

Honorable,

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, SALA CIVIL-FAMILIA
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Manuel Antonio Burbano Goyes

E. S. D.

RADICACIÓN: 19001-31-03-001-2016-00285-01 ACUMULADO
MEDIO DE CONTROL: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRACONTRACTUAL
DEMANDANTES: Primer proceso: MARÍA TERESA CHITO MOSQUERA Y
QUENIDES MORALES ERAZO.
Segundo proceso: ANA YOLEIDA BUESACO, ROBINSON
ARIEL BUESACO Y JAIME BUESACO.
DEMANDADOS: Ambos procesos: COOPERATIVA DE TRANSPORTES
TRANSTAMBO Y EDWIN HERALDO GIRONZA CERÓN
LLAMADO EN GARANTÍA: AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor y vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No.39.116 del C.S. de la J., obrando en calidad de Apoderado Especial de **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, tal como está acreditado en el expediente, a través de este acto manifiesto que **REASUMO** el mandato que me fue conferido, y procedo a **SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia No. 05 del 04 de febrero del 2020 proferida en audiencia por el Juzgado Primero Civil del Circuito, con base en los siguientes reparos concretos:

I. FRENTE A LOS REPAROS CONCRETOS EN RELACIÓN CON EL ASUNTO DE FONDO

- **YERRO POR RECONOCER UN SUPUESTO PERJUICIO MORAL A FAVOR DEL SEÑOR JAIME BUESACO CUANDO NO SE ENCUENTRA DEBIDAMENTE ACREDITADO EN EL PLENARIO SU RELACIÓN O PARENTESCO CON LA SEÑORA ROSBITA NARVÁEZ.**

Si bien es cierto que el precedente jurisprudencial ha expuesto en este tipo de contiendas que, el reconocimiento del perjuicio moral para las personas que componen el primer grado de consanguineidad o afinidad se presume, también lo es que para que el mismo proceda, es indispensable que quien pretenda el reconocimiento de dicho perjuicio acredite adecuadamente su parentesco o relación con la persona que directamente ha sufrido el daño. Para el caso que nos asiste, era menester que se acreditara con los elementos de convicción idóneos y pertinentes la relación familiar presuntamente existente entre la señora Rosbita Narvárez (en calidad de víctima directa), y los aquí demandantes Ana Yoleida Buesaco, Robinson Ariel Buesaco y Jaime Buesaco.

S/DMMM

Sin embargo, como se manifestó desde el recurso de apelación contra la decisión del A Quo, tenemos que no se aportó prueba idónea que demuestre la calidad de compañero permanente que supuestamente se aduce en relación con el señor Jaime Buesaco y la víctima, toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley y la jurisprudencia, la existencia de la unión marital de hecho debe ser declarada por sentencia judicial con conocimiento de un Juez de Familia, por acta de conciliación suscrita en un Centro legalmente establecido o por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes ante notario.

Ahora, en el plenario se observa que se allegó una declaración extrajudicial juramentada únicamente por el señor Jaime Buesaco, en la cual manifiesta que convive con la señora Rosbita Narváez desde hace 24 años de manera permanente, singular y con ánimo de comunidad de vida, y los testigos de la parte accionante, como era de esperarse, lo manifestaron igualmente; empero, dicho documento y testimonios no pueden considerarse una prueba idónea para acreditar este particular escenario, como equivocadamente fue reconocido por el Juzgado de primera instancia, máxime cuando la declaración no está suscrita o rubricada por la persona con la que aduce haber convivido, luego que la prueba idónea la constituye, como ya se indicó, acta de conciliación o declaración de mutuo consentimiento ante notario.

Es de resaltar al Despacho que, la ausencia de prueba suficiente e idónea sobre el parentesco imposibilita considerar legitimado en activa al señor Jaime Buesaco, para realizar cualquier requerimiento indemnizatorio con base en estos hechos, por lo que, ante este escenario, la única solución posible es la revocatoria de dicho reconocimiento.

La legitimación en la causa por activa ha sido explicada por la H. Corte Suprema de Justicia como el presupuesto sustancial para la procedencia de una pretensión, para la H. Corte *"(...) la legitimación en la causa" [es la] condición de la acción judicial, [la cual] ha sido considerada una cuestión propia del derecho sustancial, pues alude a la materia debatida en el litigio (...)"*¹ Ciertamente, indica el órgano de cierre de la jurisdicción civil que *"(...) la prosperidad de la pretensión depende, entre otros requisitos (...) de que "se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado (...)"*².

