

Señores:

JUZGADO DIECIOCHO (18) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI

adm18cali@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

PROCESO:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES:	JOSÉ DAVID VELÁSQUEZ ARBOLEDA Y OTROS
DEMANDADOS:	MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
LLAMADO EN	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD
GARANTÍA:	COOPERATIVA
RAD:	76001-33-33-018-2019-00205-00
ASUNTO	ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Cali, Valle del Cauca, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.395.114 expedida en la ciudad de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, con oficina en la Avenida 6 A Bis # 35N – 100 – Centro Empresarial de Chipichape – Oficina 212 de la ciudad de Cali, actuando en mi calidad de apoderado especial de la compañía de seguros **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, compañía dedicada a comercializar seguros, organizada como cooperativa, que tiene el carácter de institución auxiliar del cooperativismo, sin ánimo de lucro, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio principal en la calle 100 No. 9 A – 45 piso 12, de la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT. 860524654-6, representada legalmente por la Doctora **MARÍA YASMITH HERNANDEZ MONTOYA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 38.264.817, conforme se acredita con el poder y certificado de existencia y representación legal obrante en el plenario, por medio del presente escrito **REASUMO** el mandato a mi conferido, y por tanto, encontrándome dentro del término legal procedo a presentar **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**, solicitando desde ahora mismo que se profiera **SENTENCIA FAVORABLE** para mi representada, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas por mi defendida al momento de contestar la demanda y el llamamiento en garantía, de conformidad con los argumentos que enseguida se exponen:

I. OPORTUNIDAD

Mediante Auto No. 836 notificado en estrados el 03 de octubre de 2024, durante el desarrollo de la audiencia de pruebas, el despacho resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 del CPACA, corriendo traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión por escrito dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, siendo que vencido el término de traslado se proferirá la sentencia respectiva, la cual se

notificará al amparo del artículo 203 *ibidem*. En ese orden de ideas, los términos se computan durante los días 4, 7, 8, 9, 10 11, 15, 16, 17 y **18 de octubre de 2024**, por lo que se colige que este escrito se presenta dentro de la oportunidad procesal pertinente.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: LO QUE SE DEFINE

En atención a la confrontación de los hechos y los cargos planteados en la demanda, los presupuestos del objeto demandado, su contestación, las excepciones formuladas y los pronunciamientos de las llamadas en garantía, se tiene que el problema jurídico a resolver según el acta de la audiencia inicial¹, es:

“¿Es responsable administrativa, patrimonial y extracontractualmente la entidad demandada por los presuntos perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a los demandantes por el fallecimiento de los señores Daniel Velásquez Arboleda y Yeimmy Johana Caiza Restrepo, en accidente de tránsito acaecido el 09 de septiembre de 2018, cuando se movilizaban en un vehículo tipo motocicleta por la calle 70 entre carrera 25A y 26 del barrio Nueva Floresta en la ciudad de Cali, y si por tanto la entidad demandada se encuentra obligada a indemnizar a la parte actora?, o si, por el contrario ¿le asiste la razón al extremo pasivo de la relación procesal en alegar que en el presente asunto no se configura una responsabilidad que le sea atribuible por inexistencia de prueba del nexo causal y toda vez que se configuran las causales eximentes de responsabilidad culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero?

Por otro lado, y como cuestión accesorio que debe resolver el despacho debe establecerse si la sociedad llamada en garantía debe respaldar a la entidad llamante (Distrito Especial de Santiago de Cali), frente al pago de las sumas de dinero por las que eventualmente resulte condenada, a título de indemnización por los perjuicios causados a los demandantes, con arreglo al vínculo contractual invocado por la entidad convocante”.

En dicho sentido, para sostener nuestra posición y que la misma sea relevante para el desenlace del litigio, se formulan los siguientes alegatos

II. OPOSICIÓN A LAS CONSIDERACIONES DE LA PARTE ACTORA RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DE LAS DEMANDADAS

1. CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA

De lo actuado y efectivamente probado en el proceso debe concluir que existe una responsabilidad inequívoca de la víctima en el desenlace que ocupa este litigio, pues como se ha podido observar de la práctica de pruebas y los testimonios, las víctimas actuaron de manera impropia en relación con las normas de tránsito, pues se advierte que se presentó una conducción inadecuada (demasiado cerca del sardinel), a una alta velocidad (teniendo en cuenta la presencia de un

¹ Llevada a cabo el 18 de mayo de 2023.

semáforo peatonal) y sin previsión de normas de seguridad (no se encontraron evidencias del uso de cascos así como tampoco del uso de chaleco reflectivo). Las actividades antes mencionadas sólo pueden entenderse como actuaciones imprudentes que pusieron a las víctimas (y a los demás transeúntes) en una situación de riesgo inminente, con la gravedad que para los implicados resultó en un desenlace fatal.

Al respecto, se expone la postura Jurisprudencial del Consejo de Estado en sentencia del 25 de julio de 2002, Exp. 13744, la cual que encuentra su reflejo en providencias anteriores, y que ha definido el Hecho de la Víctima, de la siguiente forma:

“Cabe recordar que **la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño**. Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado:

(...) Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto, puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (...)” (Resaltado y negrita fuera del texto)

Igualmente se expone que, para su procedencia, se requiere de lo siguiente: la presencia de un actuar: positivo o negativo, esto es, de una acción u omisión por parte de quien alega padecer el daño; y ese actuar, viene a ser el determinante y exclusivo del hecho que materializa el acontecer de las lesiones infligidas.

(...) Desde la perspectiva general, es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de irresistibilidad e imprevisibilidad de la fuerza mayor, como quiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa del daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos. En efecto, el demandado sólo se encuentra obligado a evitar los daños padecidos por la víctima en aquellos eventos en que se encuentre en posición de garante frente a aquélla, casos en los cuales, a efectos de enervar la acción indemnizatoria debe acreditar la imprevisibilidad e irresistibilidad de la conducta que origina el daño, con miras a exonerarse de la

responsabilidad que se le endilga. A contrario sensu, en las demás circunstancias, el demandado se libera si logra acreditar que fue la consecuencia del comportamiento de la propia persona que sufrió el daño. En ese sentido, la Sala debe precisar y desarrollar la posición jurisprudencial vigente. No se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación. Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis”.

