

PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN - PROCESO: LUZMERI SANMIGUEL AGUDELO Y OTROS - RAD: 2017-00030

Hector Jaime Giraldo Duque <hector.giraldo@giraldoduqueandpartners.com>

Jue 17/08/2023 15:45

Para:Secretaria Tribunal Administrativo - Seccional Pereira <stadmper@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Despacho 02 Tribunal Administrativo Sin Sección - Risaralda - Pereira <des02tadmper@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC:echeverri.gonzalez.carolina@gmail.com <echeverri.gonzalez.carolina@gmail.com>; fgurrero <fgurrero@integra.com.co>; lorraine251132@gmail.com <lorraine251132@gmail.com>; eduardo.ramirez@iica.co <eduardo.ramirez@iica.co>; linamrico79@hotmail.com <linamrico79@hotmail.com>; nbotero@bzabogados.com.co <nbotero@bzabogados.com.co>

 1 archivos adjuntos (456 KB)

PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN - PROCESO LUZMERI SANMIGUEL AGUDELO Y OTROS - RAD 2017-00030.pdf;

Honorable Magistrada,

Dra. Dufay Carvajal Castañeda

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Pereira, Risaralda

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE:	LUZMERI SANMIGUEL AGUDELO Y OTROS
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE PEREIRA Y OTROS
RADICADO:	66001-33-33-001- 2017-00030 -00
LLAMANTE EN GARANTÍA:	MUNICIPIO DE PEREIRA
LLAMADA EN GARANTÍA:	LIBERTY SEGUROS S.A.
ASUNTO:	PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN

HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE, actuando en calidad de Apoderado Judicial de la llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.**, con el debido respeto y dentro del término concedido por el numeral 4 del artículo 67 de la ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 247 del CPACA, presento escrito de **PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN**, lo anterior, de conformidad con los argumentos expuestos en el memorial adjunto en formato PDF.

Por favor acusar recibido.

Cordialmente,

--

HECTOR JAIME GIRALDO DUQUE
C.E.O
GIRALDO DUQUE & PARTNERS

ABOGADOS

Calle 19 # 9 - 50 Of. 1902

Complejo Urbano Diario del Otún

Tel. 3257265 - Pereira

Honorable Magistrada,

Dra. Dufay Carvajal Castañeda.

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA

Pereira, Risaralda.

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE:	LUZMERI SANMIGUEL AGUDELO Y OTROS
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE PEREIRA Y OTROS
RADICADO:	66001-33-33-001- 2017-00030-00
LLAMANTE EN GARANTÍA:	MUNICIPIO DE PEREIRA
LLAMADA EN GARANTÍA:	LIBERTY SEGUROS S.A.
ASUNTO:	PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN

HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE, actuando en calidad de Apoderado Judicial de la llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.**, con el debido respeto y dentro del término concedido por el numeral 4 del artículo 67 de la ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 247 del CPACA, presento escrito de **PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN**, interpuesto por la parte codemandada, dentro del proceso de la referencia, solicitando respetuosamente al H. Magistrado, que se **CONFIRME** la decisión de primera instancia respecto mi representada **LIBERTY SEGUROS S.A.** y frente a la llamante en garantía **MUNICIPIO DE PEREIRA**. en razón a los siguientes argumentos:

Adicionalmente, y si bien no intervenimos en esta instancia dentro del trámite referenciado como recurrentes, se deberá poner nuevamente bajo análisis lo esgrimido ante el *A-quo*, la imputación de los hechos de la demanda y demás circunstancia que rodearon el presente proceso. En virtud del principio de congruencia.

"ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.¹
(Negrilla y Subrayado fuera del texto original).

¹ Ley 1564 de 2012

Por lo tanto, del escrito presentado por la parte demandante y empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A.S E.S.P donde exponen los argumentos de su recurso de Apelación frente a la Sentencia de Primera Instancia proferida por el *A quo*, el 19 de diciembre de 2022, la cual, accedió a parcialmente las pretensiones de la demanda, me permito pronunciarnos frente a cada uno de los disensos de la siguiente forma:

EN RELACIÓN CON LA APELACIÓN INTERPUESTA POR LA PARTE DEMANDANTE

- **FRENTE A LA INFORMIDAD DENOMINADA:** *"SOBRE LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO DE PEREIRA Y LA EMPRESA DE ENERGÍA DE PEREIRA S.A. E.S.P."*

En relación con la presente inconformidad, se deberá tener en cuenta que contrario a lo sostenido por el recurrente que además, tiene calidad de demandante en el presente proceso, las lesiones sufridas por la señora Luzmeri Sanmiguel Agudelo, resultan jurídica y materialmente imposibles de ser imputables al llamante en garantía **MUNICIPIO DE PEREIRA**, lo anterior, si se tiene en cuenta que frente a dicho ente territorial, la parte demandante no acreditó la ocurrencia de todos y cada uno de los elementos de responsabilidad, esto es, una conducta –activa u omisiva– de la Administración y el nexo causal entre esta y el daño, motivo por el cual no es posible proceder a imputar dicho daño al **MUNICIPIO DE PEREIRA**, ya que al no existir criterio de causalidad que permita vincular la causa que produjo el daño, se torna estéril cualquier examen de los fundamentos o sistemas de responsabilidad, objetivos o tradicionales, pues se está en presencia de una falta absoluta de causalidad del hecho dañoso que pudiese ser imputable a la llamante en garantía y las demás demandadas y aquellos encuentran fundamento y razón de ser solo cuando el daño antijurídico le es imputable, cuestión que no se configuró en el evento sub-examine.

Lo anterior, por cuanto debe tenerse en cuenta que Conforme lo señala el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, quien pretenda un derecho tiene la carga de alegar y probar los hechos que lo producen, de manera que si una parte realiza una afirmación está obligada a demostrarla en la oportunidad que la Ley establezca para ello y sin que el Juez encargado de dirimir el asunto pueda suplir de oficio dicha carga, toda vez que ello implicaría la violación al derecho fundamental al debido proceso en los términos en que lo señala el artículo 29 de la Constitución Política.

