

Honorable

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

Attn: Magistrado ponente Dr. José Horacio Tolosa Aunta

E. S. D.

REFERENCIA: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
RADICACIÓN: 150013153001-2020-00115-01
DEMANDANTE: DIANA CAROLINA MARTINEZ RUIZ
DEMANDADOS: CENCOSUD COLOMBIA S.A. Y OTROS

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado de **LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES OC.**, conforme obra en el expediente; comedidamente procedo dentro del término legal, a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia del 21 de marzo de 2024 por medio de la cual el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja resolvió acceder a las pretensiones de la parte demandante, solicitando desde ya que sea revocada íntegramente dicha decisión, conforme a los fundamentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación.

OPORTUNIDAD

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación fue admitido por el honorable Tribunal mediante auto notificado en estado del 14 de junio de 2024, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022 el término de 5 días para sustentar la alzada corre a partir de la ejecutoria del mentado auto. Así las cosas, se tiene que el auto que admitió el recurso quedó en firme el 19 de junio de 2024 y los cinco días para que el recurrente sustente se extienden desde el 20 al 26 de junio de 2024, por ende, este memorial se radica dentro del término procesal oportuno.

MOTIVO DE APELACIÓN

1. La señora Diana Carolina Martínez ingresó al Parque Operado por **MAGICK SAS EN LIQUIDACIÓN** ubicado dentro de las instalaciones del Centro Comercial Unicentro Tunja, e hizo uso de la atracción "la torre del dragón", la cual consistía en una estación elevada a por lo menos 6 metros de altura, de la cual el usuario debía lanzarse para caer de espalda en un

colchón inflable que recibía al usuario sobre la superficie del piso. En el uso de la atracción, la señora Diana Carolina cayó sufriendo un dolor.

2. Por los hechos anteriores, la señora Martínez promovió demanda declarativa en contra de CENCOSUD COLOMBIA S.A. y al CENTRO COMERCIAL UNICENTRO TUNJA a fin de obtener la indemnización respectiva.
3. El CENTRO COMERCIAL UNICENTRO TUNJA formuló llamamiento en garantía a LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C.
4. Con sentencia del 21 de marzo de 2024, la Juez Primero Civil del Circuito de Tunja condenó a LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C. en virtud del llamamiento en garantía formulado por el Centro Comercial Unicentro Tunja, a pagar las sumas que a continuación se relatan:

“QUINTO: Condenar a MAGICK S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y al CENTRO COMERCIAL UNICENTRO TUNJA, al pago de las siguientes sumas de dinero por concepto de indemnización de perjuicios en favor de los integrantes de la parte demandante; a favor de DIANA CAROLINA MARTÍNEZ RUIZ, por daño emergente doscientos dos mil doscientos cuarenta y cuatro pesos(\$202.244); por lucro cesante consolidado la suma de sesenta y cinco millones novecientos noventa y nueve mil ochocientos veintiún pesos con diecisiete centavos (\$65.999.821,17); por concepto de lucro cesante futuro la suma de ciento treinta y siete millones novecientos noventa y ocho mil doscientos setenta y seis pesos con ochenta y un centavos(\$137.998.276,81); por daño moral la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000); y, por daño a la vida en relación, la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000). En favor de LUIS ADOLFO MARTÍNEZ BECERRA, por daño moral, la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000); a CYNDY GISELLA MARTÍNEZ RUIZ, por daño moral, la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000); a LIBIA AMPARO PÉREZ CORREDOR, por daño moral, la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000); a GUILLERMO AUGUSTO SOSA PÉREZ, por daño moral la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000); a RAFAEL ALBETO SOSA GUECHA, por daño moral, la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000); a LAURA CATALINA MARTÍNEZ RUIZ, por daño moral, la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000); a RUBIELA RUIZ PARRA, por daño moral, la suma de ocho millones de pesos (\$8.000.000); a JUAN JOSÉ SOSA MARTÍNEZ, por daño moral, la suma de nueve millones de pesos (\$9.000.000); a JUANA MARÍA SOSAPÉREZ, por daño moral, la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000); a ÁNGEL MATÍASSOSA PÉREZ, por daño moral, la suma de nueve millones de pesos(\$9.000.000) y a NICOLÁSSOSA MARTÍNEZ, por

daño moral, la suma de nueve millones de pesos (\$9.000.000). Sumas de dinero que devengarán interés civil de mora a partir de la ejecutoria de esta sentencia.”

5. En calidad de apoderado de LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C, se interpuso recurso de apelación contra la providencia dictada de manera oral, ampliando los reparos contra la misma el 2 de abril de 2024.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO ANTE LA SEGUNDA INSTANCIA

I. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DEBE SER REVOCADA, DADA LA INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE EL CENTRO COMERCIAL UNICENTRO TUNJA Y LA SEÑORA DIANA CAROLINA MARTÍNEZ, POR CUANTO NO EXISTIÓ UNA RELACIÓN DE CONSUMO

En una decisión que no profundiza sobre lo relacionado a la carente relación de consumidor entre el centro comercial Unicentro Tunja y la señora Diana Carolina Martínez, el juzgado decidió considerar que sí existía un vínculo de consumidora de la demandante con el centro comercial, cuando es más que evidente que no se satisfacen los presupuestos exigidos por la Corte Suprema de Justicia ni de la Ley 1480 de 2011 para adquirir dicha calidad, pues si bien la señora Martínez se encontraba en las instalaciones del Centro Comercial, éste no le brindó de ninguna manera producto o servicio del cual estuviera gozando al momento de ocurrencia de los hechos. En este sentido, la Ley 1480 de 2011 en su artículo 5, define al consumidor de la siguiente manera:

3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

En otras palabras, se puede definir como consumidor a aquella persona que a través de un intercambio económico, adquiera un producto o servicio. De esta relación de consumo se deben tener como partes, al consumidor y la entidad que ofrece el bien o prestación adquirida.

Así mismo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-909 de 2012 dilucidó el concepto de consumidor para efectos de su protección constitucional y legal, entendiéndolo como:

"El destinatario final, que mediante un acto de consumo, busca la satisfacción de una necesidad intrínseca, no en el ámbito de una actividad económica propia,

reubicándose el desequilibrio en la relación productor y expendedor, de una parte, y consumidor, de la otra."

Lo anterior significa que, para ostentar la calidad de consumidor, tuvo que haberse incurrido en la adquisición de un bien o servicio, con el fin de satisfacer una necesidad. De esta forma lo han defendido las altas Cortes, con el objetivo de aportar suficiente prevalencia a los derechos de los consumidores ante la evidente posición dominante que puede ostentar su contraparte como vendedor o prestador de un servicio. Siendo de este resorte, para definir una relación de consumo se hace necesaria la adquisición del ya mencionado bien o servicio por parte de la persona natural o jurídica, de modo que, ante la carencia de esta relación comercial, no se le puede calificar a una persona como consumidora.