Hernando Devis Echandía, ha explicado que la legitimación en la causa, está constituida por *"(...) las condiciones o cualidades subjetivas, que otorgan la facultad jurídica de pretender determinadas declaraciones judiciales con fines concretos, mediante una sentencia de fondo o*

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia STC11358-2018 del 05 de septiembre del 2018. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, ibídem.

mérito, o para controvertirla (...)", las cuales se refieren a la relación sustancial debatida. De tal suerte, en este caso es más que claro para el suscrito que, si bien se allegó una declaración juramentada únicamente por el señor Jaime Buesaco, la misma no reviste la virtualidad probatoria necesaria para determinar sin lugar a duda razonable la existencia de dicha relación, sobre todo cuando, se reitera, la misma no está rubricada por la señora Rosbita Narváez.

Con base en lo anterior, entendiendo que la legitimación se refiere a la titularidad del interés materia del litigio, es diáfano que el demandante Jaime Buesaco no ha acreditado dicha titularidad mediante los medios de convicción idóneos, por lo que ruego al H. Tribunal se sirva proceder de conformidad y declare la ausencia de legitimación en la causa de aquel y por contera, niegue la prosperidad de las pretensiones por daño moral que frente a dicho accionante se elevan, revoque el decisión del Juzgado de Primera instancia en lo pertinente, y absuelva a la pasiva de esta acción de cualquier obligación indemnizatoria respecto de la misma.

Recuérdese que la indemnización por un daño ocurrido, luego de que se haya producido una declaratoria de responsabilidad civil en contra de la parte pasiva, no debe nunca enriquecer a los demandantes, en un franco desmedro de aquella; toda vez que el daño a indemnizar, debe corresponderse exactamente con la magnitud del mismo, a la debida acreditación de la legitimación para que le sea reconocida una eventual indemnización, y a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrió el mencionado accidente, ni más ni menos.

En este orden de ideas, solicito respetuosamente al H. Tribunal, proceder de conformidad y revocar de manera definitiva el reconocimiento que del perjuicio moral que se efectuó a favor del señor Jaime Buesaco por el juzgado de primera instancia.

II. FRENTE A LOS REPAROS CONCRETOS RELACIONADOS CON LA ASEGURADORA AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

- **ERROR DE HECHO POR HABER ESTABLECIDO QUE A AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. LE ASISTÍA LA OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO POR EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN, CUANDO DENTRO DEL PLENARIO SE ACREDITÓ QUE LOS HECHOS QUE DIERON ORIGEN AL PRESENTE PROCESO, CONSTITUYEN UN RIESGO EXPRESAMENTE EXCLUIDO DE AMPARO Y CONSECUENTEMENTE DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE MI REPRESENTADA, EN VIRTUD DE LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 8001025285 Y 8001025286.**

Como ya se advirtió desde el escrito de la contestación de la demanda y el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el A Quo cometió un error de hecho al declarar que la Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo tiene derecho, a título de indemnización, a

S/DMMM

que **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, realice el reembolso total de la condena que le fue impuesta en este proceso. Lo anterior, como quiera que, plenamente se acreditó mediante la incorporación de la póliza y sus condiciones, que el presupuesto fáctico que se discute en esta causa, no se encuentra amparado en las **Pólizas de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 8001025285 Y 8001025286.**

De conformidad con las condiciones generales de dichos contratos, se observa que se consignaron unas causales de exclusión de la obligación indemnizatoria de mi representada en los siguientes términos:

1.4 EXCLUSIONES

COLPATRIA QUEDARA LIBERADA DE TODA RESPONSABILIDAD BAJO EL PRESENTE CONTRATO DE SEGURO CUANDO AL MOMENTO DEL ACCIDENTE SE PRESENTE UNO O VARIOS DE LOS SIGUIENTES HECHOS O CIRCUNSTANCIAS:

D) EL VEHICULO SEA CONDUCIDO SIN LA DEBIDA AUTORIZACIÓN DEL PROPIETARIO O DE LA EMPRESA AFILIADORA.

