

Señores

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN SEGUNDA

E. S. D.

TIPO DE PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO: 11001-03-15-000-2024-03937-00
ACCIONANTE: IVÁN ALONSO FERNÁNDEZ Y OTROS
ACCIONADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA
REFERENCIA: CONTESTACIÓN ACCIÓN DE TUTELA

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado de HDI SEGUROS S.A., de conformidad con la documental adjunta al presente escrito, procedo a PRONUNCIARME SOBRE LA ACCIÓN DE TUTELA de la referencia, en los siguientes términos:

CAPITULO I. OPORTUNIDAD

Para comenzar, resulta importante mencionar que el presente escrito se presenta dentro del término de dos (02) días concedido por auto del 31 de julio de 2024, mediante el cual se vinculó como tercero con interés legítimo a mi prohijada, y que fue notificado personalmente al correo electrónico el día 02 de agosto de 2024, encontrándonos dentro de la oportunidad correspondiente para realizar el respectivo pronunciamiento sobre los hechos y fundamentos que sustentan la presente acción constitucional, pues los dos (02) días concedidos corresponden al 5 y 6 de agosto de 2024.

CAPITULO II CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

I. FRENTE A LOS HECHOS ALEGADOS POR LOS ACCIONANTES

Frente al hecho “1”: Es cierto. Los actores de la presente acción constitucional presentaron demanda por el medio de control de Reparación Directa contra el DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI, la sociedad Jero S.A., ITAU ASSET MANAGEMENT COLOMBIA S.A. y mi prohijada buscando la reparación de unos supuestos perjuicios. Lo cual evidencia que no existe relevancia constitucional en el presente asunto, pues el demandante repite en la paráfrasis los hechos del litigio que ya fue resuelto por el juez natural.

Frente al hecho “2”: Es cierto. El actor narra lo correspondiente al trámite procesal.

Frente al hecho “3”: Es cierto, sin embargo, se aclara que el Juzgado Dieciocho Administrativo de Cali no realizó un análisis “juicioso” como lo manifiesta el demandante, toda vez que desconoció el precedente judicial correspondiente a la caducidad y el daño continuado.

Frente al hecho “4”: Es cierto, corresponde a la decisión de primera instancia que tomó el Despacho en mención

Frente al hecho “5”: El accionante realiza varias aseveraciones las cuales me permito aclarar:

- Es cierto. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca le correspondió el proceso de segunda instancia y decidió tal cual lo expresado en la acción de tutela

- *No es cierto.* La sentencia no tiene ningún defecto fáctico por error en la valoración de las pruebas, toda vez que los accionantes tenían pleno conocimiento del daño, incluso alertaron a las autoridades correspondientes del mismo. Lo cual fue claramente estudiado en la sentencia de segunda instancia.

Frente al hecho “6”: No es un hecho, es la justificación mal fundamentada del apoderado de los accionantes para iniciar esta acción constitucional.

II. FRENTE A LAS PRETENSIONES DEL TUTELANTE

Frente a la pretensión denominada “PRIMERA”: Me opongo a que se declare vulnerado el debido proceso y acceso a la administración de Justicia de los accionantes por parte del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, toda vez que la decisión de segunda instancia respetó en todo momento estos derechos fundamentales, pues analizó el material probatorio obrante en el expediente y encontró que efectivamente operó el fenómeno de la caducidad.

Frente a la pretensión denominada “SEGUNDA”: Me opongo a que declare que la sentencia expedida en segunda instancia por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA violó el artículo 29 de la Constitución Política, puesto que no es así, y siempre existió respeto a las garantías constitucionales.

Frente a la pretensión denominada “TERCERA”: Me opongo a que se ordene al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA a dejar sin efectos la sentencia en mención, toda vez que no existe vulneración alguna y mucho menos desconocimiento a la Constitución Política.

III. FRENTE A LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR EL EXTREMO ACTOR

A efectos de dar claridad sobre las razones por las que se considera debe mantenerse incólume la decisión de segunda instancia, es necesario hacer referencia a los argumentos esbozados por el actor para fundamentar su pretensión de amparo.