En relación con la carga de la prueba tanto del daño como del nexo causal, de antaño el Consejo de Estado ha dicho que corresponde exclusivamente al demandante, bajo los siguientes términos:

" (...) Como fácilmente puede advertirse, el aspecto en últimas más trascendente de las reglas de la carga de la prueba se concreta en las consecuencias que se derivan de su no satisfacción, esto es, del no ejercicio de los derechos a la aportación o solicitud de práctica de pruebas o a la formulación de alegaciones dentro del proceso, si se tiene en cuenta que la finalidad de éste, para las partes, es la estimación o desestimación de la(s) pretensión(es) formulada(s) y que, por ello, dentro de él se lleve a cabo una instrucción encaminada a proporcionar al juzgador los elementos necesarios para que pueda efectuar la comparación entre los fundamentos de tal(es) pretensión(es) y el ordenamiento jurídico.

Y el de las consecuencias del incumplimiento de la carga de probar o de alegar es el aspecto más relevante, habida cuenta de que la parte que

desee obtener un resultado favorable a sus pretensiones necesitará probar y alegar todo aquello que sea útil y pertinente para la defensa de su posición.

En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso.

(Negrilla y subrayado fuera de texto).

De lo anterior, se puede advertir que, en primer lugar, no es el MUNICIPIO DE PEREIRA el encargado de realizar mantenimiento o aprobar en qué lugar han de quedar las luminarias o las rejillas de alcantarillado, pues, pese a que el recurrente demandante afincó sus fundamentos en la existencia de responsabilidad y mantenimiento de las luminarias y que en todo caso se vincula al **MUNICIPIO DE PEREIRA** en virtud a un contrato suscrito entre la EMPRESA DE ENERGÍA DE PEREIRA S.A. E.S.P y esta, se pudo establecer por parte del ingeniero Carlos Enrique Chica Castaño en relación a la materia que nos trae al presente disenso, lo siguiente:

Min 52:15 PREGUNTA: *¿Usted nos puede decir si sabe, quien es el encargado de establecer el diseño de la iluminación pública, es decir la distancia entre una luminaria y otra, el sitio donde se requiere la luminaria, la potencia, entre otros aspectos?*

RESPUESTA: *Cuando el proyecto está en una zona residencial en una urbanización la persona que hace el diseño debe incluir el diseño del alumbrado público y hablo de urbanizaciones abiertas porque cuando son urbanizaciones cerradas esta iluminación ya no se considera alumbrado público sino iluminación áreas comunes. (...) cuando son diseños ya exclusivos como los de las avenidas o de los parques pues el Municipio debe de conseguir la persona para que haga el diseño de esta urbanización, diseño exclusivo de alumbrado público.*

PREGUNTA: *¿Para este sector que tipo de diseño se utilizó, el de los privados, el del Municipio?*

RESPUESTA: *Aquí en Corales debe ser un diseño presentado desde que se conformó el barrio por lo tanto debe ser un diseño de alumbrado público desde que se conformó el barrio porque es un barrio abierto más no cerrado.*

PREGUNTA: *¿Y quién aprueba ese diseño?*

Min 54:05 RESPUESTA: *Cuando son de barrios abiertos los aprueba **la empresa de energía de Pereira que es el operador de red como tal.***

PREGUNTA: *¿Y lo aprueba en cuanto a su capacidad lumínica o al tema energético?*

RESPUESTA: *No el diseño debe ser completo debe tener en cuenta la capacidad de potencia y niveles de iluminación que se dan para cada punto, hay una normatividad para la capacidad de lúxeles por metro cuadrado y eso pues se determina según el sitio, no es lo mismo iluminar una cancha de fútbol que una vía o que una zona peatonal cada sector tiene unos niveles de iluminación y debe ser aprobado dependiendo de los niveles según el punto que se esté tratando.*

Por su parte, el Ingeniero/testigo Juan Carlos Álvarez, en su calidad de Subgerente de operaciones de la Empresa Aguas y Aguas declaró que el encargado de aprobar el diseño y construcción de las rejillas, tapas del alcantarillado es sólo competencia de Aguas y Aguas de Pereira

PREGUNTA: *¿Sírvese decirle al indicarle al despacho quien es la persona o personas o entidad encargada de construir esas rejillas de las que usted acabó de aludir?*

Min 1:57:48 RESPUESTA: *El sistema de sumideros de nosotros que soporta de una caja, una tapa o una rejilla por donde se capta aguas lluvias para ser conducido a través de una tubería de nuestras redes de lluvias son construidas, es según, si es una urbanización las construye el urbanizador de acuerdo al diseño hidrosanitario que se aprueba previamente aquí en la empresa para posteriormente ser construidos la recibe la empresa, si de pronto es un plan de pavimentación de una comunidad se construyen los sumideros con asesoría de la empresa y algunas partes por requerimiento de la comunidad, puntos críticos, puntos más bajos o puntos donde las rejillas con el área que tienen necesitan más área para captar más volumen de aguas lluvias los hacemos directamente con personal de nosotros.*

Lo anterior, cobra relevancia, toda vez a que como se ha indicado desde la presentación de la contestación a la demanda, si bien el Estado le asigna a los municipios la responsabilidad de velar por la eficiente, adecuada y segura prestación de los servicios públicos, esto se hace en el orden de otorgar permisos con el cumplimiento de todos los requisitos legales, así como la conservación y el mantenimiento de las vías públicas destinadas a la circulación de personas, de vehículos y de cosas de un lado y, de otro, **a las empresas prestadoras de los servicios públicos de energía eléctrica y de alcantarillado, la carga de brindar las mismas condiciones de conservación y mantenimiento a las redes respectivas, incluidos en ellas tanto los transformadores, postes y tendido eléctrico y así como el adecuado mantenimiento de acueducto y alcantarillado, esto, respectivamente.**

Frente a la buena iluminación del alumbrado público en cabeza de ENERGIA DE PEREIRA donde ocurriendo los supuestos hechos, el ingeniero Carlos Enrique Chica Castaño fue muy enfático al precisar lo siguiente:

Min 49:13 PREGUNTA: *¿Usted nos podría explicar cuál era el requerimiento mínimo o el requerimiento contractual para la iluminación en esa zona?*

RESPUESTA: *Pues hasta donde tengo entendido los contratos que ha firmado la empresa con el Municipio han situado contratos de poco tiempo y donde el alcance de estos normalmente es el manejo correctivo de la luminaria del Municipio de Pereira con sus redes asociadas (...)"*

Frente al servicio de luminaria del sector, el mismo suscitado manifestó:

Min 50:14 PREGUNTA: *¿Nos podría decir si una luminaria de sodio de 250 vatios es suficiente para iluminar un sector abierto de uso público?*

RESPUESTA: *Eso depende de la luminaria, de la potencia de la luminaria, si no que depende de la altura del poste donde se ubique y de la interdistancia de un poste y otro, o sea que cuando se hace el diseño de la luminaria, no solamente hay que tener en cuenta la capacidad de la luminaria o la potencia sino, repito, la altura en el poste en que se ubica la interdistancia entre un poste y otro. Es verdaderamente las tres condiciones que habría que tener para saber si la iluminación está dentro de los rangos permitidos por la norma.*

PREGUNTA: *Conforme el contrato que tenía celebrado el Municipio según nos dijo en respuesta anterior con la empresa de energía para el alumbrado, la operación, restauración y mantenimiento del alumbrado público cómo era el procedimiento cuando se detectaba una falla en una luminaria o una carencia de iluminación en algún sector*

Min 55:32 **RESPUESTA:** *La empresa normalmente coloca una línea de atención, nosotros llamamos la línea 115 por medio del cual se reciben las llamadas de los usuarios cuando la lámpara no está funcionando para hacerle una orden de trabajo y mandar a repararla o el Municipio recibe órdenes desde la secretaría de infraestructura y le es remitida una serie de estas órdenes para que la empresa las acatara (...).*

Por su parte el Ingeniero Jorge Mario Marín Castaño quien fue coordinador de alumbrado público del Municipio de Pereira, se refirió a los hechos, manifestando lo siguiente:

Min 1:05:40 PREGUNTA: *Haga un relato de lo que sepa por favor.*

RESPUESTA: *Para la fecha en que se referencia los hechos yo trabajaba como empleado en misión para la empresa de energía de Pereira era el coordinador de alumbrado público del Municipio de Pereira, (..) se me solicitó que hiciera una visita al lugar de los hechos para constar la existencia o no de alumbrado público en el sector porque se manifestaba que no había alumbrado, en mi calidad de coordinador y conocedor del tema pues yo pude efectivamente chequear que efectivamente luminarias en el sitio particular, hay algunas circunstancias atenuantes por lo menos en lo que se apreciaba en su momento que nosotros hicimos la visita y que hicimos el diagnóstico y era que había una arborización muy frondosa habían unos árboles que estaban bastante grandes al lado de las luminarias y eso podría llegar a generar algún tipo de obstáculo sobre la iluminación sin embargo pues desde el punto de vista y conocedor y experto en el asunto del tema de la iluminación consideraba que lo que existía allí era suficiente para general lo que se requería por lo menos en lo que tiene que ver con la norma técnica en el tema de la iluminación de la zona donde se lo señalaba porque realmente yo no sé el caso específico donde ocurrieron los hechos (...).*

En cuanto a la responsabilidad por los perjuicios generados a terceros, la misma ley le atribuyó esa obligación directamente a las empresas prestadoras de servicios, tal como se desprende del siguiente precepto:

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

11.1. Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros.

11.2. Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia.

11.3. Facilitar a los usuarios de menores ingresos el acceso a los subsidios que otorguen las autoridades.

11.4. Informar a los usuarios acerca de la manera de utilizar con eficiencia y seguridad el servicio público respectivo.

11.5. Cumplir con su función ecológica, para lo cual, y en tanto su actividad los afecte, protegerán la diversidad e integridad del ambiente, y conservarán las áreas de especial importancia ecológica, conciliando estos objetivos con la necesidad de aumentar la cobertura y la costeabilidad de los servicios por la comunidad.

11.6. Facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados para la organización y prestación de los servicios.

11.7. Colaborar con las autoridades en casos de emergencia o de calamidad pública, para impedir perjuicios graves a los usuarios de servicios públicos.

11.8. Informar el inicio de sus actividades a la respectiva Comisión de Regulación, y a la Superintendencia de Servicios Públicos, para que esas autoridades puedan cumplir sus funciones. Jurisprudencia Vigencia Las empresas que a la expedición de esta Ley estén funcionando deben informar de su existencia a estos organismos en un plazo máximo de sesenta (60) días.

11.9. **Las empresas de servicios serán civilmente responsables por los perjuicios ocasionados a los usuarios** y están en la obligación de repetir contra los administradores, funcionarios y contratistas que sean responsables por dolo o culpa sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar

11.10. Las demás previstas en esta Ley y las normas concordantes y complementarias”

(Negrilla fuera de texto)

Concepto de responsabilidad que es reafirmado en la misma normatividad, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 26. PERMISOS MUNICIPALES. En cada municipio, quienes prestan servicios públicos estarán sujetos a las normas generales sobre la planeación urbana, la circulación y el tránsito, el uso del espacio público, y la seguridad y tranquilidad ciudadanas; y las autoridades pueden exigirles garantías adecuadas a los riesgos que creen. Los municipios deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de empresas de servicios públicos, o a la provisión de los mismos bienes y servicios que estas proporcionan, en la parte subterránea de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público. **Las empresas serán, en todo caso, responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes.**

Las autoridades municipales en ningún caso podrán negar o condicionar a las empresas de servicios públicos las licencias o permisos para cuya expedición fueren competentes conforme a la ley, por razones que hayan debido ser consideradas por otras autoridades competentes para el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, ni para favorecer monopolios o limitar la competencia.”

(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por lo anterior, no es el **MUNICIPIO DE PEREIRA** la entidad que debe entrar a responder por los perjuicios reclamados por la accionante y sus familiares con ocasión del supuesto accidente ocurrido el día 31 de enero de 2016 cuando se dirigía desde el Bario Coodelamar hacia Corales y cayó a un hueco de alcantarilla el cual se encontraba sin tapa, por cuanto es en cabeza de la empresa AGUAS Y AGUAS DE PEREIRA, que se encuentra la función de prestación del servicio de Acueducto y alcantarillado, tal y como se encuentra estipulado en la Escritura Publica No. 1326 del 16 de mayo de 1997 de la Notaria Cuarta del Círculo de Pereira, dentro de la cual se determinó que la prestación de dicho servicio público le corresponde de manera exclusiva a AGUAS Y AGUAS DE PEREIRA, al ser una empresa especializada en la materia, además de tenerse en dicho contrato inmersa la cláusula de **INDEMNIDAD**, contra cualquier reclamo, demanda, acción legal y costos que puedan surgir por daño o lesiones ocasionados a terceros por parte de dicha empresa o el personal a su cargo, en ejercicio de sus funciones de cuidado, custodia, mantenimiento, así como al momento de prestar el servicio público de acueducto y alcantarillado en la ciudad.

