

Honorable
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DEL VALLE DEL CAUCA
Santiago de Cali – Valle del Cauca.
E.S.D.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA.
DEMANDANTE: JULIAN MARTINEZ GARCIA Y OTROS.
DEMANDADO: MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI.
RADICADO: 2018 – 00209-01
ASUNTO: **PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN.**

CAROLINA GÓMEZ GONZÁLEZ, abogada en ejercicio, con domicilio en Pereira, Risaralda, identificada con cédula de ciudadanía 1.088.243.926 expedida en Pereira - Risaralda, con Tarjeta Profesional No. 189.527 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada especial de **ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.** antes **QBE SEGUROS S.A.** identificada con el Nit. No. 860.002.534-0, en virtud del poder especial por el representante legal, dentro de la oportunidad procesal, me permito pronunciarme frente al recurso de apelación presentado por la parte demandante, dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

1. PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante mediante recurso de apelación solicitó se revoque la decisión de primera instancia, sin embargo, se enfatiza que la parte apelante no se refirió de manera directa al llamamiento en garantía efectuado hacia mi representada y que los argumentos del recurso giran entorno a que no existe una culpa o hecho exclusivo de la víctima y que no se tomaron en cuenta algunos medios de prueba que argumentan, tienen “relevancia jurídica” y que esto conllevo a que , la sentencia de primera instancia excluyera de responsabilidad al Distrito de Santiago de Cali y al CVC al no encontrar ninguna falla en el servicio o indicios que permitieran atribuir causalmente el hecho a su actuar.

Lo cierto es que quedó más que demostrado que fue el señor Julián Martínez, quien de forma imprudente acercó su vivienda a la fuente de energía. Ahora, el hecho de que el demandante se encontrara sujetando un objeto altamente conductor cerca del tendido eléctrico, fue el hecho que concretó el riesgo, y por tal motivo es importante reiterar los eximentes:

1.1. CULPA O HECHO EXCLUSIVO DE LA VÍCTIMA SEÑOR JULIAN MARTINEZ GARCIA.

Como se admite en los hechos de la demanda, el señor MARTINEZ GARCÍA decidió de manera temeraria y negligente realizar trabajos con materiales metálicos en las instalaciones del segundo piso del predio denominado “Aura María” a pesar que como esta demostrado no cumplía con las normas del RETIE, pues estaba “peligrosamente” cerca de las cuerdas eléctricas las cuales eran completamente visibles para él y para cualquier persona, lo que debió implicar una carga de cuidado y autoconservación, que no fue cumplida, aventurándose a pesar de dichas circunstancias a manipular objetos metálicos de larga envergadura originando la descarga eléctrica y las lesiones que afectaron su humanidad.

Lo anterior llama la atención por cuanto en los hechos de la demanda se indica que las cuerdas energizadas “pasan y pasaban muy cerca de la vivienda” pero también se afirma en el hecho “3.2” que el señor JULIAN MARTINEZ GARCÍA no sabía que existiera riesgo de energización, más aun cuando se dice posteriormente que él contaba con experiencia en construcción y mantenimiento, lo que va en contra de toda lógica y razón natural, pues resulta evidente para cualquier persona del común que el tendido de cuerdas eléctricas siempre implica riesgo de energización, lo cual debió ser previsto por él más cuando también se dice que las cuerdas pasaban bastante cerca de la construcción siendo entonces visibles, lo que evidencia una falta de cuidado e imprudencia de su parte.

Ahora bien, si dentro del proceso se estableciera que el señor JULIAN MARTINEZ GARCIA o quien se dice es su compañera la señora ANA ROSA CAMPO CAMAYO son propietarios, poseedores o arrendatarios del predio denominado “Aura María” donde se dice ocurrieron los hechos que motivan la demanda, se configuraría también esta causal de exoneración, por cuanto hay evidencia irrefutable, pues así lo comprobó EMCALI en la visita realizada con posterioridad y en el dictamen pericial aportado con la demanda, que el propietario o encargado del predio había incumplido el art. 13 del RETIE así como tampoco había realizado la poda o solicitado la tala de los arboles que se encontraban en su propiedad y que estaban teniendo contacto con las redes eléctricas:

Nótese como sólo hasta el mes de junio de 2018, 6 meses de ocurrido el evento motivo de esta demanda, le solicitaron autorización a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca para la erradicación de árboles que hacían contacto con las redes eléctricas y había causado

afectaciones a la vivienda, siendo dichos árboles, la proximidad de la vivienda por el incumplimiento del art. 13 del RETIE y la imprudencia del señor JULIAN MARTINEZ GARCIA, la causa eficiente del del accidente, sin que el mismo estuviera relacionado con los árboles que se encontraban a las afueras de la propiedad:

Resolución 90708 del Ministerio de Minas y Energía:

Art. 13: El propietario de una instalación que al modificar la construcción viole las distancias mínimas de seguridad, será objeto de investigación administrativa correspondiente por parte de las entidades de control y vigilancia por poner el alto riesgo de electrocución no solo a los moradores de la construcción objeto de la violación sino a terceras personas y en riesgo de incendio o explosión a las edificaciones contiguas.

Código Civil:

ARTICULO 2341. <RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL>. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

Se lee en la página 37 del dictamen pericial lo siguiente:

→ RETIE – 2013 Art. 13 El propietario de una instalación que al modificar la construcción viole las distancias mínimas de seguridad, será objeto de la investigación administrativa correspondiente por parte de las entidades de control y vigilancia por poner en alto riesgo de electrocución no sólo a los moradores de la construcción objeto de la violación, sino a terceras personas y en riesgo de incendio o explosión a las edificaciones contiguas.

Página 62 del mismo informe:

Los planos de perfil y planta del levantamiento topográfico (Página 58) demuestran que las distancias entre el cable conductor más próximo y las fachadas de primero y segundo piso y la baranda metálica tubular del balcón, son de 0,84, 1,36 y 0,91 metros, respectivamente, mientras que el Reglamento RETIE establece una distancia mínima de seguridad de 2,30 m. Además, el conductor más próximo tiene una distancia al suelo de 7,4 m, cuando según el Artículo 13.2 del RETIE, debería ser de mínimo 8,1 m, por cuanto las líneas se extienden sobre zonas boscosas «donde se dificulta el control absoluto del crecimiento de estas plantas y sus copas pueden ocasionar acercamientos peligrosos».

CONCLUSION: El circuito eléctrico analizado se encuentra en contravención de lo estipulado en los Artículos 13°, Tabla 13.1 y Artículo 13.2, Figura 13.2, del RETIE – 2013 y existen condiciones de ALTO RIESGO o PELIGRO INMINENTE. Hay que recordar el texto de este artículo: «...la técnica más efectiva de prevención, siempre será guardar una distancia respecto a las partes energizadas...con el objeto de evitar contactos accidentales.»

Adicionalmente, en el Oficio No. 0712-372012018 de fecha junio 5 de 2018, dirigido a la señora ANA ROSA OCAMPO (demandante):

Asunto: Respuesta a solicitud No. 372012018

Cordial saludo,

En respuesta a su solicitud con radicado de CVC No 372012018, me permito informarle que la situación relacionada fue atendida por esta entidad el día 22 de marzo de 2018 por solicitud radicada en la CVC con No. 182952018 y fue autorizada la erradicación de cuatro árboles (4) que hacían contacto con la redes eléctricas y habían causado afectaciones en la vivienda del predio denominado Aura María mediante oficio No. 0712-182952018 el cual se adjunta a la presente.

Es necesario aclarar que la Corporación como autoridad ambiental autoriza la intervención de los árboles, mas no ejecuta esta labor, la cual debe ser realizada por el propietario del predio o a quien corresponda de acuerdo a las normas civiles colombianas vigentes.

Por otra parte, es de recordar que el asumir un riesgo como el manipular objetos metálicos cerca de tendidos eléctricos es sumamente peligroso, de ahí la importancia de conservar las distancias mínimas contenidas en el RETIE, lo que implica el asumir un riesgo como probable y esto demanda, para el que decida practicar este tipo de actividad riesgosa, una mayor diligencia para su cuidado e integridad física y psicológica y también para los demás que están expuestos a los resultados del desarrollo de una actividad peligrosa. Es por esto que la persona que decida realizar este tipo de actividad debe estar sujeta a los resultados de su actuar y no transferir la responsabilidad a terceros.