Por su parte el artículo 55 de la Ley 769 de 2009, indica con claridad que toda persona que tome parte en el tránsito como conductor está obligada a conocer y cumplir las normas de tránsito que le sean aplicables. Particularmente para el caso encontramos que el artículo 94 de la ley 769 de 2002, nos indica:

“ARTÍCULO 94. NORMAS GENERALES PARA BICICLETAS, TRICICLOS, MOTOCICLETAS, MOTOCICLOS Y MOTOTRICICLOS. <Ver Notas del Editor> Los conductores de bicicletas, triciclos, motocicletas, motociclos y mototriciclos, estarán sujetos a las siguientes normas:

Deben transitar por la derecha de las vías a distancia no mayor de un (1) metro de la acera u orilla y nunca utilizar las vías exclusivas para servicio público colectivo.

Los conductores de estos tipos de vehículos y sus acompañantes deben vestir chalecos o chaquetas reflectivas de identificación que deben ser visibles cuando se conduzca entre las 18:00 y las 6:00 horas del día siguiente, y siempre que la visibilidad sea escasa.

(...)

Deben respetar las señales, normas de tránsito y límites de velocidad.

(...)

Los conductores y los acompañantes cuando hubiere deberán utilizar casco de seguridad, de acuerdo como fije el Ministerio de Transporte.

La no utilización del casco de seguridad cuando corresponda dará lugar a la inmovilización del vehículo”.

En igual sentido, nos dice el artículo 96 ibídem, modificado por el artículo 9 de la Ley 2251 de 2022:

ARTÍCULO 96. NORMAS ESPECÍFICAS PARA MOTOCICLETAS, MOTOCICLOS Y MOTOTRICICLOS. Las motocicletas se sujetarán a las siguientes normas específicas:

(...)

2. Podrán llevar un acompañante en su vehículo, el cual también deberá utilizar casco y la prenda reflectiva exigida para el conductor.

(...)

4. Todo el tiempo que transiten por las vías de uso público, deberán hacerlo con las luces delanteras y traseras encendidas.

5. **El conductor y el acompañante deberán portar siempre el casco de seguridad**, conforme a la reglamentación que expida el Ministerio de Transporte. En todo caso, no se podrá exigir que el casco contenga el número de placa correspondiente al del vehículo en que se moviliza.

Atendiendo todo lo anterior, se concluye que es perfectamente aplicable al caso la figura de la culpa exclusiva y determinante de la víctima, dada la evidente injerencia de su actuar descuidado en el resultado dañoso, dado que en el acervo probatorio del *sub-lite* existen elementos que permitan determinar que se presentaron comportamientos desplegados por las víctimas que fueron determinantes para el desenlace, porque el uso de casco (por ejemplo) es sabido que puede reducir la tasa de mortalidad hasta en un 42%², esto es alrededor de la mitad de las oportunidades de sobrevivir ante un accidente de características similares al que nos ocupa.

Así lo ha hecho saber en pronunciamiento reciente el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, cuando en sentencia de 19 de febrero de 2024, dice:

“(…) es importante resaltar el sentido teleológico o finalista de las normas de tránsito, arraigado en los fines del Estado de salvaguardar las vidas de las personas, reducir y evitar la accidentalidad, instruir orden en las vías y encaminar la sana convivencia, ante los incontables fallecimientos y lesiones que la accidentalidad vial cobra en Colombia, en donde, “si el número de muertos y heridos se confronta con el número de vehículos que circula en Colombia, encontramos tasas porcentuales desproporcionadas frente a países con mucho mayor número de vehículos, en los cuáles la velocidad de circulación es definitivamente superior a la media que se conoce en Colombia”.

(…)

Así, el flagrante incumplimiento de Adriana Margarita Saldarriaga Morales al C.N.T.T. permite afirmar que en el sub judice la conducta de la conductora de la motocicleta emerge como la causa adecuada del accidente de tránsito en el que perdiera la vida, toda vez que el acatamiento de la reglamentación en la circulación automovilística es, precisamente, el que tiene la potencialidad de soslayar la concreción de los riesgos propios de la conducción de vehículos.

En síntesis, se establece que **la conducta desplegada por Adriana Margarita Saldarriaga Morales en la conducción de su motocicleta se traduce en incumplimiento de los artículos 55, 60, 61, 68, 94 y 96 de la Ley 769 de 2002 y configura la culpa exclusiva de la víctima como causa adecuada del hecho dañoso.** (Resaltado y negrita fuera del texto)

Ahora bien, respecto de los elementos de convicción a los que se ha hecho mención y que ayudan a sustentar las afirmaciones anteriores, podemos extraer del testimonio de VICTOR HUGO ESCOBAR quien fue el agente que atendió el accidente como primer respondiente, de cuyo relato se puede extraer, para efectos de demostrar este punto, lo siguiente:

- ¿Cuál fue el resultado del *focus faro*? Respondió: *“El conductor pudo haber perdido el control o que viniera muy recostado al sardinel. La persona debía haber disminuido la velocidad (había semáforo peatonal)”*.
- ¿Portaban casco? Respondió: *“Al momento de llegar al sitio no evidenciamos casco o algún tipo de protección sobre la cabeza”*.

² <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PES/resumen-politica-movilidad-segura-motociclistas.pdf>

- ¿A qué distancia debe conducir una motocicleta del sardinel? Respondió: “(...) *El motociclista pudo haber evitado el bache, también había un semáforo peatonal que está antes del bache. Él pudo haber evitado el accidente si el pasa por el semáforo a una velocidad prudencial hubiera visto el bache*”.

