

Doctora

ÁNGELA SOLEDAD JARAMILLO MÉNDEZ

JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

adm11cali@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

PROCESO: REPARACIÓN DIRECTA

RADICACIÓN: 76001-33-33-011-2020-00175-00

DEMANDANTE: MANUEL ESTEBAN GRIJALBA SUAREZ Y OTROS

DEMANDADO: METROCALI S.A. Y OTROS

LLAMADOS EN GARANTÍA: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA Y OTROS

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con 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 mi calidad de apoderado especial de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, conforme se acredita con el poder de representación adjunto, encontrándome dentro del término legal, comedidamente procedo en primer lugar a CONTESTAR LA DEMANDA presentada por **MANUEL ESTEBAN GRIJALBA SUAREZ Y OTROS** en contra de METROCALI S.A. Y OTROS, y en segundo lugar a CONTESTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA formulado por el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, para que en el momento en que se vaya a definir el litigio se tengan en consideración los fundamentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación, anticipando mi oposición a todas y cada una de las pretensiones sometidas a consideración de su despacho, de conformidad con los siguientes argumentos:

CAPÍTULO I. OPORTUNIDAD

El despacho mediante auto 287 del 15 de marzo de 2021 resolvió admitir la demanda de reparación directa que nos ocupa. Por su parte el llamamiento en garantía fue admitido por el despacho mediante auto 491 del 31 de noviembre de 2024, notificado por estado del 01 de noviembre de 2024 y personalmente en la misma fecha, motivo por el que es correcto indicar que nos encontramos en término para contestar la demanda y el llamamiento en garantía, atendiendo a que el artículo 225 del CPACA establece que la llamada en garantía cuenta con quince (15) días para contestar la demanda y el escrito del llamamiento, término que se comienza a contabilizar a los dos (2) días hábiles siguientes a la remisión del correo electrónico, conforme lo dispuesto en los artículos 199 y 205 del CPACA¹. En el caso concreto, el término se computa de la siguiente manera: (i) de la notificación electrónica días 5 y 6 de noviembre de 2024; (ii) traslado del llamamiento, iniciando el

¹ Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ARTÍCULO 205. NOTIFICACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. <Artículo modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La notificación electrónica de las providencias se someterá a las siguientes reglas: (...) 2. La notificación de la providencia se entenderá realizada una vez transcurridos dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.

7 de noviembre de 2024 y finalizando el 28 de noviembre de 2024. Por lo anterior, este escrito se presenta dentro del término procesal correspondiente.

CAPÍTULO II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I. FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

FRENTE AL HECHO PRIMERO: A mi procurada no le consta directa o indirectamente si el señor Manuel Esteban Grijalba Suarez cruzaba a pie por la calle 5 con carrera 83 y en desarrollo de esa actividad fue arrollado por un bus alimentador perteneciente a la empresa UNIMETRO S.A. Sin embargo, desde ya se solicita se tenga en cuenta la confesión contenida en este hecho, en los términos del artículo 193 del Código General del Proceso, en relación con la legitimidad en la causa por pasiva, comoquiera el actor deja en evidencia que la responsabilidad del resultado dañoso recae sobre un tercero (bus alimentador del MÍO de placas VCQ947 vinculado a UNIMETRO S.A.).

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: A mi prohijada no le consta directa o indirectamente si la hipótesis descrita en el hecho y aparentemente traída en referencia del IPAT del caso, corresponde a la realidad de los hechos. Sin embargo, se deberá tener en cuenta por el despacho que según la jurisprudencia pacífica del Consejo de Estado, el IPAT no constituye *per se* plena prueba de los hechos, toda vez que es la representación de un servidor que no fue testigo de los hechos, en tal sentido nos atemperamos a lo efectivamente probado en el proceso y a la validez de los documentos allegados como pruebas y/o anexos a la demanda, relacionados con el hecho en cuestión. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO TERCERO: A mi prohijada no le consta directa o indirectamente si el señor Grijalba sufrió lesiones, la gravedad de ellas ni la clínica a la que fue trasladado. Sin embargo, nos atemperamos a lo efectivamente probado en el proceso y a la validez de los documentos allegados como pruebas y/o anexos a la demanda, relacionados con el hecho en cuestión. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO CUARTO: A mi prohijada no le consta directa o indirectamente los diagnósticos médicos del señor Grijalba. Sin embargo, nos atemperamos a lo efectivamente probado en el proceso y a la validez de los documentos allegados como pruebas y/o anexos a la demanda, relacionados con el hecho en cuestión. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO QUINTO: A mi prohijada no le consta directa o indirectamente si la hija del señor Grijalba adelantó algún tipo de acción penal respecto del caso ni mucho menos los motivos por los cuales la misma no se ha tramitado. Sin embargo, nos atemperamos a lo efectivamente probado en el proceso y a la validez de los documentos allegados como pruebas y/o anexos a la demanda, relacionados con el hecho en cuestión. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

FRENTE AL HECHO SEXTO: No es un hecho, es una manifestación subjetiva que realiza que el apoderado de los demandantes respecto de lo que él considera que fue la forma en la que se desplazaba el señor Grijalba el día del presunto suceso dañoso. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, ya que en el expediente no se visualiza ningún medio de prueba idóneo que permita acreditar lo referido en este hecho.

FRENTE AL HECHO SÉPTIMO: A mi prohijada no le consta directa o indirectamente la conformación del hogar y los criterios de sostenimiento de este, sin embargo, se evidencia en el plenario copia de sendos registros civiles que pueden dar fe de lo manifestado, en tal sentido nos atemperamos a lo efectivamente probado en el proceso y a la validez de los documentos allegados como pruebas y/o anexos a la demanda, relacionados con el hecho en cuestión.

Respecto de la manutención del hogar, se deberá tener en cuenta por el despacho la posición pacífica del Consejo de Estado respecto de que los ingresos de un mayor en edad productiva no se presumen en ningún caso, y deberán ser soportados efectivamente. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, ya que en el expediente no se visualiza ningún medio de prueba idóneo que permita acreditar lo referido en este hecho.

FRENTE AL HECHO OCTAVO: No es un hecho, es una manifestación particular que realiza el apoderado de la parte demandante en relación con los ingresos del señor Grijalba, en tal sentido desde ya se debe manifestar que dicha apreciación no está sustentada probatoriamente con el material allegado en la demanda y se deberá tener en cuenta por el despacho la posición pacífica del Consejo de Estado respecto de que los ingresos de un mayor en edad productiva no se presumen en ningún caso, y deberán ser soportados efectivamente. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, ya que en el expediente no se visualiza ningún medio de prueba idóneo que permita

acreditar lo referido en este hecho.

FRENTE AL HECHO NOVENO: No es un hecho, es una apreciación subjetiva que realiza el apoderado de la parte demandante respecto del estado de salud del señor Grijalba, y desde ya se debe manifestar que dicha apreciación no está sustentada probatoriamente con el material allegado en la demanda. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, ya que en el expediente no se visualiza ningún medio de prueba idóneo que permita acreditar lo referido en este hecho.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO: No es un hecho, es una apreciación subjetiva que realiza el apoderado de la parte demandante acerca del derrotero jurídico que considera se debe aplicar al caso en cuestión. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, ya que en el expediente no se visualiza ningún medio de prueba idóneo que permita acreditar lo referido en este hecho.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO PRIMERO: No es un hecho, es una apreciación subjetiva que realiza el apoderado de la parte demandante respecto de lo que para él son las características del estado de salud del señor Grijalba y de las condiciones del suceso, y desde ya se debe manifestar que dicha apreciación no está sustentada probatoriamente con el material allegado en la demanda. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, ya que en el expediente no se visualiza ningún medio de prueba idóneo que permita acreditar lo referido en este hecho.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO SEGUNDO: No es un hecho, es una apreciación subjetiva que realiza el apoderado de la parte demandante respecto de lo que para él ha sido la forma en que la familia del señor Grijalba ha afrontado el hecho por el que demanda, sin embargo, desde ya se debe manifestar que dicha apreciación no está sustentada probatoriamente con el material allegado en la demanda. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, ya que en el expediente no se visualiza ningún medio de prueba idóneo que permita acreditar lo referido en este hecho.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO TERCERO: No es un hecho, es una apreciación subjetiva y reiterativa que realiza el apoderado de la parte demandante respecto de lo que para él son las relaciones afectivas de la familia del señor Grijalba, sin embargo, desde ya se debe manifestar que dicha apreciación no está sustentada probatoriamente con el material allegado en la demanda. En este sentido, le corresponderá acreditarlo a la parte actora, de conformidad con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo

211 de la Ley 1437 de 2011, ya que en el expediente no se visualiza ningún medio de prueba idóneo que permita acreditar lo referido en este hecho.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO CUARTO: A mi prohijada no le consta directa o indirectamente la relación contractual existente entre la Unión Metropolitana de Transportadores S.A. y METRO CALI S.A., sin embargo, se advierte en el plenario copia de un contrato de concesión que puede dar fe de lo manifestado, en tal sentido nos atemperamos a lo efectivamente probado en el proceso y a la validez de los documentos allegados como pruebas y/o anexos a la demanda, relacionados con el hecho en cuestión.

II. FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios que hagan viable su prosperidad respecto de las entidades demandadas, pero especialmente respecto del Distrito Especial de Santiago de Cali, asegurado de mi representada y mi representada propiamente. Lo anterior, comoquiera que: i) se hace evidente con el estudio de los hechos y elementos probatorios allegados al caso, que en él se presenta falta de legitimidad en la causa por pasiva por parte del ente territorial, pues METROCALI S.A, se creó como una entidad del orden descentralizada, con patrimonio independiente, autonomía administrativa, y financiera y sumado a ello el Distrito Especial de Santiago de Cali, no tuvo participación alguna en la producción del daño reclamado ii) salta a la vista que el presunto daño que da fundamento a la demanda, de existir, tuvo como causa un hecho inequívoco y flagrante producido por un tercero, pues se puede advertir la responsabilidad del conductor de bus alimentador del MÍO de placas VCQ947 vinculado a UNIMETRO S.A., quién en ejercicio de sus funciones se involucró de forma determinante en el presunto hecho dañoso que se demanda; iii) por otro lado, no existe ningún fundamento fáctico, jurídico o probatorio que permita establecer que por parte del Distrito de Santiago de Cali o mi representada se presentó una conducta activa u omisiva, negligente o imprudente que haya ocasionado el daño que aquí nos convoca y por último iv) la parte actora no ha acreditado que la causa eficiente de los daños que alegan que sufrió el señor Grijalba Suarez, ha sido creada o concretada por el Distrito de Santiago de Cali o mi representada.

FRENTE A LA PRETENSIÓN PRIMERA DENOMINADA “1. PERJUICIO MORAL”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio, en razón a que la parte demandante no puede endilgar esa responsabilidad al Distrito Especial de Santiago de Cali ni a la aseguradora por presentarse una evidente falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del ente territorial y por haberse producido el daño a causa del hecho de un tercero, como ya se manifestó.

Sobre este tópico se debe manifestar que si bien es cierto la jurisprudencia del Consejo de Estado

ha sido pacífica en manifestar los grados de parentesco en los que se presume el daño de este tipo, también lo es que dichos preceptos establecen de manera clara e inequívoca el derrotero a seguir para establecer los montos a los cuales puede acceder un ciudadano en caso de pretender la reparación de un daño antijurídico, y sin que esta manifestación pueda ser entendida como confesión, se debe señalar que la liquidación que realiza el togado accionante carece de técnica jurídica en el sentido de desconocer los baremos que señala el Consejo de Estado para los casos de lesiones. En el presente caso, no se ha podido establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que presuntamente padeció el señor Grijalba, por lo tanto, es imposible determinar que la suma de indemnización es la correspondiente a 100 SMMLV, pues ello correspondería a un daño asimilable a la invalidez, lo cual no se puede predicar en el caso *sub examine*.

Por tanto, me opongo a la cuantificación de la indemnización realizada para este tipo de daño, más allá de la improcedencia de este.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “2. DAÑO A LA SALUD”: Me opongo rotundamente a la prosperidad de dicho perjuicio debido a que no está acreditado la gravedad del daño sufrido por el señor Manuel Esteban Grijalba Suarez, puesto que no se allegó ningún dictamen de pérdida de capacidad laboral que permita determinarlo de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, por lo que, cualquier declaración o tasación resulta totalmente subjetiva y especulativa.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “3. PERJUICIO MATERIAL”:

a. DAÑO EMERGENTE: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio, en tanto los daños alegados no pueden ser imputados a la entidad demandada y asegurada ni a la entidad aseguradora debida a la evidente falta de legitimación en causa por pasiva del Distrito Especial de Santiago de Cali, así como de la falta de acreditación de una falla en el servicio y de un nexo causal entre esta y el presunto daño, que permita estructurar la obligación a cargo de estas. En consecuencia, resulta improcedente la pretensión relacionada con este aspecto y a ello se suma que no existe en el plenario una prueba siquiera sumaria de la causación del perjuicio en mención ni de la forma en la que fue tasada por la parte actora.

b. LUCRO CESANTE CONSOLIDADO: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio, ya que no está demostrado que el señor Grijalba Suarez para la época de los hechos ejerciera una actividad productiva y que percibiera ingresos por ella, puesto que no allegó ningún elemento de convicción que permita establecer la existencia de una relación laboral que estuviese vigente y que fuese a estar vigente en el tiempo y la cual haya perdido exclusivamente a causa de los daños alegados así como tampoco se ha podido establecer de manera eficiente los ingresos en caso de ser una actividad productiva independiente. Tampoco es procedente el reconocimiento de esta

tipología de perjuicio, habida cuenta que este debe cumplir las características de todo tipo de daño, esto es, que sea cierto, personal y directo, sin embargo, es evidente que no hay certeza sobre su cuantía, pues la parte actora no determinó el tiempo, IBC y demás rubros a tener en cuenta para su cálculo, lo que lleva indudablemente a su negativa. En este sentido, el Consejo de Estado ya ha manifestado en forma reiterada que no se admite presunción el ejercicio de un oficio, por lo que, al no existir prueba de ello, mucho menos de su contraprestación, entonces no es procedente acceder a dicha pretensión.

c. LUCRO CESANTE FUTURO: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio, ya que no está demostrado que el señor Grijalba Suarez para la época de los hechos ejerciera una actividad productiva y que percibiera ingresos por ella, puesto que no allegó ningún elemento de convicción que permita establecer la existencia de una relación laboral que estuviese vigente y que fuese a estar vigente en el tiempo y la cual haya perdido exclusivamente a causa de los daños alegados así como tampoco se ha podido establecer de manera eficiente los ingresos en caso de ser una actividad productiva independiente. Tampoco es procedente el reconocimiento de esta tipología de perjuicio, habida cuenta que este debe cumplir las características de todo tipo de daño, esto es, que sea cierto, personal y directo, sin embargo, es evidente que no hay certeza sobre su cuantía, pues la parte actora no determinó el tiempo, IBC y demás rubros a tener en cuenta para su cálculo, lo que lleva indudablemente a su negativa.