- **FRENTE A LA INFORMIDAD DENOMINADA:** "LA NEGATIVA DE INDEMNIZACIÓN INTEGRAL DE PERJUICIOS Y EN CONSECUENCIA EXCLUYÓ LOS CONCEPTOS DE LUCRO CESANTE Y DAÑO A LA SALUD A FAVOR DE LA VÍCTIMA LUZMERI SANMIGUEL AGUDELO Y DAÑO MORAL A FAVOR DE REINEL DE JESÚS MOLINA."

En relación con la presente inconformidad, el *Ad-quem* habrá de tener en cuenta que en relación al perjuicio material por lucro cesante, definida el Código Civil en su artículo 1614 como la *"ganancia que deja de percibirse, o la expectativa cierta económica de beneficio o provecho que no se realizó como consecuencia del daño"*, lo que traduce, en otras palabras, en **la cantidad de dinero que se habría ganado la víctima de no haber ocurrido un evento** o haberse tomado una decisión que es responsabilidad de un tercero que dicho perjuicio material debe ser plenamente acreditado, pues no puede construirse en conceptos hipotéticos o inexistentes.

De lo anterior que, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente no. 13168, ha señalado que el lucro cesante *"corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima"*. Por lo que el lucro cesante, que como se sabe puede ser consolidado o futuro, debe cumplir con ciertos elementos. El lucro cesante consolidado, como su nombre lo indica, no presenta mayor inconveniente por tratarse de un daño ya ocasionado, esto es, **cierto**. El lucro cesante futuro, por el contrario, al ser un perjuicio que aún no existe, puede generar varios problemas a la hora de su liquidación y pago, por la **incertidumbre de su configuración**. En palabras del tratadista Henao (1998), *"en el primer caso, el juez solo debe tomar posición respecto de la extensión en el tiempo de la situación que se presenta. En el segundo, al contrario, el juez debe en primer momento tomar partido respecto de la situación en sí misma, precisamente porque no es real, para luego determinar, si a ello hubiere lugar, su prolongación en el tiempo"*. Es decir, se desprende la clara determinación de que dicho rubro indemnizatorio no puede concebirse como un ítem hipotético o eventual, pues su naturaliza es un daño cierto que solo puede ser reconocido cuando su existencia y

² Sentencia 00526 de 2016

cuantía acredita mediante prueba directa, extremo que se logra demostrando la imposibilidad transitoria de la misma.

Por lo que analizando los fundamentos del *A-quo* en relación a negar la indemnización por dicha tipología de daño, esto, de cara al recurso de apelación interpuesto por el recurrente demandante, debe decirse que estos resultan ser adecuados y conformes con lo evidentemente probado y la categorización que reúne el caso en concreto frente a la definición de dicho perjuicio; Lo anterior, si se tiene en cuenta que la señora LUZMERI SANMIGUEL AGUDELO para el día de los hechos que rodearon el presente litigio, se encontraba pensionada, además de estar cubierta por el sistema general del pensiones, por lo que nunca cesó ni temporalmente hablando, para que se configurara como una "ganancia dejada de percibir" en sí misma, pudiéndose claramente construirse en una fuente de enriquecimiento sin justa causa el concederle tal indemnización.

Al respecto se ha referido en reciente **Sentencia de Unificación**, el Consejo de Estado mediante providencia del 18 de julio de 2019, Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Rad: 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572):

"De manera insistente, la Sala de esta Sección ha dicho que, para que un perjuicio resulte indemnizable, se debe tener certeza del mismo:

*"El lucro cesante, de la manera como fue calculado por los peritos, no cumple con el **requisito uniformemente exigido por la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que el perjuicio debe ser cierto**, como quiera que **el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización**. El **perjuicio indemnizable**, entonces, **puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético**. Para que el perjuicio se considere existente, **debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño**, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública³. Esa demostración del carácter cierto del perjuicio brilla por su ausencia en el experticio de marras"⁴ (negrillas y subrayas nuestras).*

Por su parte, esta corporación en la atrás mencionada sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.186, enfatizó (se transcribe literal):

*"... el **perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización**. El **perjuicio indemnizable**, entonces, puede ser actual o futuro, pero, **de ningún modo, eventual o hipotético**" (se resalta).*

Sin embargo, a juicio de la Sala, resulta mejor, con miras a un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que lleven a reconocer de oficio perjuicios de este tipo, pues evitarlas y, por tanto, decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados garantiza de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias y mantiene incólumes el principio de justicia rogada y el principio dispositivo⁵, los cuales orientan la actividad y las decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

³ En ese sentido pueden verse, entre otros, los pronunciamientos de esta Sección de 2 de junio de 1994 (expediente 8998) y de 27 de octubre de 1994 (expediente 9763).

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006 (expediente 13.168).

⁵ El principio dispositivo ha sido definido por la doctrina como "La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin. O como dice COUTURE: 'es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso'.

Agrégase a lo anterior que las orientaciones jurisprudenciales anteriormente mencionadas y las presunciones jurisprudenciales aplicadas con el objeto de determinar la existencia y el monto de los perjuicios materiales podrían entenderse en el sentido de que, cumplidas ciertas condiciones, los demandantes tienen derecho, per se, a obtener el pago de perjuicios en determinado monto; sin embargo, ello podría llevar a desconocer involuntariamente en algún caso que el reconocimiento de un perjuicio solo procede si ha sido solicitado por la parte interesada, lo que implica que ésta lo reclame de manera expresa y cuantifique su monto de manera razonada (artículo 162, numerales 2 y 6 del C.P.A.C.A. –antes artículo 137 del C.C.A.– y artículo 281 de C.G.P. –antes 305 del C. de P.C.–) y a ello se puede acceder siempre que dicha parte haya cumplido con la carga de acreditar tanto la existencia como la cuantía del perjuicio.