A iguales conclusiones podemos aterrizar si examinamos a detalle el material fotográfico obrante al plenario, y del que salta a la vista que los cuerpos encontrados por el equipo de inspección no portaban consigo ningún tipo de protección, así como tampoco en la escena se encontró la existencia de elementos materiales de prueba relacionados a la protección de los ocupantes del vehículo involucrado en el accidente, entiéndase cascos y/o chalecos reflectivos.

En este mismo hilo de evidencias, encontramos lo dispuesto en el Acta de Inspección Técnica a Cadáver, en que se hace relación a que lo único que portaba al momento del accidente (en este caso la señora Yeimmy Caiza), era:

Descripción de prendas:
Detalle las prendas de vestir, calzado, color, talla y escriba las condiciones en que se encuentran: daños, manchas, adherencias, como residuos, fibras y otras características que puedan ser útiles para la investigación. En caso de ser necesario retirar prendas con el fin de proteger EMP y EF, deje las constancias respectivas.
 COLOR NEGRO, PANTIS NEGRO, SANDALÍAS

Dejando certeza lo anterior, de la ausencia de elementos de protección vial. Igual resultado encontramos para el caso del señor Daniel Velásquez, aunque no se encuentra consignado en el mismo documento, ya que, para su caso, el relato se difiere hasta la ubicación en el hospital de su deceso, en donde sólo portaba “pañales” según el reporte. Sin embargo, como se mencionó antes, las fotografías tomadas a la escena representan lo aquí expuesto.

Aunado a lo anterior, se debe hacer referencia a lo consignado en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito (IPAT) No. A000804200-90, en el cual se establece como hipótesis del accidente la codificada con el No. 157 (otra) como se determina en el manual de diligenciamiento del Informe Policial de Accidentes de Tránsito (IPAT) adoptado por la Resolución No. 0011268 de 2012 expedida por el Ministerio de Transporte, la cual establece:

“YA QUE EL MOTOCICLISTA AL REALIZAR LA MANIOBRA DE CONDUCIR EN LA VÍA NO SE CERCIOA QUE PUEDE EXISTIR UN BACHE EN LA MISMA O TAMBIÉN PODRÍA TRANSITAR MUY CERCA AL SARDINEL DEL SEPARADOR DERECHO DE LA CALZADA DE LA CALLE 70 ENTRE CARRERAS 25a Y 26 CUYO SENTIDO VIAL ES NORTE-SUR LO QUE LE OCACIONA LA PERDIDA DE CONTROL DEL VEHÍCULO SUFRIENDO VOLCAMIENTO LATERAL, PONIENDO EN RIESGO SU VIDA, SU INTEGRIDAD FÍSICA, LA DE SU ACOMPAÑANTE Y LAS INFORTUNADAS CONSECUENCIAS.”

Entonces, es dable concluir que esta conducta de las víctimas altera la causalidad y en sede de imputación, desvirtúa cualquier atribución que se pueda realizar frente a la pasiva, toda vez que se ha argumentado que si quién sufrió el daño se expuso imprudentemente a sufrirlo, es quien debe

soportar la carga indemnizatoria, y no trasladar responsabilidad a otros.

Por los anteriores motivos solicito respetuosamente se dé por probada este medio exceptivo.

2. INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD.

Se invoca el medio exceptivo atendiendo a que la parte actora no logró probar en el desarrollo del proceso la responsabilidad que pretende sea imputada al ente territorial, pues no acercó medio de convicción con el que se pueda acreditar que se presentó una falla en el servicio la cual derivó en un daño como consecuencia de una conducta negligente, retardada u omisiva con la que pueda predicarse un nexo de causalidad entre la indebida prestación de servicios y el daño alegado fruto del accidente ocurrido el 09 de septiembre de 2018, contrario a ello, como se explicó ampliamente en apartes anteriores, se evidenció, de lo probado y practicado, que se presentó una actuación descuidada de la víctima la cual fue determinante para causar el desenlace fatal por el que se exige perjuicios.

Al respecto, el artículo 2341 del Código Civil, dice:

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”, se desprende necesariamente que es obligatorio que la parte demandante acredite la existencia de tres elementos: 1) el hecho dañoso acaecido culpablemente (o delictualmente si es el caso), 2) el daño y 3) **la relación de causalidad entre esos dos elementos**. (Subrayado y negrita fuera del texto)

En este sentido la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de septiembre de 2002, expediente 6143, señaló:

“(…) Toda responsabilidad civil extracontractual se estructura sobre tres pilares fundamentales que, por lo general, debe demostrar el demandante: el hecho dañoso o culpa, el daño **y la relación de causalidad** (…”. (Subrayado y negrita fuera del texto)

Igualmente, señaló la Corte Suprema que es el demandante quien debe acreditar estos tres elementos, así:

“(…) se tiene por verdad sabida que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que equivale a decir que quien reclama a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar en principio, el perjuicio padecido, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y **la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre ambos factores** (…”. (Subrayado y negrita fuera del texto)

En el escenario de análisis conductual que ofrece el esquema de la falla de prestación del servicio, los elementos que deben soportar la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado

también son semejantes. No debe perderse nunca de vista que siempre, recae en la parte actora la carga probatoria de demostrar al operador judicial la culpa - en este caso - el hecho o conducta constitutiva de falla en el servicio, el daño y su respectiva magnitud en aras de poderlo cuantificar y finalmente, pero no menos importante, el nexo de causalidad entre los dos primeros. Así lo entendió el Magistrado Jorge Santos Ballesteros en sentencia 6878 de 26 de septiembre del 2002, cuando dice:

“El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responderá de los primeros cuando son “consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”. Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. el que da la pauta, junto con el anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil. (...) El causalismo ha sido entendido como un método filosófico- científico que intenta explicar los fenómenos a través del estudio de sus causas, de tal manera que la pretensión de reconocer en los sucesos de la vida una relación de causa-efecto se presenta como una de las búsquedas más grandes del ser humano, un „delito o culpa” —es decir, de acto doloso o culposo— hace responsable a su autor, en la medida en que ha inferido „daño a otro”

Aterrizando al caso podemos afirmar entonces que no hubo culpa porque el hecho omisivo que el apoderado demandante quiere presentar como generador del daño padecido por las víctimas del caso, en realidad no lo fue, ello porque como se explicó en el apartado exceptivo anterior, dicha responsabilidad sólo puede ser atribuida, en caso bajo examen, a una actividad determinante de la víctima que en evidente desconocimiento de las normas de tránsito, decidió exponerse al riesgo y ponerse en una situación en la que el desenlace fatal que finalmente ocurrió, era altamente probable.

