Doctor

CARLOS AUGUSTO PRADILLA TARAZONA

Magistrado Ponente Sala Civil – Familia - Laboral

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

San Gil.

Ref: Apelación de Sentencia - Sustentación

Ddtes: **LEONEL RINCÓN GARCÍA y OTRA**

Ddos: **ELKIN ARLEY GARCÍA B. y OTROS**

Rad: 68755-3113-002-2018-00099-01

Como apoderado de **SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A.**, sociedad que fue llamada en garantía en este proceso por haberle suscrito a **SESPA SANTANDER S.A E.S.P.** la póliza # 5160567310801 para cubrir por 5 años contados desde el 7 de mayo de 2012 su eventual Responsabilidad Civil Extracontractual que se pudiera generar con el manejo del vehículo de placas RGZ-371, contrato al que para lo que en ese proceso interesa le aplican las siguientes delimitaciones:

- Que el cubrimiento operaría solo cuando se utilizara para el "***Servicio: PARTICULAR FAMILIAR***"
- Que el máximo valor asegurado para el riesgo de **Muerte o Lesión de Una Persona** se fijó en **350 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes**, para cuya conversión en la Condición Vigésima de la póliza se estipuló que "***se tomará el valor de los mismos a la fecha de ocurrencia del siniestro***", lo que significa que el límite de esa cobertura a 25 de noviembre de 2015 era hasta $225'522.500=, ya que al ocurrir el accidente que motiva la demanda ese indicador económico estaba en $644.350=,

acudo a sustentar el recurso de apelación que formulé en contra de la sentencia de primera instancia dictada por el Juez Segundo Civil del Circuito de Socorro, en consonancia con los reparos que brevemente expuse al momento de interponer la alzada.

El A-quo incurrió en varios yerros, siendo el principal de ellos el aplicar indebidamente el numeral 3º del artículo 96 del Código General del Proceso porque si bien este pide que al contestar una demanda se expresen las excepciones de mérito que se quieran proponer en contra de las pretensiones de la parte actora, aludiendo también a su fundamento fáctico, en la misma regla procedimental se determina que tal requerimiento solo existe "***si fuere el caso***" y en este no lo era ya que, de una parte, la aseguradora al no haber participado en la realización de los hechos que originaron el accidente que motiva este proceso plenario, NO CONOCÍA DE LOS PORMENORES DE ESE EVENTO y además, las únicas excepciones que obligatoriamente deben proponerse al contestar una demanda son las de prescripción, compensación y nulidad relativa y las que se demostraron son otras.

Nótese que en respuesta a los hechos relatados en la demanda únicamente pude admitir aquellos que se acreditaban con los documentos públicos anticipados por la parte actora, esto es: con el Informe Policial de Accidentes; con los dictámenes de Medicina Legal y, con la Licencia de Transito o Tarjeta de Propiedad del automotor accidentado. Frente a los demás, lo único que pude responder era que a la compañía de seguros NO LE CONSTABAN puesto que carecía de ilustración necesaria para admitirlos o refutarlos.

¿Cómo exigir entonces que propusiera la excepción de INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL demandada si para esa fecha no teníamos la más mínima idea sobre el motivo por el que LEONEL RINCÓN GARCÍA se transportaba como pasajero dentro del vehículo asegurado? De igual forma, ¿Cómo pedirle a la aseguradora que en la contestación de la demanda propusiera la excepción de TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL SEGURO POR AGRAVACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO por el cambio de uso del vehículo amparado para el servicio PARTICULAR - FAMILIAR como se pactó en la carátula de la póliza, si carecía de la ilustración indispensable para saber que lo explotaban comercialmente en cumplimiento de obligaciones derivadas del transporte de personas?