Descendiendo lo anterior al caso en concreto, se tiene que el a quo fundamentó el origen de la responsabilidad civil extracontractual en la que, según considera, incurrió el Centro Comercial Unicentro Tunja, en una relación de consumo establecida entre aquél y la señora Diana Carolina Martínez, estableciendo además que, en virtud de esta, el citado centro comercial violó los deberes de idoneidad y calidad que le son exigibles en su calidad de oferente de un servicio. Situación que no se puede alejar más de la realidad.

Cabe señalar a los honorables Magistrados, que si bien el centro comercial Unicentro Tunja es un establecimiento de comercio, esto no significa *per se* que el mismo venda un bien u ofrezca un servicio a favor de las personas naturales que visitan sus instalaciones, lo anterior adquiere relevancia si se considera que esta última actividad es la que realizan los locales que se encuentran dentro del centro comercial, los cuales no son propiedad del mismo ni se encuentran vinculados más allá del acuerdo de propiedad horizontal, de modo que, constituye un grave yerro que la señora juez establezca que el Centro Comercial Unicentro Tunja entregó un bien u ofreció algún servicio a la señora Diana Carolina Martínez en virtud de una relación de consumo, ya que el único prestador del servicio de entretenimiento que utilizó la señora demandante a la fecha de ocurrencia de los hechos era la sociedad MAGICK S.A.S.

Concluir lo contrario, es decir, que existió una relación de consumo, llevaría al absurdo de considerar a cualquier persona que ingrese o simplemente camine por un centro comercial, como un consumidor del centro comercial. Esto sometería a dicho centro comercial a una serie de obligaciones derivadas del régimen de protección al consumidor, sin tener ningún tipo de relación con quienes ingresan al establecimiento. Debe recordarse, entonces, que el centro comercial no entabla relaciones comerciales con los consumidores de los establecimientos de comercio que ingresan al centro de comercial y que los beneficios económicos que reporta un centro comercial provienen principalmente de su relación con los establecimientos de comercio que operan en el centro comercial. Por ello, la relación de un centro comercial con el ciudadano que camina en él o

que adquiere productos de los locales comerciales de terceros que operan en el centro comercial es, si acaso, accidental y, en ningún caso, una relación de consumo

Asimismo, nótese como del plenario no se puede extraer ninguna prueba documental que acredite la existencia de una relación contractual o de consumo entre el centro comercial accionado y la demandante, situación que no hace más que desestimar la hipótesis utilizada por la señora juez de primera instancia para endilgar responsabilidad al citado establecimiento de comercio.

Bajo esta perspectiva, se pone presente al respetado Tribunal, que la única persona jurídica que celebró una relación de consumo con la señora Diana Carolina Martínez fue la sociedad MAGICK S.A.S., por cuánto esta era la encargada de adecuar las instalaciones entregadas por el centro comercial, bajo los estándares de seguridad y debida diligencia que le son exigibles producto de su actividad financiera, con el objetivo de evitar accidentes como el ocurrido a la demandante.

Siendo de esta forma, la jugadora de primera instancia incurrió en un defecto jurídico que se cae por su propio peso, pues nada puede estar más alejado de la realidad que el hecho de que el Centro Comercial Unicentro Tunja, así como cualquier otro establecimiento de comercio que tenga los mismos fines, adquieran un vínculo comercial o de consumo con cualquier persona que ingrese a su establecimiento, situación aplicable al caso en comento, ya que no se puede concluir que existía un vínculo entre el centro comercial y la demandante por su simple presencia dentro de las instalaciones del primero, pues no existe fundamento jurídico o jurisprudencial que confirme aquella argumentación.

II. EN CUALQUIER CASO, DE EXISTIR UNA RELACIÓN DE CONSUMO ENTRE EL CENTRO COMERCIAL UNICENTRO TUNJA Y LA SEÑORA DIANA CAROLINA MARTINEZ, ENTONCES NO HABRÍA LUGAR A AFECTAR LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL AA007192

De forma subsidiaria, se le manifiesta a los honorables magistrados que, en caso de considerar que entre el Centro Comercial Unicentro Tunja Y la señora Diana Carolina Martínez existía una relación de consumo, por cuánto este el primero le ofrecía a esta última un bien o un servicio, esta relación deberá entenderse de carácter contractual, ya que este es un elemento inherente a este tipo de relaciones negociales, y por consiguiente, la póliza de responsabilidad civil AA007192 tomada por el establecimiento de comercio con La Equidad Seguros Generales O.C. no puede ser llamada a afectarse, pues al amparar únicamente la responsabilidad civil extracontractual, hay una evidente falta de cobertura material de la póliza frente al citado asunto, que resultaría, según las propias consideraciones del A quo, un asunto contractual.

Para entender la estricta vinculación que existe entre una relación de consumo y un contrato, no hace falta extenderse más allá de lo establecido por el Código Civil al referirse al contrato de compraventa y de prestación de servicios. Frente al primero, el artículo 1849 establece lo siguiente:

“La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.”

Es decir, ante la existencia de los elementos esenciales del citado acto jurídico, es decir, dar una cosa por una parte, y pagarla en dinero por la otra, se está en la indefectible presencia de un contrato de compraventa. Lo mismo se puede predicar de la prestación de servicios conforme el artículo 1495 del código civil, pues ante la existencia de un pago y la realización de un servicio a favor de quien lo contrata, establece el marco jurídico por el cual se regula cualquier vínculo de consumo que existe entre un proveedor o prestador, y quienes adquieren dichos productos.

Todo lo anterior lleva la conclusión de que, ante la existencia de un vínculo de consumo, se tiene que hablar en igual medida de la existencia de un contrato, situación que, en caso de afectar a los consumidores por la prestación defectuosa de un servicio o la avería del bien adquirido, modifica absolutamente la figura jurídica que se puede invocar para pretender el restablecimiento de la normalidad, mutando así de una responsabilidad civil extracontractual a una contractual.

Ahora bien, precisando los elementos distinguibles de la responsabilidad civil contractual, la Corte Suprema de Justicia ha establecido en diversa jurisprudencia lo siguiente:

“Con ocasión de la relación comercial, en los eventos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones derivadas del mentado acuerdo el acreedor cuenta con la acción de cumplimiento o de resolución, en ambos casos con la consabida indemnización de los perjuicios que pudo sufrir, acudiendo para ello a la acción de responsabilidad civil contractual.

