidente no es producto de la falta de mantenimiento y señalización de la zanja del desagüe que se encontraba al costado de la vía, como lo pretende hacer ver la parte actora, sino de la impericia e imprudencia del conductor del vehículo que desatendió el deber objetivo de cuidado que se debe emplear a la hora de ejecutar una actividad peligrosa, como es la conducción de vehículos.

Por lo anteriormente expuesto, solicito declarar **PROBADA** la ausencia del nexo de causalidad por encontrarse probada la culpa exclusiva de la víctima en la producción del resultado dañoso.

5. **DE MANERA SUBSIDIARIA, SOLICITO DECLARAR LA CONCURRENCIA DE LA CULPA DE LA VICTIMA EN EL RESULTADO DAÑOSO Y, EN CONSECUENCIA, SE DISMINUYA EL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN**.

En el caso hipotético y poco probable que su señoría no encuentre plenamente acreditada la culpa exclusiva de la víctima, sin que implique confesión, solicito que, de manera subsidiaria, se declare que la conducta culposa de la víctima incidió significativamente en la producción del resultado y, en consecuencia, se disminuya el porcentaje de indemnización que pudiera corresponder al asegurado.

Sobre el punto, tenga en cuenta lo dicho por el Consejo de Estado mediante sentencia proferida dentro del expediente 19067, con ponencia del consejero Mauricio Fajardo Gómez, al señalar:

> *"Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. (…)* ***Por otra parte, a efectos de que operen los mencionados eximentes de responsabilidad (hecho de la víctima o de un tercero), es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder activo u omisivo de aquellos tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño****. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que dichas causales eximentes de responsabilidad puedan tener plenos efectos liberadores respecto de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por la víctima o por un tercero sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada o determinante,* ***pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a***

rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima. (…)" *(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Fallo 19067, 2011)" (subrayado y negrilla fuera de texto).*

Abordando al caso concreto, no queda duda que la culpa de la víctima tiene una alta incidencia en la producción del resultado dañoso, en cuanto resulta evidente el actuar negligente e imprudente del conductor al no estar atento a su entorno y conducir a una alta velocidad tuvo una alta incidencia en el resultado dañoso.

Por lo anterior, de manera subsidiaria, solicito declarar **PROBADA** la concurrencia de la culpa de la víctima en la producción del resultado dañoso y, por lo tanto, se proceda a disminuir la indemnización que correspondiere asumir a las entidades demandadas.

6. EL DAÑO SUFRIDO POR LOS ACCIONANTES NO ES INDEMNIZABLE PORQUE NO ES IMPUTABLE A LAS DEMANDADAS Y, ADEMÁS, NO SE PRUEBAN LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES Y EXAGERADA TASACIÓN DE LOS MISMOS.

Pretenden los accionantes que se condene al DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI al pago de los "*perjuicios materiales*" y "*perjuicios morales*", presuntamente causados a los demandantes.

Solicito a su señoría NEGAR las pretensiones propuestas, toda vez que en el sub-lite no se probó la responsabilidad de la administración en el resultado dañoso, por lo tanto, no hay obligación de indemnizar. Sin embargo, en el caso hipotético y poco probable que se llegare a condenar al Distrito Especial de Santiago de Cali, sin que esto implique confesión, tenga en cuenta las siguientes consideraciones:

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonial por los daños antijurídicos que le sean imputables a causa de la acción u omisión de las autoridades públicas. Del articulado constitucional es entonces posible deducir los elementos que deben concurrir a un caso en concreto para que surja el débito indemnizatorio a cargo de la Administración Pública, en concreto, son los siguientes: un hecho (lícito o ilícito) o una abstención, un daño antijurídico y un nexo causal entre los dos elementos anteriormente mencionados.

Sobre la norma superior analizada anteriormente, la H. Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en sentencias como la C-333 de 1996 donde el alto tribunal constitucional mencionó lo siguiente sobre los presupuestos de la responsabilidad estatal a la luz del ordenamiento de 1991:

"…la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.