La decisión adoptada por el A-quo de NO RECONOCER los medios de defensa aludidos en el alegato previo al fallo impugnado por el hecho de no haberlos propuesto en la contestación de la demanda carece de toda legalidad, no solo porque tal sanción resulta por entero extraña a lo determinado por el numeral 3° del artículo 96 antes mencionado que no establece que esa sea la consecuencia de no

proponer esas excepciones, sino, porque el artículo 282 del mismo código determina específicamente en cuanto a la ***Resolución sobre excepciones***, que: *"En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda."*

Como las dos excepciones demostradas y negadas no son las que alude esta norma, corresponde a derecho su reconocimiento, tal y como el A-quo si hizo respecto de la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA del codemandado LEONIDAS SUÁREZ ROA a quien le admitió oficiosamente ese medio exceptivo sin que lo hubiera propuesto la Abogada que en su nombre contestó la demanda.

Desde luego que no discrepo de ese reconocimiento porque se ajusta a derecho; lo menciono simplemente para destacar que en ese fallo no se aplicó la ley con el mismo rasero para todos los sujetos procesales, siendo notorio que a la aseguradora se le vulneró su derecho de defensa en mayor medida, puesto que dejó de darle valor a dos excepciones de mérito claramente demostradas: la INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL y la TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL SEGURO POR AGRAVACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO, a las que haré referencia a continuación, por separado.

SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEPRECADA CON LA DEMANDA.

Que la relación subyacente entre el demandante LEONEL RINCÓN GARCÍA y su demandada SESPA UNIVERSAL S.A. E.S.P. tuviera venero CONTRACTUAL y no EXTRACONTRACTUAL, eso en este momento del proceso es tan evidente que el mismo Juez que emitió el fallo impugnado lo reconoció en muchos de los apartes de su proveído, pero le desconoció su efecto en este trámite judicial tan solo porque el contrato interadministrativo celebrado entre EMPSACOL S.A. E.S.P., y SESPA UNIVERSAL S.A. E.S.P., que expresamente obligaba a esta sociedad a prestar el servicio de transporte, no tenía a LEONEL como parte. El error luce monumental puesto que un pasajero nunca podrá ser un extraño en el contrato de transporte ya que el artículo 1003 del Código de Comercio, específicamente referido al transporte

de personas determina: "*El trasportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste.*"; imposible llegar a entender que ante el incumplimiento del convenio en el que el pasajero resultó lesionado, la legitimada para accionar contractualmente por las lesiones corporales lo fuera EMPSACOL S.A. E.S.P. por el mero hecho de ser ella que pagó el servicio de transporte y no la víctima.

El fallador olvidó que en cualquier clase de contrato se pueden hacer estipulaciones en favor de terceros (artículo 1506 del Código Civil), situación a la que alude el tratadista JAVIER TAMAYO JARAMILLO en su obra EL CONTRATO DE TRANSPORTE, editada por Temis en 1991, en su página 428, refiriéndose específicamente al transporte de pasajeros, en los siguientes términos:

"*Ocurre con mucha frecuencia que las industrias y los colegios celebran contratos de suministro en virtud de los cuales un transportador se obliga a transportar a los empleados entre sus casas y el sitio de trabajo o de estudio, y posteriormente retornarlos a su hogar. Nos preguntamos: en caso de que una de estas personas sufra algún daño, ¿la acción para reclamar los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato pertenece al colegio o a la empresa que celebraron el contrato, o a los estudiantes o a los empleados que son los que utilizaron el servicio de transporte, pero que no celebraron el contrato? - En nuestro concepto, habrá algunas indemnizaciones que, contractualmente, pueden ser cobradas por quien celebró el contrato, y* ***otras que solo pueden ser cobradas por el pasajero****, es decir, por los empleados o por los estudiantes. – En efecto,* ***si en el cumplimiento del transporte, el estudiante o el empleado sufren daños, consideramos que el contrato solo puede ser invocado por estos o por sus herederos si el pasajero falleció****, pues de una cierta manera hubo una estipulación para otro, en la que el estipulante fue quien celebró el contrato, es decir, el empresario o el colegio*." (subrayé y resalté para destacar), refiriendo renglones adelante: *"Y si el empresario, o el colegio, por su riesgo y cuenta, cancelan el valor de dicho transporte,* ***no por eso el empleado o el estudiante pierden la calidad de pasajeros contractuales, inclusive, de acreedores de un transporte oneroso y no gratuito, puesto que el trasportador siempre recibirá una remuneración por parte del empleador, o del educador****.*" (resalté con igual propósito).