Lo anterior, por cuanto de acuerdo con el imperativo contenido en el artículo 1602 del Código Civil, «todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales», lo que trae aparejado que en razón de tal ligamen los convenientes estarán llamados a atender las prestaciones a su cargo en los tiempos y forma debidos, so pena de hacerse acreedor a las sanciones que de su omisión emerjan, teniendo por su parte el contratante cumplido el derecho de optar por persistir en el negocio o desistir del mismo y, en cualquiera de los dos eventos, a reclamar el reconocimiento y pago de los perjuicios que pudieron causarse.”¹

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC5170-2018. Magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco

Ante la distinguida diferencia que existe entre la responsabilidad civil aquiliana y la contractual, también deberá mencionarse el contenido del de la póliza de responsabilidad civil AA007192 tomada por el Centro Comercial Unicentro Tunja, ya que, descendiendo al caso de marras, se puede extraer con suma facilidad de su contenido que la misma circunscribe su cobertura a la existencia de la responsabilidad civil extracontractual, tal como se cita a continuación:

*“Por la presente sección, La Equidad indemnizará a los terceros afectados, los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado haber incurrido en responsabilidad civil extracontractual de acuerdo con ley, a consecuencia de un acontecimiento que produciéndose durante la vigencia de la póliza, cause lesiones corporales, daños materiales o perjuicios derivados de dichos daños o lesiones y le sean imputables al asegurado a consecuencia de:
(...)”*

Sin establecer entonces alcance o límite de la cobertura respecto de la posible existencia de una responsabilidad civil contractual en la que se viere inmerso el asegurado de la póliza.

En conclusión, la póliza objeto el llamamiento en garantía ampara únicamente la responsabilidad civil extracontractual ocasionada por el centro comercial Unicentro Tunja, de modo que no existe lugar a que, en virtud de una relación contractual como la que se establece a través de la relación de consumo, mi representada se ve obligada a reconocer indemnización alguna a favor de la señora Diana Carolina Martínez. Pues la póliza expedida por esta aseguradora amparó la responsabilidad civil extracontractual y no la contractual.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DEBE SER REVOCADA, POR LA INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS RECAUDADAS, TENIENDO EN CUENTA QUE LOS HECHOS OBJETO DE LITIGIO OCURRIERON POR CULPA DE UN TERCERO

El juzgador de primera instancia no tuvo en consideración la argumentativa realizada por este apoderado, toda vez que, en caso de haberse apreciado, se habría podido percatar que en el caso un comento existe una evidente causal de exclusión de responsabilidad, la cual consiste en la culpa de un tercero, lo anterior considerando que el suceso en el cual estuvo involucrada la señora Diana Carolina Martínez, recae única y exclusivamente en la conducta culposa de la sociedad Magick S.A.S

En un estudio acuso del caso, el juzgador de primera instancia hubiera logrado determinar sin lugar a dudas que el Centro Comercial Unicentro Tunja no desplegó ninguna conducta que inclusive fuera susceptible de ser considerada como reprochable, toda vez que la única persona jurídica

encargada del mantenimiento, la supervisión y en general todo lo que ocurriese dentro de la estructura "Torre del Dragón" era la empresa Magick S.A.S., de modo que no existía lugar a imputar responsabilidad civil en contra del citado centro comercial, ante la evidente operancia de la culpa que recae solamente sobre la sociedad administradora del objeto de atracción. Así lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia:

*“Se consagraron, de esta forma, el “caso fortuito o fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima” (SC231, 31 de octubre de 1991) como “causales de exoneración de responsabilidad”, **entendidas como defensas que propugnan por eliminar el nexo causal entre la conducta antijurídica achacada al enjuiciado y el daño, con lo cual se evita el surgimiento del deber restaurativo**”² (Subrayado y negrilla por fuera del texto)*

Por su parte, la doctrina al respecto de hecho del tercero señala que:

“Esta causa 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 (...) jurídicamente solo es tercero alguien extraño, por quien nose debe responder, es decir, no vinculado con el sujeto contra el que se dirige la acción resarcitoria”³

En ese orden de ideas, es claro que el hecho de tercero es aquel elemento de ruptura del nexo causal entre el acto u omisión del agente y el daño que se le imputa. Por tanto, entremos a estudiar cada uno de sus requisitos a la luz del caso concreto:

i) Imposibilidad

Resulta importante señalar que para el centro Comercial Unicentro Tunja era imposible resistirse a la actuación negligente desplegada por Magick S.A.S., en su calidad de operadora de la atracción Torre del Dragón, en el cual se encontraba la señora Martínez, en total desatención de sus deberes legales y en su deber de cuidado en desarrollo de una actividad peligrosa. Por tanto, es dable concluir que la omisión de Magick S.A.S, se constituyó como una conducta determinante para la ocurrencia del accidente e irresistible para el centro Comercial Unicentro Tunja.

ii) Irrestibilidad

En segundo lugar, es necesario señalar que para el Centro Comercial Unicentro Tunja, era totalmente imposible prever que ocurriría el hecho dañoso, por cuanto la encargada de la

² Corte Suprema de Justicia. SC2847-219 M.P. Margarita Cabello Blanco. Sentencia del 26 de Julio de 2019

³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Actuaciones por daños. E.D. Hammurabi, BA. Pág. 172 del Artículo de Patiño. Héctorlas causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual.

administración y por lo mismo de la seguridad del lugar era Magick S.A.S. Y es no puede dejarse de lado que, se encuentra totalmente infundada la afirmación realizada por el despacho, pues en su argumentación manifiesta que entre la señora Martínez y el Centro Comercial Unicentro Tunja existió una relación de consumo, situación alejada de la realidad.

iii) Emanar de un tercero totalmente ajeno al extremo demandado

Como se deberá considerar por los Magistrados, el acto de faltar a su deber de precaución por parte de Magick S.A.S en su calidad de garante de que la atracción gozara de medidas de seguridad, resulta únicamente atribuible a este, en calidad de beneficiario de la actividad lucrativa que se despliega con las atracciones que instaló, tercero que simplemente contrató con el centro comercial el arrendamiento de un espacio para realizar su actividad económica. En tal virtud, tal omisión es totalmente ajena a la esfera de manejo y control de los demandados.

En conclusión, de todo lo anteriormente explicado, es perfectamente lógico concluir que para el Centro Comercial Unicentro Tunja, fue totalmente irresistible e imprevisible sortear la aparente imprudencia de la sociedad Magick S.A.S. Por tanto, dado que es suficientemente clara la configuración de la causal excluyente de la responsabilidad denominada “*HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO*”, se enervó la responsabilidad del llamante en garantía y no debió ser condenado a indemnizar a los demandantes.