"El hecho o culpa de la víctima, en el ámbito de la responsabilidad administrativa, "no es más que la violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado", ha manifestado el Honorable Consejo de Estado en fallo del 1 de marzo de 1990, Exp. 3260, Consejero Ponente: Dr. ANTONIO JOSE DE IRISARRI; en el que se agrega:

"El juez administrativo está obligado a estudiar, frente a los elementos fácticos de cada caso concreto, qué papel juega el comportamiento de: la víctima en la cadena causal de producción del perjuicio. Así, si este último resulta ser imputable de manera exclusiva a la víctima, la exoneración de la administración habrá de ser total pues el vínculo o nexo causal se escinde, queda roto, y cuando el perjuicio, sin que normal y naturalmente intervenga y colabore en su producción la culpa de la víctima, deber el juez dar aplicación al principio de la concausalidad y de reducción en la apreciación del daño que consagra el artículo 2357 del Código Civil ..."

1.2. CULPA O HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO.

En caso que en virtud de la solicitud especial que se efectuará en el memorial contentivo del llamamiento en garantía, se establece que el predio denominado "Aura María" donde se dice ocurrieron los hechos motivo de esta demanda, pertenece a personas diferentes de los demandados, se propone esta excepción, porque se considera que de acuerdo con el material obrante en el expediente el incumplimiento de las normas de RETIE por parte del propietario del bien o de quien realizó la construcción del segundo piso, implicó que la vivienda se acercara de forma "peligrosa" al tendido eléctrico existente, además que no se dio aviso a las autoridades competentes sobre la existencia de árboles que tenían contacto con las mismas, ni se realizó la poda como correspondía, siendo este actuar descuidado negligente la causa del accidente sufrido por el señor JULIAN MARTINEZ GARCÍA, esto se encuentra acreditado así:

- En los hechos 3.3 y siguientes de la demanda, se indica que las cuerdas energizadas "pasan y pasaban muy cerca de la vivienda" siendo por tanto perfectamente visibles para sus moradores como para visitantes.

- Según consta en la visita técnica realizada al predio con posterioridad por funcionarios de EMCALI, se pudo evidenciar la situación anterior, indicándose que el propietario o encargado del predio había incumplido el art. 13 del RETIE.
- Se evidencia también, que el propietario o encargado del bien inmueble no había realizado la poda o solicitado la tala de los árboles que se encontraban en su propiedad y que estaban teniendo contacto con las redes eléctricas, solicitando la hoy demandante ANA ROSA CAMPO la respectiva autorización para erradicación de 4 árboles solo hasta el mes de junio de 2018, 6 meses de ocurrido el evento.
- Teniendo en cuenta lo anterior, es el propietario o encargado del bien denominado “Aura Maria” el responsable de las lesiones sufridas por el demandante señor MARTINEZ GARCÍA, por cuanto incumplió una disposición normativa como lo es el art. 13 del RETIE lo que lo hace responsable en los términos del art. 2341 del Co. Civil:

Art. 13: El propietario de una instalación que al modificar la construcción viole las distancias mínimas de seguridad, será objeto de investigación administrativa correspondiente por parte de las entidades de control y vigilancia por poner el alto riesgo de electrocución no solo a los moradores de la construcción objeto de la violación sino a terceras personas y en riesgo de incendio o explosión a las edificaciones contiguas.

Código Civil:

ARTICULO 2341. <RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL>. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

→ RETIE – 2013 Art. 13 El propietario de una instalación que al modificar la construcción viole las distancias mínimas de seguridad, será objeto de la investigación administrativa correspondiente por parte de las entidades de control y vigilancia por poner en alto riesgo de electrocución no sólo a los moradores de la construcción objeto de la violación, sino a terceras personas y en riesgo de incendio o explosión a las edificaciones contiguas.

- Lo anterior también se puede observar en el dictamen pericial aportado por la parte demandante donde se lee en las páginas 37 y 62 lo siguiente:



GÓMEZ GONZÁLEZ
A B O G A D O S

Los planos de perfil y planta del levantamiento topográfico (Página 58) demuestran que las distancias entre el cable conductor más próximo y las fachadas de primero y segundo piso y la baranda metálica tubular del balcón, son de 0,84, 1,36 y 0,91 metros, respectivamente, mientras que el Reglamento RETIE establece una distancia mínima de seguridad de 2,30 m. Además, el conductor más próximo tiene una distancia al suelo de 7,4 m, cuando según el Artículo 13.2 del RETIE, debería ser de mínimo 8,1 m, por cuanto las líneas se extienden sobre zonas boscosas «donde se dificulta el control absoluto del crecimiento de estas plantas y sus copas pueden ocasionar acercamientos peligrosos».