10- Igualmente ***no basta que el daño sea antijurídico, sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública****. Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que* ***para imponer al Estado la obligación de reparar un daño "es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ´título jurídico´ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la ´imputatio juris´***

además de la imputatio facti´"[5]"[6] (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Como se observa de la jurisprudencia constitucional traída a colación, no basta para la declaración de responsabilidad en contra del Estado la simple constatación de un daño – que para el caso en concreto ni siquiera está probado – sino que, además, deben encontrarse los fundamentos jurídicos (*imputatio iuris)* y fácticos (*imputatio facti)* que permitan atribuir responsabilidad de manera concreta a una entidad o autoridad de la Administración Pública.

Pese a lo anterior, se realizan las siguientes precisiones:

- **Frente al "Daño moral":**

Pretenden la parte actora que se reconozca a su favor, por concepto de daño moral las siguientes sumas:

- A favor de NANCY ESPERANZA ANACONA (Cónyuge de la víctima directa) la suma de cien (100) SMLMV.
- A favor de JUAN SEBASTIAN BENAVIDES ANACONA (Hijo de la víctima directa) la suma de cien (100) SMLMV.
- A favor de DAVID ALENADER BENAVIDES VILLAN (Hijo de la víctima directa) la suma de cien (100) SMLMV.
- A favor de ROSALBA BENAVIDEZ (Madre de la víctima directa) la suma de cien (100) SMLMV
- A favor de GLORIA STELLA BENAVIDEZ (Hermana de la víctima directa) la suma de cien (100) SMLMV
- A favor de HECTOR MARINO BENVIDEZ (Hermano de la víctima directa) la suma de cincuenta (50) SMLMV
- A favor de BERTHA CECILIA BENAVIDEZ (Hermana de la víctima directa) la suma de cincuenta (50) SMLMV.
- A favor de FRANCISCO FERLY RAMIREZ BENAVIDEZ (Hermano de la víctima directa) la suma de cincuenta (50) SMLMV.

Sobre el punto se debe precisar que al no encontrase probada la responsabilidad del Distrito Especial de Santiago de Cali, no es procedente el reconocimiento de indemnización por ningún concepto. En todo caso, bajo ningún supuesto se podrán superar los topes máximos que ha acogido la jurisprudencia del Consejo de Estado para efectos de indemnizar el daño moral alegado.

Por lo anterior, solicito declarar **PROBADA** esta excepción.

- **Frente a los daños materiales (daño emergente)**

Pretenden la parte actora que se reconozca a su favor, por concepto de daños materiales, a título de daño emergente, la suma de DIEZ (10) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, consistentes en gastos funerarios. Monto que no es procedente reconocer teniendo en cuenta que, de las pruebas aportadas y practicadas dentro del proceso, no obra ninguna que acredite que los demandantes asumieron dicho gasto ni su cuantificación.

Sobre los daños materiales, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

> *"16.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido los perjuicios materiales en dos modalidades, a saber: (i) daño emergente y (ii) lucro cesante; lo que supone que ambas*

[5]Consejo de Estado. Loc- Cit.

[6] Sentencia del Consejo de Estado de mayo 8 de 1995, Expediente 8118., Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

modalidades refieren a situaciones distintas, cuyas nociones se hallan consagradas en el artículo 1614 del Código Civil, a cuyo tenor:

Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento (i).

En ese orden de ideas, el daño emergente corresponde a una pérdida patrimonial sufrida con la consiguiente necesidad para el afectado de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. *El daño emergente necesariamente determina que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima como consecuencia principalísima del hecho dañoso, es decir, debe existir una relación directa de causalidad entre este y el detrimento o disminución patrimonial que se alega."*[7] (subrayado y negrilla fuera de texto)

En igual sentido, en sentencia del trece (13) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), esta corporación dijo lo siguiente:

"La Sala recuerda que el artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como "el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento". En tal virtud, como lo ha sostenido reiteradamente la Sección, estos perjuicios se traducen en las pérdidas económicas que se causan con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación y que en consideración al principio de reparación integral del daño, consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1.998, ***solamente pueden indemnizarse a título de daño emergente los valores que efectivamente empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo.****"* (subrayado y negrilla fuera de texto)

Desde luego, la pretensión del daño emergente no puede estar infundada, sino que obedece al pago que el demandante tuvo o debe realizar con ocasión del daño que se le causó, imputable a la administración.