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

Los perjuicios materiales solo pueden decretarse previo estudio motivado y razonado que tenga en cuenta las pretensiones y las pruebas aportadas por la parte; así, solo se puede conceder al demandante el perjuicio reclamado, a partir de la apreciación razonada y específica que el juzgador realice de los medios probatorios obrantes en el expediente, en la que se consideren las circunstancias concretas que permitan deducir que, en efecto, la detención le generó la pérdida de un derecho cierto a obtener el ingreso que, de no haberse producido el daño, habría seguido percibiendo o podría haber percibido como producto de la labor que desempeñaba antes de ser privado de la libertad o que iba a empezar a percibir en razón de una relación existente pero que apenas iba a empezar a cumplirse.

1.1 Presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante

1.1.1 *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.*

1.1.2 ***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.⁶)."*

⁶ "Son características de esta regla las siguientes:

"El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado" (LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio: "Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General", Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pág. 106).

⁶ Para la Corte Constitucional (sentencia T-733 de 2013): "La noción de carga de la prueba 'onus probandi' es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que la carga de la prueba es la obligación de 'probar', de presentar la prueba o de suministrarla cuando no 'el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado', de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero".

Lo anterior, no solo conlleva a determinar que los perjuicios pretendidos por dicho concepto carecen de fundamento fáctico y soportes probatorios que permitan llegar a la certeza del rubro presuntamente indemnizable, por lo cual, los argumentos expuestos en el presente punto de disenso, deberán ser desfavorablemente despachados por el *Ad-quem*.

**EN RELACIÓN CON LA APELACIÓN INTERPUESTA POR LA PARTE DEMANDADA
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A.S E.S.P**

- **FRENTE A LA INFORMIDAD DENOMINADA:** “*LA DECISIÓN PROFERIDA POR EL DESPACHO DE PRIMERA INSTANCIA, ARRANCA BASADA EN CONSIDERACIONES ERRADAS RESPECTO DE LOS CONCEPTOS BAJO LOS CUALES PRETENDE FUNDAMENTAR LA MISMA*”

Para el presente disenso, nos permitimos aclarar en primer lugar y como se arguyó en líneas que anteceder, si bien el **MUNICIPIO DE PEREIRA** es dueño de toda la infraestructura pública, la malla vial y por demás, el mantenimiento y cuidado de la red de alcantarillado no está a cargo del MUNICIPIO DE PEREIRA, por cuanto este, en medio de sus contratos, convenios y otras figuras legales, le permiten optimizar la prestación de servicios a la comunidad, por tanto ésta presentó la escisión de las empresas de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con la Ley 142 de 1997 y lo determinado en el Acuerdo Municipal No. 30 de 1996 entre otras, a AGUAS Y AGUAS DE PEREIRA, empresa encargada de brindar el servicio de acueducto y alcantarillado en la ciudad, con consecuente cuidado, custodia y mantenimiento; **sin embargo, ello no permite per se, ser la causa del accidente sufrido por la señora SANMIGUEL**, máxime cuando no hay manera de determinar si las fotografías tomadas por la parte actora no fueron presentadas con los respectivos requisitos establecidos por el Código General del Proceso, estos son:

ARTÍCULO 243. DISTINTAS CLASES DE DOCUMENTOS. *Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.*

Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO. *Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.*

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.” (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Tampoco, obra un documento emanado de alguna autoridad que hubiere atendido el evento como lo podría ser un Informe Policial de Accidentes de Tránsito, o un acta elevada por la supuesta ambulancia que atendió a la señora en la que determine fehacientemente el punto exacto donde se encontraba la supuesta alcantarilla sin tapa.

Pereira, 22 de febrero del 2,016

Sra
LUZMERI SANMIGUEL AGUDELO
C.C. Nro 24,952,104 de Pereira

Atendiendo su solicitud expedida el día 8 de febrero del 2,016, se da respuesta a las peticiones allí anotadas.

1. Certificación exacta del sitio de mi accidente.

Teniendo en cuenta los datos tomados directamente del sistema, anotados por el operador de turno y suministrados por la persona que solicita la atención, que se identifica como Marta, el sitio referido es “Avenida sur antiguo patio de Megabus, antes de altos de corales”.

7

Siendo los registros fotográficos y la declaración de la señora LuzMeri Sanmiguel, los únicos elementos probatorios aportados por la parte actora para determinar el lugar y la causa del accidente, los cuales como se anotó no prestan mérito probatorio suficiente para demostrar lo afirmado en la petitum, es obligatorio concluir que los integrantes del extremo activo de la presente Litis no cumplieron con la carga de la prueba, puesto que si bien las imágenes fotográficas evidencian una alcantarilla sin tapa, la sola demostración de la ocurrencia de la caída por sí sola no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños que con tal situación se causan, a esa prueba debe unirse la de la imputabilidad del daño al Estado, que no es otra que la demostración de que el hecho que causó el daño se produjo como consecuencia de la omisión en que incurrió la entidad, en su deber de mantenimiento de las vías, o de alguna actuación con la cual se haya causado el daño, y de ellas no se desprende que sea el lugar donde se presentó el accidente y que el hueco que ocasionó el incidente corresponda a una obra de mantenimiento adelantada por la Administración municipal

⁷ Respuesta Vital –Red medica- visible a folio 9 del expediente digital.

en el referido parque, por lo que, no alcanzan a constituir plena prueba de un nexo causal de la responsabilidad imputada.

Ahora y sin que implique confesión alguna, es sabido que estamos ante una postura unificada la que actualmente precede este tipo de eventos, la cual ha sido sostenida por el Consejo de Estado en innumerables fallos, y es que aun cuando pudiera determinarse que hubo un perjuicio, ello no basta para estructurar responsabilidad en cabeza de los demandados, para ello debe establecerse una relación causa-efecto entre el daño rogado, una falla administrativa y que la primera sea a causa de esta última, situación que además, corresponde ser demostrada sin lugar a duda alguna, por la parte actora, conforme las reglas probatorias que rigen el presente asunto por remisión expresa al contenido del Artículo 167 del Código General del Proceso:

"ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."*

Para lo anterior, se extraen fragmentos importantes entre la multiplicidad de fallos que en la materia ha desatado el honorable Consejo de Estado:

*... "Así, entonces, **la demostración del mal estado de la vía no es, por sí sola, suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de producirse un daño, pues esa prueba debe acompañarse de la acreditación del nexo causal entre éste y la acción u omisión en que pudo haber incurrido la Administración en su deber de mantenimiento de la malla vial.**" (Énfasis fuera de texto).*

En el presente caso no se demostró que la vía se encontrara en mal estado, por el contrario, quedó acreditado que la carretera se encontraba pavimentada y sin hendiduras o baches que afectaran la marcha normal de los vehículos. Por lo demás, aunque se probó que la calzada única de la avenida tenía un ancho no superior a los 6,80 metros y que no existían señales de tránsito en el sitio del accidente, no obra prueba de que el siniestro se hubiese causado por estas circunstancias.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que en el sub lite no concurrieron todos los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, por lo cual serán desestimadas las pretensiones de la demanda..."⁸ (Subrayas y negrilla fuera de texto).