Esa interpretación la acoge sin reparos nuestra Corte Suprema de Justicia y para rememorarlo tomo algunos apartes de su sentencia STC082-2015 dictada el 22 de enero de 2015 por la Sala de Casación Civil y Agraria, en la que con ponencia del Magistrado ARIEL SALAZAR RAMÍREZ expresó, al conceder una acción de tutela: "*En los contratos de transporte de personas el transportador se obliga para con otra persona (generalmente el mismo pasajero, **pero bien puede ser un tercero**) "a conducir a las personas… sanas y salvas al lugar o sitio convenido" (art. 982 C. Co.), cuyo incumplimiento genera una responsabilidad fundada en el contrato por "todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de este" (art. 1003 del C. Co.), que estando con vida, debe hacer efectiva el mismo contratante mediante acciones provenientes del contrato (art. 903 C. de Co.), porque **en este evento en que el daño no ocasiona la muerte al pasajero, tales prescripciones legales no contemplan expresa ni implícitamente (como ocurre para el caso contrario), que al lado de una responsabilidad contractual también surja o pueda surgir simultáneamente, en forma acumulativa o alternativa, una responsabilidad civil extracontractual entre las mismas partes de un contrato de transporte con fundamento en el mismo incumplimiento contractual**."* Resalté y subrayé para destacar). La Corte Suprema concluye más adelante: *"Ello fue recogido en el artículo 1006 del C de Co., que como se deriva de su texto, no otorga expresa ni implícitamente a favor del pasajero lesionado (no fallecido) en la ejecución de un contrato de transporte, acción de responsabilidad extracontractual contra el transportador por la referida lesión, causada precisamente por el incumplimiento de sus obligaciones de conducirlo sano y salvo al lugar de su destino."* (La corte cita que esa decisión se apoya en Sentencia de Casación del 19 de abril de 1993, reiterada en el radicado 2005-00265-01, del 15 de julio de 2010.)

Tan categórico y uniforme pronunciamiento impide que la parte demandante acuda a su conveniencia a la acción extracontractual, como lo hizo aquí en este proceso y en consecuencia, hay lugar a que se reconozca la excepción que fue indebidamente negada al estar plenamente demostrada. Aquí no hay lugar a que por vía de interpretación de la demanda se llegue a pregonar que se trata de un simple lapsus de la parte actora en el enfoque de su acción porque en todas sus actuaciones ella se refirió exclusivamente a la Responsabilidad Civil **Extracontractual** (poderes, demanda, pretensiones, fundamentos de derecho y alegaciones) y además, así se admitió mediante auto del 4 de octubre de 2018; en la demanda no existe oscuridad o imprecisión alguna que requiera de interpretación ya que en ningún momento

mencionó que su pedimento tuviera venero en la Responsabilidad **Contractual** y por ello se debe llegar a la misma conclusión a la que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia arribó en la sentencia dictada en el radicado 2005-00265-01 del 15 de julio de 2010, en la que con ponencia de la Magistrada RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, dijo:

"*Ciertamente, en la relación fáctica se dice que Ana María Victoria Fonseca Isaza viajaba en el "colectivo" de servicio público en el momento del accidente y que como secuela de la colisión sufrió los perjuicios deprecados, situación que pone en evidencia la existencia, en principio no discutida, de un "contrato de transporte", pero por voluntad expresa de su representante judicial, determinó inequívocamente que su pedimento se surtiera bajo el alero de la "responsabilidad civil extracontractual".*
En suma, no hay ninguna duda que fue la propia reclamante de los perjuicios la que quiso que sus súplicas tuvieran como escenario para ser dirimidas y reconocidas la cuerda de un proceso de responsabilidad civil extracontractual, tal como se desprende de las alusiones y menciones que se han efectuado de las partes pertinentes de sus intervenciones; derrotero dentro del cual asumió su defensa la contradictora, según consta en las anotaciones que se han puesto de manifiesto. Por consiguiente, se reitera, lo único que hizo el sentenciador fue ajustarse a la voluntad expresa y concreta exteriorizada por los contendores.
Consecuentemente, en estos casos, se insiste, le está vedado al pasajero, como lo entendió y predicó el ad quem, acudir a su antojo a la acción originada en los "delitos o las culpas" con prescindencia de la surgida del convenio perfeccionado entre ellas, más específicamente cuando, como ocurre en este caso, la lesionada queda con vida y es quien directamente promueve el respectivo proceso, mucho más si se anota que sin hesitación alguna quiso que sus súplicas siguieran el sendero de la "responsabilidad excontractual"."

