

Señores

JUZGADO DIECIOCHO (18º) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI

E. S. D.

Referencia: Medio de Control de Reparación Directa promovido por GERARDO PICHICA CALDON y OTROS contra EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE ESP, vinculada: MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI Llamada en Garantía: ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. y OTROS. Rad. No. 2019-00221-00.

-ALEGATOS DE CONCLUSIÓN-

Quien suscribe, **RICARDO VÉLEZ OCHOA**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.470.042 de Bogotá, portador de la Tarjeta Profesional No 67.706 del C. S. de la J., obrando en mi condición de apoderado general de **ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.** (antes **QBE SEGUROS S.A.**) en el proceso de la referencia, de conformidad con el poder que obra en el expediente, que ahora reasumo, por medio del presente escrito, encontrándome dentro del término legal concedido para el efecto, procedo a presentar los **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN** en los siguientes términos:

I. HECHOS DE LA DEMANDA y DEL LLAMAMIENTO QUE RESULTARON PROBADOS DENTRO DEL PROCESO

Se discutió en el presente caso si es procedente o no endilgar responsabilidad a las entidades estatales accionadas -entre las cuales se encuentra el MUNICIPIO DE CALI- en punto tocante a los daños y perjuicios (materiales e inmateriales) cuya indemnización y/o compensación reclaman los demandantes, con motivo del accidente sufrido por el señor GERARDO PICHICA CALDÓN el 06 de diciembre del año 2017, fecha en la que supuestamente recibió una descarga eléctrica cerca de la Calle 1 C Oeste No. 81-12, Barrio Alto Nápoles en la ciudad de Cali.

De conformidad con los medios de prueba que obran en el plenario, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

1. Frente al MUNICIPIO DE CALI, nos encontramos ante una falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la entidad no tiene a su cargo la explotación y guarda de la actividad de comercialización de energía, ello sin desconocer que tampoco concurren todos y cada uno de los presupuestos estructurales de la responsabilidad civil (o estatal), entre ellos, el nexo causal que permita imputar o atribuir jurídicamente el daño alegado por los demandantes.
2. Se presentó la caducidad del medio de control de reparación directa respecto del MUNICIPIO DE CALI, pues los hechos que dieron origen al presente litigio ocurrieron el 06 de diciembre de 2017 y la vinculación de la entidad territorial se dio hasta el 11 de marzo de 2020. En consecuencia, es claro que expiraron los 2 años contados a partir del día siguiente de los hechos que causaron el daño de que habla el artículo 147 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).
3. Se configura la causal de exoneración de hecho de la víctima, ya que en el presente caso existe una actuación protagónica del señor GERARDO PICHICA en los hechos que produjeron el daño que ahora pretende que se le indemnice. Lo anterior, en tanto el señor se acercó de manera imprudente a las redes eléctricas portando un elemento conductor de electricidad sin ninguna clase de protección. Lo anterior, a pesar de que en el momento existían condiciones de humedad.
4. Toda vez que no obra en el proceso prueba alguna a través de la cual pueda concluirse que el MUNICIPIO DE CALI es responsable por los daños que actualmente reclama la parte actora, no podrá condenarse a ZURICH al pago de ninguna indemnización, toda vez que, mal podría el Despacho afectar una póliza cuya materialización del riesgo amparado no se ha configurado.
5. En el evento en que el Despacho acepte las pretensiones formuladas en contra de ZURICH, esta no podrá ser condenada a pagar suma que exceda el monto de la suma

asegurada en el amparo de “*Predios, labores y operaciones*”, tomando en consideración el respectivo deducible pactado en la póliza.

6. En el evento en que se considerara que el hecho acaecido dio lugar al nacimiento de la alegada obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora con cargo a la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, deberá tenerse en cuenta que en este caso quedó demostrado que el monto real del límite de la responsabilidad de la misma dependerá de la cantidad restante que exista para la vigencia respectiva del valor de la suma asegurada, teniendo en cuenta otros pagos que se hayan realizado, al estar contemplada la suma asegurada no solo por evento sino también por vigencia (agregado anual).
7. En el evento en que se considerara que el hecho acaecido dio lugar al nacimiento de la alegada obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora con cargo a la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, deberá tenerse en cuenta la participación de ZURICH en el coaseguro respectivo, el cual, para el caso en concreto es del 22%.

II. CONFORME A LOS HECHOS QUE RESULTARON PROBADOS HAN QUEDADO DEBIDAMENTE ACREDITADAS LAS SIGUIENTES EXCEPCIONES DE MÉRITO

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

La legitimación en la causa, tal como lo señala la doctrina, es un presupuesto de eficacia de la pretensión, es decir, un requisito de carácter indispensable para que la petición del accionante pueda ser acogida, obteniendo el sujeto activo sentencia favorable¹. Dicho elemento, hace

¹ Azula Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal Tomo I Teoría General del Proceso. Editorial Temis, Bogotá D.C., 2000. Pg 290.

referencia a la titularidad del derecho en las dos partes, razón por la cual, su ausencia, determina una decisión de fondo absolutoria.