CONCLUSION: El circuito eléctrico analizado se encuentra en contravención de lo estipulado en los Artículos 13°, Tabla 13.1 y Artículo 13.2, Figura 13.2, del RETIE – 2013 y existen condiciones de ALTO RIESGO o PELIGRO INMINENTE. Hay que recordar el texto de este artículo: «...la técnica más efectiva de prevención, siempre será guardar una distancia respecto a las partes energizadas...con el objeto de evitar contactos accidentales.»

Adicionalmente, en el Oficio No. 0712-372012018 de fecha junio 5 de 2018, dirigido a la señora ANA ROSA OCAMPO (demandante):

Asunto: Respuesta a solicitud No. 372012018

Cordial saludo,

En respuesta a su solicitud con radicado de CVC No 372012018, me permito informarle que la situación relacionada fue atendida por esta entidad el día 22 de marzo de 2018 por solicitud radicada en la CVC con No. 182952018 y fue autorizada la erradicación de cuatro árboles (4) que hacían contacto con la redes eléctricas y habían causado afectaciones en la vivienda del predio denominado Aura María mediante oficio No. 0712-182952018 el cual se adjunta a la presente.

Es necesario aclarar que la Corporación como autoridad ambiental autoriza la intervención de los árboles, mas no ejecuta esta labor, la cual debe ser realizada por el propietario del predio o a quien corresponda de acuerdo a las normas civiles colombianas vigentes.

1.3. AUSENCIA DE IMPUTACIÓN JURÍDICA Y CAUSAL FRENTE AL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

La imputación, como elemento integrante de la declaratoria de responsabilidad, debe ser probada y atribuida al responsable. En dichos términos se ha referido el Dr. Luis Felipe Giraldo Gómez:

“...En aras de hacer el análisis del fenómeno de la imputación como elemento integrante de responsabilidad y teniendo en cuenta que se trata de un tema por ser difícil de abordar, se propone como punto de partida considerar el estudio de la imputación como un proceso de atribución del daño a su autor, proceso de gran importancia, al punto que el Consejo de Estado, lo ha considerado como un elemento indispensable para que se puede hablar de responsabilidad, el cual se insiste, está encaminado a buscar la atribución del daño padecido por la víctima a su autor...”.

Para precisar el alcance del tema en cuestión, el honorable Consejo de Estado se ha pronunciado así:

“La imputación es el elemento de la responsabilidad que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado”. “Se precisa inicialmente que para determinar la responsabilidad demandada es requisito fundamental establecer la imputación del mismo respecto del sujeto demandado” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de octubre de 1999. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 12.688. y sentencia de 22 de junio de 2001. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 12.701 respectivamente.

Entendiendo los conceptos citados, además del nexo causal que será expuesto en el siguiente subtítulo, para que se configure una eventual imputación debe establecerse cómo, cuándo, con qué y quién ocasión el daño acaecido. Ya que, conociendo la causa y el origen del daño, se podrá determinar una responsabilidad en sentido estricto.

De lo anterior se concluye que la demandada Municipio de Santiago de Cali, no reúne los derroteros pedidos por el juez administrativo para que se pueda imputar la responsabilidad, toda vez que no tuvo cometido, incidencia, compromiso o culpa en el siniestro narrado por el apoderado de la parte demandante, configurándose una exoneración al elemento de la imputación por parte del demandado.

Lo anterior, por cuanto dicha entidad no tiene injerencia ni tiene a su cargo el mantenimiento de la red eléctrica, estando el mismo a cargo de forma exclusiva de EMCALI como fue admitido por ellos en las respuestas dadas a las solicitudes efectuadas por la parte demandante.

1.4. AUSENCIA DE PRUEBA DE NEXO CAUSAL.

Por otra parte, no existe un nexo causal entre la ocurrencia del evento y el actuar o marco obligacional del Municipio de Santiago de Cali. De igual forma, la administración no puede garantizar el cumplimiento de la normativa vigente por parte de todos los ciudadanos, ni tampoco lograr que tengan el deber objetivo de cuidado. Por esa razón el demandante, al realizar una actividad peligrosa, podía elegir a su criterio si evitaba exponerse a una descarga eléctrica al manipular objetos metálicos “peligrosamente” cerca de un tendido de cuerdas energizadas y responsabilizándose de las consecuencias que dicha acción temeraria generara.