J) LA CONDUCCIÓN DEL VEHICULO FUERA DE LAS RUTAS HABILITADAS POR EL MINISTERIO DE TRANSPORTE.

Ahora, de conformidad con el debate procesal surtido en este asunto, especialmente con los documentos aportados con la demanda y la contestación de la misma, se evidenció la configuración de las exclusiones de responsabilidad referidas en el extracto anterior, como quiera que se vislumbra sin dudas que el vehículo de placa **VJE-228 cubría una ruta que de ninguna manera fue autorizada por la empresa afiliadora ni el propietario del automotor**, lo que palmariamente configura las causales aludidas.

Es necesario, además, recordar lo que en audiencia inicial ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, manifestaron los demandantes Jaime Buesaco y Ana Yoleida Buesaco, en relación con la forma en la que habían adquirido el servicio de transporte:

Preguntó la apoderada de Axa Colpatría: *“(…) ¿Dígame por favor si usted sabe cómo se hizo el contacto para que fuera ese el vehículo que los llevara al paseo que usted mencionó? (…)*”. A lo que el señor Jaime Buesaco respondió: *“(…) Ese contacto lo realizó siempre la profesora, que era la del plantel educativo y padres de familia que estuvimos en una reunión, ella llamó y dijo vamos hacer un paseo, vamos a contratar una chiva para que nos haga ese paseo, pero nosotros no supimos que clase de chica era esa, pero después esa chiva tenía otro viaje, entonces la profesora, busco la del señor Heraldo Gironza (…)*”³.

³ Min. 1: 21: 19 Audiencia de que trata el artículo 372.

A la misma pregunta la señora Ana Yoleida Buesaco, manifestó: “(...) *La profesora hizo el contacto con los padres de familia, para el paseo que se había programado (...)*”

Esto implica que el vehículo de placa **VJE-228**, no cubría una ruta autorizada por la empresa afiliadora, sino que, en su lugar, tal y como se desprende de los interrogatorios de parte de los demandantes, fue contratado para un paseo, el cual habría sido organizado por una profesora de una institución educativa con el conductor. Quiere decir entonces que el vehículo no se desplazaba en desarrollo de las actividades que le son asignadas por la empresa de transporte, sino que se movilizaba como consecuencia de un acuerdo distinto y no autorizado previamente con la empresa de transporte; lo mismo fue manifestado por la empresa de transporte en su contestación a la demanda y en el interrogatorio de parte, quien aseveró:

“(...) es pertinente aclarar que la Cooperativa “TRANSTAMBO” desconocía el desplazamiento del vehículo de placas VJE-228 para el 19 de octubre de 2006 y mucho menos que se dirigía hacia el municipio de la Vega –Cauca, lo que se ha podido establecer es que este vehículo hacía el recorrido en virtud de una actividad particular (...)”⁴

De esta suerte, es más que claro que las causales de exclusión se hicieron efectivas, haciéndose imposible exigir a mi representada obligación indemnizatoria derivada de las **Pólizas de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 8001025285 Y 8001025286**.

Debe tener en consideración el H. Tribunal que la obligación de la Aseguradora sólo nace si efectivamente se realiza el riesgo amparado en la póliza y **no se configura ninguna de las causales de exclusión o de inoperancia del contrato de seguro**, convencionales o legales. La responsabilidad se predicará cuando el suceso esté concebido en el ámbito de la cobertura del respectivo contrato, según su texto literal, y siempre cuando se perfeccionen todas las condiciones de las que pende el aseguramiento. En efecto, en el condicionado se refleja la voluntad de los contratantes al momento de celebrar el contrato, y definen de manera explícita la forma en la que se desarrollará y ejecutará el negocio asegurativo.

Ahora, en lo que se refiere a la estipulación de exclusiones de responsabilidad, se recuerda que, tal como lo señala el artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador puede, a su arbitrio, delimitar los riesgos que asume: “(...) *Art. 1056.- 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 (...)*”.

⁴ Extracto de la contestación de la demanda, presentada por el Dr. Jesús Herney Quiceno Rios, folio segundo.