Concretamente, el actor constitucional refiere que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca no debió proferir sentencia que declaraba la caducidad del medio de control, toda vez que no se contaba con un dictamen o informe de la autoridad ambiental en los meses de diciembre de 2014 y enero de 2015. Por ello, manifiesta que el termino de caducidad debe contarse desde cuando se notificó del resultado del informe técnico No. 184-2015 realizado por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN DEL MEDIO AMBIENTAL – (en adelante DAGMA)

Sin embargo, el actor desconoció que una cosa es el daño y otra muy diferente son elementos probatorios que pueda recolectar antes de iniciar el proceso y los procesos ambientales sancionatorios. Pues, es evidente que tal informe estaba encaminado para el proceso disciplinario ambiental que estaba desarrollando el DAGMA. No obstante, el conocimiento del daño ya era evidente desde diciembre de 2014.

Finalmente, es importante traer a colación el hecho de que el apoderado de los accionantes solo acusa al fallo de haberse adoptado incurriendo en un defecto fáctico, esto es, un yerro en la valoración probatoria. Sin embargo, su tesis es falsa. Pues, Él dice que no se valoró la necesidad probatoria que implicaba el conocimiento total de la causalidad del daño para elaborar un juicio de atribución de responsabilidad de la demanda, pero se equivoca porque para efectos del cómputo

de la caducidad, con conocer la ocurrencia del hecho que provoca el daño es suficiente. Lo de la causalidad se revisa a posteriori, en etapas posteriores del proceso.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO DE LA DEFENSA

A. NO SE ENCUENTRA ACREDITADO EL REQUISITO DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

No se encuentra acreditado que la acción de tutela instaurada por los accionantes cumpla con el requisito para su procedencia, toda vez que simplemente traen a colación un debate legal, sin sustento alguno, en el cual no se evidencia relevancia constitucional, convirtiéndose así la acción de tutela en una tercera instancia jurídica.

Es menester resaltar que la acción de tutela no puede convertirse en una tercera instancia, dado su carácter subsidiario y garantista de derechos fundamentales, para que proceda la acción de tutela en los casos que se presenten contra sentencia, es trascendental que contengan una relevancia constitucional, al respecto la Corte Constitucional, el máximo órgano de cierre en materia constitucional, ha indicado lo siguiente:

[...] la relevancia constitucional protege el carácter subsidiario de la acción de tutela, las competencias tanto del juez de tutela como del ordinario, y previene que la tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para reabrir debates meramente legales. Para determinar si este requisito se cumple, el juez debe analizar: (i) que el asunto tenga la entidad para interpretar, aplicar, desarrollar la Constitución Política o determinar el alcance de un derecho fundamental; (ii) que la controversia no se limite a una discusión meramente legal o de contenido estrictamente económico con connotaciones particulares o privadas; y,

(iii) que se justifique razonablemente una afectación desproporcionada a derechos fundamentales. Finalmente, cuando la acción de tutela se dirige contra una providencia judicial de una alta corte, se exige advertir, además, una vulneración arbitraria o violatoria de derechos fundamentales. (Corte Constitucional, 2022, SU 2015)

Ahora bien, en el caso concreto, es evidente que estamos ante el intento de reapertura de un asunto meramente legal, pues, el apoderado de los accionantes no realiza un esfuerzo tan siquiera sumario para demostrar qué afectación desproporcionada a derechos fundamentales existió, incluso, se evidencia claramente que el apoderado intenta crear una tercera instancia a un proceso que caducó, pues, es evidente que los accionantes no presentaron la demanda dentro del término establecido por Ley, y no existe justificación alguna para no hacerlo. También, es importante traer a colación que manifiestan que se afectó el derecho fundamental de debido proceso y acceso a la administración a la justicia, no obstante, dentro del proceso no se evidencia que esto sea así, toda vez que se respetaron tales derechos durante todo el proceso judicial.

Se puede concluir que, en este caso, la acción de tutela no es procedente, toda vez que busca crear una tercera instancia en un asunto que es meramente legal, asimismo, no se evidencia afectación a ningún derecho fundamental y mucho menos que haya sido de manera desproporcionada, pues, en el asunto en marras, la acción caducó por no iniciar la acción en el término establecido por ley, sin existir motivo alguno para no hacerlo.