En este sentido es menester recordar que el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Consejero Ponente. Carlos Alberto Zambrano Barrera, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, proferida dentro del expediente con radicado No. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572), eliminó las presunciones que habían en materia de reconocimiento de perjuicios, como la que se conocía de antaño y consistía en que toda persona así no lo acreditara y se encontraba en edad productiva se presumía que sus ingresos equivalían al de un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, para en su lugar decir, que este tipo de escenarios, es decir, el de reconocimiento de perjuicios, debe ser decidido siempre y en todo caso con sustento en hechos o supuestos debidamente probados:

“En suma, la Sala de la Sección optó por disponer indemnizaciones por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, a partir de la aplicación de manera indistinta de presunciones de orden interpretativo; así, para la liquidación de este perjuicio, presumió que: (i) ante la ausencia de la prueba del ingreso devengado por la víctima del daño, si se encontraba en una edad productiva, ésta recibía como ingreso, al menos, un salario mínimo legal mensual, incluso con independencia de que hubiera acreditado o no que al tiempo de la detención mantenía un vínculo laboral o desempeñaba una actividad que le reportara ingresos.

(...)

Sin embargo, a juicio de la Sala, resulta mejor, con miras a un adecuado ejercicio de la labor de

impartir justicia, soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que lleven a reconocer de oficio perjuicios de este tipo, pues evitarlos y, por tanto, decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados garantiza de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias y mantiene incólumes el principio de justicia rogada y el principio dispositivo, los cuales orientan la actividad y las decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

(...)

La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como el incumplimiento de la carga probatoria dirigida a demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios debe conducir, necesariamente, a denegar su decreto.

Los perjuicios materiales solo pueden decretarse previo estudio motivado y razonado que tenga en cuenta las pretensiones y las pruebas aportadas por la parte; así, solo se puede conceder al demandante el perjuicio reclamado, a partir de la apreciación razonada y específica que el juzgador realice de los medios probatorios obrantes en el expediente (...)."

Por estos argumentos resulta imposible acceder a la procedencia de este perjuicio.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “4. INTERESES”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio por cuanto la obligación nacería en el momento que se declare que el Distrito de Santiago de Cali es responsable extracontractualmente por los daños causados a los demandantes y en consecuencia la obligación para la compañía aseguradora nace en el momento en que se realice ese siniestro. En este sentido, al ser aquel el objeto del litigio y al no existir una sentencia en firme, no es posible pretender intereses sobre una obligación que aún no ha nacido a la vida jurídica.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DENOMINADA “5. CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA”: Aunque la pretensión no se encuentra dirigida directamente contra mi prohijada, me opongo rotundamente a la prosperidad de este perjuicio, en razón a que la parte demandante no puede endilgar esa responsabilidad a la entidad territorial demandada ni a la aseguradora por haberse producido el daño a causa del hecho de un tercero, y en el entendido de no existir responsabilidad de indemnización, no existe la obligación de apegarse a los términos de la norma citada en este aparte.

III. EXCEPCIONES FRENTE A LA DEMANDA

I. EXCEPCIONES PLANTEADAS POR QUIEN FORMULÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A MI REPRESENTADA.

Coadyuvo las excepciones propuestas por el Distrito Especial de Santiago de Cali, sólo en cuanto las mismas no perjudiquen los intereses de mi representada y bajo ese mismo tenor formulo las siguientes:

A. EXCEPCIONES DE MÉRITO:

II. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN CAUSA POR PASIVA DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI.

De acuerdo con lo expuesto en la demanda, los daños padecidos por el señor Manuel Esteban Grijalba Suarez se causan presuntamente por la acción única y exclusiva de un funcionario de UNIMETRO S.A. cuya intervención en los hechos demandados son independientes y totalmente ajenos al Distrito Especial de Santiago de Cali, toda vez que dicha empresa suscribió contrato de Concesión para fungir como el operador de servicio de METROCALI S.A., la que a su vez, tal como se puede extraer de los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio de Cali, es una empresa creada como una entidad del orden descentralizado, con patrimonio independiente, autonomía administrativa y financiera, constituida mediante escritura pública No. 580 del 25 de febrero de 1999 en la Notaria 9 del círculo de Cali, Registrada en Cámara de Comercio de Cali, el 03 de marzo de 1995; aspectos que dejan en evidencia que en caso de proceder algún reclamo con base en los hechos narrados en la demanda, este sólo podrá ser dirigido o a UNIMETRO S.A. o a METROCALI S.A., según corresponda de acuerdo a los términos del contrato de Concesión suscrito entre ellas.

Respecto de la falta de legitimación en causa por pasiva del Distrito Especial de Santiago de Cali, se debe mencionar que el Acuerdo número 16 del 27 de noviembre de 1998, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, autorizó al Alcalde Municipal a participar de la creación de una sociedad de capital por acciones simplificadas cuyo objeto fue desarrollar el SITM de la ciudad. Dicho acuerdo facultó para dar cumplimiento a lo contenido en la Ley 310 de 1996, por medio de la cual se modificó la Ley 86 de 1989, la cual dicta normas sobre sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros y se proveen recursos para su financiamiento. En virtud del acuerdo, el Municipio de Cali (ahora distrito especial) participó en la creación de la sociedad, mas no se convirtió en el titular del SITM, ni ostenta la calidad de propietario de los vehículos.

Con todo ello se hace evidente que el Distrito Especial de Santiago de Cali no tuvo participación alguna en la producción del daño reclamado, por ello, debe la honorable Juez, desvincular de manera definitiva del presente proceso a la entidad territorial por la evidente configuración de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Ahora bien, respecto del tema el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia establece que se debe interpretar la legitimación en la causa por pasiva de la siguiente manera:

“LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Noción. Definición. Concepto / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Fundamento La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio. (...) La

legitimación en la causa corresponde a uno de los presupuestos necesarios para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por lo tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, **desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico – procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia**². Negrilla y subrayado fuera de texto.

La legitimación en la causa -legitimatío ad causam- se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. Es decir, **tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez**, en el supuesto de que aquella exista. Es un elemento de mérito de la litis y no un presupuesto procesal (...)”³ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Conforme a lo anterior, la legitimación en la causa por pasiva según el Consejo de Estado hace referencia a ser el titular directo llamado para responder por el interés jurídico debatido, en este caso, implica tener la calidad de estar relacionada con el agente o elementos que ocasionaron los daños del señor Grijalba, situación que no se da, en tanto como se explicó, el agente productor del presunto daño es el bus alimentador del MÍO de placas VCQ947, el cual pertenece a una empresa (UNIMETRO S.A.) cuya relación al caso resulta del vínculo contractual con otra (METROCALI S.A.) del orden descentralizado, con patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera, lo cual desliga por completo al Distrito Especial de Santiago de Cali.

Por ampliamente expuesto en este punto, salta a la vista que la entidad territorial demandada y asegurada por mi poderdante, carece de la legitimación en la causa por pasiva para responder por la reparación de los daños pretendidos por los demandantes.

III. HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE UN TERCERO COMO CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD

Aunque en el presente caso se hace evidente, como ya se explicó ampliamente antes, que existe falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del asegurado de mi representada, es decir respecto del Distrito Especial de Santiago de Cali, ello no obsta para manifestar desde este extremo procesal que en el caso que nos ocupa se configura un evidente hecho de un tercero como causal

² Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C.P. Enrique Gil Botero Bogotá, D. C, 26 de septiembre de 2012, Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00575-01(24677).

³ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 23 de abril de 2008, exp. 16.271, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

eximente de responsabilidad en razón a que fue el agente conductor del bus alimentador del MÍO de placas VCQ947 quién cometió la presunta acción dañosa, y que en ello no se involucra ni directa ni indirectamente a alguien más que esté relacionado con el ente territorial o la entidad aseguradora que represento. Lo anterior está pacíficamente aceptado así por la parte activa de la acción, porque así lo manifiestan tanto en los hechos como en los argumentos de la demanda, con la particularidad desafortunada (para esta litis) que en el análisis de los presupuestos de legitimación para cada una de las entidades demandadas, no advirtieron el error de comprender la distinción institucional, presupuestal y administrativa que existe entre el Distrito Especial de Santiago de Cali y las otras dos relacionadas UNIMETRO S.A. y METROCALI S.A.

