

Señores
JUZGADO QUINTO (5°) ADMINISTRATIVO
CARTAGENA – BOLIVAR
E. S. D.



07 MAYO 2019

REF: REPARACION DIRECTA
DEMANDANTES: CARMEN CECILIA BUSTOS CORREA Y OTROS
DEMANDADOS: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
MINISTERIO DE TRANSPORTES Y OTROS.

RAD: 2019-00014-00

OLFA MARIA PEREZ ORELLANOS, mujer, mayor de edad, vecina de esta ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.006.745 expedida en El Banco (Magdalena), abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 23.817 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderada judicial de la sociedad LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, de conformidad con el poder especial, amplio y suficiente, debidamente otorgado por la Doctora GINA PATRICIA CORTES PAEZ, actuando en su calidad de Representante Legal de la precitada sociedad, todo lo cual acredito con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, que aporto al momento de la notificación; al Señor Juez respetuosamente le manifiesto que procedo dentro del término de traslado que se le concediera a mi representada, a contestar la demanda de la referencia en los siguientes términos:

Que se me reconozca personería para actuar como apoderada judicial de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, con plenas facultades para actuar dentro de todas y cada una de las diligencias que se practiquen dentro del presente proceso.

SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

En cuanto a los hechos de la demanda, me pronuncio de la siguiente manera y enumerándolos de la misma forma en que la apoderada demandante lo hace en su escrito de demanda:

AL HECHO 1: No le consta a mí representada las circunstancias de modo, tiempo y lugar del accidente en el que falleció el señor OSCAR DURAN PINTO, pues no fue conocedora ni participe de la colisión de los rodantes involucrados. En consecuencia, se atiene a lo efectivamente probado dentro del presente proceso, una vez evacuadas todas y cada una de las diferentes etapas procesales que conforman el proceso judicial de marras.

Conforme a lo anterior, mi representada en su calidad de asegurador no ejecutó un hecho generador de responsabilidad ni en forma directa ni a través de algún dependiente, ya que solo es el garante en torno al pago de la indemnización a la cual se condene como responsable al asegurado. Igualmente cabe precisar que la mencionada póliza se encuentra sujeta a las condiciones generales del contrato de seguro y las particulares que en su momento se suscribieron con el tomador, es especial a las exclusiones, suma asegurada, límite de cobertura, deducible, periodo de reclamos, pues no podemos olvidar que es un contrato, y que, al ser celebrado en debida forma, es ley para las partes.



AL HECHO 2: No le consta a mí representada las circunstancias de modo, tiempo y lugar del accidente en el que falleció el señor OSCAR DURAN PINTO, pues no fue conocedora ni participe de la colisión de los rodantes involucrados. En consecuencia, se atiende a lo efectivamente probado dentro del presente proceso, una vez evacuadas todas y cada una de las diferentes etapas procesales que conforman el proceso judicial de marras.

AL HECHO 3: Este hecho no le consta a mí representada, en cuanto a la labor desempeñada por el señor OSCAR DURAN PINTO. En consecuencia, se atiende a lo efectivamente probado dentro del presente proceso, una vez evacuadas todas y cada una de las diferentes etapas procesales que conforman el proceso judicial de marras.

AL HECHO 4: Este hecho no le consta a mí representada. En consecuencia, se atiende a lo efectivamente probado dentro del presente proceso, una vez evacuadas todas y cada una de las diferentes etapas procesales que conforman el proceso judicial de marras.

AL HECHO 5: Este hecho no le consta a mí representada. En consecuencia, se atiende a lo efectivamente probado dentro del presente proceso, una vez evacuadas todas y cada una de las diferentes etapas procesales que conforman el proceso judicial de marras.

AL HECHO 6: Mi representada se atiende a lo efectivamente probado dentro del presente proceso, una vez evacuadas todas y cada una de las diferentes etapas procesales que conforman el proceso judicial de marras.

AL HECHO 7: Mi representada se atiende a lo efectivamente probado dentro del presente proceso, una vez evacuadas todas y cada una de las diferentes etapas procesales que conforman el proceso judicial de marras.

AL HECHO 8: Este hecho no le consta a mí representada. En consecuencia, se atiende a lo efectivamente probado dentro del presente proceso, una vez evacuadas todas y cada una de las diferentes etapas procesales que conforman el proceso judicial de marras.

AL HECHO 9: Este hecho no le consta a mí representada. En consecuencia, se atiende a lo efectivamente probado dentro del presente proceso, una vez evacuadas todas y cada una de las diferentes etapas procesales que conforman el proceso judicial de marras.

AL HECHO 10: Este hecho no le consta a mí representada. En consecuencia, se atiende a lo efectivamente probado dentro del presente proceso, una vez evacuadas todas y cada una de las diferentes etapas procesales que conforman el proceso judicial de marras.

AL HECHO 11: Este hecho es cierto, toda vez que es una disposición legal.

AL HECHO 12: Este hecho es cierto.

AL HECHO 13: Este hecho es cierto, toda vez que es una disposición legal.