Bajo estos argumentos, al carecer de sustento probatorio los argumentos que soportaron la demanda, y al esgrimirse un análisis fundado y diverso del recurrente demandado que permite establecer que el examen efectuado por la *A-quo* respecto de las piezas procesales aportadas no comulgan con la sana crítica en la que se debe fundar, considera el suscrito apoderado que deberá revocarse la sentencia, para en este sentido REVOCARLA por completo y declarar la inexistencia de responsabilidad estatal endilgada bajo este centro de imputación.

EN CUANTO A LA RELACIÓN ASEGURADO- ASEGURADOR

Ahora bien, si en gracia y discusión el *Ad quem* determina que le asiste razón al apelante y decide revocar la sentencia proferida en primera instancia respecto de la absolución del

⁸ MP. Hernán Andrade Rincón. Consejo de Estado. (38432) 08001-23-31-000-1998-00663-01.

MUNICIPIO DE PEREIRA, se deberá analizar revisar si le asiste a mi representada **LIBERTY SEGUROS S.A.**, el reembolso ajustado al análisis de todas las cuestiones que se suscitan entorno a al contrato de seguro objeto de llamamiento en garantía de mi representada, esto es, la **PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL GENERAL No. 535058**, con vigencia del 23 de abril de 2015 al 23 de marzo de 2016, que sólo podrán ser analizadas siempre y cuando el asegurado haya cumplido a cabalidad sus obligaciones, no haya violado prohibiciones que le imponen el contrato y la ley, y no se encuentre en alguno de las exclusiones previstas en las condiciones generales y particulares del contrato. Así:

➤ **AUSENCIA DE COBERTURA POR INEXISTENCIA DE RIESGO ASEGURADO**

Del presente proceso se puede advertir que el lugar de los hechos acaecidos a la señora LUZMERI SANMIGUEL AGUDELO, no se encontraba dentro de los predios asegurados mediante la POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL GENERAL No. 535058, por cuanto el riesgo que fue debidamente asegurado sólo hace referencia a la CR 7 NO. 18-55 ALCALDIA MUNICIPAL DE PEREIRA.

Por su parte, respecto de las condiciones de la póliza, el Artículo 1047 del Código de Comercio reza:

"La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato:

- 1) La razón o denominación social del asegurador;*
- 2) El nombre del tomador;*
- 3) Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador;*
- 4) La calidad en que actúe el tomador del seguro;*

5) La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro;

- 6) La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras;*

- 7) La suma aseguradora o el modo de precizarla;*

- 8) La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago;*

9) Los riesgos que el asegurador toma su cargo:

- 10) La fecha en que se extiende y la firma del asegurador, y*

- 11) Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.*

PARÁGRAFO. *En los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo."*

(Negrilla y subrayado propio)

El Artículo 1056 del código de comercio hace referencia a que el asegurador puede a su arbitrio asumir uno o varios riesgos, de conformidad con su voluntad, así:

"Artículo 1056 Asunción de riesgos

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."

Por lo anterior, los riesgos que no estén enunciados en la caratula de la póliza no hace parte del contrato de seguro celebrado. Para nuestro caso las vías y andenes de la ciudad de Pereira no se encuentran relacionadas en la caratula de póliza, luego sobre los mismos no existe cobertura del seguro contratado.

Por tanto, y en tratándose de una póliza de riesgos nombrados o enlistados y que declaró el asegurado al momento de contratar la póliza, se evidencia que éste no está dentro de los predios cubiertos por el **PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL GENERAL No. 535058**, vigente desde el 23 de abril de 2015 al 23 de marzo de 2016, por lo que, los hechos que supuestamente desencadenan en la falla en el servicio atribuida al MUNICIPIO DE PEREIRA, no se encuentran cubiertos, al no estar el predio donde ocurrió el presunto daño -constitutivo del riesgo asegurable- entre la lista de predios nombrados y asegurados por el tomador y asegurado de la póliza.

Por lo tanto, en el remoto e hipotético caso en que se advirtiera responsabilidad del Municipio de Pereira en los hechos materia de litigio, en las condiciones de modo, tiempo y lugar especificadas por la parte actora, la presente póliza no tendría cobertura, por presentarse dicho evento en predios no asegurados o al menos, no enlistados como riesgos asegurables al momento de contratarse la póliza en mención.

Tampoco la actividad de que versa en proceso está mencionada dentro de las coberturas y hechos amparados, tales como: vigilantes o personal de seguridad, celadores, contaminación, parques, restaurantes, campos deportivos, distribución de alimentos, prevención y atención básica en salud, administración y manejo de escenarios deportivos, transporte y movilización de bienes, ascensores, elevadores, escaletas eléctricas, parqueaderos. Todos los anteriores eventos presentan cobertura al tenor de la caratula de la póliza, pero el hecho por el cual se demanda, máxime cuando se ha señalado que la alcantarilla es propiedad de la empresa de AGUAS Y AGUAS de Pereira, actividad que no se encuentra sometida a cobertura alguna por los amparos mencionados.

➤ **AUSENCIA DE COBERTURA POR TANTO NO SE REUNE LA CONDICIÓN DEL HECHO IMPUTABLE AL ASEGURADO EN DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES PROPIAS.**

Como se indicó atrás esta es una de las condiciones señaladas en la caratula de la póliza para que pueda operar la cobertura, para nuestro caso el evento no es imputable al Municipio de Pereira, en primer lugar porque este no tiene a su cargo el manejo de las aguas lluvias en Pereira, dicha función corresponde a las empresa de Aguas y Aguas d Pereira, tampoco le corresponde administrar el servicio de electricidad pues esta es función de la empresa de energía de Pereira, por tanto el evento no es imputable al asegurado ni se realizó en ejercicio de sus actividades propias.