Queda claro entonces, que METROCALI S.A. es un ente totalmente independiente tanto al ente asegurado como a mi representada, como se explicó anteriormente, pues cuenta con su propia administración, personería jurídica independiente y patrimonio propio y que es ella quién tiene el vínculo contractual con UNIMETRO S.A. que a su vez en la propietaria del vehículo involucrado en los hechos, por lo tanto, lo ocurrido el 23 de agosto de 2019, se debe debatir exclusivamente entre los hoy demandantes, la empresa METROCALI S.A. y/o su operador, prestador del servicio UNION METROPOLITANA DE TRANSPORTES UNIMETRO S.A. como presuntas responsables de las lesiones sufridas por el señor Grijalba, pero debiéndose quedar fuera del debate el Distrito Especial Santiago de Cali y consecuentemente la compañía aseguradora que represento.

Sustento de lo anterior es que entre METRO CALI S.A. y la UNION METROPOLITANA DE TRANSPORTES S.A “UNIMETRO S.A.”, se celebró el Contrato de Concesión No. 4 cuyo objeto fue la prestación del Servicio Público de Transporte Masivo de Pasajeros dentro del sistema integrado de transporte masivo de Santiago de Cali, el cual es fechado a 15 de diciembre de 2016, y dentro del cual se establece como las obligaciones suscritas por UNIMETRO S.A., las contempladas en la cláusula 93 que cita:

*“Responsabilidades frente a terceros: La responsabilidad del CONCESIONARIO frente a terceros, es la que surja de la legislación en cada caso y de las responsabilidades que adquiera con la suscripción del presente contrato de Concesión. **El CONCESIONARIO es el responsable de los daños y perjuicios que se produjeren por su causa, la de sus dependientes, la de sus bienes muebles e inmuebles o la de los bienes muebles e inmuebles que estén bajo su administración, la derivada de la operación de transporte, la causada por el personal, por el empleado, contratado o subcontratado bajo cualquier modalidad y para cualquier fin, o por sus contratistas o subcontratistas (...)**”* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En ese contexto es claro que la empresa METRO CALI S.A. y/o UNIMETRO S.A. son los llamados a responder ante terceros como el señor Manuel Estaban Grijalba en caso de que se presenten daños a causa de la operación de transporte, debiendo quedar totalmente excluido de la discusión jurídica el Distrito Especial de Santiago de Cali, en razón a que las supuestas causas determinantes

del daño son atribuibles a los terceros ya señalados, quienes se repite son personas ajenas al ente territorial.

En armonía con lo anterior podemos advertir entonces que en el caso *sub examine* se cumplen los requisitos de configuración del hecho de un tercero como causal exonerativa de responsabilidad, porque se cumple que la causa efectiva fue única y exclusivamente generada por el agente conductor del bus alimentador del MÍO de placas VCQ947, el cual no tiene relación alguna con el Distrito Especial de Santiago de Cali.

Corolario de lo anterior, no puede existir otro camino que encontrar probada la excepción planteada de hecho exclusivo y determinante de un tercero como causal exonerativa de responsabilidad, en relación con el Distrito Especial de Santiago de Cali y consecuentemente con mi representada como entidad aseguradora de dicho ente territorial.

IV. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR FALTA DE ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL ACTUAR DEL DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI Y EL DAÑO CAUSADO

De lo expuesto en el medio exceptivo anterior se debe concluir que la parte actora no logró demostrar correlación alguna entre el actuar de la Administración del Distrito Especial Santiago de Cali y la ocurrencia del accidente, lo que en consecuencia rompe el nexo causal como elemento indispensable de la atribución de responsabilidad administrativa.

Con relación al concepto del hecho de un tercero como causal de exoneración de responsabilidad con la capacidad de romper el nexo causal, la Doctrina ha indicado lo siguiente:

*“Esta causal de exoneración parte del supuesto inicial, según el cual, el causante directo del daño es un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad. No son terceros las personas a quienes además del demandado, la ley adjudica responsabilidad solidaria o indistinta y que por ende resultan coobligados. **Jurídicamente solo es tercero alguien extraño, por quien no se debe de responder; es decir, no vinculado con el sujeto contra el que se dirige la acción resarcitoria.***

(...)

La jurisprudencia contenciosa ha considerado que para que se presente la figura del hecho del tercero como causal de exoneración de responsabilidad, es necesario que confluyan los siguientes elementos:

- a) El hecho del tercero debe ser causa exclusiva única y determinante del daño para que se convierta en exoneratorio de responsabilidad. El supuesto más común del hecho del tercero es aquel en el cual la participación de alguien extraño al demandante y al demandado fue el verdadero causante del daño y en este sentido, se configura una inexistencia del nexo causal. No obstante, también hay casos en los cuales el hecho fue causado desde el punto*

de vista fáctico por el demandado, quien vio determinada su conducta por el actuar de un tercero, haciendo que el daño sea imputable a ese tercero de forma exclusiva, como en el caso de la legítima defensa cuando el daño producto de esa defensa se causa a alguien distinto de aquel cuya agresión se pretende repeler. En este último caso nos encontramos frente a una imposibilidad de imputación, puesto que la defensa fue determinada por el hecho del tercero agresor (...)

- b) *Por otra parte, el hecho del tercero debe tener las características de toda causa extraña y en consecuencia ser irresistible e imprevisible, puesto que si se prueba que el hecho del tercero pudo haber sido previsto y/o evitado por el demandado que así no lo hizo, le debe ser considerado imputable conforme al principio según el cual “no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo”⁴.*

Como no se ha logrado demostrar, que la causa eficiente del hecho generador del daño está relacionada con una actividad u omisión desplegada por el ente territorial de Santiago de Cali, se presenta un ineludible hecho de un tercero a quien se le debe atribuir de manera exclusiva la responsabilidad del hecho dañoso, en caso de acreditarse el daño antijurídico. Corolario de ello resulta claro también que se encuentra acreditado que no existe nexo de causalidad entre el actuar u omitir del ente territorial demandado y el hecho alegado por los demandantes.

Resulta trascendente reiterarlo, porque es indispensable establecer si los motivos que dieron lugar al accidente de tránsito encuentran algún tipo de responsabilidad directa con una actuación u omisión de la entidad territorial demandada. En el caso *sub lite* es claro, más allá de que en gracia de discusión se deba realizar por el despacho el examen de responsabilidad y de antijuridicidad del daño, que el siniestro se presenta exclusivamente porque un tercero (respecto del Distrito Especial de Santiago de Cali) entiéndase el agente conductor del bus alimentador del MÍO de placas VCQ947, generó un accidente un tránsito en el que resultó afectado el demandante, a causa de una actuación imprevisible, irresistible y ajena al actuar del ente territorial.

Lo anterior tiene asidero porque no existe en el plenario una prueba o indicio que lleve a suponer que alguna actuación u omisión de la entidad asegurada, el Distrito Especial de Santiago de Cali, hubiese podido modificar el resultado de un accidente que se presentó por un presunto incumplimiento de normas de tránsito de un tercero, pues si este fuese el caso, estaríamos ante una responsabilidad ilimitada del distrito tendiente a encubrir cualquier tipo de actividad de los asociados, no vinculados a él y ello no puede ser contemplado de dicha manera.

En esta línea argumentativa ha dicho la Sección Tercera del Consejo de estado en Sentencias de Exp. 16.530 y Exp. 18.596 ambas con ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez, que:

“(...) El hecho de un tercero exime de responsabilidad al sujeto demandado cuando es

⁴ Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual, Héctor Patiño, páginas 385 a 388

susceptible de calificar como: (i) irresistible; (ii) imprevisible y (iii) ajeno o exterior de éste, además debe ser el origen del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada y excluyente, razón suficientemente clara y sólida (...)"