En el ramo civil, las reglas probatorias respecto a la carga de la prueba se rigen por tres normas, el artículo 1757 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012), la regla general está dada, entonces, por el Código Civil que establece: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas” (art. 1757).

De acuerdo con el IPAT allegado al proceso, el demandante arguye un accidente de tránsito, sin embargo, en cuanto al elemento de la responsabilidad denominado “nexo causal” entre las lesiones padecidas por el señor Velásquez y la señora Caiza respecto a la falla del servicio, no se evidencia configurado, y del acervo probatorio y lo actuado en el proceso, no existe prueba que así lo acredite.

Ahora bien, los accionantes atribuyen responsabilidad al Municipio de Cali basándose única y exclusivamente en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito (IPAT) No. A000804200-901, asumiendo una actitud desidiosa frente a la carga probatoria y dando por sentado (sin estarlo), que las lesiones del señor Velásquez y la señora Caiza el 09 de septiembre de 2018 se produjeron a

causa de una omisión de la entidad territorial, haciendo eco para ello de la hipótesis del accidente, la cual es la codificada con el No. 157 denominada como “otra”, según se determina en el manual de diligenciamiento del Informe Policial de Accidentes de Tránsito (IPAT) adoptado por la Resolución No. 0011268 de 2012 expedida por el Ministerio de Transporte, la cual establece:

“YA QUE EL MOTOCICLISTA AL REALIZAR LA MANIOBRA DE CONDUCIR EN LA VÍA NO SE CERCIOA QUE PUEDE EXISTIR UN BACHE EN LA MISMA O TAMBIÉN PODRÍA TRANSITAR MUY CERCA AL SARDINEL DEL SEPARADOR DERECHO DE LA CALZADA DE LA CALLE 70 ENTRE CARRERAS 25a Y 26 CUYO SENTIDO VIAL ES NORTE-SUR LO QUE LE OCACIONA LA PERDIDA DE CONTROL DEL VEHÍCULO SUFRIENDO VOLCAMIENTO LATERAL, PONIENDO EN RIESGO SU VIDA, SU INTEGRIDAD FÍSICA, LA DE SU ACOMPAÑANTE Y LAS INFORTUNADAS CONSECUENCIAS.”

Contrario sensu a lo pretendido argumentativamente por la parte actora, lo que se puede extraer del contenido del medio de prueba, es que hay una serie de acciones, atribuibles todas ellas a las víctimas, que son las exclusivas desencadenantes del resultado dañoso. Este aspecto es importante y congenia íntegramente con el hecho exceptivo de la culpa exclusiva y determinante de la víctima, porque ésta última genera, como consecuencia final, el desligue del demandado de cualquier responsabilidad atribuida, siempre que en el caso, aquella culpa se erija como la única causa adecuada del daño, y como en el proceso que nos ocupa destacaron por su ausencia las pruebas encaminadas a demostrar la vinculación directa entre los daños padecidos por el señor Velásquez y por la señora Caiza el 09 de septiembre de 2018 y la presunta omisión del municipio de Cali, es ineludible concluir que dichos daños, sólo tuvieron como fuente determinante, las acciones de las víctimas y en consecuencia, que se presentó el rompimiento del nexo causal en favor de la entidad demandada.

Ahora, si bien la demanda se acompañó de una serie de imágenes fotográficas, no se contempla un valor probatorio para las mismas, en la medida que no hay certeza sobre el momento en que se tomaron y sobre su autenticidad. Para esta parte de la *litis* no es clara la interpretación de la realidad o los hechos que se pretende demostrar con los mencionados documentos representativos, pues genera la duda sobre la fecha de su toma, si fue en la dirección a que hace alusión el demandante y por supuesto, su contenido, el cual puede ser alterado si no se conserva su custodia, aunado a que no hay forma de determinar su origen y creador. Sobre el valor fotográfico, el Consejo de Estado en sentencia reciente determinó:

(...) las fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse, con lo cual, el valor probatorio que puedan tener no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición.

En otras palabras, para que las fotografías tengan connotación probatoria y puedan ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, se debe tener certeza sobre la persona que las realizó y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas, lo que normalmente se devela a través de otros medios complementarios. De esta forma, la autonomía demostrativa de dichos documentos se reduce en la medida que se requieran otros medios de convicción que las soporten³. (Negrilla fuera de texto)

Nuevamente, con la ausencia de medios probatorios que den cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, se le resta valor probatorio de las allegadas fotografías, en el entendido que lo que se pretende representar genera incertidumbre sobre la relación con los hechos realmente materializados. Estas imágenes no pueden ser valoradas al carecer de medios de confrontación que permitan verificar que correspondan al lugar de los hechos, a la fecha y hora de ocurrencia del siniestro.

Todo lo anterior armoniza, como se dijo, con que la única hipótesis demostrada en el *sub-lite* es la que lleva a concluir que el desenlace es causa de la actuación irresponsable de las víctimas, lo cual a su vez se constituye como un eximente de responsabilidad al romper el nexo de causalidad, por lo que una vez acreditado que no existe causalidad material, menos puede concluirse que existe causalidad jurídica ya que, atendiendo al régimen de imputación de falla probada del servicio, no hay prueba en el proceso del incumplimiento obligacional del Municipio de Santiago de Cali. Al no configurarse uno de los elementos estructurales de la responsabilidad, no hay fundamento para declarar la misma y condenar a la llamada en garantía por esta razón.