B. NO SE CONFIGURÓ DEFECTO FACTICO POR DESCONOCIMIENTO DEL MATERIAL PROBATORIO

Como se advirtió al inicio del presente escrito, en el presente caso efectivamente operó el fenómeno de la caducidad, además, el actor no expresó por qué el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca no contaba con el material probatorio para proferir tal decisión y mucho menos que prueba

desconoció, o no aplicó, incumpliendo así, con la carga mínima argumentativa al alegar que existió un supuesto defecto factico.

En referencia al fenómeno de caducidad, la Corte Constitucional en Sentencia C 250 de 2011, estableció que *“la caducidad es el límite temporal de orden público que no se puede renunciar y que debe ser declara por el juez oficiosamente”*. Al respecto, no debe perderse de vista que el fundamento para la previsión legal de estos términos deriva de la aplicación de la seguridad jurídica, toda vez que *“ningún beneficio representa para la sociedad que, como se anticipó, las relaciones jurídicas se mantengan insolubles, eterna o indefinidamente”*¹

Ahora bien, la Ley 1437 del 2011 señaló como término de caducidad dos (2) años para ejercer el medio de control de Reparación Directa, por consiguiente, según el literal i del artículo 164 de la ley 1437 de 2011 *“la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño [...]”* Lo cual, en los casos en que el daño sea continuo, se aplicará desde el conocimiento del daño, conforme a lo establecido por el Consejo de Estado, pues indicó lo siguiente:

La Sección ha destacado la relación existente entre el conteo del término de caducidad, la naturaleza del daño y el momento en que el mismo se configura, a partir de lo cual ha señalado: “El término de caducidad que se contabiliza a partir de la ocurrencia del daño (“fecha en que se causó el daño”) La identificación de la época en que se configura el daño, ha sido un tema problemático, toda vez que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo; en efecto, hay algunos, cuya ocurrencia se verifica en un preciso momento, y otros, que se extienden y se prolongan en el tiempo. En relación con los últimos, vale la pena llamar la atención a la frecuente confusión entre daño y perjuicio que se suele presentar; de ninguna manera, se puede identificar un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río, con los perjuicios que, en las más de las veces, se desarrollan e inclusive se amplían en el tiempo, como por ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esto puede producir en los pobladores ribereños. En

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4690. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Junio 29 de 2007.

desarrollo de esto, la doctrina ha diferenciado entre (1) daño instantáneo o inmediato; y (2) daño continuado o de tracto sucesivo; por el primero se entiende entonces, aquél que resulta susceptible de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, produce perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, él como tal, existe únicamente en el momento en que se produce...” En consonancia con lo anterior, la Sala ha estimado que el conteo del término de caducidad en la acción de reparación directa debe hacerse en consideración a si el hecho generador del daño produce efectos perjudiciales inmediatos e inmodificables o, por el contrario, dichos efectos son mediatos, prolongados en el tiempo, posición a la que acudió el recurrente como apoyo de su argumentación. Respecto a los hechos que generan efectos perjudiciales inmediatos e inmodificables -aquellos cuyas consecuencias se vislumbran al instante, con rapidez y dejan secuelas permanentes-, la contabilización del término de caducidad de la acción se inicia desde el día siguiente al acaecimiento del hecho, al tenor del numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. **Por el contrario, al tratarse de casos relacionados con daños que sólo se conocen de forma certera y concreta con el discurrir del tiempo y con posterioridad al hecho generador, esta circunstancia impone en aras de la justicia que se deba contar el término de caducidad a partir del conocimiento que el afectado tiene del daño.** (Consejo de Estado, 2011, 19001-23-31-000-1997-08009-01(20316)).

Analizando el caso concreto, tenemos que el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA sustentó su decisión principalmente trayendo a colación las fechas en las cuales se aprecia que el demandante conoció el daño. Manifestando lo siguiente:

Así las cosas, atendiendo al daño propiamente dicho, es decir, **la afectación en el sistema de flujo de aguas subterráneas y los niveles del aljibe**, se evidencia que la parte actora lo conoció en las siguientes fechas:

- El **19 de diciembre de 2014**¹⁴, cuando el demandante, señor Iván Alonso Penilla Fernández, manifiesta mediante oficio a los responsables de la Obra "Hotel La Sagrada Familia", su preocupación por los efectos de las excavaciones realizadas para la construcción de sótanos de dicho proyecto, afirmando que se estaría afectando de manera gradual y progresiva el abastecimiento de aguas subterráneas del aljibe que funcionaba en el establecimiento de su propiedad, pues la excavación de grandes dimensiones habría generado el desvío de las aguas subterráneas y/o acuíferos preexistentes al inicio de la obra, advirtiendo que dichas aguas, se habrían desviado hacia las excavaciones, generando el desabastecimiento y la modificación de las condiciones iniciales y naturales.