IV. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DEBE SER REVOCADA, DADO QUE VALORÓ EXCESIVAMENTE LOS PERJUICIOS MORALES RECONOCIDOS A LA PARTE ACTORA

A pesar de los argumentos que eximen a mi representada de reconocer cualquier indemnización por daños, en el caso hipotético de que se confirmara la sentencia recurrida sobre la supuesta responsabilidad, es necesario señalar que los perjuicios morales fueron valorados de manera excesiva y desproporcionada. Aunque el reconocimiento de estos perjuicios queda al arbitrio del juez, este debe basarse en todas las circunstancias acreditadas en el expediente que evidencian el verdadero alcance del daño, sin exceder los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia. En este caso, la valoración realizada no solo es desproporcionada respecto a la víctima directa, sino aún más respecto a sus familiares, y no existen argumentos ni pruebas suficientes que justifiquen la estimación de la primera instancia.

Así las cosas, pese a que no existe un medio probatorio específico para la tasación de los perjuicios morales, el interesado debe acreditarlo de la manera más clara, para que sea el juez quien posteriormente con su facultad discrecional declare su existencia y consecuentemente su monto.

Adicional a lo anterior, la Corte ha reseñado que el daño moral no “constituye un «regalo u obsequio»,” por el contrario se encuentra encaminado a “reparar la congoja, impacto directo en el estado anímico espiritual y en la estabilidad emocional de la persona que sufrió la lesión y de sus familiares”⁴, con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia. Así pues, si bien es cierto que no existen criterios objetivos aplicables de manera mecánica a los casos en los que se deba reparar este daño, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia ha establecido unos parámetros para la cuantificación de este.

A través de sus múltiples pronunciamientos, el alto tribunal ha dejado decantados los límites máximos de reconocimiento de perjuicios, como lo es en el caso del daño moral. En tal sentido, es importante señalar que los perjuicios morales otorgados por el despacho a favor de la parte demandante resultan equivocados y exorbitantes, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales fijados por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia para la tasación de los perjuicios morales en caso de lesiones permanentes a la víctima directa:

*“En todo caso, conviene tener a la vista que esta Corporación, para eventos de daños permanentes con comprobada trascendencia en la vida de los afectados, ha accedido a **reparaciones morales de \$50.000.000 (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n° 2000-00196-01) y \$60.000.000 (SC9193, 28 jun. 2017, rad. n° 2011-00108-01)**, equivalentes a 72,5 y 81,3 salarios mínimos vigentes para la fecha de las condenas, respectivamente,”*
(...)

*“Teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones permanentes e irreparables sufridas por el menor, que ha generado en su núcleo familiar gran dolor, angustia, aflicción, preocupación y desasosiego en grado sumo, se tasarán los perjuicios morales **en la suma de sesenta millones (\$60'000.000) para la víctima directa de este daño; lo mismo (\$60'000.000) para cada uno de sus padres; y treinta millones (\$30'000.000) para cada uno de los abuelos demandantes**”.*⁵ (Subrayado fuera del texto original)

Según la jurisprudencia citada, la cual atribuye sumas de 60 millones de pesos a personas con serios perjuicios a su salud, y haciendo la respectiva comparación con la decisión tomada por el juzgador de primera instancia, se tiene que el mismo ha otorgado 1/3 de la suma que recibiría una persona con graves afectaciones a su salud producto de una lesión, a una persona que no se vio

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de mayo de 2016. Rad: 2004- 032 (M.P: Luis Armando Tolosa Villabona

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23/05/2018, MP: Aroldo Wilson Quiroz, Rad: 11001-31-03-028- 2003-00833-01.

afectada con una gravedad ni siquiera moderada, por cuanto no se ha acreditado a través de los medios de prueba que permitan llevar al juez a esa conclusión, el temor, pánico, zozobra, congoja o afectación en la esfera interna de señora Martínez, así como de los familiares que, por propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, han sido reconocidos como susceptibles de recibir indemnización.

Por otro lado, es de resaltar que el togado reconoce a favor de diversas personas, tales como la suegra, el suegro y la cuñada, sumas de dinero por este concepto, cuando las mismas no tienen vocación de ser indemnizadas por no estar dentro del segundo grado de consanguinidad o primer civil, que son los límites del parentesco que tienen la posibilidad de ser llamados a recibir indemnización. Así como tampoco se ha probado el perjuicio que dichas personas hubieren sufrido con ocasión al hecho en el cual se vio involucrada la señora Carolina, siendo entonces improcedente el reconocimiento del perjuicio a éstos, pues no es presumible respecto de ellos, sino que debe probarse.

En conclusión, es imperativo subrayar que la valoración de los perjuicios morales fue excesiva y desproporcionada. La estimación realizada no solo excede los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia, sino que también carece de fundamentos probatorios suficientes que justifiquen las sumas otorgadas a la víctima directa y a sus familiares. Ante ello, y a la hora de resolver el recurso de apelación, es esencial que el H. Tribunal repare en que cualquier reconocimiento de perjuicios morales se base en las circunstancias acreditadas en el expediente y se mantenga dentro de los límites jurisprudenciales. Además, la inclusión de personas no aptas para recibir indemnización, como la suegra, el suegro y la cuñada, subraya la necesidad de una reevaluación conforme a los criterios de parentesco y daño establecidos por la sala de Casación Civil. Máxime cuando este daño no es presumible respecto de estos últimos. En este contexto, la tasación actual resulta equivocada y exorbitante, de modo que la segunda instancia deberá realizar una rectificación para asegurar la acreditación de cualquier suma que se reconozca.

V. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DEBE SER REVOCADA, POR CUANTO VALORÓ EXCESIVAMENTE LOS PERJUICIOS POR DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN RECONOCIDOS A LA PARTE ACTORA

El juzgador de primer grado, al momento de estimar los perjuicios inmateriales relacionados al daño de la vida en relación, no realizó un ejercicio interpretativo que fuese cimentado en lo previamente esbozado por la amplia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que ha establecido un conjunto de lineamientos y prácticas adecuadas para los sentenciadores con el fin de tasar de la forma más objetivo posible, el daño a la vida en relación.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que el daño a la vida de relación se presenta cuando la víctima sufre una alteración psíquica o física que el impide o dificulta gozar de actividades

rutinarias que disfrutaba antes del hecho lesivo. No obstante, para tasar la indemnización mediante dictamen médico se debe establecer la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima y sus secuelas, que le impiden desarrollar una actividad social no patrimonial⁶. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia indicó:

“b) Daño a la vida de relación:

*Este rubro se concede únicamente a la víctima directa del menoscabo a la integridad psicofísica **como medida de compensación por la pérdida del bien superior a la salud, que le impedirá tener una vida de relación en condiciones normales**”.* (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En la actualidad, como es bien sabido, el daño a la vida en relación pretende reparar el perjuicio sufrido en la órbita física y psicológica de la víctima que le impide realizar aquellas actividades agradables a la existencia, sin que este tipo de perjuicio tenga por vocación reconocerse en todos los casos. En efecto, pues hoy el mismo se ha admitido excepcionalmente cuando se trata de lesiones graves, que afecten la órbita de desenvolvimiento del lesionado y sólo para ser indemnizado a la víctima directa, por estar asociado estrictamente con lesiones físicas o anatómicas. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha delimitado el concepto de daño a la vida de relación y lo diferencia del daño moral, así:

“(…) Como se observa, a diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada en mayor o menor grado a causa de una lesión inflingida (sic) a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó “actividad social no patrimonial”.

Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, comoquiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, a paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC5340-2018 de 7 de diciembre de 2018. Magistrado Ponente: Arnoldo Wilson Quiroz Monsalvo.

definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar (...)"⁷.

Ha concluido entonces el alto tribunal que, para existir una afectación digna de ser reconocida monetariamente, deben encontrarse plenamente acreditados las causas o motivos que configuran dificultades emocionales del disfrute de las cosas, dificultades sociales o las barreras necesarias para acceder a el disfrute de la vida común que dificulten el transcurso de su diario vivir. Este no es el caso, toda vez que nada de lo anterior se encuentra siquiera probado sumariamente. Es así como no existe más allá de su rubro imaginario forma de acceder al pago de dichas sumas de dinero.

Ahora, si bien la tasación del daño de la vida en relación como perjuicio inmaterial, corresponde a una facultad que tiene el juez de instancia, conforme es imposible extraer dicha afectación a las actividades cotidianas de la persona de sí con el fin de establecer el impacto que tiene en su diario vivir, lo que no se puede dejar pasar por alto es que, como a bien en la sostenido la jurisprudencia, existen otros medios de prueba que son lo suficientemente idóneos para acreditar, por lo menos, un impacto en el goce de las actividades diarias de la persona afectada.

De hecho, los casos que se han valorado por este alto Tribunal parten de las pruebas obrantes en el expediente, que dan fe sobre un menoscabo en la posibilidad de ejercer actividades que permitían de un goce o reivindicación en el diario vivir de la víctima. Así, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ordenó el pago de 50 SMLMV para la víctima directa por los perjuicios causados con **la pérdida de la capacidad de locomoción permanente**, como consecuencia de accidente de tránsito por exceso de velocidad del vehículo en el que iba de pasajera⁸. Nótese que en dicho caso la víctima perdió su movilidad de forma definitiva, en cambio en el presente caso no. En otro penoso caso, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ordenó el pago de \$ 30.000.000 a la víctima directa por los perjuicios ocasionados por la extracción de su ojo izquierdo. Perjuicios que en nada pueden ser comparables con el daño deprecado por la demandante en este caso.

Incluso en eventos en los que a raíz de las lesiones sufridas las víctimas pierden su capacidad laboral en un 50% o más la Corte indicó:

*“Por lo tanto resulta acorde justipreciar el daño a la vida de relación padecido por tal demandante en **cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes**”*

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de mayo de 2008, radicado 11001-3103-006-1997-09327-01.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de noviembre de 2019, radicado 73001-31-03-002-2009-00114-01.

(50 SMMLV) por cuanto, ha sentado la doctrina de esta Corte, dada su estirpe extrapatrimonial es propia del prudente arbitrio del juez (arbitrium iudicis), acorde con las circunstancias particulares de cada evento".⁹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Obsérvese que, en los casos antes referidos, la víctima de dichos accidentes quedó con secuelas permanentes y que afectaron directamente su interacción con el mundo exterior. Las secuelas fueron de tal magnitud, que era de esperarse que su actitud y su forma de ser cambiara abruptamente tras los hechos que motivaron cada una de las anteriores demandas. En el caso particular que nos cita al presente proceso, no se vislumbra un medio de prueba que, al menos sumariamente, permita acreditar que la demandante presenta consecuencias permanentes en su corporeidad que afecten directamente su estilo de vida, su plan de vida, su relación con los demás o consigo misma.

Así las cosas, ante la desmesurada condena a favor de la demandante por concepto de daño a la vida de relación es evidente, ante la excesiva tasación de este perjuicio, en tanto el mismo resulta exorbitante. Lo anterior, comoquiera que la señora Diana Carolina Martínez no ha logrado acreditar bajo ninguna circunstancia, conforme se logra extraer de las pruebas del plenario, que el accidente ocurrido haya disminuido siquiera en un mínimo porcentaje su capacidad de locomoción, movilidad o sus capacidades cognitivas, de modo que ante la falente acreditación de una disminución a su capacidad de realizar actividades que le generen goce, placer o la simple ejecución de tareas constitutivas de su diario vivir, la condena impuesta por el despacho deriva de una estimación excesiva del supuesto daño a la vida de relación, que dista de los criterios jurisprudenciales fijados. En otras palabras, no debió reconocerse la suma a la que condenó el juez, comoquiera que su tasación no está basada en elementos que le permitan inferir una disminución en la posibilidad de ejercer sus actos cotidianos, desconociendo la función resarcitoria que tiene el quantum indemnizatorio.

En efecto, era absolutamente inviable el reconocimiento del daño a la vida de relación en la suma concedida por el a quo, en tanto la tasación de este dista radicalmente de los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Suprema de Justicia. Puesto que como ya se ha mencionado, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia estableció que cuando se obtiene una pérdida de capacidad laboral del 50% o superior, el valor a reconocer por concepto de daño a la vida de relación deberá ser de 50 SMLMV a la víctima directa. Ahora bien, en el presente asunto, el juzgado reconoció la suma de 20.000.000, es decir, el equivalente aproximado del 20% a una persona que ni siquiera vio afectada de alguna forma en su locomoción o funcionalidad.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12/11/2019, MP: Aroldo Wilson Quiroz, Rad:73001-31-03-002-2009-00114-01.

VI. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA VALORÓ INDEBIDAMENTE EL LUCRO CESANTE A FAVOR DE LA SEÑORA DIANA CAROLINA MARTÍNEZ

En el presente caso, el a quo valoró de manera indebida el lucro cesante a favor de la señora Diana Carolina Martínez, ya que no se encontraba acreditada la actividad económica a la que ella se dedicaba ni el monto de sus ingresos, de modo que la parte demandante no cumplió con su carga de aportar medios probatorios suficientes e idóneos para acreditar los ingresos y la actividad económica de la señora Martínez. A pesar de esta falta de pruebas, el a quo decidió promediar ingresos provenientes de contratos de prestación de servicios y carecían de certeza. Teniendo en cuenta estos factores, no era procedente el reconocimiento del lucro cesante en este asunto, ya que no existía prueba alguna que permitiera acreditar la actividad económica de la señora Martínez.