En consecuencia, la falta de legitimación por activa se presenta cuando la parte demandante no tiene el derecho o la calidad necesaria para iniciar una acción judicial. En otras palabras, no posee un interés legítimo en el litigio o no es titular del derecho que está reclamando. Por otro lado, la falta de legitimación por pasiva consiste en la circunstancia según la cual, las pretensiones de la demanda se formulan contra un sujeto distinto de aquel que está llamado a su cumplimiento, al no ser la persona que debe la obligación reclamada, con fundamento en lo cual, habrá de producirse necesariamente una sentencia de fondo absolutoria. Consiste, en palabras de Chiovenda², “...la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción”.

Con respecto a la falta de legitimación en la causa por pasiva, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que se trata de un:

“Un fenómeno sustancia que consiste en la identidad del demandante con la persona a quien la ley concede el derecho que reclama y **en la identidad del demandado con la persona frente a la cual se puede exigir la obligación correlativa (...); mal podría condenarse a quien no es la persona que debe el derecho reclamado,** o quien es demandado por quien carece de la titularidad de la pretensión que reclama.”² (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Como se dijo en la contestación de la demanda, en el caso en concreto es importante destacar que la responsabilidad por la prestación y guarda de la actividad de comercialización de energía recae en EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI ESP. Por dicha razón, cualquier responsabilidad de orden contractual o extracontractual que se genere con ocasión del desarrollo de esta actividad recaerá también sobre las mismas Empresas Municipales de Cali ESP. En este caso, el demandante busca atribuir el daño al MUNICIPIO, sin embargo,

² Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 1, P. 185.

corresponde al demandante probar no solo la existencia de una supuesta falla, sino también la relación de causalidad entre dicha falla y el daño ocasionado. En el *sub lite*, las pruebas presentadas no logran demostrar dicha relación.

Como fue puesto de presente en la contestación de la demanda, de cara imputar responsabilidades es importante que el Despacho tenga en cuenta el marco legal que gobierna la materia, para lo cual resulta de gran utilidad la revisión de la ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.” Que en su artículo 11 sostiene lo siguiente:

“ARTÍCULO 11. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones:

(...)

11.9. Las empresas de servicios serán civilmente responsables por los perjuicios ocasionados a los usuarios y están en la obligación de repetir contra los administradores, funcionarios y contratistas que sean responsables por dolo o culpa sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Esto de entrada demuestra que las empresas prestadoras de servicios públicos por mandato legal son las primeras y directas responsables civiles de asumir los perjuicios que ocasionen a los usuarios con ocasión de la prestación del servicio público correspondiente, por lo cual, se define claramente que no se establece una solidaridad en dicha prestación con la entidad territorial correspondiente, ni tampoco se habla de una obligación de control o supervisión que se encuentre a cargo de las entidades territoriales, con base en la cual se pueda afectar su esfera de responsabilidad. Igualmente, más adelante la misma ley 142 de 1994 sostiene en su artículo 28 lo siguiente:

ARTÍCULO 28. REDES. Todas las empresas tienen el derecho a construir, operar y modificar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos, para lo cual

cumplirán con los mismos requisitos, y ejercerán las mismas facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades oficiales que han estado encargadas de la prestación de los mismos servicios, y las particulares previstas en esta Ley. **Las empresas tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, cuyos costos serán a cargo de ellas.** (Negrilla y subrayado fuera del texto original.)

En este entendido, se puede ver claramente que en el marco general de la ley se establece la capacidad jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos de ser civilmente responsables de los perjuicios que le causen a sus usuarios y de la obligación general de repararlos. Y, en segundo lugar, con la norma recién transcrita vemos que se establece como obligación concreta a cargo de los prestadores de servicios públicos, el mantenimiento y la reparación de las redes locales.

En este entendido, se puede concluir sin lugar a duda, que los perjuicios derivados de la falta de mantenimiento o reparación de las redes constituyen un claro incumplimiento obligacional de origen legal de las empresas prestadoras de servicios públicos, y en ese sentido, comprometen exclusivamente su responsabilidad y no la de los entes territoriales correspondientes.

Lo anterior fue incluso puesto de presente en el marco del proceso por los 2 peritos que rindieron sus respectivos dictámenes en el curso del proceso, esto es, los señores Gustavo Adolfo García y Juan José Uribe. Ambos afirmaron que la empresa encargada de la operación de las redes de energía es única y exclusivamente EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI ESP. En concreto, vale la pena poner de presente el concepto dado por el señor Gustavo García, quien afirmó que si hubo una entidad que podría haber evitado el accidente esta no es otra que las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI ESP, **pero NO el Municipio.**

Por lo tanto, el resultado dañino no puede ser imputado al MUNICIPIO DE CALI, entidad que no tiene a cargo la prestación del servicio. En efecto, la empresa encargada de brindar el servicio

público mencionado, que supuestamente causó el incidente, cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial. En consecuencia, posee la capacidad para asumir la responsabilidad por los daños que eventualmente haya causado a terceros que le sean imputables.

Valga recalcar que lo anterior ya ha sido puesto de presente por el H. Consejo de Estado en casos similares donde se pretende la declaratoria de responsabilidad del Municipio de Santiago de Cali por fallas en las prestaciones de servicios como precisamente es el eléctrico, el cual está a cargo de otras empresas y no el Municipio. De esta manera, se ha reconocido una falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Santiago de Cali porque la reclamación está dirigida “al ente encargado de la prestación y mantenimiento del servicio eléctrico en la ciudad de Cali, el que ciertamente no le corresponde al Municipio de Santiago de Cali”³.