- El **29 de diciembre de 2014**¹⁵, cuando radica ante el Departamento de Gestión del Medio Ambiente DAGMA, derecho de petición, poniendo en conocimiento las mismas circunstancias relatadas en párrafo anterior y solicitando una visita técnica

a la obra, a fin de determinar si esta cumplió antes, durante y después con todas las normas ambientales, consultas a vecinos y normas urbanísticas.

- El **21 de enero de 2015**¹⁶, cuando el DAGMA, mediante oficio con radicado 2015413300005221 de la misma fecha, contesta la anterior solicitud, informando el resultado técnico de visita realizada por profesionales del Grupo de Recurso Hídrico al pozo VC 886, ubicado en la Calle 4 Oeste No. 3-18 del Barrio el Peñon- Lavautos el Peñón, la cual se realiza para atender la queja de descenso en el nivel del agua del pozo concesionado que abastecía el lavadero de vehículos como posible consecuencia de la construcción que se adelantaba "Centro Comercial y Hotel La Sagrada Familia", y que arroja como resultado, de acuerdo a la información del nivel estático obtenida en la visita de seguimiento del mes de noviembre de 2014, **que se presentaba una alteración de un 82,73 % en 38 días, lo que podría implicar una afectación del acuífero que aprovecha dicho pozo,** teniendo en cuenta las condiciones de localización y características hidrogeológicas muy deficientes de la zona, que corresponde a la parte alta del cono aluvial del río Cali.

Nótese que el Tribunal en mención realizó un análisis detallado y exhaustivo del material probatorio obrante en el proceso, pues, dentro del expediente se avizora el oficio del 19 de diciembre del 2014 ya referido en la sentencia de segunda instancia en donde los demandantes expresaron:

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

Esta excavación de grandes dimensiones ha generado el desvío de las aguas subterráneas y/o acuíferos preexistentes al inicio de la obra del hotel, de tal forma que de acuerdo a lo observado en el transcurso de la excavación, dichas aguas subterráneas y/o acuíferos se han desviado hacia sus excavaciones, generando el desabastecimiento y la modificación de sus condiciones iniciales y naturales.

Las aguas subterráneas que se desviaron hacia la excavación del hotel son vertidas al alcantarillado diariamente a fin de continuar las labores de obra del proyecto, y en muchas ocasiones nosotros debemos usarlas para el abastecimiento de nuestro tanque de almacenamiento de aguas.

Es evidente que el supuesto daño ya estaba configurado y se tenía pleno conocimiento de este al menos desde diciembre del 2014 (si es que no antes), por tanto, es completamente falso que los accionantes tuvieron conocimiento de este con el informe expedido por el DAGMA. Pues, confunden el dictamen o informe que puede ser usado como medio de prueba con el daño, además, confunden la independencia de las acciones sancionatorias ambientales con la jurisdicción contenciosa, pues, el hecho de que no se haya iniciado un procedimiento sancionatorio, no es requisito alguno de procedencia del medio de control, incluso, puede llegarse a decisiones diferentes. Así, quedó más que probado que desde mucho tiempo atrás el supuesto daño ya se había configurado y no se necesitaba de ningún informe o dictamen para tener conocimiento del mismo. Adicionalmente, el apoderado de los demandantes no explica concretamente que prueba dejó de valorar el Tribunal, pues, es evidente que, en el caso concreto, se aplicó la norma teniendo presente todas las pruebas obrantes en el expediente.

En virtud de lo anterior, es claro que la decisión de segunda instancia estuvo ajustada a derecho y no desconoció el derecho al debido al proceso de los accionantes, ni mucho menos el acceso a la

administración de justicia, en la medida que el ad quem aplicó la normativa relacionada a la caducidad con fundamento en las pruebas obrantes en el expediente, que, dicho de paso, fueron los demandantes, hoy accionantes, los que trajeron al proceso.