AL HECHO 14: Mi representada se atiende a lo efectivamente probado dentro del presente proceso, una vez evacuadas todas y cada una de las diferentes etapas procesales que conforman el proceso judicial de marras.

AL HECHO 15: No es cierto este hecho, ya que contiene apreciaciones subjetivas por parte del apoderado de la parte demandante, en cuanto a endilgarle responsabilidad a los hoy demandados.

En cuanto a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, en sentido amplio, el hecho de que exista una póliza en la cual el asegurador ampare parte de la responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado, no



quiere decir que este sea responsable, ni mucho menos que sea SOLIDARIO en la obligación de indemnizar a los afectados; esto para aclarar que no debe el Despacho declarar solidariamente responsable a mi representada LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

Igualmente, cabe precisar que la mencionada póliza se encuentra sujeta a las condiciones generales y particulares con que fue suscrita, y además el asegurador es solo el garante en torno al pago de la indemnización a la cual se condene como responsable al asegurado, pago que está supeditado a los amparos otorgados, límite del valor asegurado y al descuento de deducible pactado; y las respectivas exclusiones.

FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Mi representada, se opone de manera expresa a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, por ausencia de presupuestos fácticos y sustanciales.

EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En cuanto le favorezcan a mí procurada coadyuvo las excepciones que hubiesen sido presentadas por la parte demandada y además propongo:

Excepciones principales

1. AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN LA FALLA EN EL SERVICIO EN CABEZA DE LOS DEMANDADOS.

La jurisprudencia a sentado como elementos o características de este título de imputación de la falla del Servicio, el daño sufrido por el interesado, y el nexo causal entre el daño y la falla, es decir, se trata de tres elementos concurrentes que deben acreditarse para lograr la prosperidad de las pretensiones.

Así las cosas, a la demandante no le basta con afirmar que el accidente en el cual perdió la vida el señor OSCAR DURAN PINTO, se produjo como consecuencia de una falla en el servicio de los hoy demandados, pues debe probar los tres elementos que acabamos de mencionar para lograr la prosperidad de la pretensión en el sentido de que se declara la responsabilidad de las entidades demandadas. Como lo afirma el Profesor Juan Carlos Henao, "... en ocasiones a pesar de existir el daño no procede declarar la responsabilidad. Esto por cuanto el daño es requisito indispensable pero no suficiente para que se declare la responsabilidad. En efecto, en algunos eventos no se declara la responsabilidad, a pesar de haber existido el daño. Es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas; o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre..." (Juan Carlos Henao, El Daño, Edit. Universidad Externado de Colombia, 1998)

Es claro, que en el presente proceso no se encuentran reunidos los elementos constitutivos de la falla en el servicio, pues efectivamente el daño tuvo lugar, pero el mismo no es atribuible a los demandados, por cuanto no existe prueba alguna que así lo demuestre.

Conforme a lo anterior, y al encontrarse demostrado que la causa del accidente no es imputable a los demandados, así solicito que se declare exonerándolas de responsabilidad.



2. HECHO DE LA VICTIMA.

La responsabilidad extracontractual del Estado encuentra su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política que indica que "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

Lo anterior, quiere decir, que en todos aquellos casos en los que se pretenda que se declare la responsabilidad del Estado, ya sea por una acción, omisión, hecho u operación que le sea imputable en cualquiera de las formas que la jurisprudencia colombiana ha desarrollado, es imperioso que se encuentre probado que de hecho existió el daño cuya reparación se pretende, so pena de que deban desestimarse las pretensiones de la demanda.

A su vez cabe resaltar que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han dejado en claro que en los casos en que se evidencia una causa extraña como el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero, se presenta una ruptura del nexo causal entre el daño y la conducta, pues al aparecer una de dichas circunstancias, es claro que la actividad activa u omisiva del presunto responsable no fue la causa determinante del daño.

Al respecto, la Corte Suprema de justicia ha expresado lo siguiente:

*"El hecho de la víctima puede influir en el alcance de la responsabilidad, llegando en muchas situaciones a constituirse en la única causa del perjuicio y también sin mayor dificultad se comprende que esa participación del damnificado puede determinar la ausencia total de la relación de causalidad en cuestión -cual acontece en las aludidas situaciones en que el hecho de la víctima es causa exclusiva del daño y por ende conduce a la liberación completa del demandado"*¹.

En igual sentido el Consejo de Estado ha indicado que el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad se origina cuando el suceso causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de la administración, sino del proceder activo u omisivo de la propia víctima. Al respecto manifestó lo siguiente:

"(...) Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño.

(...). Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción.