Así, en virtud de la facultad citada en el referido artículo, fue que **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** decidió otorgar los amparos de las pólizas vinculadas, supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, e incorporó en la póliza determinadas barreras cualitativas que la eximen de la prestación señalada en el contrato. En el asunto de marras dichas barreras se plantearon en las causales de exclusión antes aludidas, y que, como ya se expuso, producen que la obligación de reembolso que en esta contienda le fue equivocadamente impuesta a la Aseguradora por el A Quo resulte improcedente y que, por consiguiente, sea necesario ordenar la revocatoria de dicha decisión.

Con todo, solicito respetuosamente al H. Tribunal tener en cuenta los argumentos expuestos, toda vez que de conformidad con el condicionado general de las **Pólizas de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 8001025285 Y 8001025286**, se hizo efectiva una causal eximente de la obligación indemnizatoria de mi representada y por contera, fue impuesta en la sentencia de primera instancia.

- **ERROR DE HECHO EN TANTO QUE EN LA PROVIDENCIA DE PRIMERA INSTANCIA NO SE DETERMINÓ QUE EN LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 8001025285 Y 8001025286 EXPEDIDAS POR AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., SE PACTÓ UN DEDUCIBLE QUE DEBE SER ASUMIDO POR EL ASEGURADO.**

Sin perjuicio de las manifestaciones anteriores, y sin que implique ningún reconocimiento de responsabilidad en contra de mi representada, debo poner de presente al H. Tribunal que el A Quo incurrió en un error de hecho al no haber indicado en la parte resolutive de su decisión que la obligación de reembolso que se impuso a la Compañía Aseguradora se circunscribía o estaba limitada a la suma que resultara una vez fuese aplicado el deducible.

Ciertamente, en las pólizas en estudio, se estipuló adicionalmente la existencia de un deducible, el cual legalmente está permitido, luego que se encuentra consagrado en el artículo 1103 del Código de Comercio; este reza que:

“(…) Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original (…)”

En síntesis, el deducible comporta la participación que asume el asegurado cuando se presenta el siniestro, el cual se manifiesta en un valor o porcentaje pactado en la póliza de seguro; así

S/DMMM

entonces, de acuerdo con el contenido de las Pólizas de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 8001025285 y 8001025286, el deducible pactado fue del **10% del valor de la pérdida, Mínimo 2 SMLMV del valor de la pérdida**. Así se determinó en el negocio aseguratorio estudiado:

DETALLE DE COBERTURAS	
ASEGURADO	: COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTES RAPIDO TAMBO NIT 891.500.194-9.
Dirección del Riesgo	: CL 5 No. 17-26 Q. FOFAYAN, CAUCA.
Ramo	: RESPONSABILIDAD CIVIL
SubRamo	: R. C. TRANSPORTADORES
Objeto del Seguro	: PERJUICIOS MATERIALES CAUSADOS A TERCEROS POR EL ASEGURADO
AMPAROS CONTRATADOS	VALOR ASEGURADO
R.C.E. TRANS. DE PASAJ. SERV. PUBLICO* - DAÑOS A BIENES	22,890,000.00
Deducible: 10.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 2.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA	
MUERTE O LESION A UNA PERSONA	72,890,000.00
Deducible: 10.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 2.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA	
MUERTE O LESION DOS O MAS PERSONAS	45,780,000.00
Deducible: 10.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 2.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA	
AMPARO PATRIMONIAL	0.00
Deducible: 10.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 2.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA	
GASTOS DE DEFENSA	0.00
Deducible: 10.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 2.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA	

Adviértase que en el condicionado general se concertó la estipulación del deducible en el cual se indicó lo siguiente:

3.4 DEDUCIBLE

Es el porcentaje o valor mínimo del daño indemnizable que invariablemente se descuenta del pago de cualquier indemnización quedando a cargo del tomador o asegurado, y que se encuentra pactado en la carátula de la póliza o sus anexos.

Por consiguiente, debe tenerse presente que, el Juez de primera instancia debió, al momento de atribuir responsabilidades sobre la indemnización del presunto daño antijurídico causado, aplicar el monto que al asegurado Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo le correspondería cubrir en virtud del deducible pactado, esto es, del 10% del valor de la pérdida, mínimo 2 SMLMV del valor de la pérdida. Advirtiendo claro que, en ese remoto y eventual escenario, a la Aseguradora le concerniría, el saldo sobrante; se aclara además que en vista de que se pactó un porcentaje y una suma específica, deberá aplicarse, de acuerdo a lo estipulado en la póliza, el que una vez calculado, sea mayor.