Por lo anterior, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

3. HECHO DE UN TERCERO COMO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD – RESPECTO AL DAÑO SUFRIDO POR LA SEÑORA YEIMMY JOHANNA CAIZA RESTREPO.

Esta causal de exoneración parte de lo probado en el proceso y lo argumentado en apartes anteriores, de los que se colige que en el caso en cuestión se presentó una evidente actuación de un tercero respecto de la señora YEIMMY JOHANNA CAIZA RESTREPO, si tenemos presente que quién conducía el vehículo en desconocimiento de las normas generales de tránsito, era el señor VELASQUEZ ARBOLEDA. En este contexto se debe indicar que para que se considere este medio exceptivo, el causante directo del daño debe ser un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad; es decir, no vinculado con el sujeto contra el que se dirige la acción resarcitoria. A este respecto ha establecido la jurisprudencia:

“En relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la

³ Consejo de Estado, Sección Tercera (2018). Sentencia 05001233100020030399301 del 14 de febrero. C.P Ramiro Pazos Guerrero.

circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquel, de manera que se produce la ruptura del nexo causal; además, como ocurre tratándose de cualquier causa extraña, se ha sostenido que la misma debe revestir las características de imprevisibilidad e irresistibilidad antes anotadas, más allá de la consideración de acuerdo con la cual ha de tratarse de una conducta ajena a la de la entidad pública demandada. Adicionalmente no puede perderse de vista que para que el hecho del tercero pueda ser admitido como eximente de responsabilidad no se precisa que se culposo, sino que constituya la causa exclusiva del daño. En criterio de la Sala el concepto subyace a las posiciones tanto como doctrinales como jurisprudenciales recién referida es, precisamente el atrás explicado de la exterioridad de la causa extraña, entendida como la exigencia predicable de esta – para que pueda tener virtualidad liberatoria de responsabilidad – en el sentido de que el acontecimiento o circunstancia que el demandado invoca como causal exonerativa debe resultarle ajeno jurídicamente, es decir, que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder, más allá de que, desde el punto de vista estrictamente físico o fenomenológico se trate de un suceso en el cual la entidad accionada o alguno de sus agentes no haya tenido intervención directa y de que, en consecuencia, no hayan tomado parte, en manera alguna, en el proceso de causación física del daño, lo cual quiere significar que pueden darse eventos como, de hecho, ha ocurrido en el sub judice en los cuales si bien es cierto que la producción física del daño obedece a la actuación de un tercero, no lo es menos que la lesión resulta jurídicamente imputable, por razones de diversa índole, o a la omisión de una autoridad pública⁴.

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

- A. Debe ser un hecho único exclusivo y determinante del daño producido
- B. Debe ser un hecho producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles para quien lo alega

En este orden de ideas, resulta evidente cómo para la jurisprudencia del Consejo de Estado, el hecho del tercero debe revestirse de los requisitos de exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad para que pueda ser considerado como una causa extraña que pueda impedir la imputación.

De acuerdo con lo arrimado al proceso, esta parte de la litis puede concluir que el accidente en el cual perdió la vida la señora CAIZA RESTREPO como acompañante del vehículo XSU-26A, es consecuencia del actuar determinante de quien conducía el vehículo, el señor VELASQUEZ ARBOLEDA quien desatendió las normas de tránsito dispuestas, fue imperito al conducir la motocicleta y provocó exclusivamente la concreción de los perjuicios.

Por lo anterior, se puede inferir que hubo un incumplimiento a las normas de tránsito dispuestas, conducta que incidió exclusivamente en el resultado dañoso, exonerando de esta manera al

⁴ 18 Consejo de Estado, Sección Tercera. No. 16530 de 2008.

demandado por cuando el hecho del tercero fue exclusivo, determinante y autónomo a la conducta del Municipio de Santiago de Cali.

Con la configuración de esta causal exonerativa, el Municipio de Santiago de Cali no está llamado a responder, y mucho menos el llamado en garantía, por lo que el juicio de responsabilidad no debería prosperar. Por esto, solicito respetuosamente se despache desfavorablemente la totalidad de las pretensiones del demandante y se declare el eximente de responsabilidad propuesto.

Por lo ampliamente expuesto solicito se declare fundada la excepción.

4. FRENTE A LOS PERJUICIOS MATERIALES – A FAVOR DE LA MENOR ANNY SOFIA CAIZA RESTREPO COMO HIJA DE YEIMMY JOHANNA CAIZA RESTREPO

Nos oponemos a la prosperidad de los perjuicios relacionados al lucro respecto de la menor ANNY SOFIA CAIZA, toda vez que, frente a esté tópico debe tenerse en cuenta que, para su reconocimiento, se debe probar ineludiblemente la actividad productiva: “la regla general será la carga de la prueba en cabeza de la parte actora de cualquier actividad productiva, es decir, reiterando que no debe ser una relación laboral en estricto sentido, sino una actividad de generación de ingresos⁵”. Adicionalmente, en sentencia reciente de unificación, el Consejo de Estado precisó:

Por concepto de lucro cesante sólo se puede conceder lo que se pida en la demanda, de forma tal que no puede hacerse ningún reconocimiento oficioso por parte del juez de la reparación directa; así, lo que no se pida en la demanda no puede ser objeto de reconocimiento alguno. Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.) 20. (negrilla fuera de texto)

De igual forma, tales pretensiones resultan improcedentes ya que no obra ni la más mínima prueba en el expediente como documentos o extraíbles de los testimonios, que den fe de la existencia de una actividad productiva de las víctimas, así como tampoco su consecuente remuneración, y en tal sentido, la exigencia solamente demuestra un claro afán de lucro de la parte accionante, el cual no pueden ser endilgados a la administración.