Abordando el caso concreto, se puede observar que la parte actora no aportó ninguna prueba documental, testimonial o de otra índole que acreditara que efectivamente los demandantes asumieron dicho gasto y cuál fue su monto. No existen facturas de pago o consignaciones realizadas a una entidad funeraria o a quien haya prestado el servicio funerario. Al respecto se precisa que, en concordancia con lo indicado por la jurisprudencia antes citada, el daño emergente corresponde a gastos que efectivamente salieron del patrimonio de quien lo alega, debe ser cierto, no se presume y debe estar debidamente probada su ocurrencia, así como su cuantificación.

Así las cosas, es claro que la pretensión sobre los daños materiales alegados no encuentra sustento factico o jurídico, por lo cual, solicito declarar **PROBADA** esta excepción.

- **Frente a los daños materiales (lucro cesante):**

Pretenden la parte actora que se reconozca a favor de la señora NANCY ESPERANZA ANACONA (cónyuge de la víctima directa), por concepto de daños materiales, a título de lucro cesante consolidado, la suma de QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS ($15.456.868)

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. Sentencia del veintinueve (29) de julio de dos mil trece (2013). CP. RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO. Rad. 19001-23-31-000-1999-00288-01(21564)

M/CTE, y por concepto de lucro cesante futuro, la suma de CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS ONCE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS ($134.511.872) M/CTE, montos que no es procedente reconocer teniendo en cuenta que la parte actora no probó que el señor CARLOS ALBERTO BENAVIDEZ ejerciera una actividad económica ni el quantum de los supuestos ingresos que recibía por esa actividad.

Sobre la definición del lucro cesante, el Consejo de Estado ha dicho que "***el lucro cesante hace referencia a la ganancia que deja de percibirse, o la expectativa cierta económica de beneficio o provecho que no se realizó como consecuencia del daño***." (subrayado y negrilla fuera de texto).

Y, en igual sentido, esta corporación, frente a los presupuestos para que se constituya el lucro cesante ha dicho:

> *"**1.1. Presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante***
> *2.1.2 **Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno** (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.).*
> *(…)*
> ***2.2.2 Ingreso base de liquidación***
> *(…) **El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado** y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas, las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso."* (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Por otra parte, sobre la prueba del lucro cesante, esta corporación ha indicado que el lucro cesante de estar debidamente probado por quien lo alega, pues este no se presume, ni es eventual o hipotético. En su tenor literal dijo:

> *"(...) no hay lugar a la condena por este aspecto, toda vez que **el lucro cesante no se presume, ni es eventual o hipotético, sino que debe ser adecuadamente probado**. (...)"* (subrayado y negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, y abordando al caso concreto, es menester precisar que la parte actora manifestó que el señor CARLOS ALBERTO BENAVIDEZ, supuestamente, era trabajador independiente como mecánico de motos y obtenía ingresos entre 1.5 y 2 SMLMV. Ahora, revisadas las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, no se observa ninguna prueba documental, testimonial o de otra índole que acredite que el señor CARLOS ALBERTO BENAVIDEZ laborara como mecánico de motos y/o que recibiera los ingresos económicos que señala la parte actora. Por lo tanto, resulta abiertamente injustificado cualquier valor económico que se pretenda sea reconocido a favor del solicitante por el rubro aquí pretendido, siendo consecuencia directa de lo anterior, la imposibilidad de que prospere lo solicitado.

En consecuencia, la falta de prueba suficiente que permita demostrar la actividad económica que supuestamente ejercía el señor CARLOS ALBERTO BENAVIDEZ y el monto que presuntamente recibía con fundamento en dicha actividad, se traduce en que no puede generarse un pago a cargo del demandado sobre supuestos fácticos que no han sido corroborados.

Por lo anterior, solicito declarar **PROBADA** esta excepción.