En cuanto a la irresistibilidad, es claro que no se puede predicar que frente a la actuación del agente conductor del bus alimentador del MÍO de placas VCQ947, el Distrito Especial de Cali pudiese adelantar actuación alguna que sea tan efectiva, que ella por sí misma, pudiese evitar el resultado dañoso, y eso resulta claro porque si ese fuese el caso, se estaría exigiendo actuaciones fuera de los términos de la razonabilidad.

En cuando a la imprevisibilidad, es claro que la simple actividad de conducir, es una acción que supone diversos escenarios que pueden darse según diferentes variables, pero aunado a ello, si a la simple actividad ya de por sí riesgosa se suma la aparente actitud del conductor en desapego a las normas de tránsito, lo cual no se espera de ningún administrado, queda claro que no estuvo y no puede estar al alcance de la entidad territorial, precaver que un agente particular va a decidir en algún momento puntual, actuar de la manera que lo hizo el conductor del bus alimentador del MÍO de placas VCQ947.

Finalmente, respecto de la exterioridad o lo ajeno de la actuación del tercero respecto de la entidad, es clara la circunstancia debido a que el bus alimentador del MÍO de placas VCQ947 está vinculado con UNIMETRO S.A. con fundamento a un contrato de Concesión suscrito con METROCALI S.A., que a su vez es una empresa que es administrativa, financiera y presupuestalmente diferente del Distrito Especial de Cali, es decir, que fue un actuar desligado completamente de las funciones de la entidad asegurada por mi representada, motivo por el cual, pretender la vinculación de esta última, al actuar de aquel, resultaría, cuando menos, incoherente.

Por los anteriores motivos, es claro que le presente medio exceptivo debe prosperar.

V. FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA DE LOS PERJUICIOS Y EXAGERADA TASACIÓN DE ESTOS.

La parte demandante no demostró la existencia de los perjuicios materiales e inmateriales que solicita, pues i) no aportó material probatorio idóneo que permitiera establecer los ingresos del demandante y ii) no se aportó material probatorio que permita establecer la real existencia del daño emergente alegados.

- **Frente al perjuicio de daño emergente**

Los accionantes pretenden en relación con este aspecto, el reconocimiento de un (01) SMMLV, valor que indican en el escrito petitorio, corresponde a los gastos en que deberán incurrir por para

obtener la calificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, sin embargo, dicho valor no se soporta con ningún tipo de prueba que permita determinar que ya se incurrió en el gasto y/o que se va a incurrir, aunado al hecho que no obra elemento de convicción que permita establecer que el valor exigido es el que debidamente se pagó o se deberá pagar. Lo anterior sin perjuicio del evidente hecho de que no está probado que le corresponda ni al Distrito Especial de Santiago de Cali ni a mi representada como su aseguradora, el deber de asumir el pago de dicha pretensión, pues en todo caso, los demandantes deberán demostrar que más allá de la existencia del daño, el mismo tiene las características de antijurídico, y en tal escenario corresponderá al responsable del daño, asumirlo.

- **Frente al perjuicio de lucro cesante consolidado y futuro**

La parte demandante pretende el reconocimiento de quince millones ciento trece mil ciento diez pesos (\$15.113.110) como lucro cesante pasado y de trescientos un millones sesenta y un mil seiscientos noventa y nueve pesos (\$301.061.699) como lucro cesante futuro, sin embargo, no acerca al plenario una prueba inequívoca de los ingresos efectivos que percibía el señor Grijalba al momento del accidente así como tampoco existe una calificación de pérdida de capacidad laboral que permita determinar que efectivamente no podrá desarrollar actividad lucrativa alguna por el resto de su vida como plantea la demanda.

En este sentido, es necesario recordar que el perjuicio del lucro cesante ha sido entendido como uno de naturaleza material, económico, de contenido pecuniario y que consiste en la afectación de un derecho patrimonial reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir a causa del daño padecido.

Por lo anterior, para que sea posible el reconocimiento del perjuicio de naturaleza económica, es necesario que se acredite su existencia cierta, actual o futura mediante elementos de convicción que permitan determinar el valor dejado de percibir. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

*El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del “(...) perjuicio que el daño ocasionó (...). **Este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, “(...) cierto y no puramente conjetural, [por cuanto] (...) no basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario** (...).⁵ (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

En igual sentido, la misma corporación afirmó en sentencia del 24 de junio de 2008 lo siguiente:

⁵ Sentencia del 12 de junio de 2018. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente SC 2107-2018.

(...) En cuanto perjuicio, el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual. Ahora, sin ahondar en la materia, porque no es del caso hacerlo, esa certidumbre no se opone a que, en determinados eventos, v. gr. lucro cesante futuro, el requisito mencionado se concrete en que el perjuicio sea altamente probable, o sea, cuando es posible concluir, válidamente, que verosímilmente acaecerá, hipótesis en la cual cualquier elucubración ha de tener como punto de partida una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado (...)

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

Por último, están todos aquellos “sueños de ganancia”, como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables”.⁶ (Negrilla y subrayado fuera del texto)

En consecuencia, el lucro cesante no puede constituirse sobre conceptos hipotéticos o simples conjeturas que no están justificadas en posibilidad ciertas y objetivas. De manera que es deber de la parte demandante acreditar el ingreso que dejó de percibir al momento de la ocurrencia del daño, la actividad productiva que desarrollaba al momento del accidente, pero todo esto basado en medios de convicción ciertos y no meramente especulativos.

El Consejo de Estado en sentencia de unificación del 10 de julio de 2019, limitó todas las posibles discusiones que se pudieran derivar de este perjuicio y eliminó la presunción de que toda persona en edad productiva devenga al menos un salario mínimo, en cuanto contrariaba con la certeza exigida para conceder dicha indemnización, de manera que estableció que el lucro cesante solo sería reconocido cuando obren las pruebas suficientes que lo acrediten:

La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como el incumplimiento de la carga probatoria dirigida a demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios debe conducir, necesariamente, a denegar su decreto. (...)

En los casos en los que se pruebe que la detención produjo la pérdida del derecho cierto a obtener un beneficio económico, lo cual se presenta cuando la detención ha afectado el derecho a percibir un ingreso que se tenía o que con certeza se iba a empezar a percibir, el juzgador solo podrá disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se cumplen los presupuestos para ello, frente a lo cual se requiere que se demuestre que la posibilidad de tener un ingreso era cierta, es decir, que correspondía a la continuación de

⁶ Sentencia del 24 de junio de 2008. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente SC 2000-01121-01

una situación precedente o que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada que le permitiría a la víctima directa de la privación de la libertad obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención.

Entonces, resulta oportuno recoger la jurisprudencia en torno a los parámetros empleados para la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, unificarla en orden a establecer los criterios necesarios para: i) acceder al reconocimiento de este tipo de perjuicio y ii) proceder a su liquidación.

La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante.⁷ (Negrilla y subrayado fuera del texto)

En definitiva, no es posible reconocer ningún perjuicio a título de lucro cesante, en cuanto el demandante sustentó sus pretensiones en meras suposiciones y no allegó ningún medio probatorio que permitiera demostrar que ejercía una actividad productiva al momento de los hechos y que en consecuencia de ella recibía una remuneración, por lo que, cualquier indemnización de este perjuicio resultaría insostenible y exagerada.

- **Frente a los perjuicios daño a la salud**

Los demandantes pretenden que se les reconozca como perjuicio inmaterial el “daño a la salud”, por valor de 100 SMMLV. Sobre este aspecto, el Consejo de Estado ha definido tal daño así: “(...) se puede decir que se avanza a una noción más amplia del daño a la salud, que se pasa a definir en términos de alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma”⁸.

Ahora bien, respecto a la acreditación y liquidación de este tipo de perjuicio inmaterial, el Alto Tribunal afirmó:

“La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, **única y exclusivamente para la víctima directa**, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la

⁷ Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación No. 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572).