Por lo anterior, no está llamada a prosperar la presente acción constitucional, al no haberse probado defecto alguno en la decisión de segunda instancia.

CAPÍTULO IV

PRONUNCIAMIENTOS FRENTE A LA PÓLIZA DE SEGURO DE OBRAS DE CONSTRUCCIÓN

NO. 4000019

Si bien los accionantes no solicitaron que en esta sede constitucional se decida de fondo el asunto, no está demás aclarar que en caso de que decidan resolver más allá de lo pretendido, así, resolviendo de fondo el proceso, en este acápite se señalarán las razones que debe considerar el juez de tutela en ese hipotético caso, y en el muy remoto evento de encontrar responsable a la sociedad Jero S.A , pues en el contrato de seguro suscrito entre tal sociedad y mi prohijada se establecieron una serie de condiciones que deben considerarse al momento de fallar.

A. ESTÁ PLENAMENTE ACREDITADA LA AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA No. 4000019

Las acciones derivadas del Contrato de seguro pactado en la Póliza de Seguro de Obras de Construcción No. 4000019 expedida el 5 de diciembre de 2013 con vigencia del 25 de noviembre

de 2013 hasta el 31 de agosto de 2015, prescribieron, pues, el asegurador recibió una reclamación extrajudicial de parte de las víctimas, como lo son el documento con fecha del 8 de abril de 2015 y la confesión que hiciera Jero S.A.S. mediante su apoderado judicial.

Es menester indicar que la prescripción del contrato de seguros se encuentra expresamente regulada en el código de comercio, al respecto el artículo 1081 del C. Co reza:

La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

Ahora bien, tratándose de seguros de responsabilidad se debe entender la ocurrencia del siniestro según lo regulado en el artículo 1131 del Código de Comercio, pues, indica que: *“en el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”*.

Es muy claro que la norma menciona que, para el asegurado, el siniestro ocurre cuando: 1. La víctima le formula petición extrajudicial 2. La víctima le formula petición judicial. No obstante, en el primer caso no existe formalidad alguna. Por tanto, una vez se presente cualquiera de los dos eventos comenzara a correr el termino de prescripción.

Por otro lado, es muy importante resaltar la confesión a través de apoderado como medio de prueba, pues, al respecto el artículo 193 del Código General del Proceso señala que *“La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual*

se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.”

En el caso concreto quedó probado durante el transcurso del proceso que las acciones derivadas del contrato de seguro prescribieron, toda vez que la supuesta víctima realizó petición extrajudicial al asegurado el día 08 de abril del 2015, y este tuvo pleno conocimiento de esta ese mismo día, tal y como se puede apreciar en la petición adjunta con la demanda:

Cali - Av 6A Bis #35N-100. Of. 212. Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

Número Folios: 3 104

Abat 8/2015

Santiago de Cali, 8 de abril de 2015

Señores

JERO S.A.S.

Atención,
Señor

Jerónimo Jiménez Aguirre



Referencia: 1. notificación sobre afectación de muros y tanque de reserva por asentamiento de terreno, y afectación de la prestación de servicios de la empresa Lava Autos El Peñón.
2. Incumplimiento a la orden impartida por el DAGMA para las pruebas de bombeo.
3. Afectación derechos fundamentales y recursos naturales que inciden directamente en la prestación del servicio de la empresa que represento con grave incidencia económica y moral entre otros.

Cordial saludo,

Al punto 1.

Teniendo en cuenta que ya es de su conocimiento la afectación del pozo Vc-888 de la empresa Lava Autos El Peñón, en el cual se presentaron alteraciones a las características hidráulicas de dicho pozo, y a su vez el gran impacto y afectación ambiental generada al nivel freático y desvío de los acuíferos y/o aguas subterráneas de la zona de influencia a causa de la gran excavación de la obra Hotel La Sagrada Familia.

Queremos manifestarles que como consecuencia de lo antes mencionado se están presentando nuevos inconvenientes graves como son, asentamientos de terreno por la ausencia del agua y generación de cavernas por donde corría el recurso hídrico, causándose aplastamiento y/o asentamiento del terreno, los cuales han incidido en nuestros muros perimetrales del predio donde está ubicado Lava Autos El Peñón, generando enormes y visibles grietas en muros, paredes, pisos y más importante aún, fisura de nuestro tanque de reserva o almacenamiento de agua actual.

