

Señores

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ

DR. ARIOSTO CASTRO PEREA

E. S. D.

REF.: Clase de proceso: Reparación Directa

Demandante: Luis Javier Murillo Hurtado y Otros

Demandados: Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. DISPAC, PROING S.A. y S La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza.

Expediente: 2019-00014

Asunto: Contestación de la demanda y llamamiento en garantía.

Nicolás Urriago Fritz, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 1.014.206.985 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 243030 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado judicial de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, estando dentro del término legal para ello previsto, me dirijo a su Honorable Despacho por medio del presente escrito, con el objeto de **contestar la demanda y el llamamiento en garantía** formulado en contra de mi prohijada, en los siguientes términos:

I. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Del 1 al 16: En relación con todos los hechos de la demanda, manifiesto que no le consta a mi representada como quiera que se refiere a hechos totalmente ajenos a la aseguradora; en consecuencia, ni se aceptan ni se niegan y nos atenemos a lo que resulte probado dentro del proceso.

II. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Me abstengo de hacer un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones de la demanda, puesto que mi representada desconoce los fundamentos.

III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Al hecho Primero: Se trata de un hecho ajeno a mi representada por lo tanto se abstiene de realizar algún tipo de pronunciamiento, y por lo tanto se atiene a lo que resulte del debate probatorio.

Al hecho Segundo: Es cierto tal y como se puede apreciar en la documental que obra en el expediente.

Al hecho Tercero: Es cierto tal y como se puede apreciar en la documental que obra en el expediente.

Al hecho Cuarto: Es cierto tal y como se puede apreciar en la documental que obra en el expediente.

IV. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Mi representada no se opone a la vinculación al presente proceso en calidad de llamada en garantía, por cuanto la misma deriva de la relación contractual enmarcada en la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 31RO028797. Ahora bien respecto de la enunciación "(...) para que responda por las condenas que a cualquier título se imponga (...)", se opone como quiera que la responsabilidad de la aseguradora en virtud de lo consagrado en el artículo 1056 del código de comercio, se encuentra expresamente delimitada por los riesgos asumidos, la vigencia, amparos otorgados y valor asegurado de los mismo, ello en exceso de las condiciones generales del seguro que se encuentran claramente estipulados en su respectivo clausulado.

V. NUESTROS HECHOS.

1. El treinta y uno (31) de julio de 2015 la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza expidió la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual deriva de contrato número **03 RO028797**, con las siguientes características:

Tomador	PROYECTOS DE INGENIERÍA S.A. PROING S.A.
Asegurado	EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACIFICO S.A. E.S.P.
Beneficiario	Terceros afectados
Vigencia	31 /07/2015 al 01/12/2018
Objeto	indemnizar los daños y/o perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales imputables al tomador y/o asegurado de la póliza, causados a bienes de terceros o terceras personas y derivados de la ejecución del contrato de gestión DG-007-2015 prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica en el departamento del choco.
Valor asegurado total	\$6.443.500.000

Posteriormente, se expidieron varios certificados de modificaciones, los cuales no se detallarán ni se adjuntarán, teniendo en cuenta que fueron expedidos en fecha posterior a la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen a éste proceso.

2. La póliza de responsabilidad civil extracontractual deriva de contrato número **31 RO028797** previamente citada, contempla como amparos principales entre otros los siguientes:

TOMADOR:		PROYECTOS DE INGENIERIA S.A. PROING S.A.		C.C. O NIT: 800093320		2	
DIRECCIÓN:		CR 38 15 229 ACOPY ACOPY		CIUDAD: CALI			
E-MAIL:		proingsa@proing.com.co		TELÉFONO: 6544436			
ASEGURADO:		EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACIFICO S.A. E.S.P.		C.C. O NIT: 818001629		4	
DIRECCIÓN:		CR 7 24 76		CIUDAD: QUIBDO		TEL 6910030	
BENEFICIARIO:		TERCEROS AFECTADOS		C.C. O NIT: 0000001		8	
DIRECCIÓN:		0		CIUDAD: ,		TEL 1	
VIGENCIA				VALOR ASEGURADO EN PESOS			
DESDE		HASTA		ANTERIOR		NUEVA	
DD MM AAAA		DD MM AAAA				6,443,500,000.00	
31 07 2015		01 12 2018					
INTERMEDIARIO			COASEGURO			PRIMA	
%	NOMBRE	COMPANIA		%		TRM	MONEDA
100.00	AGENCIA DE SEGUROS SYS					PRIMA	PESOS
						CARGOS DE EMISION	PESOS
						IVA	PESOS
						TOTAL	VALORES
							355,000,000.00
							0.00
							56,800,000.00
							411,800,000.00
AMPAROS		VIGENCIA		VALOR ASEGURADO ANTERIOR EN PESOS	VALOR ASEGURADO NUEVO EN PESOS	VALOR PRIMA EN PESOS	DEDUCIBLE
		Desde	Hasta				%
							Mínimo
Predios, Labores y Operaciones - Vigencia		31-07-2015	01-12-2018	0.00	6,443,500,000.00	355,000,000.00	10.00
Predios, Labores y Operaciones - Evento		31-07-2015	01-12-2018	0.00	6,443,500,000.00	0.00	10.00
Responsabilidad Civil Patronal - Vigencia		31-07-2015	01-12-2018	0.00	1,288,700,000.00	0.00	10.00
Responsabilidad Civil Patronal - Evento		31-07-2015	01-12-2018	0.00	644,350,000.00	0.00	10.00
Contratista y Subcont Independiente-Vigen		31-07-2015	01-12-2018	0.00	1,933,050,000.00	0.00	10.00
Contratista y Subcont Independiente-Evento		31-07-2015	01-12-2018	0.00	1,933,050,000.00	0.00	10.00
Responsabilidad Civil Cruzada - Vigencia		31-07-2015	01-12-2018	0.00	1,933,050,000.00	0.00	10.00
Responsabilidad Civil Cruzada -Evento		31-07-2015	01-12-2018	0.00	1,933,050,000.00	0.00	10.00
Gastos Medicos - Vigencia		31-07-2015	01-12-2018	0.00	644,350,000.00	0.00	0.00
Gastos Medicos - Evento		31-07-2015	01-12-2018	0.00	322,175,000.00	0.00	0.00
Vehiculos Propios y No Propios - Vigencia		31-07-2015	01-12-2018	0.00	1,933,050,000.00	0.00	10.00
Vehiculos Propios y No Propios -Evento		31-07-2015	01-12-2018	0.00	1,933,050,000.00	0.00	10.00
Daño Moral - Vigencia		31-07-2015	01-12-2018	0.00	1,933,050,000.00	0.00	10.00
Daño Moral - Evento		31-07-2015	01-12-2018	0.00	1,933,050,000.00	0.00	10.00
Lucro Cesante - Vigencia		31-07-2015	01-12-2018	0.00	1,933,050,000.00	0.00	10.00
Lucro Cesante - Evento		31-07-2015	01-12-2018	0.00	1,933,050,000.00	0.00	10.00

La citada póliza va acompañada de los clausulados de las condiciones generales, los cuales por haber sido depositados ante la Superintendencia Financiera de Colombia según el artículo 2° de la Ley 389 de 1997, y entregados al tomador, son ley para las partes y para quien pretenda hacer efectiva la póliza expedida por mi representada.

Es así como en Colombia actualmente tenemos una libertad vigilada del sector asegurador, en lo tocante al contenido de la póliza; es así como el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), exige:

“1. La autorización previa de la Superintendencia Bancaria (actualmente Financiera) de los modelos de las pólizas y tarifas será necesaria cuando se trate de la autorización inicial a una entidad aseguradora o para la explotación de un nuevo ramo.”

En concordancia con lo dispuesto por el artículo 2° de la ley 389 de 1997, los modelos de las pólizas y sus anexos deberán enviarse a la Superintendencia Bancaria para su correspondiente depósito, en las condiciones que determine dicho organismo.”

Es por ello, que la póliza, así como los certificados de modificación y las condiciones generales aportados al momento de contestar la demanda, son ley para las partes y hacen parte integrante del contrato de seguro.

VI.EXCEPCIONES DE FONDO.