Por otro lado, no sobra recordar al despacho que en el caso concreto, la vinculación del Municipio de Santiago de Cali se hizo con base en una norma derogada que ya no hace parte del ordenamiento jurídico nacional y que para efectos prácticos, equivale a una ley que no existe.

En efecto, el artículo 103 de la ley 388 de 1997, inicialmente fue modificado por la ley 810 de 2003, y posteriormente fue derogado por el artículo 242 de la ley 1801 de 2016, en esa medida la norma que fue invocada como sustento de la vinculación del Municipio de Cali al proceso que nos ocupa, de ninguna manera puede constituir el sustento legal para la vinculación a un proceso judicial de un Ente territorial, al ser una norma derogada que no surte efecto alguno en el ordenamiento nacional. Por esa razón, mucho menos puede ser esta una razón para proferir sentencia condenatoria en contra de la Entidad Territorial en el presente asunto.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de marzo de 2020. Exp. 53418. C.P: Marta Nubia Velásquez Rico.

2. CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

Puesto que la parte actora ha acudido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, resulta claro que, dentro del marco del análisis del ejercicio de la acción de reparación directa, y con base en lo dispuesto en el artículo 164, numeral 2 literal I de la Ley 1437 de 2011, en el evento en que se produzca el rechazo de la anterior excepción, habrá de producirse en todo y cualquier caso el rechazo de las pretensiones de la demanda, dado que los hechos que fundamentan la petición resarcitoria acaecieron excediendo el límite de caducidad dispuesto por la norma en cita. Efectivamente la referida norma sostiene lo siguiente:

“(…) i) Cuando se pretenda la reparación directa, **la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño**, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.” (énfasis añadido).

Como quedó debidamente acreditado en el proceso a través de los distintos medios de prueba, las pretensiones resarcitorias del actor se fundan en los hechos ocurridos el pasado 06 de diciembre de 2017, por lo que el término de caducidad que acaba de ser transcrito empezó a correr a partir del 07 de diciembre de la misma anualidad. Por su parte, la vinculación del Municipio de Cali como demandado se notificó el pasado 11 de marzo de 2020, es decir, después de transcurridos los 2 años que contempla la norma para estos efectos, que se cumplieron el 07 de diciembre de 2019, un poco más de 3 meses antes de la efectiva notificación al Municipio demandado.

En ese entendido, se debe aclarar, como también se hizo en la contestación de la demanda, que el Municipio de Cali NO fue citado a audiencia de conciliación prejudicial obligatoria, por lo cual, no podría pensarse como ocurre en otros casos, que la citación a esta diligencia o su celebración interrumpen o suspendan el cómputo del término de caducidad. Por lo anterior,

resulta incontrovertible que al interior del proceso que nos ocupa y respecto de la demandada Municipio de Cali operó el término extintivo de la caducidad, por lo cual, no es posible endilgarle responsabilidad alguna derivada de los hechos invocados en la demanda.

3. ROMPIMIENTO Y/O INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL POR HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA

Ahora bien, la existencia del nexo causal puede enervarse en virtud de tres elementos fundamentales, a saber: Caso Fortuito o Fuerza Mayor, Hecho de un Tercero, o por el Hecho de la Víctima. Es así como, cuando se verifica cualquiera de estas tres hipótesis, se produce la ruptura y/o se verifica la inexistencia del nexo causal, en virtud de lo cual, al faltar este elemento fundamental, no surge responsabilidad alguna a cargo del agente en virtud de los hechos acaecidos.

En efecto, en el presente caso se verifica la ruptura y/o inexistencia del nexo causal entre la falla del servicio imputada a las entidades demandadas y el daño que presuntamente fue causado a la parte actora, pues el hecho de la víctima confluente para enervar cualquier posible atribución de responsabilidad a los demandados, en especial al Municipio de Santiago de Cali, tal como pasa a explicarse.

La causal de exoneración que se alega está dada por aquella circunstancia en virtud de la cual, es la propia víctima que con su actuar, interviene de forma total o parcial en la causación del daño sufrido por la víctima. Así las cosas, cuando la conducta de la víctima es la causa exclusiva o eficiente del daño sufrido por ella misma, no surge responsabilidad extracontractual en cabeza del demandado, pues en ese caso, no fue su conducta, la causa del daño.

Pues bien, para el caso en concreto, es claro que del relato que de los hechos propone la parte actora, y las explicaciones suministradas por la demandada EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI en su escrito de contestación de la demanda, la génesis de los lamentables eventos que

son materia de juzgamiento reside, única y exclusivamente, en la actuación imprudente de la propia víctima.

En efecto, del conjunto de pruebas que obran dentro del proceso, se desprende de forma evidente que la desafortunada descarga de energía sufrida por el señor GERARDO PICHICA obedeció a su actuar imprudente al manipular un “elemento de aseo” (según lo manifestado en el curso del proceso un traperero metálico) conductor de electricidad que finalmente y tras un desafortunado incidente terminó entrando en contacto con los conductores de energía y causando la descarga eléctrica que le causó lesiones.