(...) Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo,

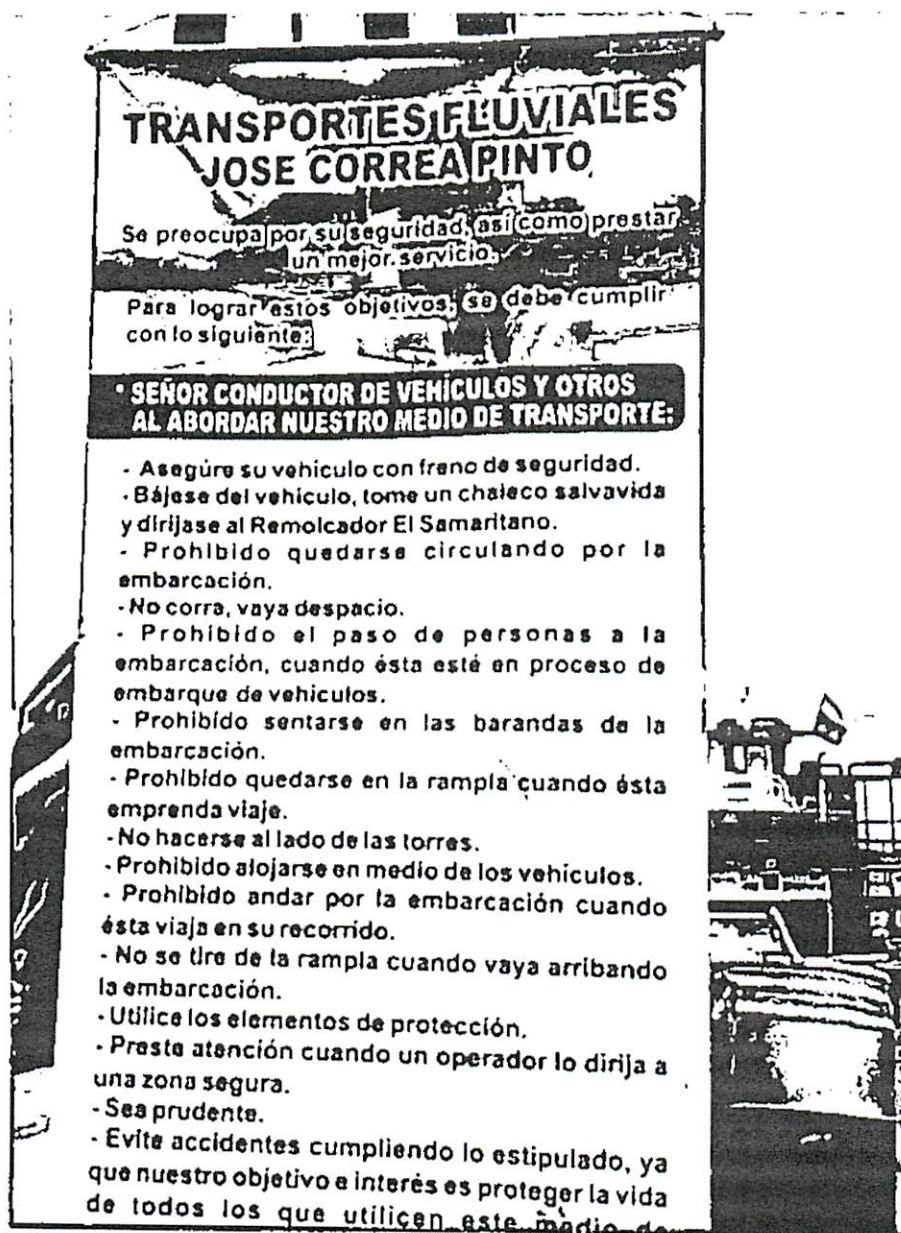
¹ Corte Suprema de Justicia, Cas, Civil, sentencia de 13 de agosto de 2015, Exp. No 4700131030042006-00320-01. MP.Fernando Giraldo.



quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (...)”²

Al momento del ingreso de los usuarios a del planchón (bote) se les dan instrucciones de seguridad que deben cumplir los usuarios, se les indica que deben usar el chaleco salvavida y que se ubiquen en la cubierta del remolcador fuera del bote transbordador.

Igualmente, hay una pancarta con instrucciones de seguridad visible a los usuarios, dentro de la cual se encuentran las siguientes:



² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, exp. 13744, C.P. María Elena Giraldo, reiterada en las sentencias de 11 de abril de 2012, exp. 23513, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 9 de octubre de 2013, exp. 33564, C.P. Hernán Andrade Rincón.



Ahora, de acuerdo con las normas de seguridad establecidas es claro que el señor OSCAR DURAN PINTO incumplió las mismas, toda vez que no se ubicó en la cubierta para pasajeros, por el contrario, se quedó en una zona no permitida, haciendo caso omiso a las recomendaciones realizadas por la tripulación, hecho que se encuentra plenamente demostrado con el escrito de demanda, específicamente en el hecho 9°.

Conforme a lo expuesto, tenemos que la culpa del accidente ser generada por el señor OSCAR DURAN PINTO, siendo que el mismo se generó por causa exclusiva de su actuar imprudente, configurándose la causa extraña que dio origen al insuceso que le produjo la muerte.