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Rad. 28804 del 28 de agosto de 2014, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

siguiente tabla:

GRAFICO	
REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
REGLA GENERAL	
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa
	SMLMV
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se podrán considerar las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso”⁹.

Como vemos, el daño a la salud también se reconoce dependiendo de la gravedad o levedad de la lesión y, en la misma medida, atendiendo a criterios como los ya expuestos, esto es, afectaciones a la actividad rutinaria de la víctima directa que se pudiese acreditar con un dictamen de pérdida de capacidad laboral, el cual no fue aportado al proceso por lo que resulta meramente especulativo establecer la máxima cantidad de indemnización para un daño no determinado si quiera. Así las cosas, en el caso concreto, resulta evidente una cuantificación exagerada que desatiende la pacífica

⁹ Ibidem.

determinación del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, ya citado.

Ahora bien, más allá de la delimitación en abstracto de las sumas procedentes según qué casos y qué tipo de lesión, no se puede perder de vista que el daño o lesión a reparar al que se hace referencia, no es un daño cualquiera, debe tratarse indefectiblemente de un daño antijurídico para que proceda la correspondiente indemnización, al respecto dice Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández Rodríguez¹⁰:

*La lesión a la que se refiere la cláusula constitucional y legal es otra cosa, sin embargo. Para que exista lesión en sentido propio no basta que perjuicio exista un perjuicio material, una pérdida patrimonial; **es absolutamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico, antijuridicidad en la que está el fundamento, como ya notamos, del surgimiento de la obligación reparatoria.** (Subrayado y negritas fuera del texto original)*

Como en el caso que nos ocupa es evidente que el daño alegado por la parte actora es uno que no puede predicarse como antijurídico respecto del Distrito Especial de Santiago de Cali y mi representada, dada la configuración de los medios exceptivos ya argumentados en apartes anteriores como el de falta de legitimación en la causa por pasiva y el hecho de un tercero, es claro que no puede proceder reparación alguna sobre este aspecto en el caso particular.

No obstante, si en el remoto e improbable caso, el despacho considera que sí existen los elementos para determinar la procedencia de la indemnización, esta sólo podrá ser reconocida a la víctima y deberá obedecer a los topes establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, y en atención única y exclusiva a lo efectivamente demostrado en el proceso.

- **Frente a los perjuicios morales**

La parte demandante solicitó a título de indemnización por los perjuicios morales las siguientes sumas:

- Manuel Esteban Grijalba (lesionado): 100 SMMLV
- Fabiola Marín Aguirre (compañera permanente): 100 SMMLV
- Karen Marcela Grijalba Marín (hija): 100 SMMLV
- David Felipe Grijalba Marín (hijo): 100 SMMLV
- Jhon Franklin Grijalba Marín (hijo): 100 SMMLV
- Ana Julieth Grijalba Hernández (hija): 100 SMMLV

Sobre dichas pretensiones debe afirmarse que su tasación no puede derivarse de calificaciones subjetivas por parte de los demandantes, sino que debe basarse en factores objetivos tal como lo

¹⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomas Ramón, Curso de derecho administrativo, t II, 14 edición, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 378

ha determinado el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014, en este caso lo principal a advertir para establecer el rango en que se puede ubicar la cantidad de indemnización, es el porcentaje de pérdida de capacidad laboral el cual no consta en el proceso, y nuevamente se comete el error conceptual desde la parte actora de acudir al extremo máximo de reconocimiento para establecer su pretensión, y ello implica una tasación exagerada, toda vez que actualmente no se ha probado ningún grado de pérdida de capacidad laboral, por lo que la suma a la que pueden aspirar los demandantes no puede ser otra que cero (0) SMMLV.

Aunado a ello la parte actora está solicitando como indemnización por concepto de perjuicios morales para quien afirma ser su compañera permanente, sin embargo, ello no ha sido probado en el proceso, por lo que no resulta establecido que la señora Fabiola Marín Aguirre ostente la calidad en la que asiste al proceso, y por tanto la facultad de exigir este tipo de perjuicio en su favor. En relación con este punto dice el precedente ibidem, que:

Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

Por lo anterior, no es procedente que se conceda la indemnización requerida a título de perjuicios morales tal como se ha planteado para el lesionado ni sus hijas, por sustentarse dichos montos en meras especulaciones, y en adición para la señora Fabiola Marín Aguirre no se podrá reconocer ningún tipo de indemnización, toda vez que no está probada la calidad de compañera permanente con la que acude al litigio, ello porque dichas pretensiones no se ajustan a las exigencias de la jurisprudencia del Consejo de Estado, por lo que, el reconocimiento de la tasación resultaría contraria al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, se reitera que como en el caso que nos ocupa es evidente que el daño alegado por la parte actora es uno que no puede predicarse como antijurídico respecto del Distrito Especial de Santiago de Cali y mi representada, dada la configuración de los medios exceptivos ya argumentados en apartes anteriores como el de falta de legitimación en la causa por pasiva y el hecho de un tercero, es claro que no puede proceder reparación alguna sobre este aspecto en el caso particular.

No obstante, si en el remoto e improbable caso, el despacho considera que sí existen los elementos para determinar la procedencia de la indemnización, esta deberá obedecer a los topes establecidos y ya mencionados en apartes anteriores.

Por lo anteriormente expuesto, solicito señor juez se declare probada esta excepción.

CAPÍTULO IV. CONTESTACIÓN FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO

POR EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

I. FRENTE A LOS HECHOS DEL LLAMIENTO EN GARANTÍA

FRENTE AL HECHO PRIMERO: No es un hecho que dé base a la presente convocatoria, se trata del mero enunciado de los elementos de hecho y de derecho que dan sustento al medio de control de reparación directa promovido por Manuel Esteban Grijalba Suárez.

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: Es cierto, dado que el ente territorial suscribió el contrato de seguro representado en la **Póliza de Seguros de Responsabilidad Civil Extracontractual N°420-80-994000000109**, con vigencia entre el 29 de Mayo 2019 y el 23 de abril de 2020. Igualmente es cierto que en la póliza se pactó en coaseguro con los porcentajes mencionados en el hecho.

A pesar de lo anterior se debe dejar claridad que la responsabilidad de mi apoderada prosperará en la medida en la que se cumplan las condiciones del contrato de seguro y con cumplimiento a los aspectos de proporción.

II. RENTE A LAS PRETENSIONES DEL LLAMIENTO EN GARANTÍA

Respetuosamente manifiesto al Despacho que, me opongo a que se le condene a pagar a mi prohijada cualquier suma de dinero a título de indemnización que no se encuentre dentro de las condiciones particulares y generales pactadas en la **Póliza de Seguros de Responsabilidad Civil Extracontractual N°420-80-994000000109** con vigencia desde el 29 de mayo de 2019 hasta el 23 de abril de 2020. Lo anterior, teniendo en cuenta que el hecho de concertar un contrato de seguro no implica que opere automáticamente alguna cobertura, por cuanto el mismo se rige esencialmente por las cláusulas particulares y generales pactadas entre las partes y por supuesto por el Código de Comercio Colombiano.

III. EXCEPCIONES FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

I. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA AL NO REALIZARSE EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA

Es preciso informar al despacho, que en el presente caso no existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada respecto de la **póliza de responsabilidad civil No. 420-80-994000000109**, por cuanto no se ha realizado el riesgo asegurado amparado en el contrato de seguro.

En este sentido, el contrato de seguro solo entrará a operar, sí y solo sí, el asegurado (Distrito de Santiago de Cali) es declarado patrimonialmente responsable por los presuntos daños que alega la parte demandante, siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que impida los efectos jurídicos del contrato de seguro. Es así, como la declaratoria de

responsabilidad civil constituirá el siniestro, esto es, la realización del riesgo asegurado (artículo 1072 del Código de Comercio).

En igual sentido se pactó el objeto de la póliza, veamos:

1. Objeto del Seguro
Amparar los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales 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..