Sobre este punto, es también pertinente recordar las declaraciones del perito Gustavo Adolfo García, quien manifestó que si el señor PICHICA no se hubiera acercado a la red de manera imprudente el mismo no hubiera ocurrido. Asimismo, debe recordarse que también quedó plenamente acreditado que para el momento de los hechos había condiciones de humedad, por lo que al acercarse señor Gerardo sin protección alguna, resulta incontrovertible que su conducta no fue prudente. Además, tal como manifestó el señor García, el hecho de acercarse a la red eléctrica llevando imprudentemente un traperero metálico, es clave para explicar las lesiones que ahora pretende que se le indemnicen.

Así las cosas, habrá de tener en cuenta el Señor Juez que la causa de los lamentables eventos que son materia de juzgamiento reside exclusivamente en el señor PICHICA, quien se acercó imprudentemente a la red con el uso de un traperero metálico (conductor de electricidad), ocasionando con ello la descarga eléctrica. En efecto, recuérdese por el Despacho que las redes eléctricas se encuentran en estado de reposo y son pacíficas, no atraen ni repelen materiales o personas, por esta razón necesariamente habrá de concluirse que causalmente, si se produjo una descarga eléctrica, fue porque el sujeto afectado perturbó la red directamente o con el uso de un elemento conductor de energía, hecho que además es totalmente imprevisible e

irresistible para la administración⁴, toda vez que esta no tiene manera de tener el control de las actividades imprudentes llevadas a cabo por las personas.

Sobre este particular, vale la pena poner de presente que la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado ha sostenido que los riesgos que implican la conducción de energía eléctrica son suficientemente conocidos por la generalidad de personas⁵. En ese orden de ideas, esa misma Corporación e incluso Juzgados del Distrito Especial de Santiago de Cali⁶ han reconocido la existencia de la causal de eximente de responsabilidad de hecho exclusiva y determinante de la víctima cuandoquiera que el afectado al momento de sufrir la electrocución estuviere portando un elemento conductor de electricidad, tal como ocurrió en el caso en concreto:

“En el presente caso, como se dejó expuesto, se encuentra probado que la muerte de la víctima ocurrió como consecuencia del contacto de una varilla metálica con la red de energía eléctrica de propiedad de Empresas Públicas de Medellín E.P.S., lo cual sería suficiente para imputarle responsabilidad a dicha entidad, a cuyo cargo estaba la actividad peligrosa que por sí misma generaba un riesgo de carácter excepcional. **No obstante, la Sala encuentra probado el hecho de la víctima como causal eximente de responsabilidad, en tanto su manipulación imprudente de un elemento conductor cerca de la red fue lo que determinó la electrocución⁷.**” (Resaltado por fuera del texto).

Todo lo anterior nos lleva a concluir que fueron estos eventos, no imputables a EMCALI EICE E.S.P., ni muchísimo menos al Municipio de Cali, por cuanto ningún poder de dirección posee

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008. Exp. 17.066. C.P: Ramiro Saavedra Becerra.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2002. Exp. 14.357. C.P: Ricardo Hoyos Duque.

⁶ Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cali. Sentencia del 3 de diciembre de 2024. Rad. 76001333300720190001600. Medio Control de Reparación Directa promovida por Javier Molina Bejarano en contra de EMCALI ESP y otros.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de abril de 2020. Exp. 51.836. C.P: Ramiro Pazos Guerrero.

sobre las actividades que allí se desarrollaban, la verdadera “causa eficiente” y adecuada de los eventuales daños cuya reparación pretende la parte actora al interior del presente proceso.

**4. LOS PERJUICIOS CUYA RECLAMACIÓN Y/O COMPENSACIÓN
PRETENDEN LAS DEMANDANTES SON INEXISTENTES O SE
ENCUENTRAN AMPLIAMENTE SOBRESTIMADOS**

Para el caso en concreto los perjuicios son reclamados de la siguiente manera:

Daño Moral:

- 80 S.M. para Gerardo Pichica, sus padres, y su hija. Total 320.
- 40 S.M. para los tres hermanos del demandante. Total 120.
- 28 S.M. Para su sobrina.

Daño a la salud:

- 200 S.M. para Gerardo Pichica.
- 100 S.M. para Sara Pichica (hija)

Daños materiales:

- \$7.159.341 por lucro cesante consolidado para Gerardo Pichica.
- \$72.116.973 por lucro cesante futuro para Gerardo Pichica.

Como se puede ver, en el presente caso los rubros solicitados por la parte actora a título de perjuicios extrapatrimoniales se encuentran ampliamente sobrestimados, ya que los mismos exceden, notoriamente, el parámetro indemnizatorio establecido por la jurisprudencia para el efecto, atentándose por consiguiente abiertamente contra el principio constitucional de igualdad, y contra los parámetros de equidad y proporcionalidad que informan a la institución indemnizatoria en nuestro medio, puesto que el presente caso no reviste ningún elemento justificativo que permita al juzgador a ir más allá de las respuestas judiciales brindadas para eventos considerados como de extrema gravedad por el Consejo de Estado.