Se hizo referencia en la audiencia de pruebas a que un árbol obstaculizaba la iluminación, pero dicha circunstancia, además de haber sido mencionada por una sola persona, no fue objeto de los hechos de la demanda, ni de los factores de imputación o atribuciones de responsabilidad señalados en la demanda, razón por la cual tampoco fue objeto de

contestación por las demandadas, así mismo, no hizo parte de la fijación de litigio, luego escapa cualquier debate sobre ese punto al conocimiento del presente proceso y a cualquier pronunciamiento del despacho en razón a la defensa del debido proceso, derecho de defensa, y competencia privativa del Juez solo para resolver sobre los hechos y pretensiones expuestos en la demanda.

➤ **INASEGURABILIDAD DE LA CULPA GRAVE**

En evento de una declaración de condena frente al asegurado con fundamento en la culpa grave, no habrá lugar a la obligación de reembolso que implica la pretensión revérsica, en razón a que este riesgo no fue asumido por el asegurador, por el contrario, se encuentra expresamente excluido. Veamos:

"El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno..."

Si bien es cierto en el seguro de responsabilidad civil por regla excepcional el legislador permitió la asegurabilidad de la culpa grave, también lo es, que dicho aseguramiento requiere de manifestación expresa, y en este caso incluso está expresamente excluida la cobertura.

En consecuencia, si en este caso se llega a demostrar que hubo culpa grave del asegurado, y que tal actuar es la causa eficiente de la producción del resultado dañoso, el evento no está cubierto por el asegurador.

➤ **EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD POR PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES (DAÑOS MORALES- OBJETIVADOS O SUBJETIVADOS, DAÑO A LA VIDA RELACIÓN U OTRAS TOPILOGÍAS DE DAÑO DE CARÁCTER EXTRAPATRIMONIAL)**

En el evento en que se llegare a declarar responsabilidad en cabeza del municipio de Pereira, la presente póliza no presenta cobertura alguna por daños de carácter extrapatrimonial tal y como se encuentra estipulado en la Pag. 2 de las condiciones aplicables:

"2. EXCLUSIONES GENERALES DE LA POLIZA.

QUEDA EXPRESAMENTE CONVENIDO, SALVO ESTIPULACIÓN ESCRITA EN CONTRARIO, QUE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA NO AMPARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ASEGURADO PROVENIENTE DIRECTA O INDIRECTAMENTE DE:

E. PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES (DAÑOS MORALES – OBJETIVADOS O SUBJETIVADOS -, DAÑO A LA VIDA RELACIÓN U OTRAS TIPOLOGIAS DE DAÑO DE CARÁCTER EXTRAPATRIMONIAL)".

En el remoto caso que el *Ad- quem* decida revocar la sentencia de primera instancia y se emita un fallo, mediante el cual se indique la responsabilidad del asegurado y se condene a perjuicios extrapatrimoniales, se deberá tener en cuenta que como se evidencia de la Póliza quedó expresamente convenido que la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 535058 con vigencia del 23 de abril de 2015 y hasta el 23 de marzo de 2016 dicha categoría de perjuicio no se encuentra amparada.

➤ **EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR LA INOBSERVANCIA DE DISPOSICIONES LEGALES U ÓRDENES DE AUTORIDAD**

Ahora bien, si el Ad-quem determina que existe inobservancia de disposiciones legales u ordenes de autoridad de normas técnicas o de prescripciones médicas o de instrucciones y estipulaciones contractuales, esta exclusión deberá ser también estudiada con detenimiento, pues conforme se aprecia a página 2 del Clausulado aplicable a la presente póliza, numeral 2 de las exclusiones pactadas, se tiene que no habrá cobertura en los siguientes eventos

"2. EXCLUSIONES GENERALES DE LA POLIZA

QUEDA EXPRESAMENTE CONVENIDO, SALVO ESTIPULACIÓN ESCRITA EN CONTRARIO, QUE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA NO AMPARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ASEGURADO PROVENIENTE DIRECTA O INDIRECTAMENTE DE:

PERJUICIOS CAUSADOS POR LA INOBSERVANCIA DE DISPOSICIONES LEGALES U ÓRDENES DE AUTORIDAD DE NORMAS TÉCNICAS O DE PRESCRIPCIONES MÉDICAS O DE INSTRUCCIONES Y ESTIPULACIONES CONTRACTUALES, ASI COMO LAS MULTAS, PENAS, CASTIGOS, DAÑOS PUNITIVOS "PUNITIVE DAMAGES".

En el remoto caso que el Ad- quem decida revocar la sentencia de primera instancia y se emita un fallo, mediante el cual se indique la responsabilidad del asegurado en virtud de un evento como consecuencia de la inobservancia de disposiciones legales u ordenes de autoridad de normas técnicas o de prescripciones médicas o de instrucciones y estipulaciones contractuales, no habrá lugar a cobertura, por estar expresamente excluido.

➤ **LIMITE DE VALOR ASEGURADO Y DEDUCIBLE PACTADO**

De acuerdo con la Póliza RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL GENERAL NO. 525058, el límite máximo de valor asegurado para el amparo de predios, labores y operaciones es de \$7.000.000.000.oo.

Cabe agregar que dicha póliza tiene una cobertura por responsabilidad civil de clínicas y hospitales con un **deducible del 10% del valor de la pérdida, mínimo 35 SMMLV.**

A este valor se limitará la obligación de reembolso del asegurador, siempre que el valor asegurado global por vigencia no se hubiera agotado con ocasión de otros siniestros ocurridos en la misma vigencia.

Precisamos que si la vigencia señalada ya se encuentra afectada por otros eventos, en caso de una sentencia condenatoria para el asegurado, deberá tenerse en cuenta que el valor asegurado se aplicará a los eventos reclamados y reservados con anterioridad al reclamado con ocasión de este llamamiento en garantía, y siempre hasta el agotamiento de la suma asegurada.