Al respecto, la parte demandante no ha demostrado los elementos constitutivos de la responsabilidad en cabeza del Distrito de Santiago de Cali, pues es claro que: i) se presenta una evidente falta de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial, ii) no ha acreditado que la causa eficiente del accidente haya sido alguna acción u omisión por parte del ente territorial, iii) como se ha explicado ampliamente a lo extenso de este escrito, hay una evidente conducta de un tercero a quién se le debe endilgar el daño, lo que a su vez genera un ineludible rompimiento del nexo de causalidad necesario para declarar la responsabilidad extracontractual de la entidad territorial demandada.

Por lo anterior, en razón a que no es posible endilgar responsabilidad administrativa alguna al Distrito de Santiago de Cali en la causación del daño y que, en todo caso, existe falta de legitimación en la causa por pasiva y una causal de exoneración de la responsabilidad, solicito señor juez se declare probada esta excepción en cuanto no le asiste ninguna obligación a la compañía aseguradora toda vez que no se ha realizado el riesgo asegurado.

II. LA EVENTUAL OBLIGACIÓN DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA NO PUEDE EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA

Sin que implique el reconocimiento de la responsabilidad, es necesario que el Juez observe las condiciones particulares y generales de la **póliza de responsabilidad civil No. 420-80-994000000109**, dado que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato.

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

Para el caso concreto, el límite del valor asegurado pactado en la póliza para los casos de responsabilidad civil extracontractual es de \$7.000.000.000 pesos m/cte.

DESCRIPCION	AMPAROS	SUMA ASEGURADA	% INVAR	SUBLIMITE
PATRIMONIO DEL ASEGURADO		\$ 7,000,000,000.00		
PREDIOS, LABORES Y OPERACIONES		7,000,000,000.00		
BENEFICIARIOS				
NIT 001	-	TERCEROS AFECTADOS		

Dicho valor de \$7.000.000.000 pesos m/cte, se encuentra sujeto a la disponibilidad de la suma asegurada, dado que la ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que, es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra de mi representada.

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

Por lo anterior, señor juez solicito se declare probada esta excepción.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA SE CIRCUNSCRIBE AL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN CONFORME AL COASEGURO PACTADO - INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD

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

COASEGURO CEDIDO		
NOMBRE COMPAÑIA	%PART	VALOR ASEGURADO
CHUBB SEGUROS COLOMBIA	30.00	
SBS	25.00	
HDI SEGUROS	10.00	

De este extracto se debe mencionar que el porcentaje restante, es decir treinta y cinco por ciento (35%) corresponde a la responsabilidad de mi representada la Aseguradora Solidaria de Colombia. En ese sentido, existiendo la distribución el riesgo entre las compañías de seguros, debe tenerse en cuenta que en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar en virtud del contrato de seguro, la responsabilidad de cada una de las aseguradoras está limitada a los porcentajes antes señalados, pues no se puede predicar una solidaridad entre ellas.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio, el cual sostiene: “en el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce

nulidad”.

Lo estipulado en la norma en cita, se aplica al coaseguro por estipulación expresa del artículo 1095 del Código de Comercio, que establece lo siguiente: **“las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro”.**

Es así como las obligaciones que asumen las coaseguradoras son conjuntas en proporción al porcentaje de riesgo aceptado por cada una de ellas y no existe solidaridad legal ni contractual entre ellas. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2021 con radicación No. 08001-23-33-000- 2013-00227-01 (54460) estableció:

*(...) 18.1.- En atención al coaseguro existente, se precisa que la llamada en garantía reembolsará únicamente el 55% de lo que llegue a pagar el Municipio de Santiago de Cali, pues, en estos eventos, los distintos aseguradores deben responder con sujeción a la participación que asumieron al momento de la celebración del contrato sin que exista solidaridad de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio: La jurisprudencia ha reconocido que en estos **casos de coaseguro se responde en proporción a la cuantía que se asumió, sobre todo en el caso en que ello se pacte expresamente.** De hecho, ha indicado que en esos casos de coaseguro.¹¹ (Negrilla fuera del texto).*

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

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

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

¹¹ Sentencia del 9 de julio de 2021. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. M.P. Martín Bermúdez Muñoz. Radicación No. 08001-23-33-000- 2013-00227-01 (54460).

coasegurador.¹²

Es claro que mi representada y las aseguradoras citadas, acordaron distribuirse el riesgo según los porcentajes señalados, sin que pueda predicarse una solidaridad entre ellas y limitándose la responsabilidad de estas en proporción con el porcentaje del riesgo asumido.

En virtud de lo anterior, solicito se tenga en cuenta el porcentaje del treinta y cinco por ciento (35%) asumido por **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**.

IV. LAS EXCLUSIONES DE AMPARO CONCERTADAS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 420-80-994000000109

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del contrato de seguro, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”¹³

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se exhorta a los jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los contratos de seguro. Razón por la cual, es menester señalar que la **póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 420-80-994000000109** cuya vigencia corrió desde el 29 de mayo de 2019 hasta el 23 de abril de 2020, en su página 1 y siguientes señala la obligación de las partes de atender una serie de exclusiones contempladas en el clausulado general depositado por la Aseguradora en la Superintendencia Financiera, entre las cuales se encuentra la numerada como **“17: INOBSERVANCIA DE DISPOSICIONES LEGALES, DE ÓRDENES IMPARTIDAS POR LA AUTORIDAD COMPETENTE O DE INSTRUCCIONES Y ESTIPULACIONES CONTRACTUALES.”** La cual solicito aplicar expresamente al caso concreto.

¹² Sentencia del 26 de enero de 2022. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. M.P. Freddy Ibarra Martínez. Radicación No. 25000232600020110122201 (50.698).

¹³ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020

Por otro lado, si bien la Circular Básica Jurídica establece que las exclusiones deben constar en la primera página de la póliza y en caracteres destacados, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de unificación No. SC328 del 21 de septiembre de 2023 ha aclarado que lo necesario es que deban empezar en la primera página de la póliza, más no de su carátula, y en caracteres destacados para que tengan eficacia. Criterios que se cumplen dentro del proceso, pues las exclusiones se encuentran desde la primera página del condicionado en caracteres destacados de forma ininterrumpida. Lo anterior, en estricto cumplimiento del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

*Artículo 184. Régimen de pólizas y tarifas. (...) 2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: a. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva; b. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y c. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.** (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil mediante la sentencia de unificación No. SC328 del 21 de septiembre de 2023, señaló que:

Ahora bien, con el propósito de aquilatar la hermenéutica de la norma en cuestión, debe recordarse que, conforme lo establece el artículo 1046 del Código de Comercio, se denomina póliza al documento que recoge el contrato de seguro. Esta póliza en sentido amplio contiene, como se ha visto, (i) la carátula, en la que se consignan las condiciones particulares del artículo 1047 ibídem y las advertencias de mora establecidas en los cánones 1068 y 1152 del mismo Código; (ii) el clausulado del contrato, que corresponde a las condiciones negociales generales o clausulado general; y (iii) los anexos, en los términos del artículo 1048 ejusdem. En ese sentido, se insiste en que el ordenamiento mercantil diferencia con claridad la carátula de la póliza de la póliza misma, y que, dada esa distinción, no cabe sostener que la regla del precepto 184 del ESOF debe cumplirse incluyendo los amparos básicos y las exclusiones, «en caracteres destacados» en la referida carátula. Cuando la norma en cita alude a «la primera página de la póliza» debe entenderse que se refiere a lo que esa expresión significa textualmente, es decir, al folio inicial del clausulado general de cada seguro contratado, pues es a partir de allí donde debe quedar registrado, con la claridad, transparencia y visibilidad del caso, uno de los insumos más relevantes para que el tomador se adhiera, de manera informada y reflexiva, a las condiciones negociales predispuestas por su contraparte: la delimitación del riesgo asegurado.