EXCEPCIONES RELACIONADAS CON LA DEMANDA:

1. AUSENCIA DE CULPA PROBADA IMPUTABLE A DISPAC S.A. E.S.P. Y PROYECTO DE INGENIERÍA S.A. PROING S.A.

Deberá el Despacho tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjeron los hechos ocurridos con el demandante, teniendo en cuenta, que ninguna de las pruebas aportadas al proceso acredita que en efecto haya existido incumplimiento de alguna obligación a cargo de DISPAC SA ESP y PROYECTO DE INGENIERÍA S.A. PROING S.A. que haya puesto en riesgo a la víctima.

Deberá acreditarse por la parte actora los argumentos y la teoría que expone para pretender endilgar una responsabilidad a cargo de los demandados, so pena de ser desestimadas sus pretensiones.

En Consejo de Estado en sentencia del 03/12/2018, se refirió a la necesidad de probar fehacientemente los fundamentos de hecho de la demanda a cargo de la parte actora:

“Así, la Sala considera que con las pruebas que obran en el expediente no es posible imputar a las Empresas Municipales de Cali -EMCALI E.I.C.E E.S.P- la muerte del señor Giovanni Escobar, pues, pese a que, como quedó acreditado, esta se debió a una arritmia cardíaca por electrocución, la parte actora no logró demostrar que fuera ocasionada por haberse presentado un contacto de la víctima con cables de energía eléctrica de alta tensión, razón por la cual se revocará la sentencia apelada, toda vez que, sobre la carga de la prueba, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa al señalar, de acuerdo con el artículo 177 del C.P.C10., que recae sobre quien alega el hecho del que pretende una indemnización a su favor, o que excepciona o controvierte, cumpliéndose así la regla de que quien afirma o niega, es quien debe demostrar.

No basta, entonces, para sustentar una pretensión, hacer uso de referencias, sino acompañar las afirmaciones con la certeza derivada de los hechos probados, pues son estos los que permiten resolver en uno u otro sentido el fondo del asunto”.¹

Por lo anterior, desde ya se advierte la ausencia de los elementos necesarios para la configuración de la presunta responsabilidad que aquí se indilga, pues a toda vista y de la sola lectura de la

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, C.P.: MARÍA ADRIANA MARÍN (E). Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 76001-23-31-000-2006-03682-01(42992)

demanda se evidencia la falta de claridad respecto de los hechos que dieron lugar al lastimoso accidente que permitan suponer la responsabilidad del mismo por parte de los demandados, contrario a ello se tiene que el causante lastimosamente produjo su propio perjuicio, pues se expuso a dicha situación de riesgo de manera imprudente con su actuar.

Así mismo del debate probatorio deberá esclarecerse si la vivienda si la vivienda cumplía con las distancias mínimas requeridas y que la ampliación realizada a la misma contó con los permisos de las respectivas autoridades, situación que también deberá ser objeto de análisis por parte del despacho ya que, de no ser así, se configuraría la ausencia de responsabilidad por el hecho de un tercero (propietario de la vivienda).

Por lo mencionado, se solicita respetuosamente al Despacho de conocimiento declarar probada la presente excepción y consecuentemente negar las pretensiones de la demandante, pues como se ha indicado no acredita su dicho a través de los medios de prueba necesarios.

2. **CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA**

Se advierte en el presente proceso la concurrencia de un eximente de responsabilidad, esto es la evidente configuración de la denominada *culpa exclusiva de la víctima*, quien lastimosamente se expuso y produjo por su actuar imprudente el daño ocasionado que devino en sus propias lesiones.

En el presente asunto se produjo una total falta de prudencia por parte del señor Luis Javier Murillo Hurtado al realizar maniobras indebidas al realizar actividades sin preparación y por supuesto sin las medidas de protección haciendo contacto con cables de media tensión causándole quemaduras, exponiendo su humanidad a las consecuencias producidas, evidentemente se expuso al riesgo pudiendo conocer las circunstancias peligrosas a las que se exponía y sin embargo decidido violar las normas de sentido común y realizar el acto que le produjo las lesiones ya que no era desconocido el hecho de que los cables eléctricos se encontraban en ese lugar.

Así mismo, no existen pruebas claras de las circunstancias de tiempo modo y lugar de la ocurrencia de los hechos que dieron origen al proceso, y así las cosas no es posible suponer o dar por cierto los hechos de la demanda. Por lo tanto, es evidente que la víctima expuso su humanidad al riesgo sin tener en cuenta ninguna medida de seguridad para ello y por lo tanto ocasiono o genero la causación del hecho.