Sin existencia de prueba del nexo causal y sin cumplirse otro requisito para la declaración de responsabilidad del demandado, no pueden prosperar las pretensiones de la demanda.

Atendiendo a que el nexo causal debe ser probado en el proceso, no obra prueba en el expediente sobre el hecho irrefutable de que el demandado fue quien ocasionó el daño que jurídicamente se alega, razón por la cual, dado que el nexo causal no se presume, no está debidamente sustentado ni probado.

Aunque el demandante no realiza una imputación clara frente al I municipio de Santiago de Cali y solo lo menciona de forma aislada en los hechos de la demanda, lo que es razón más que suficiente para despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda en lo que a dicha entidad respecta, no puede bajo ninguna circunstancia ser tratado como una prueba del nexo causal la queja o los reclamos que hace el demandante sobre lo que podría haberse hecho para evitar el accidente, ya que de ninguna forma goza de plena prueba el hecho del daño antijurídico.

Como lo expone el Dr. Héctor Patiño sobre el nexo de causalidad:

“El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado”.

Si bien es cierto que al parecer el señor MARTINEZ GARCÍA presentó diferentes tipos de trauma en su cuerpo, no se evidencia esa relación necesaria entre el hecho generador y el daño probado. En el expediente sólo se habla de un daño que se atribuye a la administración municipal, pero no se fundamenta o justifica esa relación, obligatoria de probar.

1.5. CAUSA EXTRAÑA.

Como justificante de la imposibilidad de probar el nexo causal, el demandado Municipio de Santiago de Cali no es administrativa ni patrimonialmente responsable ya que no es imputable a esta entidad un error en su conducta pues, como se explicó antes, las meras afirmaciones de la

existencia de un deber de cuidado y mantenimiento que recaen en cabeza el Municipio no son una causa que justifique el accidente del señor MARTINEZ GARCÍA, ni tampoco constituyen prueba de la responsabilidad.

Por el contrario, el señor MARTINEZ GARCÍA es el único responsable de sus lesiones, atendiendo a que no tuvo en cuenta en deber objetivo de cuidado y, de forma temeraria se atrevió a manipular objetos metálicos de gran envergadura “peligrosamente” cerca de cuerdas energizadas.

La doctrina, específicamente la desarrollada por el doctor Ramón Daniel Pizarro, en su obra *Daño moral “Prevención. Reparación. Punición”*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires (Argentina), reimpresión 2000, págs. 27, 315 y 316, indica:

*“Únicamente tiene que repararse el daño causado. Nada más, pero nada menos. El moderno derecho de daños requiere máxima prudencia a la hora de fijar criterios en tal sentido. Desde una perspectiva netamente resarcitoria, **el hecho dañoso no debe convertirse en fuente de lucro, para el damnificado y, correlativamente, en un factor de expoliación para el dañador, lo que ocurre cuando éste se ve compelido a indemnizar un daño total o parcialmente inexistente.** (...) El principio de la reparación plena debe ser entendido, de tal*

2. FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO

2.1. LÍMITE DE LA COBERTURA PACTADA EN LA “PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL” No. 1501216001931

En el caso en que las excepciones planteadas frente a la demanda principal y al llamamiento en garantía no prosperen y el Municipio de Santiago de Cali sea condenado al pago de los perjuicios pretendidos, deberá considerarse que la obligación de ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. antes QBE SEGUROS S.A., en su condición de coasegurador, se limita al porcentaje sobre el valor de la eventual indemnización pactado en la póliza, esto es el 22%, todo ello, de acuerdo con el contenido de la póliza y con fundamento en el artículo 1079 del Código de Comercio.

| PARTICIPACION DE COASEGURADORAS | | | | |
|---------------------------------|-------------------|----------------|----------------------------|-------|
| NOMBRE COMPAÑIA COASEGURADORA | TIPO DE COASEGURO | %PARTICIPACION | \$ PRIMA PESO COLOMBIANO-N | FIRMA |
| ALLIANZ SEGUROS SA | CEDIDO | 23,00% | \$ 31.798.909,90 | |
| COMPANIA DE SEGUROS COLPATRIA | CEDIDO | 21,00% | \$ 29.033.787,30 | |
| MAPFRE SEGUROS GENERALES DE CO | CEDIDO | 34,00% | \$ 47.007.084,20 | |
| QBE | CEDIDO | 22,00% | \$ 30.416.348,60 | |