Conforme a lo anterior, las exclusiones son eficaces siempre que consten en caracteres destacados y comiencen a partir de la primera página de las condiciones generales de la póliza, tal y como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia; exigencia que se cumple en el caso de marras, toda vez que las exclusiones fueron estipuladas a partir de la primera página de las condiciones generales de la póliza.

Sobre la ubicación de las exclusiones pactadas en el instrumento asegurativo, en la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, de la referida entidad, se reafirmó la postura realizando una regulación de la emisión de las pólizas y del contenido que estas debían tener, así:

1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros: Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el numeral 2 del art. 184 del EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información: 1.2.1.1. En la carátula: Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca, Centro Empresarial Chipichape +57 315 577 6200 Bogotá - Cra 11A # 94A - 23 de 201 | +57 317 379 5688 KLGM Página 40 | 46 1.2.1.1.1. Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del C.Co. 1.2.1.1.2. En caracteres destacados o resaltados, es decir, que se distingan del resto del texto de la impresión, el contenido del inciso 1º del art. 1068 del C.Co. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal. 1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones) Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral. (Negrilla fuera de texto).

En ese sentido, la regulación de la Superintendencia Financiera de Colombia es completamente clara, pues indica que los amparos y exclusiones deben consignarse a partir de la primera página de la póliza, esto es, no de forma restrictiva en la carátula de esta, puesto que, por razones prácticas, por imposibilidad física, y por las indicaciones legales referidas, no es viable que confluyan en esta misma página del contrato de seguro. De hecho, la misma Superfinanciera a través de su Dirección Legal dio respuesta a consulta formulada por el Representante Legal de Liberty Seguros el pasado 04 de febrero de 2020 (Superintendencia Financiera de Colombia, Radicación No. 2019153273-007-000, trámite: Consultas específicas, remitente: 334000 – DIRECCIÓN LEGAL DE SEGUROS, firmado por Luz Elvira Moreno Dueñas, Director Legal de Seguros), conceptuando lo siguiente:

Bajo esta línea de interpretación, debe entenderse que en aquellos casos en que en consideración al número de amparos y sus respectivas exclusiones, así como la necesidad de ofrecer una descripción legible, clara y comprensible de los mismos, no sea susceptible incorporar todos estos conceptos en una sola página, pueden quedar, tanto los primeros como las segundas, consignados en forma continua a partir de la primera página de la póliza, como lo precisa la instrucción de este Supervisor.

Es preciso enfatizar que la Superintendencia Financiera de Colombia, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que tiene por objeto supervisar el sistema

financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados. Conforme a lo anterior, y a su clara condición de organismo estatal regulador de la actividad financiera y aseguradora, que por tanto ejerce la supervisión de manera idónea, es que el Decreto 2739 de 1991, en su artículo 3.3, estableció como una de sus funciones, la siguiente:

Emitir las órdenes necesarias para que las entidades sujetas a la inspección, Vigilancia y control de la Superintendencia suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas o inseguras, y para que se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento.

De acuerdo entonces a la función pública que realiza esta entidad es claro que sus conceptos y las circulares que expide tienen un fin orientador, claramente de carácter vinculante, no siendo coherente que expida una circular que vaya en desmedro de los intereses de los asegurados, tomadores o beneficiarios en el contrato de seguro.

En conclusión, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse la exclusión arriba señalada o alguna de las exclusiones de las que constan en las condiciones generales y particulares de la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 420-80-994000000109**, cuya vigencia fue desde el 29 de mayo de 2019 hasta el 23 de abril de 2020, ésta deberá ser aplicada y deberá dársele los efectos señalados por la jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza del asegurador como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado. Solicito señora juez declarar probada esta excepción.

V. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

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

VI. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO DE LOS CONTRATOS DE SEGUROS

Un principio que rige el contrato de seguro de daños es el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo. Siendo así, la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado. Por lo anterior, el carácter de los seguros de daños y en

general de cualquier seguro, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el beneficiario con el pago de la indemnización.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia No. 5065 del 22 de julio de 1999 estableció:

Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato.¹⁴

En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio establece lo siguiente: **“respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”**.

Así las cosas, no debe perderse de vista que las pretensiones de la parte actora no son de recibo por cuanto su reconocimiento por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali implicaría correlativamente una transgresión del principio indemnizatorio esencial del contrato de seguro. Lo anterior, puesto que se enriquecería la parte demandante recibiendo un pago por parte del ente territorial que no tiene origen en una obligación legal o contractual.

Conforme a ello, dado que los perjuicios solicitados en el petitum de la demanda presentan serias inconsistencias, reconocer el pago de suma alguna con cargo a la póliza de seguro, implicaría correlativamente transgredir el carácter meramente indemnizatorio que revisten los contratos de seguro. En efecto, se estaría supliendo la carga probatoria de la parte actora frente a los presupuestos de una responsabilidad patrimonial del Estado y eventualmente enriqueciendo a la parte actora.

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

VII. PAGO POR REEMBOLSO

Sin que el planteamiento de esta excepción constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, se solicita al honorable operador judicial que, en el improbable caso de encontrar responsable al asegurado y de llegarse a establecer que ha surgido alguna obligación

¹⁴ Sentencia No. 5065. (22 de julio de 1999). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

resarcitoria en cabeza de la aseguradora, respetuosamente se manifiesta que la obligación de mi representada deberá imponerse por reembolso y no por pago directo a los demandantes, ya que es el asegurado quien debe decidir si afecta o no el seguro, quedándole la opción de realizar el pago directo de la hipotética condena. Así las cosas, se solicita que en el remoto caso de condena la misma no sea a través de pago directo, sino por reembolso o reintegro.

VIII. AUSENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE MI MANDANTE Y EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

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

Debe aclararse que las obligaciones de la aseguradora que represento están determinadas por el límite asegurado para cada amparo, por las condiciones del contrato de seguro y por la normatividad que lo rige. Por lo tanto, la obligación indemnizatoria está estrictamente sujeta a las estipulaciones contractuales y al límite asegurado, con sujeción a las condiciones de cada póliza; en virtud de ello, es válido afirmar desde ya que, de conformidad con la exposición previa, no le asiste a mi representada en todo caso la obligación de hacer efectivas la póliza de responsabilidad civil contractual vinculada en esta contienda, toda vez que el acaecimiento del riesgo asegurado y otorgado en la misma, no se ha demostrado y se tiene que esta no se afectaría como resultado de la configuración de una causal de exclusión de responsabilidad indemnizatoria taxativamente determinada en la caratula de las mismas.

Respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

IX. GENÉRICA O INNOMINADA

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

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

CAPÍTULO V. OPOSICIÓN PROBATORIA

I. INTERVENCIÓN EN LAS PRUEBAS DOCUMENTALES Y TESTIMONIOS

Con el objeto de probar los hechos materia de las excepciones de mérito, nos reservamos el derecho de contradecir las pruebas documentales al proceso y participar en la práctica de las testimoniales que lleguen a ser decretadas, así como del correspondiente interrogatorio de parte e intervenir en las diligencias de ratificación y otras pruebas solicitadas en la demanda y en la contestación a la demanda.

CAPÍTULO VI. PRUEBAS

DOCUMENTALES

1. Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 420-80-994000000109.
2. Clausulado general Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 420-80-994000000109.

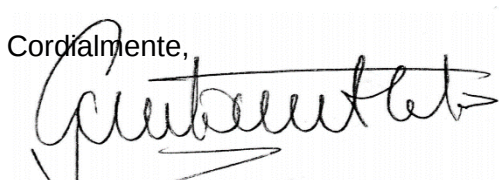
CAPÍTULO V. ANEXOS

1. Poder especial de representación a mí conferido.
2. Certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali.
3. Certificado de situación de la entidad expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

CAPÍTULO VI. NOTIFICACIONES

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

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No.19.395.114 de Bogotá D.C.

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