Para empezar, debe hacerse remembranza sobre los aspectos fundamentales que configuran el lucro cesante. Éste se ha entendido cómo una categoría de los perjuicios materiales, de naturaleza económica y de contenido pecuniario. Es decir, que puede cuantificarse en una suma de dinero y que consiste en la afectación o menoscabo de un derecho material o patrimonial, reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir y que no ingresará al patrimonio de la persona. En otras palabras, se deja de recibir cuando se sufre un daño y puede ser percibido a título de indemnización por las víctimas directas o indirectas cuando se imputa al causante del perjuicio la obligación de reparar. Partiendo de esta premisa para el caso en marras, el rubro que reconoció el despacho a favor de la demandante no se encuentra debidamente soportado, por cuanto la señora Diana Carolina Martínez no logró acreditar de ninguna forma en absoluto la supuesta actividad económica desplegada para el momento de los hechos, ni mucho menos los ingresos fijos devengados, por esa razón el daño carece de la certeza, que se constituye como elemento primordial para considerarse indemnizable.

Para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o futura, es necesaria su plena demostración en el proceso con elementos probatorios fidedignos e idóneos, como lo son aquellos medios permitidos en el ordenamiento jurídico. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

*“(...) en cuanto perjuicio, **el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual.** (...) Vale decir que el **lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afina en una situación real, existente al momento del evento dañoso, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente** (...)”*

*Por último están todos aquellos “sueños de ganancia”, como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que **conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea, la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables**”.*¹⁰(Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así, resulta evidente que para reconocer la indemnización del lucro cesante es necesario, de un lado, estar en presencia de una alta probabilidad de que la ganancia esperada iba a obtenerse y de otro, que sea susceptible de evaluarse concretamente. Sin que ninguna de esas deducciones pueda estar soportada en simples suposiciones o conjeturas, porque de ser así, se estaría en frente de una utilidad meramente hipotética o eventual.

El más reciente pronunciamiento de unificación del Consejo de Estado en la sentencia No. 44572 del 18 de julio de 2019 proferida por la Sección Tercera, eliminó la posibilidad de reconocer lucro cesante a una persona que, aunque esté en edad productiva, no acredite los ingresos percibidos por el efectivo desarrollo de una actividad económica, por contrariar el carácter cierto del perjuicio. Es decir, con esta sentencia se eliminó la presunción según la cual toda persona en edad productiva percibe la menos un salario mínimo, en tanto contrataría uno de los elementos del daño, esto es la certeza. De manera que el lucro cesante sólo se reconocerá cuando obren pruebas suficientes que acrediten que efectivamente la víctima dejó de percibir ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos. En dicha providencia, se manifestó lo siguiente:

*“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 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.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 2000-01141 del 24 de junio de 2008.

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”.¹¹
(subrayado y negrilla fuera del texto original).

Este pronunciamiento entonces excluye posibilidad alguna de que se reconozca lucro cesante a una persona que, aunque esté en edad productiva, no acredite los ingresos percibidos por el efectivo desarrollo de una actividad económica, por contrariar el carácter cierto del perjuicio, siendo entonces una utilidad meramente hipotética o eventual. En este orden de ideas, es claro que en ningún caso procede el reconocimiento solicitado por la parte demandante. Toda vez que los supuestos perjuicios en los que se fundamentó el juzgador en primer grado para otorgar el reconocimiento monetario por este concepto fueron calculados con base en una presunción de ingresos no constantes e irregulares, y originados en contratos de prestación de servicios, pese que ni siquiera se acreditó mediante prueba documental que la señora Diana Carolina Martínez sí desempeñara alguna actividad económica que le generara ingresos fijos mensuales, ganancia alguna o que pudiere ser tasable en el rubro pretendido para la fecha de ocurrencia del accidente que pudiera generar. Todo lo anterior constituía una razón suficiente para denegar el reconocimiento del lucro cesante.

En conclusión, era improcedente para el a quo el reconocimiento del lucro cesante al no encontrarse acreditado el valor cierto de los ingresos percibidos por la demandante principal para el momento del accidente de tránsito, ni tampoco prueba de su actividad económica. Es decir, ante la evidente ausencia de un medio probatorio que acredite el valor de los ingresos en el momento de la lesión, ni la actividad económica desplegada por la demandante, es claro que la pretensión encaminada a obtener un reconocimiento por lucro cesante no estaba llamada a prosperar. Puesto que el juez de primera instancia no siguió lineamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia que rigen la materia.

¹¹ Consejo de Estado. Sentencia No. 44572 de 18 de julio de 2019 proferida por la Sección Tercera. M.P. Carlos Alberto Zambrano.

VII. EN CUALQUIER CASO, EL A QUO NO TUVO EN CUENTA LAS EXCLUSIONES DE LA PÓLIZA

La Póliza N° AA007192 en sus Condiciones Generales establecía una serie de exclusiones que, de configurarse, eximirían a mi prohijada de cualquier condena. No obstante, en el presente caso, el togado pasó por alto la ocurrencia de una de estas exclusiones, relacionada con la violación de normas técnicas, prescripciones médicas, órdenes de la autoridad o estipulaciones de ley. Esta exclusión se materializó conforme a lo dispuesto por la Ley 1225 de 2008, que contiene regulaciones técnicas sobre la instalación de atracciones mecánicas y diversiones. Dado que una de las exclusiones de la póliza se configuró, no podía existir responsabilidad por parte del asegurador. Por ello, el juez de primera instancia no podía ordenar la afectación de la Póliza N° AA007192, ya que las partes acordaron expresamente tales exclusiones.