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

La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como el incumplimiento de la carga

⁵ Ibidem.

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.***

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.⁶ (Negrilla y subrayado fuera del texto)

En definitiva, sólo puede concluirse que no es posible reconocer ningún perjuicio a título de lucro cesante (consolidado o futuro), en cuanto la parte actora sustentó sus pretensiones en meras suposiciones y no allegó ningún medio probatorio que permitiera demostrar que ejercía una actividad productiva al momento de los hechos, que en consecuencia de ella recibía una remuneración así como tampoco la suma cierta y determinada de esa remuneración, y dado que como se vio, esas situaciones no se pueden presumir, cualquier indemnización de este perjuicio resultaría insostenible y exagerada.

Por lo expuesto solicito se declare fundada la excepción.

III. DE LAS EXCEPCIONES FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO EN CONTRA DE LA ASEGURADORA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA.

1. INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO

⁶ Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación No. 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572).

EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 420-80-994000000054.

Para desarrollar la presente excepción, es preciso aclarar a la judicatura que, dado que no se logró probar el hecho dañoso que alega el actor haber sufrido con cargo del asegurado, no es exigible prestación alguna derivada del contrato de seguro, en tanto no se ha realizado un riesgo asegurado proveniente del mismo.

Respecto al llamamiento en garantía se debe destacar como primera medida, que la obligación de pago en relación con mi prohijada solo puede verse comprometida ante el cumplimiento de la condición pactada, de cual pende el surgimiento de la obligación condicional, esto es, la realización del riesgo asegurado. No obstante, al ser claro que la causa adecuada del cuestionado daño que deriva en la muerte de los señores CAIZA RESTREPO y VELASQUEZ ARBOLEDA, por el accidente acaecido el 09 de septiembre de 2018, no se probó, como tampoco se demostró la presunta omisión en el actuar del asegurado no puede predicarse la realización del riesgo amparado.

Es así, como resulta a cargo del demandante probar la falla del servicio a cargo de la demandada, por tanto, bajo el incumplimiento de este deber y al no estar acreditada la mentada, por no vislumbrarse responsabilidad alguna dentro de la demanda, queda automáticamente desvirtuada la responsabilidad que la actora atribuye a la pasiva. Por lo que resulta inocuo estudiar la relación causal entre una falla inexistente y el daño alegado por quienes llaman a juicio. Así, es necesario señalar que para que exista la obligación de indemnizar por parte de la compañía aseguradora, es requisito *sine qua non* la realización del riesgo asegurado de conformidad con lo establecido en el artículo 1072 del Código de Comercio:

“... Definición de riesgo asegurado: Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.”

En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, pues a través de su Sección Tercera recordó que el siniestro es la materialización del riesgo asegurado conforme a los artículos 1072 y 1131 del Código de Comercio. Es decir, el hecho acaecido configura el suceso incierto contenido en la póliza de seguro y es responsabilidad del asegurado. También indicó que, en un seguro de responsabilidad civil, el siniestro es generado cuando ocurre el hecho dañoso y este afecta a un tercero, lo que da lugar a una indemnización al afectado⁷.

Al respecto, resulta preciso señalar que la eventual obligación indemnizatoria en cabeza de mi representada se encuentra supeditada al contenido de la póliza, es decir a sus diversas condiciones, el ámbito del amparo, a la definición contractual de su alcance o extensión, a los límites asegurados para cada riesgo tomado, etc. El riesgo asegurado en el contrato de seguros en comento y consignado en su condicionado – clausulado particular corresponde a:

⁷ <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administracion-publica/asi-se-paga-el-deducible-dentro-de-una-poliza-de>

Objeto del Seguro

Amparar los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo los perjuicios morales y de vida en relación y el lucro cesante, que cause a terceros el asegurado, con motivo de la responsabilidad civil en que incurra o le sea imputable de acuerdo con la Ley colombiana, durante el giro normal de sus actividades.

Ahora bien, como ya se ha argumentado de manera reiterada y suficiente, las pretensiones contenidas en el escrito de demanda carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad; especialmente porque no existe ningún tipo de obligación en cabeza de la demandada, ya que en la esfera de la responsabilidad civil implorada no se constituyen los elementos necesarios para que la misma sea adjudicada y/o atribuible.

Desde dicha perspectiva, resulta evidente que no es posible que exista condena en contra de quien llama en garantía y consecuentemente, no obra razón alguna para que se afecte el contrato de seguro suscrito entre ésta y mi prohijada, pues al no presentarse la realización del riesgo asegurado, no da lugar si quiera a establecer si asiste o no obligación indemnizatoria a cargo de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

Sin embargo, las obligaciones contractuales que se deriven de la misma están fielmente circunscritas a lo convenido en el documento referenciado, es decir que, las reclamaciones que eventualmente pueden exigirse a mi representada están limitadas a que, a través de las pruebas legamente permitidas, se compruebe fehacientemente el acaecimiento del riesgo asegurado, si quien formula la acción no se ocupa de acreditar cada uno de los hechos que fundan la trifecta axiológica sobre la que reposa la declaratoria de responsabilidad, en este caso extracontractual por una supuesta falla en la prestación del servicio de salud, la consecuencia ante tal omisión es la negación de la pretensión.

En ese sentido, se tiene que las cargas procesales son un imperativo que emana de la norma de derecho público y con ocasión del proceso, solo para las partes y algunos terceros. Son del propio interés de quien las soporta, razón por la cual:

“no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá, para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja para el mismo (y no para el otro sujeto)” (...) el sujeto procesal que soporta la carga, está en el campo de la libertad para cumplir o no con ella, de modo que si no lo hace no está constreñido para que se allane a cumplirla, por lo cual el no asumirla no dará lugar propiamente a una sanción sino a las consecuencias jurídicas propias de su inactividad, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan.” (Véscovi, 1984, p. 245).