2.2. COASEGURO – RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL DE CADA COASEGURADOR

La PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL” No. 1501216001931, que es la que sustenta la vinculación de QBE SEGUROS S.A ahora ZURICH SEGUROS COLOMBIA S.A. a este proceso, cuenta con un coaseguro dividido así:

| PARTICIPACION DE COASEGURADORAS | | | | |
|---------------------------------|-------------------|----------------|----------------------------|-------|
| NOMBRE COMPAÑIA COASEGURADORA | TIPO DE COASEGURO | %PARTICIPACION | \$ PRIMA PESO COLOMBIANO-N | FIRMA |
| ALLIANZ SEGUROS SA | CEDIDO | 23,00% | \$ 31.798.909,90 | |
| COMPANIA DE SEGUROS COLPATRIA | CEDIDO | 21,00% | \$ 29.033.787,30 | |
| MAPFRE SEGUROS GENERALES DE CO | CEDIDO | 34,00% | \$ 47.007.084,20 | |
| QBE | CEDIDO | 22,00% | \$ 30.416.348,60 | |

Lo anterior implica que la máxima responsabilidad de mi representada corresponde con el 22% de la pérdida o del siniestro, correspondiente el excedente a las demás aseguradoras en la proporción que fue pactada en el contrato de seguro.

La figura del coaseguro se encuentra regulada en el Código de Comercio en cuyo artículo 1095 dispone que "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".

De la norma transcrita se infiere que el coaseguro se presenta cuando el asegurado promueve o asiente la celebración de un acuerdo entre dos o más entidades aseguradoras, con el fin de distribuir entre ellas el interés y riesgos asegurados, cuya formalización 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".

Lo que caracteriza al coaseguro es la distribución del riesgo entre varios aseguradores mediante una misma póliza, de tal manera que en la misma proporción en que se distribuye la responsabilidad sobre el riesgo, los coaseguradores perciben el importe de las primas y asumen

la responsabilidad respecto de los reclamos.

De manera que los distintos aseguradores se encuentran vinculados por virtud de un mismo contrato de seguro con el asegurado y son responsables ante este, de manera individual respecto de la proporción o cuota en que hubiesen asumido sobre el riesgo, es decir no existe solidaridad entre los coaseguradores.

El coaseguro se "usa", como dice el profesor J. Efrén Ossa Gómez¹⁰ por voluntad del asegurado "(...) porque desea hacer partícipes del seguro a dos o más aseguradores. O coadyuvar la distribución técnica del riesgo. O proveer, mediante un seguro adicional con otro asegurador, a la protección de un incremento sobreviniente de su interés asegurable (...)"

En Sentencia de octubre 9 de 1998, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, expediente 4895 expresó sobre el coaseguro que:

"...constituye una modalidad de coexistencia de seguros, donde un número plural de aseguradores conviene distribuirse entre sí, frente a un asegurado, en una cuota o valor predeterminados, el mismo interés y riesgo asegurados. Este acuerdo debe formalizarse con la anuencia del asegurado, pues por virtud de él se genera una relación asegurativa autónoma con cada uno de los aseguradores, por la cual se obligan a responderle al asegurado por la cuota o valor respectivo del daño indemnizable, constituyendo ella el límite de lo reclamable frente a cada uno de los aseguradores si bien es cierto que el coaseguro implica una pluralidad de negocios asegurativos, tal como quedó explicado, esa multiplicidad contractual no repele, per se, la unidad documental, de manera tal que los diversos contratos consten en una misma póliza, más cuando existe identidad de asegurado, riesgo e interés asegurable, pues lo que al fin de cuentas importa es la especificación de los elementos esenciales de cada una de las relaciones, así como la formalización con arreglo a las solemnidades legales, como en este caso ocurrió, incluyendo la firma de la póliza por sendas aseguradoras".