III. ANALISIS PROBATORIO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Sin perjuicio que en el sub lite no se demostró la responsabilidad del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, por la supuesta en la supuesta falla en el servicio que a juicio de los actores le ocasionó los presuntos perjuicios aquí reclamados, se procederá a realizar un análisis de lo probado frente a la relación sustancial entre la asegurada y mi representada MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., con ocasión del contrato de seguro, que sirvió de base para convocarla a este proceso, así:

1. **SE ENCUENTRA PLENAMENTE PROBADA LA FALTA DE COBERTURA DE LA POLIZA No. 1501215001154, POR NO HABERSE REALIZADO EL RIESGO ASEGURADO; POR LO TANTO, NO ES EXIGIBLE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**

No es exigible la obligación indemnizatoria a cargo de mi representado respecto de la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501215001154, toda vez que, no se encuentra realizado el riesgo asegurado y amparado en la póliza.

Sobre el particular se debe precisar que, al no encontrarse probado un hecho dañoso imputable al asegurado, tampoco surge obligación alguna de indemnizar por parte de la aseguradora, esto, en el entendido de que el contrato de seguro se encuentra sujeto a una obligación condicional que es la ocurrencia del siniestro contractualmente asegurado bajo las circunstancias pactadas en el contrato de seguro, que en este caso no se cumplió.

La Corte Constitucional, tratando sobre la naturaleza del contrato de seguro, señaló que *"la obligación condicional, es aquella en virtud de la cual "el asegurador asume el riesgo contratado por el tomador, mediante el pago de la prestación asegurada, sujeta a la condición de ocurrencia del siniestro*". De lo que se extrae que sin la ocurrencia del siniestro no se puede hacer efectiva la póliza y, desde luego que, si su ocurrencia no ha sido atribuida al asegurado, la reclamación del seguro no tiene lugar.

Ahora bien, el artículo 1072 del Código de Comercio define como siniestro: *"ARTÍCULO 1072. DEFINICIÓN DE SINIESTRO.* ***Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado***". (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Es que no se puede perder de vista que, en el argot desambiguado de los seguros, la expresión "siniestro" es la realización del riesgo asegurado o sea de la eventualidad prevista en el contrato, que solo se entiende configurado desde el momento en que acaece el hecho externo imputable asegurado. Sin embargo como, en el seguro de responsabilidad civil, uno de los presupuestos del artículo 1077 del Código de Comercio, el de la ocurrencia del siniestro, es la responsabilidad, deben darse los fundamentos generales de esta figura esto es, la circunstancia dañosa (puede ser un hecho o una conducta), la antijuridicidad, la relación de causalidad, el factor legal de atribución, el que, a su vez, exige como requisito el de la imputabilidad del autor, los cuales, como hemos explicado a través del cuerpo de las excepciones de mérito de este memorial, no se acreditaron.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 15 de junio de 2016, con ponencia del Magistrado LUIS ARMANDO TOLOZA VILLABONA, Radicación n.° 05001-31-03-010-2007-00072-01, precisó lo que se debe entender por "siniestro", al respecto dijo:

> *"No obstante, como los seguros de daños tienen por objeto proteger un patrimonio potencialmente afectado por la ocurrencia de la contingencia prevista; en el campo jurídico, el hecho condicional y el evento dañino, componentes del riesgo asegurado, son distintos.* ***El primero, se entronca con la materialización de la circunstancia futura e incierta; y el segundo, con el contenido o resultado obligacional. En definitiva, el siniestro, cual lo tiene precisado la doctrina autorizada, "(…) es el riesgo en estado de daño (…)***".

> *El siniestro, en los seguros de daños, más cuando son de carácter patrimonial, al decir de la Corte, "(…) invariablemente supone la materialización de un perjuicio de estirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que el riesgo materia del acuerdo de voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genere responsabilidad contractual del asegurador (…)"* (subrayado y negrilla fuera de texto)

De tal suerte que, al no estar probada la responsabilidad del asegurado, no es exigible la obligación condicional en cabeza de mi mandante.