En correlación, la Corte Constitucional en Sentencias C-1512 de 2000, C-1104 de 2001, C-662 de 2004, C-275 de 2006, C-227 de 2009 y C-279 de 2013, entre otras, ha recogido y ha hecho propios discernimientos en torno a la consecuencia desfavorable que apareja para la parte que está interesada en acreditar determinada situación, abandonar dicha carga que al respecto a ha traído la Corte Suprema de Justicia y que explican el anterior raciocinio con claridad meridiana. En Sala de Casación Civil, con providencia del Dr. Horacio Montoya Gil en auto del 17 de septiembre de 1985 se integró que:

“(…) Finalmente, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan

o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso. Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo, probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa". (Resaltado y subrayas propias)

De acuerdo con lo anterior, es menester indicar que, confrontando las pruebas recaudadas hasta el momento, es notorio que en el caso sub examine, la responsabilidad civil extracontractual del asegurado no se acreditó. Para la atribución de responsabilidad civil extracontractual, es indispensable la concurrencia de unos elementos *sine qua non*, estos son, un hecho dañoso, un daño y un nexo causal entre el daño y el hecho; debe acreditarse irrefutablemente el vínculo que une el hecho al daño acaecido, como quiera que, cuando este no está debidamente demostrado, se convierte en una circunstancia que obstaculiza la atribución de responsabilidad. Así pues, del análisis del acervo probatorio practicado en el proceso, se advierte que no existe prueba que acredite la existencia de un nexo causal como presupuesto para la configuración de la responsabilidad extracontractual, por el contrario, sí se tienen elementos que permiten advertir la fractura o carencia del mentado requisito.

En pocas palabras, si se da una remota sentencia en contra de los intereses del demandado, mi representada no estará obligada al pago por suma alguna que no tenga cobertura. Así las cosas, de conformidad con lo establecido en la normatividad mercantil para que exista obligación alguna de indemnizar en cabeza del asegurador se hace indispensable que concurren los siguientes elementos: la realización de un riesgo asegurado, frente al cual se encuentre debidamente acreditado su ocurrencia y cuantía y que además el asunto no se enmarque en ninguna de las exclusiones contenidas en la póliza.

Por lo tanto y como conclusión, no se puede pretender una indemnización por parte de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., toda vez que para ser beneficiario de tal amparo debe encontrarse configurada la existencia del siniestro. Sin embargo, al no encontrarse demostrada la responsabilidad en cabeza del asegurado no se puede afectar la garantía.

Respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

2. LÍMITE ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL NO. 420-80-994000000054.

Sin perjuicio de lo anterior y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, en el remoto e improbable caso en el que el despacho acceda favorablemente a los ruegos de la demanda, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. En el caso en concreto se establecieron unos límites, los cuales se encuentran sujetos a la disponibilidad de la suma

asegurada. La ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando dicha suma, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra del asegurado.

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

Ahora bien, exclusivamente en gracia de discusión, sin ánimo de que implique el reconocimiento de responsabilidad en contra de mi representada, se debe manifestar que en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 420-80-994000000054, con el que se llamó en garantía a mi procurada, se indicaron los límites para los diversos amparos pactados de la siguiente manera:

DESCRIPCION	AMPAROS	SUMA ASEGURADA	% INVAR	SUBLIMITE
PATRIMONIO DEL ASEGURADO		\$ 7,000,000,000.00		
PREDIOS, LABORES Y OPERACIONES		7,000,000,000.00		

Ahora bien, es importante traer a colación que conforme con contenido en el clausulado general acordado entre las partes, si se presentaran otras reclamaciones o demandas para obtener indemnizaciones que afecten la póliza de seguro, se entenderá como una sola pérdida y la obligación de mi representada está limitada a la suma asegurada, conforme a lo dispuesto en los Arts. 1079 y 1089 del Código de Comercio.

Es decir, el límite global del valor asegurado por vigencia anual se reducirá en la suma de los montos de las indemnizaciones pagadas. La suma indicada en la carátula de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 420-80-994000000054, es el límite máximo de responsabilidad de la compañía por todos los daños y perjuicios causados durante la vigencia anual del seguro.

Conforme a lo señalado anteriormente, en este caso en particular, no queda duda sobre las sumas aseguradas. Como fuere, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados y a la fehaciente demostración, por parte del asegurado en este caso, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

De conformidad con estos argumentos, respetuosamente solicito declarar probada la excepción planteada en favor de los derechos e intereses de mi procurada.

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

Ahora, sin que lo siguiente implique la aceptación de la responsabilidad por parte de mi representada, es necesario precisar que, si llegaré a existir una condena en contra de la compañía

aseguradora, el despacho debe tener en cuenta que los riesgos fueron distribuidos entre diferentes aseguradoras, así:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGURO.

Es un principio que rige el contrato de seguro de daños, el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo. De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado. Así las cosas, el carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización. Es decir, no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Frente a ello, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del contrato de seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

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.

En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio establece lo siguiente: ***“Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán***

constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso” (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, no debe perderse de vista que las solicitudes deprecadas en el escrito de demanda por concepto de perjuicios inmateriales no son de recibo por cuanto su reconocimiento por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali implicaría correlativamente una transgresión del principio indemnizatorio esencial del contrato de seguro. Lo anterior, puesto que se enriquecería la parte demandante recibiendo una indemnización por parte del ente territorial que nada tuvo que ver con la configuración del daño que se reclama. Adicionalmente, no habría lugar al reconocimiento de estos conceptos, dado que, como se ha venido reiterando a lo largo del escrito, se configuró la culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de la responsabilidad que se pretende predicar contra la entidad demandada.