DE LAS IMPLICACIONES DEL COASEGURO

Igualmente es de poner de presente que mi representada solo está obligada en caso de una eventual condena, **al pago del 35% del valor asegurado**, como máximo, luego de aplicado el deducible correspondiente, tal y como consta en el **ANEXO DE COASEGURO CEDIDO**.

Compañía	Partic. %
<u>LIBERTY SEGUROS S.A.</u>	<u>35.00%</u>
LA PREVISORA S.A.	30.00%

SEGUROS DEL ESTADO S.A	35.00 %
---------------------------	---------

Por lo anterior, si se llegara eventualmente a una condena, solicito al Despacho resolver el monto total de conformidad con la participación de LIBERTY SEGUROS S.A en la mencionada PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL GENERAL No. 535058.

De igual manera debe resaltarse que no existe cooperación de las aseguradoras que participan en el coaseguro, es decir, que cada una se representa de manera independiente, y los actos de una no afectan o benefician a la otra, por tanto, la suerte de cada una de estas independientes de si es la de aseguradora líder o no puede ser o no ser totalmente diferente al finalizar el proceso.

Ahora bien, La figura del Coaseguro, no comporta o eleva las obligaciones entre las aseguradoras, a la calidad de solidaria, si no que permanece siendo una obligación conjunta o divisible, toda vez que la solidaridad es una excepción dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y la misma solo es procedente por ley convención o testamento, y en este caso en virtud del coaseguro no existe norma, ni contrato que eleve la obligación de conjunta a solidaria.

➤ **INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL CONTRATO DE SEGURO**

La obligación de mí representada, la compañía de seguros, emana de un contrato de seguro celebrado dentro de unos parámetros y limites propios de la autonomía de la voluntad privada y no de la existencia de la una eventual responsabilidad que se pudiere atribuir al asegurado conforme lo establecido por el artículo 2341 del Código Civil y a las disposiciones precitadas en materia de Responsabilidad Civil, por tanto se encuentra frente a dos responsabilidades diferentes a saber: 1. La del asegurado por la responsabilidad que se le llegará a atribuir, cuya fuente de obligación indemnizatoria emana de la ley propia y 2. La de mí representada aseguradora cuyas obligaciones no emanan de la ley propiamente dicha, sino de la existencia de un contrato de seguro celebrado dentro de los parámetros dados por los artículos 1036 del Código de Comercio y S.S., encontrándose las obligaciones de mí representada debidamente delimitadas por las condiciones pactadas en el contrato de seguro celebrado, constituyéndose entonces las obligaciones del asegurado y de la aseguradora en obligaciones independientes y que no son solidarias.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado sin mayor disertación al respecto:

*"(...) En ese sentido, conforme lo dispone el artículo 1037 del Código de Comercio, **el asegurador es la persona que asume los riesgos del interés o la cosa asegurada, obligación muy diferente a la solidaridad derivada de un contrato o por ministerio de la ley, ya que es la realización del riesgo asegurado lo que da origen a la obligación del asegurador**, tal como lo dispone el artículo 1054 del Código de Comercio⁹(...)"* (Subrayas y negrilla mías)

En similar sentido lo ha entendido el órgano de cierre de esta jurisdicción:

*"(...) Por último, **la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino***

⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta CP. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ RAD: 25000-23-27-000-2012-00509-01 (19879) del 21 de mayo del 2014.

atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del artículo 1134 del C. de Co ¹⁰ (...)» (Subrayas y negrilla mías)

Entendido lo anterior, es preciso indicar que la solidaridad de las obligaciones en Colombia solo se origina por pacto que expresamente la convenga entre los contrayentes, lo anterior según el art. 1568 del Código Civil Colombiano que reza:

"(...) En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley. (...)"

Por lo anterior, en ningún momento podrá endilgarse una obligación solidaria a cargo de la compañía de seguros, pues como ya se indicó ampliamente, las fuentes de las obligaciones resarcitorias suscitadas a raíz de la acción de reparación directa no se relacionan a las emanadas del contrato de seguro que invoca al asegurado y asegurador, obligación que además de no poderse imponer de manera solidaria, sólo corresponde a título de reembolso.

➤ **INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL COASEGURO**

La figura del Coaseguro, no comporta o eleva las obligaciones entre las dos aseguradoras, a la calidad de solidaria, si no que permanece siendo una obligación conjunta o divisible, toda vez que la solidaridad es una excepción dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y la misma solo es procedente por ley convención o testamento, y en este caso en virtud del coaseguro no existe norma, ni contrato que eleve la obligación de conjunta a solidaria.

De igual manera debe resaltarse que no existe coorepresentación de las aseguradoras que participan en el coaseguro, es decir, que cada una se representa de manera independiente, y los actos de una no afectan o benefician a la otra, por tanto, la suerte de cada una de estas independiente de si es la aseguradora líder o no puede ser totalmente diferente al finalizar el proceso.

SOLICITUD

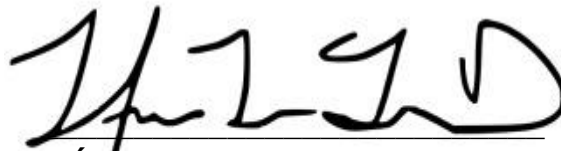
En conclusión y como ya fue sustentado de manera amplia, solicitamos respetuosamente al Honorable Tribunal, **CONFIRME** la decisión de primera instancia respecto mi representada **LIBERTY SEGUROS S.A.** y frente a la llamante en garantía **MUNICIPIO DE PEREIRA**, toda vez que, como se desprende del recaudo probatorio

¹⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ SC20950-2017 Radicación nº 05001-31-03-005-2008-00497-01 (Aprobada en sesión 15 de agosto del 2017)

no existe acción u omisión en la atención médica realizada por **MUNICIPIO DE PEREIRA** y los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentran acreditados, mucho menos que pueda estructurarse nexo causal entre una supuesta falla y el supuesto daño ocasionado a la demandante.

Finalmente, y en caso de que no sean tenidos en cuenta los argumentos frente al fondo del asunto, solicito respetuosamente se absuelva de toda carga **LIBERTY SEGUROS S.A.**, en virtud al contrato de seguro y la ausencia de cobertura evidenciada según las condiciones en las que se pactó.

De la respetada Magistrada,



HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE

C.C. No. 9.870.052 de Pereira.

T.P. No. 142.328 del C.S.J.

hector.giraldo@giraldoduqueandpartners.com