En este punto es importante que su Despacho tenga en cuenta que en materia de seguros, el asegurador según el Artículo 1056 del C.Co podrá a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés asegurado. Por lo tanto, es en el conjunto de las condiciones que contiene el respectivo contrato donde se determinan o delimitan contractualmente los riesgos, su alcance o extensión, el ámbito temporal y geográfico en el que el amparo opera, las causales de exclusión, o en general, las de exoneración. Por tanto, son esos los parámetros a los que se tiene que sujetarse el sentenciador al resolver cualquier pretensión que se base en la correspondiente póliza. Luego, obviamente el asegurador tiene la facultad de delimitar contractualmente los riesgos que asume, conforme a lo normado en el artículo 1056 Código de Comercio. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“reiteró esta Corporación la necesidad de individualizar y determinar los riesgos que el asegurador toma sobre sí:

<<y que por lo tanto, en este campo rige el principio según el cual la responsabilidad asumida en términos generales como finalidad del contrato no puede verse restringida sino por obra de cláusulas claras y expresas, “...El Art. 1056 del C de Com , en principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, otorga al asegurador facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado..”, agregando que es en virtud de este amplísimo principio “que el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse impiden que se configure el siniestro; ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho

delimitado como amparo, **quedan sin embargo excluidos de la protección que se promete por el contrato.** Son estas las llamadas exclusiones, algunas previstas expresamente en la ley...” (Cas. Civ. de 7 de octubre de 1985, sin publicar), exclusiones que por su propia índole, limitativa de los riesgos asumidos por el asegurador, requieren ser interpretadas con severidad en una concienzuda tarea que se oriente, de una parte, a establecer su justificación técnica, y de la otra a precisar el alcance de dichos riesgos conforme a reglas de carácter legal o convencional, **luego no le es permitido al intérprete “...so pena de sustituir indebidamente a los contratantes, interpretar aparentemente el contrato de seguro para inferir riesgos que no se han convenido, ni para excluir los realmente convenidos; ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no sólo se encuentren expresamente excluidos sino que por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida.....”** (Cas Civ. de 23 de mayo de 1988, sin publicar) (Este pasaje fue reiterado, entre otras, en CSJ SC4574-2015 rad. n°. 11001-31-03-023-2007-00600-02)>>¹². (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Bajo esa misma interpretativa, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de diciembre 13 de 2019, indicó que las exclusiones de tipo convencional estipuladas en los contratos de seguro no comprometen la responsabilidad del asegurador, en virtud de la facultad prevista en el artículo 1056 del Código de Comercio:

*“Las exclusiones de tipo convencional deben entenderse, como es apenas obvio, como aquellas pactadas por las partes o, cuando menos, **en las que existe consentimiento respecto de las indicadas en el clausulado preestablecido, en los denominados acuerdos de adhesión y que, siendo origen del siniestro o consecuencia del mismo, no comprometen la responsabilidad del asegurador.**”*

Esas cláusulas son válidas, inicialmente, en tanto se sustentan en el principio de la libre autonomía de las partes, cuyos límites son el orden público y las buenas costumbres; de ahí que el artículo 1056 consagre la posibilidad del asegurador de, «a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado»¹³ (Subrayado y negrilla en el texto original)

De igual forma, la jurisprudencia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4527 -2020. Noviembre 23 de 2020

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia. Expediente 2008-00193-01. Diciembre 13 de 2019.

*“(…) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.*

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) ¹⁴.”
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. De forma que en el caso de la ocurrencia de riesgos excluidos, no nace a la vida jurídica la obligación indemnizatoria del asegurador y en ese orden de ideas, no hay lugar a que su responsabilidad se vea comprometida.

De las normas que regulan la delimitación de los riesgos asumidos por el asegurador (arts. 1056 y 1127 del C. de Co.), se infiere lógicamente que la autonomía que otorgan esas normas a los sujetos contratantes está circunscrita no sólo a la relación riesgo- causa (responsabilidad civil) sino a la relación riesgo-efecto. Es decir, que resulta válido delimitar los efectos de la materialización del riesgo y el carácter patrimonial del mismo, asumiendo o no las consecuencias que ello genere, en todo o en parte, conforme al desarrollo jurisprudencial del Derecho de Daños.

En virtud de lo anterior, es menester señalar que en el caso en concreto, mi representada, en virtud de la libre voluntad contractual que le asistía al momento de establecer las coberturas y exclusiones

14 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00.

que serían parte del contrato de seguro número AA007192, estableció la exclusión número 4 que consiste en la "VIOLACIÓN DE NORMAS TÉCNICAS, DE PRESCRIPCIONES MÉDICAS, DE ÓRDENES DE LA AUTORIDAD O DE ESTIPULACIONES DE LEY", la cual significaba que, en todo caso, el Centro Comercial Unicentro Tunja está obligado a garantizar el cumplimiento de la normatividad general, máxime cuando esto se refiere a espacios de ocio o entretenimiento. Ahora bien, cómo acertadamente encontró probado el despacho al momento de dirigir el conflicto en primer grado, ni Magick S.A.S. ni el Centro Comercial Unicentro Tunja presentaron ante la autoridad competente el permiso para instalar la atracción denominada torre del dragón, siendo un deber que recaía en ambas partes, de modo que es sumamente evidente que la llaman tenga garantía no realizó los actos pendientes a cumplir con lo regulado ante la entidad territorial competente, lo que sin lugar a dudas permite constituir que se acreditara la exclusión antes mencionada.

VIII. EL A QUO VULNERÓ LAS NORMAS SUSTANTIVAS DEL CONTRATO DE SEGURO AL GENERAR EN ENRIQUECIMIENTO EN CABEZA DE LA PARTE ACTORA

El fallo apelado yerra al violar las normas sustantivas del contrato de seguro del Código de Comercio y del Código Civil, ya que el seguro debe ser meramente indemnizatorio y no puede ser fuente de enriquecimiento. La condena al pago de perjuicios excede el monto necesario para resarcir el daño, vulnerando la regla que establece que el seguro es solo una fuente de reparación. La sobreestimación de los perjuicios morales, el daño a la vida de relación y la improcedencia del daño a la salud lleva a un enriquecimiento indebido de la parte actora. Además, la responsabilidad civil debe ser resarcitoria y no puede convertirse en fuente de lucro para los demandantes ni en factor de expoliación para el dañador. No existen argumentos fácticos ni pruebas suficientes que justifiquen la estimación realizada por la primera instancia, resultando en un enriquecimiento injustificado.

En concordancia con los planteamientos anteriores y debido a que, por una parte, resultaba improcedente el reconocimiento de perjuicios en favor de la parte actora, y por otra, la estimación de los mismos fue excesiva, desproporcionada y contraria a los parámetros jurisprudenciales dictados por la Corte Suprema de Justicia, es claro que el despacho desconoció los artículos 1088 y 1127 del Código de Comercio, que consagran el carácter meramente indemnizatorio del contrato de seguro, y la imposibilidad expresa de que constituyan fuente de enriquecimiento, acorde con los pronunciamientos¹⁵ que sobre la reparación integral ha efectuado la nombrada corporación:

De igual forma, una vez comprobados los presupuestos que integran la responsabilidad civil, entre ellos, el daño, le compete al juez cuantificar la suma correspondiente a cada una de sus tipologías, ya material ora inmaterial, que el demandante haya acreditado.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia Sala Cas. Civ. Sentencia SC2107-2018 de 12 de junio de 2018

*Para tal efecto, la regla establecida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, dispone que “(...) la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de **reparación integral y equidad** y observará los criterios técnicos actuariales (...)” (se resalta).*