Consecuencia de lo anterior es evidente que por parte del asegurado y/o tomador no existe ninguna responsabilidad con el hecho generado al no crear la situación de riesgo, más si es evidente que la víctima se expuso y genero la situación que generó el menoscabo en su vida.

Traigo a consideración de su despacho lo manifestado al respecto por el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. De fecha 17 de octubre de 1991, Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Referencia: Expediente No. 6644. Actor: Custodio Villamizar Jaimés y Otros. Demandado: La Nación Ministerio de Defensa., así:

"CULPA DE LA VÍCTIMA - Características

Para que la culpa de la víctima se tipifique se deben dar los siguientes elementos: a) Una relación causal entre el hecho de la víctima y el daño. Si la víctima no contribuye en alguna forma a la producción del evento perjudicial, su conducta no puede tener repercusiones en el campo de la responsabilidad; b) El hecho de víctima debe ser extraño y no imputable al ofensor, y c) Debe ser ilícito y culpable. Cualquier circunstancia particular del caso no puede aceptarse como hecho de la víctima, pues se corre el riesgo de pecar por informalidad jurídica en la aplicación de la ley y el derecho, al caso concreto."

"CULPA DE LA VÍCTIMA.

"En los términos de los hermanos MAZEAUD, la culpa es "un error de conducta que no habría cometido una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas del autor del perjuicio".

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

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

Por otra parte, y en el evento remoto de llegar a acreditarse responsabilidad alguna con cargo a nuestro asegurado, deberá el Despacho aplicar una reducción de la eventual condena por concurrencia de culpas, pues es evidente que la víctima participó en el hecho dañoso al actuar de manera imprudente y negligente exponiéndose de forma directa y voluntaria al riesgo.

El Consejo de Estado se pronunció en un caso similar al que trata el presente proceso, sobre la concurrencia de culpas así:

REDUCCIÓN DE LA CONDENA EN UN 50% POR LA PARTICIPACION DE LA VÍCTIMA EN LA CAUSACION DEL DAÑO – Procedencia

[P]ara la entidad demandada la conducta asumida por la víctima, quien, a pesar de su pericia en las labores de construcción, no tomó las medidas de seguridad adecuadas

para el caso, constituye una circunstancia que la exonera de responsabilidad, lo que impone a la Sala que deba examinar si tal comportamiento de la víctima fue causa única en la producción del daño, o si, por el contrario, tal actividad no fue relevante en el acaecimiento de éste. En efecto, la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales están sujetos los administrados, puede conducir a la exoneración total o parcial de la responsabilidad administrativa, dependiendo de la trascendencia y grado de participación del afectado en la producción del daño. La Sala no pasa por alto que el señor C.A.O.V. se expuso a un riesgo que se sabía mortal, toda vez que en este proceso se cuenta con la prueba de la advertencia que recibió del señor E.E.M.M. acerca de lo peligroso que resultaba adelantar una construcción en esas condiciones -la cual respondió que iba a acatar hasta no se modificaran las referidas líneas-, sin embargo desatendió para dar curso a la operación en la que concretó el riesgo señalado que finalmente le produjo la muerte y, por lo tanto es causa para que en la apreciación del daño se aplique una reducción del 50% ya que no es causa, por no ser exclusiva dicha culpa, para exonerar completamente de responsabilidad a la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P., (...)"²

Así las cosas, podrá determinar el Despacho que en el presente caso existió un actuar imprudente de la propia víctima en la participación del hecho dañoso, al no haber tomado las medidas de protección mínimas, y que no se encuentra acreditada ninguna responsabilidad en cabeza de nuestro asegurado y/o tomador siendo procedente, negar las pretensiones de la demanda que nos ocupa.

3. FALTA DE ACREDITACIÓN Y CUANTIFICACIÓN EXCESIVA DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES QUE SE PRETENDEN COBRAR CON LA DEMANDA

La demandante pretende el pago de perjuicios extrapatrimoniales en la modalidad de perjuicio moral, respecto del cual es viable concluir que éste se cuantificó de forma excesiva, teniendo en cuenta que actualmente existen sentencias de unificación del Consejo de Estado tendientes a establecer los límites indemnizatorios.