Seguidamente procederé a pronunciarme frente a los conceptos de indemnización (y/o compensación) de perjuicios, así como a su estimación, cuantificación y/o liquidación de los perjuicios, con el fin de poner de presente al Despacho que su indemnización es improcedente:

- **Respecto del daño moral**

Actualmente, como indemnización máxima de los perjuicios morales causados a partir de la ocurrencia de un hecho dañoso, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸ ha establecido un tope de 100 SMLMV para los casos de homicidios violentos o crímenes de lesa humanidad, esto es, para los eventos que comportan mayor gravedad. Así pues, es necesario, conforme lo ha indicado la propia jurisprudencia, que se valoren las circunstancias del caso concreto para determinar la correcta tasación del perjuicio, y se respeten los principios constitucionales de igualdad y equidad, so pena de desconocer el carácter meramente compensatorio, que nunca lucrativo, de la indemnización por perjuicios extrapatrimoniales.

Igualmente, se resalta que para la reparación del daño moral derivado de lesiones personales o daños sufridos por las personas, de tiempo atrás, el Consejo de Estado ha establecido unos parámetros de proporcionalidad que gradúan la extensión de su reparación en función del porcentaje de pérdida de capacidad laboral que este dictaminado y certificado por las juntas regionales o la junta nacional de calificación de invalidez. En este entendido y considerando que el mismo demandante en el hecho octavo de la demanda sostiene que le dictaminaron una pérdida de capacidad laboral del 21%, esta proporción se debe aplicar según las tablas adoptadas por la jurisprudencia que sostienen lo siguiente:

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 2013. Exp. 36.640. C.P: Enrique Gil Botero.

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

Valga recalcar que en el curso del presente proceso, no existe una sola prueba que de cuenta de la supuesta afectación emocional sufrida por el demandante y su círculo íntimo, razón por la cual debe concluirse que su pedimento está basado enteramente en los dichos de la parte actora. En consecuencia, en manera alguna resulta procedente el reconocimiento de perjuicios inmateriales a cargo del MUNICIPIO DE CALI, en tanto ni siquiera está demostrada la causa adecuada del daño como requisito para declarar la responsabilidad ni mucho menos que los mentados perjuicios efectivamente se hayan causado.

- **Respecto del daño a la salud**

Con relación al reconocimiento y la compensación derivada del supuesto daño a la salud padecido por el aquí demandante llamamos la atención del Despacho sobre como también el Honorable Consejo de Estado⁹ ha establecido lineamientos similares para su indemnización que se resumen en la siguiente tabla:

⁹ Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Exp. 38.222. C. P.: Enrique Gil Botero.

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

Por lo anterior, se hace evidente que la pretensión de daño a la salud por montos de 200 S.M. para el señor PICHICA y de 100 S.M. para su hija desconoce por completo los parámetros jurisprudenciales adoptados y en ese sentido no está llamada a ser reconocida. Por el contrario, el perjuicio sufrido por el señor PICHICA, correspondería a una indemnización equivalente a 40 S.M. y no a 200 S.M. como se pretende en la demanda, y a su turno, la indemnización pretendida por 100 S.M. a favor de su hija es completamente improcedente en la medida en que el daño a la salud por la concepción específica de esta tipología de daño está orientado únicamente a cubrir a la víctima directa del daño.

Así las cosas como la menor SARA PICHICA MUÑOZ, afortunadamente no sufrió ninguna lesión derivada del desafortunado accidente, tampoco se hace acreedora de ninguna indemnización por concepto del daño a la salud.

- **Respecto del lucro cesante**

El lucro cesante es entendido como aquel valor que no ingresó o no ingresará al patrimonio de la víctima. En los términos del artículo 1614 del Código Civil, el lucro cesante es concebido como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”

Ahora bien, en relación con el alcance de este concepto, el Consejo de Estado ha establecido que corresponde, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima¹⁰.

Por su parte, los doctrinantes Marcelo López Mesa y Félix Trigo Represas, han establecido en torno al lucro cesante, lo siguiente:

“Se ha juzgado que el lucro cesante es la ganancia o utilidad de que se ve definitivamente privado el damnificado a raíz del ilícito o el incumplimiento de la obligación. Ello implica una falta de ganancia o de un acrecentamiento patrimonial que el damnificado habría podido razonablemente obtener de no haberse producido el ilícito y corre a cargo de quien b lo reclama la prueba de su existencia. El lucro cesante traduce la frustración de un enriquecimiento patrimonial: a raíz del hecho lesivo se impide a la víctima que obtenga determinados beneficios económicos. El lucro cesante es la ganancia de la que fue privado el damnificado. (...)

El lucro cesante es el reflejo futuro de un acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima; justamente por ser un daño futuro, exige mayor cuidado en su caracterización y cuantificación.

Está constituido por las ganancias concretas que el damnificado se vio privado de percibir. Quedan por fuera de su ámbito las utilidades eventuales que aquél podría haber ganado con posterioridad al siniestro en caso de no haberse producido.

El lucro cesante no se presume, razón por la cual quien reclama la indemnización debe probar fehacientemente su existencia.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de julio de 2013. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 21.564.