3. AUSENCIA DE PRUEBA DEL PRESUNTO DAÑO Y SU CUANTIA.

Como lo aceptan la jurisprudencia y la doctrina el daño es la razón de ser de la responsabilidad y, en consecuencia, debe probarse que hubo un daño y cuantificarse.

Como lo afirma el Dr. Juan Carlos Henao, en su libro "El Daño", no basta, entonces, que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño, porque "el demandante no puede limitarse, si quiere sacar adelante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio", que por demás no pueden ser valoradas "como si se tratara de hechos notorios o presumibles, y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal, le correspondían al demandante".

En lo relacionado con el lucro cesante, al tratarse de un perjuicio patrimonial, el mismo debe acreditarse mediante documentos idóneos que demuestren los ingresos del demandante.

Además, debemos tener en cuenta que el apoderado de la parte demandante sólo se limita a fijar un valor por concepto de lucro cesante. No puede pretender la parte demandante que, con sólo mencionarlo, estemos en presencia de un lucro cesante, el cual debe por disposición legal, probarlo en el proceso.

En lo relacionado con el lucro cesante, al tratarse de un perjuicio patrimonial, el mismo debe acreditarse mediante documentos idóneos que demuestren los ingresos del señor OSCAR DURAN PINTO. De igual forma cabe resaltar que sin certificación laboral, resulta inocuo aseverar que obtenía tales montos de ingreso, aunado a que no se anexa en el libelo de la demanda, certificado de planilla de pago de seguridad social, o declaración de renta, que respalde tales afirmaciones.

Adicional, no se puede desconocer que para efectos de la cuantificación del perjuicio es necesaria la prueba que determine que el mismo es necesario y que es cierto, para lo cual los demandantes debe aportar la prueba que demuestre los ingresos para efectos de determinar los posibles perjuicios materiales causados, lo cual nos permite manifestar contundentemente que lo solicitado excede ostensiblemente la cifra real de un eventual perjuicio sufrido por los demandantes, esto sin aceptar o reconocer la existencia del mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la liquidación del lucro cesante presentada por el apoderado de la parte demandante carece de todo fundamento y contraria lo establecido por el Consejo de Estado para la liquidación de este perjuicio.

En lo que corresponde a los perjuicios de orden extrapatrimonial, debe respetarse que la prueba del mismo es necesaria y no se puede caer en el error de objetivamente reconocer el perjuicio sin estudiar si es viable o no la existencia del mismo, pues a pesar de todo es necesario probar lo que corresponde a dicho perjuicio. Ratifico que no es viable que se acceda a los perjuicios reclamados por este concepto.



En lo que corresponde a los perjuicios morales, debe respetarse que la prueba de los mismo es necesaria y que evidentemente existe la causación de los mismos, pues no se puede caer en el error de objetivamente reconocer el perjuicio sin estudiar si es viable o no la existencia de los mismo, pues a pesar de todo es necesario probar lo que corresponde a dichos perjuicios.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la función del daño moral es satisfactoria y no reparatoria del daño, ya que cumple con resarcir el mismo de manera netamente sentimental o moral, de algo que ya no se puede volver a tener; así mismo, debe observarse la gravedad del daño para que la reparación sea proporcional al mismo sufrido por las víctimas. Menciona la Corte Constitucional en sentencia T - 212 de 2012 lo siguiente:

"Así entonces, es claro que el arbitrio judicial, se configura como único sistema para realizar la tasación de los perjuicios morales y que es este medio utilizado para definir las cuantías indemnizatorias reconocidas a los actores.

A pesar de la posibilidad y la necesidad de probar la existencia e intensidad del perjuicio extrapatrimonial, desde hace largo tiempo la jurisprudencia colombiana en su mayor parte viene acogiendo una vieja tesis de la doctrina francesa, según la cual los perjuicios morales subjetivos se presumen en los parientes más allegados a la víctima fallecida.

Por desgracia, tal doctrina ha venido a favorecer el enriquecimiento injustificado de unos y a causar el empobrecimiento de otros, que se ven obligados a indemnizar un daño que muchas veces no existe, o que no ha ocasionado."

El tratadista manifiesta que esta doctrina usada en la norma colombiana debe ser enjuiciada y al respecto formulamos las siguientes observaciones:

A). La circunstancia de que el daño moral no se pueda evaluar monetariamente no da pie para que presumamos su existencia, pues se trata de dos conceptos completamente diferentes. En efecto, ya hemos dicho que, con toda clase de pruebas psicológicas, medicas, testimoniales, etc. Es posible saber si existió o no daño moral y, en caso afirmativo, cual sea su intensidad. En cambio, por tratarse de la lesión a un bien extrapatrimonial, ese daño no puede ser avaluado monetariamente. Es entonces cuando, con base en la equidad, en la intensidad y en la duración del daño, el juez, en forma prudente, determina el monto indemnizable.

B). Justamente, como el juez requiere de elementos para determinar el monto indemnizable por concepto de perjuicios morales, la doctrina que pregona la presunción del daño moral a favor de los parientes de la víctima fallecida incurre en serias contradicciones, puesto que los parámetros que sirven de orientación al juez necesariamente están constituidos por la intensidad del daño, la cual, desde luego no puede presumirse si no se quiere caer en la arbitrariedad.