Salta a la vista que debido a que el accidente generador del proceso que aquí nos ocupa sucedió el 25 de noviembre de 2015, la decisión de optar por la vía de la acción extracontractual obedeció a que la contractual para la fecha de la demanda ya había prescrito por mandato del artículo 993 del Código de Comercio; si la acción escogida hubiera sido bajo el sendero de las obligaciones convencionales, indiscutiblemente todos los demandados hubiéramos propuesto la excepción de prescripción de dos años, pero como la defensa debe ser coherente con el ataque, ningún sentido tenía el proponer esa excepción.

En consecuencia, como no es posible que con la acción contractual surja simultáneamente, en forma acumulativa o alternativa, una responsabilidad civil extracontractual, en éste proceso la decisión debe ser concordante con las orientaciones jurisprudenciales adoptadas en las tres sentencias mencionadas, en las que la Corte Suprema de Justicia reiteró que lo procedente es la negación de las pretensiones de la demanda por errar la parte actora en la escogencia de la vía judicial, decisiones que obedecieron a que el pasajero que sufre lesiones y no muere, tiene a la acción contractual como única y exclusiva vía para reclamar la indemnización del daño padecido.

SOBRE LA EXCEPCIÓN DE TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL SEGURO POR AGRAVACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO

Este medio de defensa que también se acreditó, que alegué y que igualmente debe entenderse incluido en la excepción genérica que planteé al contestar la demanda, también fue indebidamente negado bajo el extraño argumento de que **el cambio de uso del vehículo de placas RGZ-371 amparado mientras se utilizara en el SERVICIO PARTICULAR – FAMILIAR (como se pactó en la carátula de la póliza) que pasó por voluntad de la asegurada a COMERCIAL para prestar el servicio de transporte a terceros, sea una discrepancia que la aseguradora debe resolver con su asegurada al margen de este proceso;** tal determinación constituye un verdadero despropósito puesto que aunque **reconociendo que existió una agravación del riesgo asegurado**, le impone a la aseguradora la obligación de indemnizar un evento expresamente excluido de cobertura cuando, precisamente es en este trámite judicial en el que se debe tomar una decisión de fondo al respecto y no diferir el asunto como si el asegurador tuviera que defenderse de la misma causa no en uno sino en dos procesos judiciales.

El riesgo asumido por mi representada al amparar a la aludida camioneta era tan solo para la prestación del servicio PARTICULAR -FAMILIAR **como se pactó en la carátula de la póliza** y dentro del proceso se demostró fehacientemente que a ese rodante lo empleaban para prestar el transporte de terceros en una actividad remunerada que nada tiene que ver con el ámbito familiar de persona alguna; el rodante, con fundamento en un contrato interadministrativo celebrado en la asegurada y otra sociedad, no estaba al servicio de la familia de algún funcionario

de SESPA SANTANDER S.A. E.S.P., sino al de los empleados de ella y de los de otra persona jurídica en labores eminentemente empresariales, **realizando una actividad transportadora que era pagada tal como se demostró con el testimonio del señor JONATHAN VESGA PALOMINO** y con el contrato interadministrativo, situación ratificada en la certificación que como Gerente de EMPSACOL S.A. E.S.P. envió a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., suscrito el 14 de diciembre de 2015, información que solo vinimos a conocer dentro de la etapa de práctica de pruebas en este proceso.