Este rubro indemnizatorio no puede concebirse como un ítem hipotético o eventual, pues por su naturaleza es un daño cierto que solo puede ser reconocido cuando su existencia y cuantía se acredita mediante prueba directa, extremo que se logra demostrando la imposibilidad de realizar una determinada actividad rentada o la disminución transitoria de la misma.” (Se destaca).

Pues bien, aterrizando las anteriores premisas al caso concreto, es menester señalar que la parte actora pretende el reconocimiento y pago del lucro cesante consolidado por \$7.159.341, y lucro cesante futuro por \$72.116.973 a favor de GERARDO PICHICA, equivalente a los ingresos mensuales que se manifiesta dejó y dejará de percibir por los daños sufridos, suma que no está llamada a ser reconocida toda vez que no resultó acreditado en el expediente que para la fecha de ocurrencia del accidente que dio origen al presente proceso, el señor PICHICA se encontrara desarrollando actividades productivas, así como tampoco se encuentra probado el monto de los ingresos que devengaba del desarrollo de dicha actividad.

5. NO SE HA DETERMINADO LA RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO Y POR LO TANTO NO SE HA CONFIGURADO EL SINIESTRO CUBIERTO EN LA PÓLIZA

En el caso que nos ocupa, es evidente que no se ha configurado el siniestro a la luz del amparo de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931 (Póliza interna de Zúrich No. 000706536746) y, por lo tanto, resulta improcedente el pago de la indemnización pretendida con cargo a mi mandante, como pasa a explicarse.

La Póliza No. 1501216001931 (Póliza interna de Zúrich No. 000706536746) definió el objeto del seguro en su clausulado general, en los siguientes términos:

“Cobertura La Compañía se obliga a indemnizar, los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de la responsabilidad civil extracontractual en que incurra de acuerdo con la ley colombiana, por hechos imputables al asegurado, que causen la muerte, lesión o menoscabo en la salud de las personas (daños personales) y/o el deterioro o destrucción de bienes (daños materiales) y perjuicios económicos, incluyendo lucro cesante y perjuicios extrapatrimoniales, como consecuencia directa de tales daños personales y/o daños materiales.”

De acuerdo con lo descrito en la póliza y con la naturaleza misma de este amparo, en este escenario se pretende otorgar cobertura para los eventos en que el asegurado incurra en responsabilidad por daños causados a terceros.

En el presente caso, como se ha puesto de presente hasta este punto, en manera alguna se le puede endilgar alguna responsabilidad al asegurado, esto es, EL MUNICIPIO DE CALI, pues además de existir una falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba alguna ni de la supuesta falla del servicio en que incurrió ni el nexo de causalidad entre el mismo y el accidente ocurrido.

En consecuencia, toda vez que el amparo supone que el asegurado incurra en responsabilidad para que su cobertura pueda activarse; y sin que dicha situación se haya presentado o demostrado, es evidente que no se ha configurado el siniestro y que cualquier reclamación de indemnización en contra del asegurado resulta jurídicamente inviable, al paso que tampoco se podría activar la cobertura otorgada por la Póliza.

6. LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA SE ENCUENTRA LIMITADA AL VALOR DE LA SUMA ASEGURADA, AL SUBLÍMITE DE LA COBERTURA CORRESPONDIENTE QUE OPERA EN EXCESO Y A SU DISPONIBILIDAD

En adición a lo anterior, en el evento improbable que el despacho decida proferir condena en contra de la Aseguradora que represento, deberá tenerse en cuenta que la responsabilidad de mi poderdante se encuentra limitada por el valor de las sumas máximas aseguradas establecidas

en el contrato de seguro, las cuales se erigen en un tope o límite insuperable, después del cual no se podrá proferir condena en contra de la Compañía de Seguros.

En efecto, el artículo 1079 del C. de Co. dispone:

“El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1074.”

Al tenor de lo dispuesto por la citada norma, es claro que la responsabilidad del Asegurador se encuentra limitada por la suma asegurada pactada en el respectivo contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1079 del C. de Co., excepción que hace referencia al reconocimiento por parte del Asegurador de los gastos asumidos para evitar la extensión y propagación del siniestro, la cual, sobra advertir, no resulta aplicable al presente caso.

Así las cosas, de conformidad con las condiciones de la Póliza, y las normas del contrato de seguro, es evidente que en el evento en que el Despacho acepte las pretensiones formuladas contra las llamadas en garantía, ésta no podrá ser condenada a pagar suma que exceda el monto de la suma asegurada, que corresponde a la suma señalada para el sublímite del amparo que pretende afectarse.

Ahora bien, es necesario advertir que el seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual plasmado en la póliza No. 1501216001931 (Póliza interna de Zúrich No. 000706536746), opera en exceso de las pólizas de Responsabilidad Civil extracontractual derivadas de cumplimiento tomadas por los contratistas que hayan ejecutado las operaciones que se debaten en este litigio, pues éstas fueron contratadas y constituidas exclusivamente con ese objeto.

Adicionalmente, se advierte al Despacho que dicha suma asegurada está dada por evento y por vigencia, es decir que, no sólo debe respetarse el límite para cada evento particular, sino que

también se deberá respetar el máximo valor asegurado por vigencia descrito expresamente en el contrato de seguro.