Así las cosas, al exigirse a los demandantes la prueba de la intensidad del daño, fatalmente se les está exigiendo demostrar su existencia, pues un concepto va unido al otro. En realidad, se aniquila, pues concepto va unido al otro. En realidad, se aniquila, pues, la pregonada presunción."³

En ese sentido, dentro de este proceso no se aportó prueba que determine la afectación psicológica o emocional que han sufrido la demandante, adicionalmente las sumas pretendidas sobrepasan los valores reconocidos para dichos perjuicios en proporción a las lesiones padecidas, por lo que debe el despacho caer en arbitrariedad concediendo la suma pretendida por la demandante por los perjuicios extrapatrimoniales en las pretensiones.

³ Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, Págs., 807 – 808.



Al respecto del daño a la vida de relación, el Consejo de Estado establecido, en cuanto al concepto y reparación de este perjuicio, lo siguiente:

(...) se recuerda que, desde las sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222 (...) se adoptó el criterio según el cual, cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad psicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico o al daño a la vida de relación o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud (...)

Ahora, con respecto del perjuicio a la salud, el consejo de Estado establecido lo siguiente:

“En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada (...)”

Es claro que la Sección Tercera del Consejo de Estado aclaró las dudas sobre el concepto de perjuicio a la salud y que se establece como un daño inmaterial distinto a la moral que puede ser exigido y decretado en casos en que el perjuicio provenga de una lesión corporal.

Igualmente considero que *“el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona, y de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada”.*

Así las cosas, no cabe duda alguna que el reconocimiento del perjuicio a la salud solo se hace a favor de la víctima directa, a la cual se le produce un daño que afecta su integridad psicofísica, para el caso en concreto, es claro que lo hoy demandantes no están legitimados para solicitar el reconocimiento del mencionado perjuicio, por lo cual solicito al despacho que así se declare en la sentencia que ponga fin al presente proceso.

En términos generales el apoderado de la parte accionante se limita a efectuar afirmaciones genéricas de las cuales no posee, como lo he manifestado en el presente punto, respaldo probatorio, desconociendo las pautas jurisprudencialmente reguladas en otros eventos por parte del Consejo de Estado.

Ahora bien, trayendo lo anterior al caso concreto, encontramos que el apoderado de la parte demandante, simplemente se limitó a su solicitud relacionando el parentesco existente entre la hoy demandante el señor OSCAR DURAN PINTO, pero ningún esfuerzo probatorio adelantó para acreditar la realidad de los perjuicios que les fueron ocasionados. Por lo que no es suficiente aportar prueba del parentesco para el reconocimiento de los perjuicios a la salud y perjuicios morales, y los mismos no deben ser reconocidos por el despacho sino obran en el proceso pruebas fehacientes que dejen en evidencia esa afectación sufrida en su vida social por parte de los hoy reclamantes.

Igualmente, la tasación de los perjuicios realizada por el apoderado de la parte demandante sobrepasa lo establecido por el Consejo de Estado, en el documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referentes para la reparación de perjuicios inmateriales.



En términos generales el apoderado de la parte accionante se limita a efectuar afirmaciones genéricas de las cuales no posee, como lo he manifestado en el presente punto, respaldo probatorio, desconociendo las pautas jurisprudencialmente reguladas en otros eventos por parte del Consejo de Estado.

4. IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA VIDA DE RELACION HOY DAÑO A SALUD COMO PERJUICIO EXTRAPATRIMONIAL.

En lo concerniente al daño a la vida de relación solicitado por el apoderado de la parte demandante en el presente proceso la cual lo tasa en la suma de 400 SMMLV, debo manifestar al despacho que este perjuicio pretendido por los demandantes no puede ser concedido por el despacho, con fundamento en los siguientes argumentos:

Al respecto del daño a la vida de relación, el Consejo de Estado establecido, en cuanto al concepto y reparación de este perjuicio, lo siguiente:

(...) se recuerda que, desde las sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222 (...) se adoptó el criterio según el cual, cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad psicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico o al daño a la vida de relación o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud (...)

Ahora, con respecto del perjuicio a la salud, el consejo de Estado establecido lo siguiente:

"En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada (...)

Es claro que la Sección Tercera del Consejo de Estado aclaró las dudas sobre el concepto de perjuicio a la salud y que se establece como un daño inmaterial distinto a la moral que puede ser exigido y decretado en casos en que el perjuicio provenga de una lesión corporal.

Igualmente considero que "el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona, y de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada".

Así las cosas, no cabe duda alguna que el reconocimiento del perjuicio a la salud solo se hace a favor de la víctima directa, a la cual se le produce un daño que afecta su integridad psicofísica, para el caso en concreto, es claro que lo hoy demandantes no están legitimados para solicitar el reconocimiento del mencionado perjuicio, por lo cual solicito al despacho que así se declare en la sentencia que ponga fin al presente proceso.