Es decir que, si en la causa civil bajo su conocimiento ocurre el improbable caso de mantenerse inane la decisión del A Quo en lo relativo a la responsabilidad a la demandada y asegurada y a mi mandante se le hiciera exigible la afectación del aseguramiento por ella expedido, la Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo, tendría que cubrir el monto anteriormente indicado como deducible y, a la Aseguradora le atañería cubrir el valor del saldo.

Empero, tampoco puede olvidarse que esto es sólo posible en el caso hipotético de que la póliza

S/DMMM

vinculada ofreciera cobertura para los hechos que son objeto de este asunto, y en el remoto evento de que dicha Cooperativa sea hallada civilmente responsable en la segunda instancia.

Así entonces, de acuerdo a lo señalado en líneas anteriores, y toda vez que el deducible pactado es la porción o fracción que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado, en el improbable evento de que el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán Sala Civil considerara que las pólizas en cuestión están llamadas a hacerse efectivas, deberá tomar en consideración las anteriores estipulaciones reseñadas al momento de proferir sentencia.

- **ERROR DE HECHO EN TANTO QUE EN LA PROVIDENCIA DE PRIMERA INSTANCIA NO SE DETERMINÓ CUÁL DE LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL VINCULADAS DEBÍA AFECTARSE.**

En el fallo de primera instancia, el Juzgador no tuvo en consideración que se aportaron dos pólizas de responsabilidad civil extracontractual, esto es, la No. 8001025285 y 8001025286, sin embargo, a pesar de que el A Quo sí indicó en sus consideraciones que se debía afectar la póliza que otorgó amparo extracontractual, en la parte resolutive no hizo ninguna diferenciación frente a cuál de ellas debía ser afectada.

No haber realizado la distinción frente a cuál contrato de seguro debía afectarse, le imposibilita a mi prohijada conocer el monto exacto que eventualmente estaría obligada a reembolsar al tomador y asegurado en la póliza. Lo anterior, en tanto que, se recuerda, en cada aseguramiento se establece el monto máximo por el que la Compañía está obligada a indemnizar, de manera que, si no conoce qué contrato debe afectar, por lógicas razones, desconocería igualmente el valor al que asciende la obligación de reembolso que se le impone.

En orden de lo anterior, solicito respetuosamente al H. Tribunal que, en el remoto escenario de mantener inmutable lo referido a la responsabilidad del asegurado y tomador, y de no hacer aplicable la causal de exclusión de responsabilidad de la Compañía, se sirva indicar qué contrato debe afectar mi prohijada, aplicar el deducible y discriminar el monto exacto al que mi prohijada estará obligada a reembolsar.

III. PETICIONES

En virtud de todo lo expuesto, ruego al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil – Familia de Popayán:

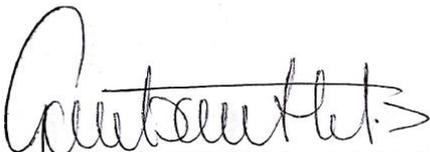
1. **REVOCAR** los numerales **PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO y CUARTO** de la sentencia de primera instancia No. 05 calendada el 05 de febrero de 2020, mediante la cual el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán declaró civil y extracontractualmente responsables a la COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTES RAPIDO TAMBO y al señor EDWIN

S/DMMM

HERALDO GIRONZA CERÓN, de los perjuicios que aducen haber sufrido los demandantes con ocasión al accidente de tránsito ocurrido el 19 de octubre de 2006.

2. De manera subsidiaria, solicito que, en el remoto evento en que se confirme la sentencia impugnada, solicitó al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán-Sala Civil que **MODIFIQUE** el numeral tercero y en su lugar se indique, **EL VALOR EXACTO** que estaría obligada **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, a restituir a la COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTES RAPIDO TAMBO por concepto de perjuicios morales, indicando qué póliza de responsabilidad civil extracontractual se deberá afectar, y haciendo aplicación del deducible concertado en dicho aseguramiento.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA

C.C No. ~~19.395.114~~ de Bogotá D.C

T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.

S/DMMM