Por lo expuesto, es claro que el Despacho deberá incorporar en su decisión estos límites de la responsabilidad de la aseguradora que represento, límites que fueron válidamente pactados en el contrato de seguro y que deben ser respetados no sólo por las partes sino por el Juez de ese contrato.

7.COASEGURO Y DEDUCIBLE

Partiendo de la premisa de que en este caso se pactó un coaseguro en la póliza entre cuatro aseguradoras para asumir conjuntamente el riesgo (no solidariamente), es evidente que en el caso de una eventual condena cualquier imposición a cargo de mi mandante se deberán respetar las condiciones planteadas en este sentido, como se explica seguidamente.

La legislación colombiana consagra la posibilidad de pactar la figura del coaseguro, que corresponde a un acuerdo en virtud del cual dos o más aseguradoras, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, aceptan la distribución entre ellas de un determinado riesgo. Se trata, en consecuencia, de contrato de seguro en el que el extremo asegurador está compuesto por varias compañías de seguros.

En la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931 (Póliza interna de Zúrich No. 000706536746), que da origen al llamamiento en garantía en contra de mi mandante, se señaló claramente que operaría un coaseguro entre cuatro aseguradoras que asumirían de forma conjunta el riesgo en los términos pactados en el condicionado. Puntualmente, se dispuso que la participación de cada compañía en el contrato de seguro en comento estaría definida de la siguiente manera:

ASEGURADORA	PARTICIPACIÓN
ALLIANZ SEGUROS S.A.	23%
COMPAÑÍA DE SEGUROS COLPATRIA	21%
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.	34%
ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. (ANTES QBE)	22%

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe señalar que en el remoto evento en el que se declare la responsabilidad del Municipio de Santiago de Cali por los hechos descritos en la demanda y se ordene al pago de la indemnización por parte de ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A, esta última sólo deberá pagar, en virtud de la Póliza en mención, el porcentaje que le corresponde en el coaseguro, es decir, un veintidós por ciento (22%) de la suma a indemnizar, estando el otro setenta y ocho por ciento (78%) a cargo de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. el treinta y cuatro (34%), el veintiuno (21%) a cargo de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A y el veintitrés (23%) restante a cargo de ALLIANZ SEGUROS S.A.

No queda duda entonces que, en el improbable evento en que se declare que mi poderdante se encuentra obligada al pago de la indemnización pretendida, ésta no podrá ser condenada en suma superior al cuarenta (22%) del valor a indemnizar como consecuencia de la afectación del contrato de seguro realizando el respectivo descuento del deducible al asegurado pactado en un 15% de la pérdida mínimo 40 SMLMV.

8. DISMINUCIÓN DE LA SUMA ASEGURADA POR PAGO DE INDEMNIZACIONES CON CARGO A LA PÓLIZA

De manera concomitante a lo expuesto en líneas anteriores, es importante señalar que en evento en que se considerara que el hecho acaecido dio lugar al nacimiento de la alegada obligación

indemnizatoria a cargo de la Aseguradora con cargo a las Póliza Responsabilidad Civil No. 1501216001931, deberá tenerse en cuenta que el monto real del límite de la responsabilidad de la misma dependerá de la cantidad restante que exista para esa vigencia del valor de la suma asegurada, teniendo en cuenta otros pagos que se hayan realizado, al estar contemplada la suma asegurada no solo por evento sino también por vigencia (agregado anual).

En este sentido, deberá tenerse en cuenta que la responsabilidad de ZURICH dependerá de la cantidad restante del valor asegurado que exista para la vigencia de las pólizas, teniendo en cuenta otros pagos que se hayan realizado y, una vez superada dicha suma, no estará obligada a asumir aquellos valores que lo excedan, en la medida en que en el contrato de seguro que nos ocupa también se pactó una suma asegurada máxima por vigencia (agregado anual).

Así las cosas, en el evento en que se profiera condena en contra de ZURICH, la misma deberá limitarse al valor de la suma asegurada que se encuentre disponible para el momento en que se profiera sentencia que haga tránsito a cosa juzgada dentro del presente proceso.

En este punto, me permito poner de presente que, en aplicación del principio de congruencia y a la búsqueda de la verdad procesal material al momento de proferir sentencia, conforme al inciso 4 del artículo 281 del CGP¹¹, nace la obligación de verificar el valor asegurado disponible.

9. LA COBERTURA OTORGADA POR LA PÓLIZA SE CIRCUNSCRIBE A LOS TÉRMINOS DE SU CLAUSULADO

¹¹ En la sentencia deberá tenerse en cuenta al momento de fallar cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

En el remoto escenario en el que el Despacho no acoja las excepciones formuladas, será necesario que tome en plena consideración, los términos en los que se otorgó la cobertura por parte de mi mandante en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, por los motivos que se exponen adelante.

El seguro es un contrato por virtud del cual una parte, llamada Asegurador, asume el riesgo que le trasfiere otra, llamada Tomador, a cambio del pago de una prima; en caso de que ese riesgo transferido se materialice, el Asegurador asume las consecuencias perjudiciales del mismo hasta la suma asegurada. Las condiciones pactadas dentro del contrato de seguro delimitan claramente el riesgo, el siniestro (materialización del riesgo) y el margen de la eventual responsabilidad del Asegurador.