Solicito a usted, respetuosamente, declarar probada la excepción propuesta.



5. TASACION EXCESIVA DEL PERJUICIO

Las acciones indemnizatorias no pueden constituirse en la manera en que los demandantes deriven un provecho indebido; el afectado en términos generales tiene derecho, si demuestra la responsabilidad civil, a que se indemnice el perjuicio causado y solo ese perjuicio.

En las pretensiones de la demanda hay una Tasación Excesiva respecto a todos los tipos de perjuicios que se reclaman, como quiera que estos no se encuentran acreditados, olvidando que no es a criterio del demandante la fijación del perjuicio, sino que obedece a requisitos, medios probatorios y formulas financieras que precisan el daño realmente sufrido, amén de los pronunciamientos jurisprudenciales en torno a la indemnización de perjuicios.

Ante la tasación excesiva del perjuicio debe darse plena aplicación al artículo 206 del Código General del Proceso, el cual reza:

*“**Juramento estimatorio.** Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo.*

Si la cantidad estimada excediere del cincuenta por ciento (50%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia” (Negrilla y subrayado mías).

Solicito a usted, respetuosamente, declarar probada la excepción propuesta.

6. ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

Un principio general del derecho es el enriquecimiento sin causa el cual a la luz del presente proceso se encuentra relacionado con el artículo 1088 del C. de Co. el cual consagra el principio de la indemnización. Lo anterior para poner de presente que no existe una causa para el cobro de las pretensiones de la demanda, pues por parte de la aseguradora no existe obligación de pagar monto alguno por la indemnización que aduce el demandante pues este valor no tiene una causa suficiente de donde se pueda deducir que existe obligación por parte de la aseguradora para el pago.

Solicito a usted, respetuosamente, declarar probada la excepción propuesta.

Excepciones subsidiarias

1. AUSENCIA DE COBERTURA DEL HECHO RECLAMADO POR DISPOSICIÓN EXPRESA EN LAS CONDICIONES ARTICULARES DEL AMPARO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

De conformidad a las estipulaciones contraídas por el asegurador- tomador y la aseguradora, se establecerán las reglas de riesgo que se contemplaran en el contrato de seguro, por lo tanto, el legislador ha consagrado que es de libre decisión los riesgos que se asumen entre estos, lo antes expuesto, tiene asidero en lo regulado en el artículo 1056 del Código de Comercio, que dispone “*Con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos a algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado*”.



Queda claro, entonces que las aseguradoras solo pueden asumir el riesgo, al cual la partes se obligan, consecuente con lo anterior, la doctrina ha apuntado que *“la delimitación contractual del riesgo asegurado corresponde a la voluntad autónoma de las partes, con tal que esta no contravenga aquellos cánones en cuya observancia está interesado el orden público. La ley es diáfana a este respecto “Con las restricciones legales dice el artículo 1056 de Código de Comercio.”*

Así mismo, el Dr. J. Efrén Ossa G., ha expresado que *“de aquellos hechos o circunstancias que, aun siendo origen del siniestro o consecuencia del mismo, no comprometen la responsabilidad del asegurador. Las exclusiones, a menos de hallarse consignadas en la ley o de inferirse virtualmente de los términos del contrato, deber ser expresas.”*

Por otra parte, las Condiciones Generales del Contrato de Seguro, conforme lo indica el Profesor Ossa⁴ *“están destinadas a delimitar, de una parte, la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro y, de otra, a regular las relaciones entre las partes vinculadas al contrato, definir la oportunidad y el modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanen”*. En ese sentido, las condiciones generales *secundum legem* o *praeter legem* tienen la virtualidad de ser un reglamento de los contratantes, atendiendo límites positivos (amparos) o límites negativos (exclusiones), y que debe ser observado conforme a las normas que regulan los contratos en general⁵, es decir, que constituye ley para las partes en virtud del acuerdo comercial el cual debe ser respetado y honrado por los sujetos contratantes.

En suma, las Condiciones Generales de la Póliza es el resultado de la individualización de los riesgos asumidos por el asegurador en ejercicio de su objeto social de comercializar seguros, constituyéndose en la piedra angular del negocio jurídico asegurativo en la medida de que delimita los riesgos bajo el principio de la liberalidad en la asunción de los mismos⁶, de tal suerte que, de no individualizarse los riesgos, el seguro no tendría sentido alguno puesto que no gozaría de viabilidad técnica, jurídica y económica. Es decir, no puede exigírsele a una Compañía de Seguros asumir, en términos generales, la asunción de riesgos de manera indiscriminada y a responder por la materialización de ellos cualquiera sea su fuente, objeto, lugar o momento en que acaezcan.

De acuerdo a lo anterior, me permito manifestar que en la póliza de responsabilidad No. 3000207, se puede observar en sus condiciones particulares que se excluye expresamente la responsabilidad civil extracontractual, generada por el incumplimiento de las normas legales y de operación que regulan la materia del transporte fluvial.