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

En conclusión, no puede perderse de vista que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento y que el mismo atiende a un carácter meramente indemnizatorio. Por todo lo anterior y teniendo en cuenta la indebida solicitud y tasación de perjuicios, se deberá declarar probada la presente excepción, y así evitar la contravención del carácter indemnizatorio del contrato de seguro y un correlativo enriquecimiento sin justa causa en cabeza del extremo activo.

En los anteriores términos ruego declarar probada esta excepción.

5. EN EL CONTRATO DE SEGURO CONTENIDO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 420-80-99400000054SE PACTÓ UN DEDUCIBLE CON CARGO AL ASEGURADO.

Adicionalmente y sin perjuicio de las razones expuestas que indican que no hay responsabilidad de la asegurada como tampoco de mi representada, ni de los demás argumentos expuestos atrás, también se debe tener presente que al momento de convenir los amparos en la póliza que nos ocupa, se impuso una carga al asegurado o al beneficiario en caso de siniestro, por virtud de la cual este asumirá una parte de este, esto es, el deducible.

Lo que se denomina deducible, corresponde a una suma de dinero del valor del siniestro que se asumirá como coparticipación en el mismo. Es por ello, que en las caratulas de la póliza expedida por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., se concertó un deducible el cual

corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado. En este caso se pactó de manera específica un deducible que corresponde al 1,00% del valor de la pérdida, mínimo 1 SMMLV., como se enseña a continuación:

DEDUCIBLES: 1.00 % DEL VALOR DE LA PERDIDA - Mínimo: 1.00 SMMLV en PREDIOS, LABORES Y OPERACIONES

Por otra parte, de acuerdo con la normatividad vigente, la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto No. 2019098264 del 29 de agosto de 2019, ha sido clara en definir en qué consiste el deducible indicando lo siguiente:

“...Sin embargo, es preciso señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición que obligue al asegurador a indemnizar conforme a determinado régimen específico, en consecuencia, sea que la incapacidad o la lesión se acredite en las formas mencionadas en su comunicación, la fijación del monto de la indemnización se rige por las estipulaciones que al respecto hubieren pactado el tomador y el asegurador.

Dicho esto, en una póliza donde se ampara la responsabilidad civil extracontractual el monto de la indemnización puede verse disminuido si las partes han pactado que un porcentaje de la pérdida se asumirá a título de deducible por el asegurado, convenio que resulta legalmente viable, de acuerdo con nuestro ordenamiento mercantil.

En efecto, la Sección I del Capítulo II, Título V, Libro Cuarto del Código de Comercio, en su artículo 1103, consagra dentro de los principios comunes a los seguros de daños la posibilidad de pactar, mediante cláusulas especiales, que el asegurado “...deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño”.

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.

Por tanto, el valor del ofrecimiento extendido por la compañía aseguradora podría variar en función de los perjuicios sufridos por el reclamante, así como los elementos probatorios que se hubieren allegado para acreditar el valor de la pérdida, conforme lo presupuestado en el artículo 1077 del código de comercio, aunado a las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza, como lo son el límite del valor asegurado, el deducible pactado con el asegurado, entre otros factores”²⁸

Colofón con lo expuesto, ruego al despacho tener en cuenta cada una de las condiciones establecidas en la póliza en comento, haciendo hincapié en la suma amparada mediante el contrato y al deducible pactado en el mismo. De igual manera, solicito que en el remoto evento de que se llegare a encontrar responsable al asegurado, se apliquen todas y cada una de las cláusulas y condiciones del contrato de seguro.

6. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO.

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

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

7. PAGO POR REEMBOLSO.

Sin perjuicio de reconocimiento de responsabilidad por parte de nuestro asegurado, en el remoto e hipotético caso en que se produzca una sentencia condenatoria y se decida afectar el contrato de seguro, la compañía aseguradora solo estaría en la obligación de responder bajo la figura del reembolso, teniendo en cuenta que el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI. Por tal motivo, una vez el asegurado, proceda con el pago a los demandantes, de allí se desprendería la obligación de la compañía de reembolsarle lo pagado, atendiendo las particularidades de la póliza, en especial, el límite asegurado.

8. GENÉRICA O INNOMINADA.

Solicito señor juez declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, que se encuentre originada en la Ley o en el contrato por el cual se convocó a mi representada, incluida la de prescripción del contrato de seguro. Lo anterior, conforme a lo estipulado en el artículo 282 del Código General del Proceso, el cual establece que: *“En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”*. En ese sentido, cualquier hecho que dentro del proceso constituya una excepción deberá declararse de manera oficiosa por el despacho en la sentencia.

Sin más consideraciones, elevo las siguientes:

IV. SOLICITUDES

1.- En garantía a nuestro asegurado, solicitamos al Honorable Despacho, se sirva denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda ante la ausencia de los elementos axiológicos de la responsabilidad del Estado, accediendo a las excepciones de mérito propuestas por mi

representada y aquellas que le beneficien de las propuestas por las demás partes e inclusive las que el Despacho logré encontrar fundadas de los hechos probados en este juicio.

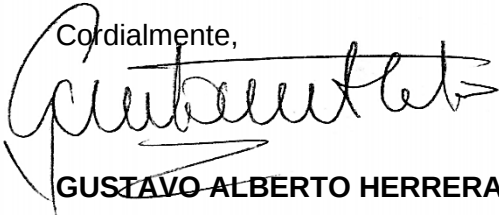
2.- De manera subsidiaria, en el remoto e hipotético caso que se considerara acceder a las pretensiones de la demanda en contra del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, solicito se tengan en cuenta las condiciones particulares y generales de la póliza con la cual fue vinculada mí procurada al presente litigio, relativas a la disponibilidad del valor asegurado, límite del valor asegurado, exclusiones pactadas, y cualquier otra que el señor juez, en su buen entender, encuentre probada en beneficio de mi procurada.

V. NOTIFICACIONES

La parte convocante, en el lugar indicado en el escrito de Llamamiento en Garantía.

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

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. 19.395.114 de Bogotá

T.P. 39.116 del C. S. de la J.