2.3. DEDUCIBLE PACTADO EN LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL NO. 1501216001931.

Se sustenta esta excepción en que la póliza que sustenta los llamamientos en garantía tiene un amparo de “RCE – Predios Laborales y Operaciones” con un valor asegurado de \$5.000.000.000.00, y la misma cuenta también con un deducible del 15% de la pérdida mínimo 40 smlmv, es decir que toda pérdida o indemnización que sea inferior a 40 smlmv o \$35.112.120 debe ser asumida directamente por el asegurado y no por la aseguradora, porque así quedó expresamente pactado en la póliza, razón por la cual no es QBE SEGUROS S.A. hoy ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. la llamada a asumir ninguna erogación que sea igual o inferior al deducible pactado en la póliza.

En las Condiciones Generales de la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, se establece lo siguiente:

CLAUSULA DECIMA SEXTA - DEDUCIBLE.

De todo y cada siniestro cuyo monto ha sido acreditado por el asegurado o el beneficiario, o se haya determinado mediante sentencia judicial o laudo arbitral ejecutoriados, o haya sido resultado de transacción con los afectados, se deduce el valor indicado en la carátula de la Póliza o por anexo como deducible. Esta deducción es de cargo del Asegurado, así como los siniestros cuyo valor es igual o menor a dicho deducible.

Si el deducible se acordó como porcentaje del valor del siniestro y/o una suma fija mínima, el importe del deducible se calcula aplicando el porcentaje acordado al valor del siniestro o el valor mínimo acordado, el que sea mayor de los dos. Si resulta que el valor del siniestro es menor al deducible mínimo pactado, no hay lugar a indemnización alguna.

Si se acordó un deducible diferente para alguno de los amparos otorgados, se aplica únicamente el importe del deducible relativo al amparo afectado.

El deducible en las pólizas o en el contrato de seguro es la porción del riesgo y de la pérdida que siempre se encuentra en cabeza del asegurado, de hecho existe expresa prohibición en la Ley de asegurar el deducible.

ARTÍCULO 1103. <DEDUCIBLE>. Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional.

La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original. (Negrilla y Subraya fuera de texto original)

La anterior prohibición del aseguramiento del deducible se deriva precisamente de las funciones que dicho pacto o condición conlleva, que son las siguientes:

- El deducible promueve el auto cuidado por parte del asegurado, y
- Permite que el costo de las pólizas se disminuya al evitar reclamaciones pequeñas que generan desgaste administrativo, así como menores índices de siniestralidad.

En la caratula de la póliza observamos como clara y expresamente se pactó el deducible para el amparo de “RCE – Predios Laborales y Operaciones”:

| COBERTURAS | VALOR ASEGURADO | DEDUCIBLE | |
|---|---------------------|---------------------|-------------------------|
| O. PREDIOS LABORES Y OPERACIONES | \$ 5.500.000.000,00 | \$ 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 médicos y hospitalarios | \$ 300.000.000,00 | \$ 1.100.000.000,00 | 10% PERD Min 3 (SMMLV) |
| Responsabilidad Civil parqueros | \$ 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 Vehículos 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 | \$ 2.500.000.000,00 | \$ 2.500.000.000,00 | 15% PERD Min 40 (SMMLV) |

2.4. DISPONIBILIDAD EN COBERTURA DEL VALOR ASEGURADO EN RELACIÓN CON LA “PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL” No. 1501216001931.

En el evento de una condena, deberá tenerse en cuenta el límite asegurado, de tal manera que será objeto de prueba acreditar qué valores ha desembolsado mi representada, durante la vigencia en que ocurrieron los hechos, para proceder a descontar dichos valores. En consecuencia y en el caso de que ya se hubieren atendido otros siniestros durante la misma vigencia hasta la suma asegurada, no habrá cobertura para el asunto que nos ocupa.

2.5. AUSENCIA DE COBERTURA DE CULPA GRAVE

En el evento de una condena, deberá tenerse que expresamente en las condiciones generales aplicables a la póliza se excluyó la cobertura de la culpa grave en los siguientes términos:

Condiciones Generales:

“CLAUSULA SEGUNDA - EXCLUSIONES:

LA COMPAÑÍA NO INDEMNIZA LOS DAÑOS O PERJUICIOS CAUSADOS DIRECTA O INDIRECTAMENTE POR Y/O COMO CONSECUENCIA DE:

1.1. DOLO O CULPA GRAVE DEL ASEGURADO O SUS REPRESENTANTES.

(...)”

A Su turno consagra el artículo 1055 del Código de Comercio establece:

“El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno...”