La sentencia con No. de Radicación: 07001-23-31-000-2002-00228-01(29033) M.P. Ramiro de Jesus Pazos Guerrero del 09 de octubre de 2014, señaló:

“En reciente sentencia de unificación, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación consolidó los parámetros de reparación de perjuicios morales en casos de lesiones personales³. Para el efecto, la Sala fijó como referente para la liquidación del

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, C.P.: HERNAN ANDRADE RINCON. Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 66001-23-31-000-2005-01117-01(36222)

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 31172, C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

perjuicio la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima, y el grado de relación de los reclamantes con respecto a esta, en estos términos:

GRAFICO No. 2					
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
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
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

Como se observa, la Sala estableció seis rangos de gravedad o levedad de la lesión, determinados por el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral del lesionado, y cinco niveles de relación afectiva con respecto a la víctima directa, como lineamientos para la compensación del perjuicio moral en estos eventos.

El juez administrativo tiene la potestad de determinar el monto a reconocer cuando se trata de perjuicios morales. Esta discrecionalidad está regida por: (i) la regla de que la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, dado que “la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia”, mas no a título de restitución; (ii) el principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; (iii) el deber de estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso respecto del daño y su intensidad; y (iv) el deber de estar fundada, cuando sea el caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad⁴.

Para cuantificar el valor a reconocer por ese concepto, se acude al criterio que estableció tal reparación en 100 smlmv para los eventos de mayor intensidad y que abandonó la aplicación extensiva de las reglas sobre la materia fijadas en el Código Penal, por considerarlas improcedentes, con el propósito de dar cumplimiento a los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 178 del Código Contencioso Administrativo, que consagran,

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. 15459, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 29 de julio de 2013, exp. 24494. C.P. Danilo Rojas Betancourth, entre otras.

*respectivamente, la reparación integral y equitativa del daño y la debida tasación de las condenas en moneda legal colombiana.*⁵

En el presente caso, NO se aporta prueba alguna que acredite efectivamente las relaciones de consanguinidad ni dependencia económica, para efectos de calcular la indemnización pretendida. Al comparar de manera simple el porcentaje indicando con los **topes** indemnizatorios fijados por el H. Consejo de Estado, se puede concluir sin lugar a duda, que las pretensiones son bastante alejadas de dichos límites.

Así las cosas, en el evento remoto de existir una condena en contra de los demandados por concepto de perjuicios extrapatrimoniales, se solicita tener en cuenta el precedente jurisprudencial que existe en relación con la cuantificación de los mismos, ajustada a la gravedad de la lesión y los antecedentes que produjeron la misma, pues es claro que las pretensiones del demandante desbordan los límites indemnizatorios fijados por la jurisprudencia, y además se tasan sin tener sustento probatorio.

Por lo mencionado, se solicita respetuosamente al Despacho de conocimiento declarar probada la presente excepción y consecuentemente negar las pretensiones de la demandante, pues como se ha indicado no acredita su dicho a través de los medios de prueba necesarios.

4. IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PERJUICIOS MATERIALES POR AUSENCIA DE PRUEBA

Se advierte al Despacho de conocimiento que la pretensión por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante carece de pruebas encaminadas a demostrar elementos básicos para el estudio de la viabilidad de las mismas, pues no se acredita en debida forma el grado de consanguinidad de la demandante con la víctima, ni mucho se acredita la dependencia económica de los demandantes con la víctima, los perjuicios de lucro cesante no se encuentran tasados correspondientemente con la normatividad vigente.

Para concluir, es claro que el lucro cesante está constituido por ganancias concretas que el damnificado se vio privado de recibir, no incluye utilidades eventuales que aquel podría haber ganado con posterioridad al daño, en caso de no haberse producido.

El lucro cesante no se presume, quien reclama debe probar fehacientemente su existencia, para su cuantificación, se deberá hacer enmarcada dentro del principio de la razonabilidad – aquello que razonablemente se dejó de percibir. Es decir, que no caben pretensiones desmedidas producto de especulación de ganancias remotas.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, C.P. Alier Hernández Enríquez.

Debe existir una probabilidad cierta, objetiva, resultante del decurso normal de las cosas y de las circunstancias del caso concreto.