Dentro de la caratula de la póliza de responsabilidad civil No. 3000207 se estableció el objeto del seguro en los siguientes términos:

“De conformidad con lo dispuesto en el decreto 3112 de 1997, ajustado parcialmente por la resolución 3666 de 1998 del ministerio de transporte de acuerdo y de acuerdo con lo establecido en su art. 3, el objeto de la presente póliza es indemnizar la responsabilidad civil imputable al asegurado de acuerdo con la legislación colombiana, como consecuencia de daños materiales o de lesiones corporales causados por el asegurado derivados de la actividad de transporte fluvial, siempre y cuando el evento sea accidental, súbito e imprevisto y ocurra dentro de la vigencia de la póliza.”

Para mayor claridad me permito transcribir apartes de las condiciones particulares de la póliza de responsabilidad civil, en la cual se establece lo siguiente:

⁴ Ossa G. J. Efrén. Teoría General del Seguro – El Contrato. Editorial Temis 1991.

⁵ Artículos 1618 y ss. del Código Civil.

⁶ Artículo 1056 del Código de Comercio



CONDICIONES PARTICULARES

1. *Condiciones sujetas al cumplimiento de todas las normas legales y de operación que regulan la materia, el incumplimiento a cualquier disposición dará lugar a que la póliza no tenga cobertura.*

Ahora de acuerdo a los hechos de la demanda, para la fecha del accidente (10 de noviembre de 2016), las embarcaciones aseguradas no tenían permiso de operación vigente, toda vez que el mismo se encontraba vencido, para lo cual la parte demandante aportó como prueba documental la resolución No. 1607 del 15 de mayo de 2013, en la cual se establece que el permiso de operación tenía vigencia hasta el 26 de julio de 2016 y que solo fue renovado mediante la resolución No. 5050 del 25 de noviembre de 2016.

De ser comprobado este hecho dentro del proceso de marras, es claro que no existiría responsabilidad alguna en cabeza de mi representada toda vez que esta situación se encuentra excluida expresamente de la cobertura. Por lo antes expuesto, solicito a su señoría declare probada esta excepción y se absuelva a mi representada de las pretensiones contenidas en la demanda.

2. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD FRENTE A LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

En sentido amplio, el hecho de que exista una póliza en la cual el asegurador ampare parte de la responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado, no quiere decir que este sea responsable, ni mucho menos que sea SOLIDARIO en la obligación de indemnizar a los afectados; esto para aclarar que no debe el Despacho declarar solidariamente responsable a mi representada LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGURO.

Conforme a lo anterior, el asegurador bajo ninguna norma legal puede ser declarado solidariamente responsable con ocasión al aparente daño padecido, toda vez que ni en forma directa ni a través de algún dependiente, ejecutó un hecho generador de responsabilidad; el asegurador es solo el garante en torno al pago de la indemnización a la cual se condene como responsable al asegurado, pago que está supeditado al límite del valor asegurado, previo el descuento de deducible pactado.

3. LIMITE DE LA EVENTUAL OBLIGACION INDEMNIZATORIA O DE REEMBOLSO A CARGO DE MÍ REPRESENTADA POR CUENTA DE LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Sin que represente aceptación de responsabilidad de algún tipo, la presente excepción el fundamento de la siguiente manera:

De demostrar el actor la existencia del contrato de seguro, solicito tener en cuenta los límites para los amparos otorgados en la póliza invocada, específicamente limitar el monto de la eventual obligación indemnizatoria o de reembolso a cargo de mi representada, conforme a los valores asegurados que corresponden al límite respectivo al amparo de Responsabilidad Civil. Además, debe advertirse que la acción sólo puede pretender el resarcimiento de los perjuicios efectivamente causados y que sean demostrados en el proceso.

De conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio "...El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada..."

Dentro de las condiciones generales de la póliza de responsabilidad civil extracontractual se estableció lo siguiente:



“Previsora, asegurara la responsabilidad civil extracontractual del asegurado que se ocasione como consecuencia de un hecho, que tenga carácter de accidental, súbito e imprevisto, ocurrido durante la vigencia de la póliza con sujeción a las condiciones generales (...)”

Dentro de la caratula de la póliza de responsabilidad civil No. 3000207 se estableció el objeto del seguro en los siguientes términos:

“De conformidad con lo dispuesto en el decreto 3112 de 1997, ajustado parcialmente por la resolución 3666 de 1998 del ministerio de transporte de acuerdo y de acuerdo con lo establecido en su art. 3, el objeto de la presente póliza es indemnizar la responsabilidad civil imputable al asegurado de acuerdo con la legislación colombiana, como consecuencia de daños materiales o de lesiones corporales causados por el asegurado derivados de la actividad de transporte fluvial, siempre y cuando el evento sea accidental, súbito e imprevisto y ocurra dentro de la vigencia de la póliza.”