Si bien es cierto en el seguro de responsabilidad civil por regla excepcional el legislador permitió la asegurabilidad de la culpa grave, también lo es, que dicho aseguramiento requiere de manifestación expresa, y en este caso incluso está expresamente excluida la cobertura.

En consecuencia, si en este caso se llega a demostrar que hubo culpa grave del asegurado, y que tal actuar es la causa eficiente de la producción del resultado dañoso, el evento no está cubierto por el asegurador.

2.6. AUSENCIA DE COBERTURA POR INOBSERVANCIA DE DISPOSICIONES LEGALES, ORDENES DE AUTORIDAD O NORMAS TECNICAS

De igual forma expresamente en las condiciones generales de la PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL” No. 1501216001931, se excluyó de cobertura:

“CLAUSULA SEGUNDA - EXCLUSIONES:

LA COMPAÑÍA NO INDEMNIZA LOS DAÑOS O PERJUICIOS CAUSADOS DIRECTA O INDIRECTAMENTE POR Y/O COMO CONSECUENCIA DE:

(...)”

1.6. INOBSERVANCIA DE DISPOSICIONES LEGALES U ORDENES DE AUTORIDAD, DE NORMAS TECNICAS O DE PRESCRIPCIONES MEDICAS O DE INSTRUCCIONES Y ESTIPULACIONES CONTRACTUALES”

Es por esto que en el remoto caso de que el asegurado, MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, haya incurrido en alguna de las situaciones enunciadas en la exclusión referida, el contrato de seguro no tendría cobertura por expreso acuerdo entre las partes contratantes.

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

El honorable Consejo de Estado, en múltiples decisiones ha manifestado que:

“(...) 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.

(...)

Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto, puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. (...)

Lo anterior permite concluir que, a través de las pruebas allegadas se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado debido a que la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor JULIAN MARTINEZ, ÁNGEL MARÍA MACHI y el propietario del bien inmueble.

Asimismo, la culpa exclusiva de la víctima es entendida como “la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, y tal situación releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que esta debe asumir las consecuencias de su proceder.

Por su parte, Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero:

“CAUSALES EXHONERATIVAS O EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - Culpa exclusiva de la víctima / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA - Requisitos para su procedencia En lo que respecta a la culpa exclusiva de la víctima, como impeditiva de imputación, para su procedencia, se requiere de lo siguiente: la presencia de un actuar: positivo o negativo, esto es, de una acción u omisión por parte de quien alega padecer el daño; y ese actuar, viene a ser el determinante y exclusivo del hecho que materializa el acontecer de las lesiones infligidas. Sin duda, como lo ha señalado la Sala, el demandado se libera si logra acreditar que fue el comportamiento del propio afectado determinante y decisivo en la generación del daño.”

Elementos que se evidenciaron en el actuar temerario de los señores JULIAN MARTINEZ, ÁNGEL MARÍA MACHI y el propietario del bien inmueble, cada uno con su porcentaje de responsabilidad en los hechos generadores el daño.

Para lo anterior, traigo a colación la sentencia del 26 de julio de 2012, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, exp. 21205, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, la cual fue reiterada en:

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 35.803, M.P. Danilo Rojas Betancourth:

“A su turno, para exonerarse de responsabilidad, la administración deberá acreditar la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor”.

Situación que fue acreditada con suficiencia en el transcurso del proceso de la referencia.

PETICIÓN

Respetuosamente le solicito al Honorable Tribunal, con base a los argumentos expuestos en el presente pronunciamiento, CONFIRMAR la sentencia proferida por el señor Juez Séptimo administrativo oral del circuito de Santiago de Cali.

En cuanto a mi representada, en su calidad de llamada en garantía, al no existir razones para la condena del asegurado, solicito respetuosamente sea exonerada de cualquier responsabilidad.

NOTIFICACIONES

Estaré presta a recibir comunicaciones en la Secretaría del Juzgado o en la calle 14 No. 23-52 Edificio Altura oficina 909 Pereira - Rda., Tel. 310 497 5229. Correo electrónico: carolina.gomez@gomezgonzalezabogados.com.co.

Atentamente,



CAROLINA GÓMEZ GONZÁLEZ

C.C. 1.088.243.926 de Pereira, Risaralda.

T.P. 189.527 Consejo Superior de la Judicatura.