Así se ha referido el Consejo de Estado frente al lucro cesante:

8.6.- *Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.*

8.6.1.- *Es el artículo 1614 del Código Civil el que establece la disposición normativa respecto de la indemnización de perjuicios materiales a título de lucro cesante, ubicado dentro del Libro IV del Código relativo a las obligaciones y los contratos. En dicho artículo el Código define el lucro cesante como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”. A partir de allí, queda claro que la indemnización de perjuicios abarca el aumento patrimonial que fundamentalmente podía esperar una persona de no ser por haber tenido lugar, en el caso de la responsabilidad extracontractual, el hecho dañoso, **por lo tanto, este perjuicio se corresponde con la idea de ganancia frustrada.** Al respecto esta Corporación ha sostenido:*

*“En cuanto al lucro cesante esta Corporación ha sostenido reiteradamente, que se trata de la **ganancia frustrada o el provecho económico que deja de reportarse y que, de no producirse el daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima.** Pero que como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, **debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna.** Así las cosas, este perjuicio, como cualquier otro, si se prueba, debe indemnizarse en lo causado.”*

8.6.2.- *En cualquier caso, **la indemnización por concepto de lucro cesante no constituye sanción alguna,** ya que su vocación es el restablecimiento del equilibrio económico derivado del daño antijurídico producido e imputado al responsable, cuya causación se cuantifica desde la fecha de los hechos”⁶ (Negrillas y subrayas propias)*

Por lo mencionado, se solicita respetuosamente al Despacho de conocimiento declarar probada la presente excepción y consecuentemente negar las pretensiones de la demandante, pues como se ha indicado no acredita su dicho a través de los medios de prueba necesarios.

5. LIMITE DE VALOR ASEGURADO RESPECTO DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL 31 RO028797

El límite de responsabilidad a cargo de la Aseguradora está señalado en la carátula de la póliza que instrumentaliza el respectivo contrato de seguros, representado en el Valor Asegurado establecido para cada amparo otorgado, según lo dispuesto en el artículo 1079 del Código de Comercio que reza.

“Artículo 1079. Responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada.

⁶ Consejo de Estado. Expediente 68001-23-31-000-2007-00358-01 (50154).

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

(Subrayado, negrilla y en cursiva fuera del texto original)

Por lo señalado, deberá tenerse en cuenta que mi prohijada no podrá bajo ninguna circunstancia exceder el límite de valor asegurado, mismo que limita la responsabilidad de la aseguradora, así pues, en el hipotético caso de verse afectada la póliza de marras, deberá limitarse el valor de la eventual indemnización y responsabilidad de mi prohijada al valor asegurado.

6. INEXIGIBILIDAD DE LAS PÓLIZAS DE CUMPLIMIENTO NO. 31SP001828 POR AUSENCIA DE COBERTURA DE LOS HECHOS QUE DAN ORIGEN A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Resulta, que el llamamiento con cargo a ésta póliza que se aporta al escrito de llamamiento en garantía es errado por las siguientes razones:

1. Porque la póliza de cumplimiento está llamada a responder por los perjuicios que se deriven del incumplimiento de las obligaciones de carácter contractual del garantizado en la póliza, y no de responsabilidad civil que corresponde a los hechos de la demanda.
2. Porque los amparos de cumplimiento y pago de salarios contenidos en la póliza, NO otorgaron cobertura por daños causados por responsabilidad civil extracontractual o contractual, que corresponden con los hechos y pretensiones de la demanda, de conformidad con la definición y alcance de dichos amparos contenidos en las condiciones generales de la póliza.

Como bien se puede acreditar, en la caratula de la póliza se especificaron los amparos contratados y por lo tanto, los riesgos que Confianza S.A. asumió con la expedición de la garantía, los cuales son: **Cumplimiento y Pago de Salarios, Prestaciones Sociales e Indemnizaciones Laborales.**

Las condiciones generales de la póliza, especifican la cobertura de cada uno de éstos amparos.

Se concluye: la póliza de cumplimiento solamente cubre el cumplimiento de obligaciones de carácter contractual (**inter-partes**). Los hechos que dieron origen al proceso son de carácter extracontractual y por lo tanto, son objeto de cobertura de otro tipo de seguros que están destinados a cubrir el pago de perjuicios que se causen a **terceros** con ocasión de la ejecución de contratos o realización de actividades peligrosas.

Prueba de lo anterior encuentra su fundamento en criterio jurisprudencial reciente, en sentencia del Consejo de Estado.

El honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera, en providencia del doce (12) de febrero de dos mil quince (2015), radicado número 25000-23-26-000-2003-00874-01-(28278), hizo un análisis respecto a la diferencia que existe entre los seguros de cumplimiento y los de responsabilidad extracontractual señalando lo siguiente:

“El amparo que se hizo exigible a través de los actos administrativos cuestionados está sometido, como se ha venido diciendo, al principio de la indemnización, consagrado por el artículo 1088 del C. de Co., pues lo que buscaba la entidad pública al exigir el aseguramiento de este riesgo era garantizar el cumplimiento de las condiciones ofrecidas por el contratista, la idoneidad, la calidad y el adecuado funcionamiento de los bienes entregados, acorde con la naturaleza o propósito para el cual fueron diseñados, de tal suerte que el interés asegurado, en los términos del artículo 1083 del Código de Comercio, estaba constituido por el patrimonio de la entidad pública representado en los bienes objeto del suministro.

(...)

Es de anotar que, por regla general, cuando se alude a la expresión única de “perjuicios patrimoniales”, sin distinguir modalidad alguna de los mismos, se debe entender que comprende el daño emergente y el lucro cesante, pues uno y otro integran el denominado daño material o patrimonial, tal como lo han decantado desde hace tiempo la jurisprudencia⁷ y la doctrina⁸; sin embargo, en algunos seguros de daños, como el de cumplimiento, esa regla general cambia y, por ende, cuando se alude a “perjuicios patrimoniales”, en principio, allí solo queda comprendido el daño emergente, de modo que solo cuando sea objeto de pacto expreso, o cuando de la naturaleza del riesgo asegurado se dependa que el interés asegurado es el lucro cesante, se abre paso a la indemnización de esta última modalidad de perjuicio, por así disponerlo en forma expresa el precitado artículo 1088 del C. de Co.

Lo anterior ocurre porque, como se ha venido diciendo a lo largo de esta providencia, el seguro de cumplimiento -en sus distintas modalidades- no ha sido objeto de una regulación concreta o específica y, por ende, la definición de tales aspectos está supeditada a la aplicación de los principios generales que informan el contrato de seguro y, específicamente, el seguro de daños, por las razones que se han venido anotando.

Pero no sucede lo mismo en otros tipos de seguro de daños que tienen una regulación legal más precisa, como el de responsabilidad civil, cuya obligación indemnizatoria a cargo del asegurador se rige por lo dispuesto en el artículo 1127 del Código de Comercio (modificado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990), a cuyo tenor: “El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado ...” (subraya fuera del texto original).

Obsérvese que, en dicho tipo de seguro de daños (el de responsabilidad civil), es el mismo legislador el que previó la posibilidad de que se indemnizara el perjuicio patrimonial, sin excluir ninguna de sus modalidades (daño emergente y lucro cesante). **Y aunque podría pensarse que el seguro de cumplimiento contratos estatales se ubica como una especie de seguro de responsabilidad civil –contractual-, la concepción del riesgo es muy distinta y por tal razón no puede recibir tratamiento similar, pues, realmente,**

⁷ Existe copiosa jurisprudencia sobre el tema; al respecto, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 17.552 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, casación del 29 de abril de 2005, exp. 0829-92.

⁸ DE CUPIS, Adriano: “El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1996, pág. 312.

el seguro de responsabilidad a que se hace referencia en el transcrito artículo 1127 del C. de Co. es el de carácter extracontractual.

En efecto, a través del seguro de cumplimiento no sólo se ampara el cumplimiento de obligaciones contractuales, es decir, no se reduce a cubrir la responsabilidad civil contractual, sino que se pueden amparar obligaciones de orden legal (cauciones judiciales, futura presentación de documentos, seriedad de los ofrecimientos en el marco de la actividad contractual, pago de impuestos, desocupación de inmuebles, etc.)⁹, mientras que el seguro de responsabilidad civil tiene por objeto "... garantizar al asegurado contra los recursos ejercidos contra él por terceros en razón del perjuicio que ha podido causarles y que compromete su responsabilidad ..." ¹⁰, lo que significa que están destinados a "... reparar el daño que sufre su patrimonio (el del asegurado), gravado con un deuda de responsabilidad ..." ¹¹ y, por consiguiente, se indemniza a una víctima (artículo 1127 del C. de Co). Por otra parte, en el seguro de cumplimiento la protección se dirige, por regla general, al patrimonio del acreedor de la obligación, mientras que en el seguro de responsabilidad civil la protección se encamina hacia el patrimonio del deudor¹². En el seguro de cumplimiento de contratos el siniestro lo constituye el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del deudor, mientras que en el seguro de responsabilidad civil sirve como detonante de la obligación indemnizatoria la violación de un deber de conducta por parte del asegurado, deber que no está amparado por el ordenamiento jurídico¹³; además, en el seguro de cumplimiento de contratos, el tomador es el deudor de la obligación contractual y el asegurado es el acreedor, mientras que en el seguro de responsabilidad civil el tomador es el mismo asegurado y el beneficiario es el tercero al cual se le infiere el daño.