*La anterior supone, de un lado, el deber jurídico de resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes de la víctima, al punto de regresarla a una situación idéntica o menos parecida al momento anterior a la ocurrencia del hecho lesivo; y de otro, **la limitación de no excederse en tal reconocimiento pecuniario, porque la indemnización no constituye fuente de enriquecimiento.** (Negritas por fuera del texto original).*

Respecto al carácter indemnizatorio del contrato de seguro, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 22 de julio de 1999, se ha referido de la siguiente manera:

*“(...) **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 (...)” (Negrita por fuera de texto).*

Lo dicho anteriormente en cuanto a la indemnización exclusiva del daño irrogado fue totalmente desconocido en la sentencia de primera instancia porque se terminó enriqueciendo injustamente a los demandantes antes que procurar exclusivamente su resarcimiento, a esta conclusión se arriba porque (i) es evidente la inexistencia de responsabilidad del Centro Comercial Unicentro Tunja, toda vez que la única causa determinante en la ocurrencia del accidente fue el hecho de un tercero, es decir, la sociedad Magick S.A.S.; (ii) el daño moral fue cuantificado en sumas exorbitantes con total desconocimiento de la línea jurisprudencial que sobre la materia ha dilucidado la Corte Suprema de Justicia, además de reconocerlo a personas que no tenían vocación de ser indemnizadas, (iii) el daño a la vida en relación no encuentra fundamento, ante la falencia de acreditar la pérdida de capacidad de disfrutar de la vida cotidiana antes del accidente, y (iv) el lucro cesante no se ha tasado conforme pruebas de ingresos económicos ciertos y constantes, pues se ha tenido como valores mensuales sumas irregulares.

Vale hacer énfasis en como el juzgado desconoció el carácter meramente indemnizatorio del contrato de seguro al ordenar el pago por un daño ocasionado exclusivamente por una persona jurídica sin intervención en la responsabilidad de precaución sobre la atracción que explota económicamente, entonces se cuestiona por qué si se está en obligación de indemnizar únicamente el daño causado, se condenó a los demandados cuando todas las pruebas señalaban que la conducta de Magick S.A.S., fue la única causa del accidente y por ende del daño deprecado por los demandantes.

Y es que al respecto, es de mencionar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido claramente que la causa extraña, como eximente de la responsabilidad, rompe el nexo causal existente que se pretende imputar, situación que en el caso en concreto debió ser analizada por el juzgador en primer grado, toda vez que se avizora sin esfuerzo, que la única conducta reprochable fue realizada por Magick S.A.S. ante los actos omisivos que le eran exigibles como prestador del servicio de entretenimiento. De esta forma, es más que evidente que el juez, en aplicación del principio indemnizatorio del contrato de seguro, estaba obligado a eximir de cualquier pretensión declarativa y condenatoria al Centro Comercial Unicentro Tunja, por cuanto este no tuvo relación con la conducta negligente del operador de la atracción “Torre del Dragón”.

No obstante, y con una clara vulneración a este axioma, el juez de primera instancia consideró que mi representada estaba obligada a indemnizar a la parte demandante, ante la inexistente responsabilidad del establecimiento de comercio asegurado, toda vez que no se logró acreditar la responsabilidad en que este incurrió. Por lo anterior, los Magistrados que conozcan de esta alzada deberán desestimar cualquier indemnización por parte de LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C. ante la falta de prueba de la responsabilidad civil en que incurrió el Centro Comercial Unicentro Tunja, y respetar íntegramente el carácter meramente indemnizatorio del contrato de seguro.

En síntesis, se tiene que el juzgado desconoció la función social que cumple el contrato de seguro, al acceder a pedimentos improcedentes y arbitrarios, que en ninguna circunstancia fueron ocasionados por la llamante en garantía, configurando con ello una fuente de enriquecimiento injustificado de la demandante. Razón por la cual la sentencia debe ser revocada para negar la totalidad de las pretensiones de la demanda y, de esa forma, garantizar el carácter meramente indemnizatorio de los contratos de seguro.

- **EN TODO CASO, SE DEBE TENER EN CUENTA EL VALOR ASEGURADO Y EL DEDUCIBLE ESTABLECIDOS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL AA007192**

De forma subsidiaria, se le solicita respetuosamente a los H. Magistrados que, en todo caso, se tengan como límites a la indemnización el valor asegurado y el deducible que se estableció dentro

de la póliza de responsabilidad civil AA007192, como expresión de la autonomía contractual que le asistió a mi representada.

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

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

En este orden de ideas, correspondería a las partes en el contrato de seguro determinar el porcentaje de la pérdida que sería asumido por el asegurado a título de deducible, condición que se enmarcaría dentro de las señaladas por el numeral 11 del artículo 1047 del Código de Comercio al referirse a “Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes”¹⁶ . (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

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

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

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

¹⁶ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2016118318-001 del 29 de noviembre de 2016. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, DEDUCIBLE.

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, **el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio,** conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”¹⁷ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción de riesgo asumido. Que en este caso resulta ser la siguiente, para los amparos que a continuación se relacionan en virtud de las Póliza de Responsabilidad Civil AA007192:

SECCION X - RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL				
Predios Labores y Operaciones.	\$2,000,000,000.00	10.00%	1.00 SMMMLV	\$0.00
Gastos Médicos (Aplicable a RC)	Si	.00%		\$0.00
Responsabilidad Civil Patronal.	Si	10.00%	1.00 SMMMLV	\$0.00

Documento: Póliza de Responsabilidad Civil AA007192

Así mismo, se le solicita al H. Tribunal tener en cuenta el deducible pactado en ella, es decir, el 10% del valor condenado, suma que no puede ser menor a un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente.

PETICIONES

PRIMERA. Comedidamente solicito se **REVOQUE** la sentencia del 21 de marzo de 2024 y dictada oralmente por parte del Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, en donde de manera equivocada se declararon no probadas las excepciones de mérito, interpuesta por la parte demandada, y se declaró la responsabilidad civil contractual, condenando a la parte demandada por los valores reseñados en la providencia.

SEGUNDA: En su lugar, comedidamente solicito se **DECLAREN** probadas las excepciones propuestas por **LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C.**

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

TERCERA: Como consecuencia de la anterior petición, comedidamente solicito se **NIEGUEN** totalmente las pretensiones de la demanda, y se **CONDENE** en costas y agencias en derecho a la parte Demandante, en favor de la parte demandada.

NOTIFICACIONES

Al suscrito en la Av. 6A Bis #35N-100, Oficina 212 de la ciudad de Cali o en la dirección electrónica:
notificaciones@gha.com.co

De los señores Magistrados, respetuosamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. N° 19.395.114 de Bogotá

T.P. N° 39.116 del C. S. de la J.