Precisamente, el artículo 1047 del C. de Co. identifica las siguientes como condiciones propias de la póliza, lo cual refleja lo dicho en el párrafo anterior:

- “La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato: (...)
- a. La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a la cual se contrata el seguro.
 7. La suma asegurada o el monto de preciarla.
 9. Los riesgos que el asegurador toma a su cargo.
 11. Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.”

Por lo anterior, y teniendo como referente el principio de que el contrato es ley para las partes (artículo 1602 del C.C.), en el remoto evento en que el Despacho declare la responsabilidad a cargo de la demandada y decida con fundamento en ello proferir condena contra mi representada con base en la cobertura otorgada por la misma en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, habrá de ceñirse a las condiciones generales y particulares pactadas en el respectivo contrato de seguro.

Particularmente, el Despacho deberá definir la extensión de la eventual responsabilidad de la Aseguradora con fundamento en las condiciones generales y particulares estipuladas en el referido contrato de seguro, revisando si los perjuicios cuya indemnización se pretende están cubiertos o excluidos, si la causa de los mismos corresponde a uno de los riesgos amparados por la póliza, el límite de extensión de la eventual obligación indemnizatoria, en términos de la suma asegurada y el deducible pactado en la póliza en los términos expuestos anteriormente, y si ha operado o no el fenómeno de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. De lo contrario, debe quedar claro, no será procedente condena alguna en contra de mi representada.

10. INEXIGIBILIDAD DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE LAS COASEGURADORAS

De acuerdo con la imputación de responsabilidad endilgada en el escrito de demanda, nótese que ninguno de los hechos y omisiones que se atribuyen a los demandados, podrían corresponder, en estricto rigor, a la realización del riesgo asegurado de responsabilidad civil extracontractual, en los términos establecidos en la Póliza.

Por el contrario, los hechos y pretensiones señalados aducidos en la demanda son unívocos en señalar que no se endilga responsabilidad alguna al MUNICIPIO DE CALI derivada de las labores y operaciones que se llevan a cabo en los predios del asegurado. En efecto, la cobertura de diferentes amparos previstos en la Póliza es unívoca en señalar que el hecho generador de responsabilidad a cargo del asegurado MUNICIPIO DE CALI debe provenir de daños irrogados a terceros (lesiones corporales, muerte o daños materiales o a bienes) con motivo de las labores y operaciones atribuibles al MUNICIPIO DE CALI en los predios asegurados o con motivo de los bienes asegurados.

Dicho de otro modo, la única forma en que podría llegarse eventualmente a derivar la exigibilidad de algún compromiso indemnizatorio a cargo de los coaseguradores - entre ellos,

ZURICH- sería que el asegurado incurriera en responsabilidad con cargo a los términos de la Póliza, esto es, por el mal estado de las vías, por daños causados por vehículos al servicio del asegurado, etc., entre otros eventos que tengan la virtualidad abstracta de acomodarse a la descripción de los amparos previstos en la póliza.

De llegarse a establecer que los hechos y omisiones -que podrían originar responsabilidad a cargo del MUNICIPIO DE CALI- son de naturaleza *dolosa* no tendrían cobertura alguna bajo la Póliza por así establecerlo expresamente las estipulaciones contractuales que la rigen y, en especial, por la restricción contemplada en el art. 1055 del C. de Co¹².

Con arreglo a lo expuesto, los hechos y pretensiones en la demanda mal podrían considerarse como un siniestro, esto es, la realización de alguno de los riesgos asegurados (art. 1072 del C. de Co.) de acuerdo con la delimitación contractual de cada uno de los amparos previstos en la Póliza y, en todo caso, de llegase a establecer que la conducta endilgada en la demanda a los demandados -entre ellos, el MUNICIPIO DE CALI- tienen la connotación de dolosa, mal podrían tener cobertura a la luz de la Póliza.

III. REITERACIÓN DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PLANTADAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA RESPECTO DE LA DEMANDA Y EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

En último lugar, se quiere poner de presente que la presentación de estos alegatos de conclusión en manera alguna implica la renuncia a las excepciones de mérito expuestas con la contestación de la demanda respecto de esta última y el llamamiento en garantía. Por el contrario, el H. Despacho deberá valorar en manera integral todas y cada una de estas para valorar la responsabilidad que le asiste a mi representada y dictar sentencia en el presente asunto.

¹² El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

Lo anterior, de conformidad con el numeral 1 del artículo 281 del Código General del Proceso según el cual “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley (...)”.

IV. SOLICITUD

De conformidad con los argumentos aquí expuestos, queda visto como no es jurídicamente posible acceder a las pretensiones de la demanda. Por tal motivo, solicito comedidamente al Despacho:

1. Se sirva rechazar las pretensiones de la demanda, con fundamento en las excepciones propuestas por esta parte.
2. Por último, en el lejano y remoto evento en que el Honorable Despacho declare responsable a la llamante en garantía, se solicita tener en cuenta la extensión de la eventual responsabilidad de ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. con fundamento en las condiciones generales y particulares estipuladas en LA PÓLIZA.

Del señor Juez, respetuosamente,



RICARDO VÉLEZ OCHOA
C.C. No. 79.470.042 de Bogotá D.C.
T.P. No. 67.706 del C. S. de J.