Por todo lo anterior, no es posible darle un tratamiento análogo a la indemnización que se genera en el seguro de cumplimiento a la que se genera en el seguro de responsabilidad civil, pues las diferencias son bien marcadas, a pesar de que ambos se ubican como especies de los seguros daños."

(Los resaltados son nuestros)

Así las cosas, el seguro expedido por Confianza, no está llamado a ser afectado como quiera de cara a los hechos y las pretensiones de la demanda, este no cubre daños a terceros, daños de terceros, ni aquellos derivados de la responsabilidad civil extracontractual, ni perjuicios morales, ni lucro cesante, ni daños a la vida en relación, estos por no haber sido pactado expresamente, ni por tanto daños indirectos, en la medida en que lo que se contrae a cubrir es, indemnizaciones derivadas del contrato garantizado y entre las partes del mismo y a demás por existir pactadas expresas exclusiones de hechos objeto de la demanda, como quedo señalado anteriormente.

⁹ Conferencia de BOTERO MORALES, Bernardo, en el V seminario de la Asociación Panamericana de Finanzas. Buenos Aires, 1986. Citado por: NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo, ob. cit., pág. 232 y 233.

¹⁰ OSSA G, J Efrén. Ob. cit., pág. 57.

¹¹ Ibidem.

¹² NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. Ob. cit., pág. 37.

¹³ Ibidem.

7. DEDUCIBLE.

El asegurador, puede a su arbitrio, limitar la responsabilidad que asumirá en caso de verificarse la condición suspensiva a la que se sujetó la exigibilidad de la obligación resarcitoria a su cargo, mediante lo que se denomina "deducible".

El artículo 1056 del Código de Comercio, reza:

"Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado".

En ejercicio de esta facultad legal, la aseguradora estableció un monto que deberá ser asumido directamente por el asegurado.

En el caso que nos ocupa, el amparo de daño moral evento y el de lucro cesante evento tienen un deducible del **10% del valor de la pérdida, mínimo US\$50.000.**

Con base en la facultad conferida por la norma transcrita, Seguros Confianza señaló un porcentaje de la pérdida indemnizable (esto es, el porcentaje que se descuenta del valor que tenga que asumir la aseguradora, no del valor total de la condena) que deberá ser cubierto directamente por el asegurado.

8. EXCEPCIÓN GENÉRICA.

En el evento que se probare una excepción diferente a las propuestas anteriormente, le solicito al señor juez se decrete teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 282 del Código General del Proceso.

I. PRUEBAS.

Solicito al honorable Despacho se sirva decretar y tener como tal en favor de mi representada las siguientes pruebas

Documentales:

1. Copia simple de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 31RO028797.
2. Copia simple de las Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual, expedida por Seguros Confianza S.A.
3. Copia simple de la Póliza de Seguro de cumplimiento en favor de entidades de servicios públicos 31SP001828.

VI. ANEXOS.

Se adjuntan con esta contestación los siguientes anexos:

1. Los relacionados en el acápite de pruebas.
2. Poder especial para actuar en el presente proceso.

VII. NOTIFICACIONES.

Las personales y las de mi representada, serán recibidas en la Calle 82 No. 11 - 37 - Piso 7°, de la ciudad de Bogotá, D.C., teléfono (1) 6444690 Ext. 2191, correo electrónico nurriago@confianza.com.co

Cordialmente,



Nicolás Urriago Fritz,
C.C. 1.014.206.985 de Bogotá,
T.P. 243030 del C. S. de la J.