Como se ha reiterado, la parte actora no probó que los hechos donde perdió la vida el señor Carlos Alberto Benavidez sea imputable al Distrito Especial de Santiago de Cali toda vez que no tiene a su cargo la reparación y mantenimiento del servicio público de alcantarillado y en todo caso, las zanjas de desagüe con las que presuntamente chocó el occiso no hacen parte de la malla vías ni de los predios del Distrito. Además, se logra establecer que la causa eficiente del accidente fue la culpa exclusiva de la víctima. Así las cosas, no existe obligación de mi mandante de indemnizar toda vez que, no existe ninguna prueba por medio de la cual se pueda establecer que la realización del daño le es imputable al asegurado.

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

> *"Son la columna vertebral de la relación asegurativa y junto con las condiciones o cláusulas particulares del contrato de seguros conforman el contenido de este negocio jurídico, o sea el conjunto de disposiciones que integran y regulan la relación. Esas cláusulas generales, como su propio nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a todos los contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aún por los aseguradores del mismo mercado y están destinadas a delimitar de una parte la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro, definir la oportunidad y modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanan."*

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

Vale la pena recordar al respecto, que el contrato de seguro contiene una obligación condicional a cargo del asegurador, (la de indemnizar), una vez ha ocurrido el riesgo que se ha asegurado (Arts. 1045, 1536 y 1054 del Código de Comercio). Por ello, el nacimiento de la indemnización pende, exclusivamente, de la realización del siniestro contractualmente asegurado, por lo cual, no cualquier acto o hecho tiene la propiedad de ser un acto asegurado, sino únicamente tienen esta característica aquellos actos y hechos que son expresamente pactados en la póliza del contrato de seguro. Al tenor de lo expuesto, tanto en la Póliza No. 1501215001154, el objeto del seguro en mención fue el siguiente:

> *"Objeto del Seguro*
> ***Amparar*** *los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo los perjuicios morales y de vida en relación y el lucro cesante, que cause a terceros el asegurado,* ***con motivo de la responsabilidad civil en que incurra o le sea imputable de acuerdo con la Ley colombiana****, durante el giro normal de sus actividades."* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En efecto, al no darse los elementos que permitan declarar la responsabilidad del Asegurado, no hay fundamento para afectar la póliza en comento por ausencia de realización del riesgo asegurado, es decir que en el presente asunto no se ha estructurado un siniestro, lo que deviene en que no se cumple la condición esencial para que surja la obligación contractual de resarcir a cargo de mi procurada.

Por lo anterior, solicito declara **PROBADA** la falta de cobertura de la póliza, al no haberse realizado el riesgo asegurado.

2. **SE ENCUENTRA PLENAMENTE PROBADO EL PORCENTAJE DEL COASEGURO PACTADO EN LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 1501215001154, ANTE UNA EVENTUAL OBLIGACION INDEMNIZATORIA.**

En el caso hipotético y poco probable que se llegare a declarar la responsabilidad del Distrito Especial de Santiago de Cali y, en consecuencia, la aseguradora MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., se obligare a cubrir el valor de la indemnización, sin que esto implique confesión, se encuentra debidamente probado el porcentaje pactado en el coaseguro del 34% a cargo de mi representada y la inexistencia de solidaridad entre las coaseguradoras.

Sobre la coexistencia de seguros, el artículo 1092 del Código de Comercio señala: *"**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 efecto, del material probatorio se puede avizorar que el suscrito contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501215001154, fue coasegurado entre Allianz Seguros S.A., AXA Colpatria Seguros S.A. (antes Compañía de Seguros Colpatria), Zúrich Colombia Seguros S.A. (antes QBE) y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., donde quedaron pactados los siguientes porcentajes de asegurabilidad: en un ***23% para Allianz Seguros S.A.*;** en un ***21% para AXA Colpatria Seguros S.A. (antes Compañía de Seguros Colpatria)*;** en un ***22% para Zurich Colombia Seguros S.A. (antes QBE);*** y, en un ***34% para Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.***

Abordando el caso concreto, se puede observar que en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501215001154 se pactó el siguiente coaseguro:

PARTICIPACION DE COASEGURADORAS			
NOMBRE COMPAÑIA COASEGURADORA	**TIPO DE COASEGURO**	**%PARTICIPACION**	**$ PRIMA PESO COLOMBIANO-N**
ALLIANZ SEGUROS SA	CEDIDO	23,00%	$ 312.062.645,30
COMPANIA DE SEGUROS COLPATRIA	CEDIDO	21,00%	$ 284.926.763,10
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE CO	CEDIDO	34,00%	$ 461.309.997,40
QBE	CEDIDO	22,00%	$ 298.494.704,20

Así las cosas, con fundamento en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501215001154, a la aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. solo le es dable responder, máximo, por el 34% del valor total de la indemnización a que se obligare a pagar a la asegurada ante una eventual declaratoria de responsabilidad, sujeta de igual manera al deducible pactado.

Así mismo, se debe precisar que el coaseguro pactado bajo ninguna circunstancia implica solidaridad entre las coaseguradoras, por lo tanto, las coaseguradoras deberán asumir el porcentaje que les corresponde. Frente a esto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de noviembre del 2002, Magistrada Ponente María Elena Giraldo Gómez, señaló:

> *"(…) para efectos indemnizatorios cada coaseguradora se entiende que concurre conforme a su importe y por tanto **las obligaciones que asume cada coaseguradora no se torna (sic) en relación con las otras coaseguradoras en obligaciones solidarias que impliquen que si alguna paga la indemnización total pueda reembolsarse en términos***

del artículo 1096 ibídem, sobre la subrogación. *Recuérdese además que el artículo 1092 ibídem establece que "En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad."* (subrayado y negrilla fuera de texto)

Así las cosas, estando probada la existencia del coaseguro, cualquier condena en contra de mi representada deberá ser reducida en proporción al valor o porcentaje coasegurado, teniendo en cuenta que no existe solidaridad entre las coaseguradoras.

Por lo tanto, solicito se declare **PROBADO** el porcentaje del coaseguro a cargo de mi representada, pactado en la Póliza de Responsabilidad Civil ExtracontractualNo. 1501215001154.

3. SE ENCUENTRA PLENAMENTE PROBADO QUE EN EL CONTRATO DE SEGURO DOCUMENTADO EN LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 1501215001154 SE PACTÓ UN DEDUCIBLE QUE ESTÁ A CARGO DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI.

En el caso hipotético y poco probable que se llegare a declarar la responsabilidad del Distrito Especial de Santiago de Cali y, en consecuencia, la aseguradora MAFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., se obligare a cubrir el valor de la indemnización, sin que esto implique confesión, resulta fundamental que tenga en cuenta que en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501215001154, se pactó un deducible a cargo del asegurado, Distrito Especial de Santiago de Cali, correspondiente al **15% de la perdida y mínimo 40 SMLMV**.

En este orden de ideas, resulta de suma importancia que el honorable juzgador tome en consideración que, tanto la definición del deducible como su forma de aplicación, ha sido ampliamente desarrollada por la Superintendencia Financiera de Colombia en distintos conceptos, como el que se expone a continuación:

"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.*

En este orden de ideas, correspondería a las partes en el contrato de seguro determinar el porcentaje de la pérdida que sería asumido por el asegurado a título de deducible, condición que se enmarcaría dentro de las señaladas por el numeral 11 del artículo 1047 del Código de Comercio al referirse a "Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes". (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Abordando el caso concreto, se puede observar que en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501215001154 se pactó el siguiente deducible por evento:

COBERTURAS		VALOR ASEGURADO	DEDUCIBLE
P.L.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 lo tanto, en caso de encontrarse probada la responsabilidad del asegurado con fundamento en el contrato de seguro documentado en la póliza No. 1501215001154, el asegurado deberá asumir el **15% de la perdida y mínimo 40 SMLMV**.

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada civilmente responsable en virtud de la aplicación del contrato de seguro, es de suma importancia que el honorable juzgador descuente del importe de la indemnización la suma pactada como deducible que, como se explicó, asciende al rubro del quince por ciento (15%) del valor de la pérdida o mínimo cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes por evento.