Igualmente, dentro de las condiciones particulares de la póliza se estableció los valores asegurados para el amparo de la responsabilidad civil extracontractual en los siguientes términos:

AMPAROS	VALOR ASEGURADO
DAÑOS A BIENES DE TERCEROS	60 SMMLV
MUERTE O LESIONES A UNA PERSONA	60 SMMLV
MUERTE O LESIONES A DOS O MAS PERSONAS	120 SMMLV

De lo expuesto anteriormente y teniendo en cuenta la póliza que sirvió de fundamento para vincular a mí representada, de manera expresa se debe tener en cuenta:

1. Que la póliza sólo ampara resarcimiento de daños o indemnizaciones hasta por la suma asegurada por perjuicios causados a terceros derivados de la responsabilidad civil, afectándose solo el amparo de muerte o lesiones a una persona.
2. La suma asegurada se encuentra limitada.
3. El deducible pactado dentro de la póliza que deberá asumir el asegurado frente al pago de cualquier indemnización por daños que se ocasionen a terceros.

No obstante, lo anterior es pertinente recordar que, para un eventual pago de cualquier suma de dinero por concepto de indemnización por perjuicios materiales y que se encuentre comprendida hasta el límite de la suma asegurada, deberá estar plenamente acreditado en el proceso el respectivo perjuicio material.

Con fundamento en lo manifestado solicito se declare prospera la excepción.

4. DEDUCIBLE

Contractualmente se pactó un deducible en la póliza que se pretende afectar. En el evento de una condena en contra de mi representada, solicito muy respetuosamente al señor juez, debe tener en cuenta que el deducible debe ser asumido por el asegurado de la póliza, el cual corresponde al 10% de la pérdida o valor a indemnizar mínimo 5 SMMLV.



5. LAS EXCLUSIONES DE AMPARO EXPRESAMENTE PREVISTAS EN LAS CONDICIONES GENERALES DE LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Las condiciones generales de la póliza que recoge el Contrato de Seguro contemplan algunas exclusiones de amparo que en el evento de que se presenten automáticamente eximen a la aseguradora de la obligación de pagar cualquier tipo de indemnización.

6. CUALESQUIERA OTRAS EXCEPCIONES PERENTORIAS QUE SE DERIVEN DE LA LEY O DEL NEGOCIO JURÍDICO ASEGURATIVO, INCLUIDA LA DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO, SIN QUE IMPLIQUE RECONOCIMIENTO ALGUNO DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DE MI REPRESENTADA

Solicito al Señor juez, que de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 282 del Código General del Proceso, si hallare probados dentro del proceso hechos que constituyen una excepción que exonere de responsabilidad a la compañía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS en relación con la demanda, se sirva reconocerlas oficiosamente y declararlas probadas en la sentencia.

PRUEBAS

DOCUMENTALES

- Copia de la póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 3000009.
- Condiciones generales de la póliza de Seguro de Responsabilidad Civil.
- Comunicación de fecha 21 de junio de 2018, por medio de la cual LA PREVISORA S.A. objeto la reclamación realizada por los hoy demandantes.

INTERROGATORIO DE PARTE

Solicito que se cite a los demandantes para que absuelvan el interrogatorio de parte que les formulare sobre los hechos de la demanda. Dicho interrogatorio se hará en forma verbal o escrita en sobre cerrado que haré llegar al despacho en su oportunidad. El demandante podrá ser citado en el domicilio que aparece en el acápite de notificaciones del escrito de demanda.

RATIFICACIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 262 de la ley 1564 de 2012, solicito la ratificación de todos los documentos aportados que provengan de terceros vale decir, facturas, comprobantes de pago, recibo de pago y certificaciones.

Además, coadyuvo las pruebas solicitadas por la parte demandada en el escrito de contestación de la demanda.

ANEXOS

- Los anunciados en el acápite de prueba documental.
- Poder para actuar.
- Certificado de Existencia y Representación Legal de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS., expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia S.A.



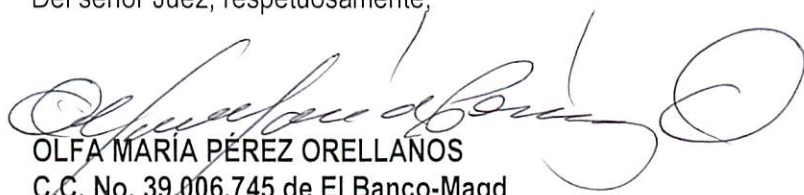
NOTIFICACIONES

Las que aparecen en el expediente, para los demandantes y demandados.

La llamada en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS podrá ser notificada en la Calle 57 No. 9 – 07, piso 4, de la ciudad de Bogotá.

La suscrita apoderada de la llamada en garantía podrá ser notificada en su despacho o en la Carrera 58 No. 70 – 110 Of. A2 de la ciudad de Barranquilla o a través del correo electrónico: olfa.perez@ompabogados.com.

Del señor Juez, respetuosamente,



OLFA MARÍA PÉREZ ORELLANOS
C.C. No. 39.006.745 de El Banco-Magd
T.P. No. 23.817 del C.S.J.

LASA