Probado quedó por versión del propio representante legal de EMPSACOL que con el automotor mencionado su propietaria SESPA SANTANDER S.A E.S.P. les realizaba al menos un viaje semanal al relleno sanitario de Chiquinquirá transportando empleados suyos y que por esos servicios de transporte de pasajeros se le remuneraba a su propietaria según lo estipularon contractualmente, luego, no se trataba de un servicio meramente benévolo ni eventual sino del cumplimiento de obligaciones convencionales que por su reiteración **contaban hasta con un protocolo de entrega del vehículo para cada viaje**.

En la decisión apelada se dejó de aplicar el artículo 1060 del Código de Comercio que expresa:

"El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

***La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato**. (…)"* (Resalté para destacar).

Respetar la delimitación del riesgo asegurado es una obligación que resulta acorde con lo dispuesto genéricamente por el artículo 1602 del Código Civil, más aun cuando es apenas natural que a mayor riesgo mayor será el costo del seguro, luego al no haber sido notificada la aseguradora del cambio de uso del vehículo para que libremente decidiera si mantendría vigente el contrato cobrando la sobreprima que estimara necesaria o si por el contrario lo daba por concluido, la terminación automática del seguro prevista en la norma hay lugar a declararla, porque para el momento en el que sucedió el accidente, el seguro suscrito por SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A., ya no se encontraba vigente.

No todos los automotores matriculados como de servicio particular representan el mismo riesgo, porque sobre todo en los últimos tiempos la permisividad del Estado o la necesidad de la gente ha traído consigo que ya no se utilicen como antes que solo eran para el uso **PERSONAL Y DE TRANSPORTE DE LA FAMILIA**; ahora algunos propietarios **los arriesgan** en actividades diversas para obtener ingresos económicos, verbi gratia para alquilarlos a empresas, caso en el que se califican como **PARTICULAR – COMERCIAL** (riesgo agravado porque su explotación será mayor en uso y por trayectos variados, por lo que no todas las aseguradoras los amparan); otros los explotan para el servicio de plataformas como Uber o similares **PARTICULAR – TRANSPORTE DE PASAJEROS** (cuyo riesgo muy difícilmente lo asumen pocas compañías de seguro), o para prestar lo que se conoce como SERVICIO PIRATA al que no se le da una denominación específica ya que se tiene por inasegurable dada la indiscutible ilegalidad del servicio.

Olvidó el Juez Segundo Civil del Circuito de Socorro que la delimitación del riesgo asegurado como medio de defensa la puede hacer valer el asegurador frente a cualquier persona que pretenda obtener un beneficio de un seguro, ya que el artículo 1044 del Código de Comercio expresa: "*Salvo estipulación en contrario, **el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado**, en caso de ser éstos distintos de aquél, y al asegurado las que hubiere podido alegar contra el tomador*." (subrayé y resalté para destacar).

La acción directa contra el asegurador promovida por los aquí demandantes tiene fundamento en el artículo 1133 del Código de Comercio, modificado por la Ley 45 de 1990 que fue precisamente el que **otorgó a los terceros bajo la cobertura de Responsabilidad Civil la calidad de beneficiarios**, para que en un solo proceso demostraran la responsabilidad del asegurado y demandaran la indemnización del asegurador.

Toda sentencia debe representar la culminación del pleito judicial ya que es necesario que con ella se decida con autoridad de cosa juzgada si el derecho reclamado por la parte actora existe o no. En todo fallo hay que proveer un título de ejecución o negarlo, según sea quien triunfe en sus aspiraciones y es claro, que en el que ocasiona mi inconformidad, la decisión adoptada, en lo que se refiere a los demandantes como beneficiarios del seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual, ES CONTRARIA AL DERECHO porque el evento sucedido no estaba amparado no solo porque la responsabilidad en la que incurrió la asegurada era de naturaleza CONTRACTUAL (ajena a la acción ejercitada), sino, porque se produjo por mandato legal la terminación anticipada del contrato ante la agravación voluntaria del riesgo asegurado.

Con todo respeto,

LUIS ALFREDO PRADA DÍAZ

C.C. 5.795.209 de Zapatoca

T.P. de Abogado 55.365 del C.S.J.