Por lo anterior, solicito se declare **PROBADO** el valor del deducible pactado en el contrato de seguro.

4. SE ENCUENTRA PLENAMENTE PROBADO EL LIMITE MAXIMO DE ASEGURABILIDAD PACTADO EN LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 1501215001154.

En el caso hipotético y poco probable que se llegare a declarar la responsabilidad del Distrito Especial de Santiago de Cali y, en consecuencia, la aseguradora MAFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., se obligare a cubrir el valor de la indemnización, sin que esto implique confesión, esta no podrá sobrepasar el monto límite asegurado pactado en la póliza No. 1501215001154.

Al respecto, el Código de Comercio en su artículo 1079, ha previsto que "*El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada* (…)".

De acuerdo con lo anterior, y en concordancia con las particularidades de la precitada póliza, se encuentra debidamente probado que en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501215001154 se pactó el siguiente límite de asegurabilidad por evento:

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	$ 2.500.000.000,00	$	2.500.000.000,00

Como se puede observar en la póliza, para el amparo de "PREDIOS, LABORES Y OPERACIONES" el valor máximo asegurado es de $5.000.000.000, por lo tanto, este es el límite de asegurabilidad en caso de encontrarse probada la responsabilidad del asegurado con fundamento en el contrato de seguros documentado en la póliza No. 1501215001154.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el límite de asegurabilidad, se encuentra supeditado a las condiciones pactadas en el contrato de seguro, a saber: *la suma asegurada*, *el deducible y las exclusiones que se hayan pactado*. De igual manera, no se podrá obligar a la aseguradora a responder sino hasta la suma de la concurrencia asegurada, de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio y, por tanto, el pago de una eventual indemnización estará sujeta a la disponibilidad de los fondos para realizar la cobertura, en tanto puede que hayan sucedido más siniestros.

Por lo anterior, solicito declarar **PROBADO** el límite máximo de asegurabilidad pactado en la póliza.

5. SE ENCUENTRA PROBADA LA INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI COMO ASEGURADO Y LA ASEGURADORA, RESPECTO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 1501215001154.

Revisado el contrato de seguro no se vislumbra que se haya pactado cláusula de solidaridad entre las partes, por lo que, en el caso hipotético y poco probable de que se llagare a declarar responsabilidad de la asegurada, en ningún momento comportará solidaridad. Es importante resaltar que la obligación de aseguradora MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., es de carácter contractual, cuyo fundamento es el contrato de seguro, y no hace parte de este la responsabilidad civil extracontractual que se llegare a atribuir al asegurado, siendo así, estas resultan independiente y no se constituyen como solidarias. Postura que encuentra asilo con lo dicho por la jurisprudencia de las altas cortes, así:

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y mediante ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez en sentencia SC20950-2017 Radicación N° 05001-31-03-005-2008-00497-0118 ha indicado que: *"(...) Por último, **la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual**, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del artículo 1134 del C. de Co (...)" (Subrayas y negrilla fuera de texto).*

También el art. 1568 del Código Civil Colombiano dispone:

> *"(...) En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.*
>
> *Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.*
>
> ***La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley**. (...)" (subrayado fuera de texto).*

Para terminar, se pone de presente que el artículo 1044 del Código de Comercio faculta a la aseguradora proponer al tercero beneficiario las excepciones y exclusiones que pudiere interponerle al asegurado o tomador del contrato de seguro, motivo por el cual puede alegar mí representada la ausencia de cobertura ante la falta de prueba de la ocurrencia y cuantía del siniestro y las exclusiones y demás condiciones que resultaren atribuibles al presente evento.

Por lo anterior, solicito declarar **PROBADA** la excepción de inexistencia de solidaridad entre las partes.

IV. PETICIÓN

Ruego a la Juez Séptimo (7) 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 por mí defendida frente a la demanda y al llamamiento en garantía, y consecuentemente, declare que la aseguradora MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA 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 del contrato de seguro No. 1501215001154, en especial la cobertura otorgada, la vigencia de la póliza, el límite del valor asegurado, el deducible y el coaseguro, con fundamento en los cuales el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, llamó 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.