Motivo por el cual entramos en un proceso de reparación inmediata de este, ya que es nuestro elemento fundamental y esencial para poder almacenar el recurso hídrico base de nuestro trabajo diario. Situación está que nos conlleva a generar gastos importantes y pérdidas de ingresos representativos por todos los motivos expresados anteriormente.

Consideramos también que las continuas explosiones con dinamita han afectado las cimentaciones de los muros perimetrales causando además un leve desplome en parte de ellos, que aunado con los asentamientos del terreno, hacen que se aumenten cada vez más en tamaño estas grietas y el posible colapso de estos muros en corto plazo. Situación que se tendrá que corregir mediante un reforzamiento de estos muros y pisos

*Ver relación fotográfica.

La anterior prueba documental debe ser analizada junto con la confesión mediante apoderado judicial que reposa en los hechos de la demanda y la contestación a los mismos que realizó el asegurado Jero S.A.S., como se puede observar en el expediente del proceso de la referencia, pues en el hecho 19º de la demanda se puede observar que, si se le realizó la reclamación al asegurado, como se puede apreciar:

Cali - Av 6A Bis #35N-100. Of. 212. Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

GHA

ABOGADOS & ASOCIADOS

Página 14 | 23

19.- En comunicación dirigida al Representante Legal de JERO S.A.S. del ocho (08) de abril de dos mil quince (2015), se le expresó al mismo por parte de nuestros poderdantes, la preocupación por su falta de compromiso y coordinación para la realización de la prueba técnica de bombeo, la cual no llegó a hacerse más allá que había sido programada por el DAGMA en dos oportunidades (prueba No. 1: a partir del 13 de marzo -- prueba No. 2: a partir del 1 de abril), generando así a los demandantes unas pérdidas económicas considerables puesto que se suspendieron labores en el establecimiento LAVAUTOS EL PEÑON a fin de dar cumplimiento a lo ordenado (anexo No. 24).

Además, se notificó al en ese entonces presunto infractor, de las reparaciones que se llevarían a cabo y que se reclamarían a futuro como afectación patrimonial por los defectos que se empezaron a manifestar con enormes y visibles grietas en los muros perimetrales del predio, el tanque de reserva, paredes y pisos del establecimiento de comercio por el asentamiento del terreno debido a la ausencia de agua en el subsuelo, aunado a que esta condición arquitectónica se exasperó por

continuos ejercicios de manipulación de explosivos que afectaron en gran medida las cimentaciones en general del inmueble. (Anexo No. 24 – Con fotografías)

Aunado a esto, en la contestación a la demanda el asegurado, Jero S.A.S., respondió frente al anterior hecho de la siguiente manera:

AL HECHO 19.- PARCIALMENTE CIERTO El día 08 de abril de 2015 se recibió en las obras del Hotel La Sagrada Familia una comunicación por parte de IVÁN ALONSO PENILLA en el que manifestaba sus inconformidades respecto a la realización de las pruebas de bombeo, sin embargo, **NO ES CIERTO** que hubiera falta de compromiso por parte de mi cliente, lo que pretendía el peticionario era que JERO S.A.S asumiera los costos de las adecuaciones y remodelaciones supuestamente realizadas en el establecimiento de comercio.

No se encuentra probado dentro de la demanda que las supuestas grietas y asentamientos observados en la planta física del local comercial se hubieran causado producto de las obras que se desarrollaban en la Sagrada Familia. Cabe resaltar que ninguna otra edificación aledaña a las obras presentó daños en su estructura ni fachadas.

Como se observa, no sólo obra dentro del expediente una prueba documental que acredita que los demandantes formularon petición extrajudicial de indemnización a Jero S.A.S., sino que, además,

el mismo apoderado de la asegurado confesó en la contestación de la demanda que su representada había recibido, para el día 8 de abril de 2015, de parte de los actores una petición extrajudicial solicitando la indemnización de los costos de las adecuaciones y remodelaciones realizadas en el establecimiento de comercio de propiedad de las víctimas.

Visto lo anterior, es claro que el fenómeno prescriptivo ordinario de dos (2) años comenzó a correr respecto del asegurado Jero S.A.S. desde el día 8 de abril de 2015 y feneció el 8 de abril de 2017, pues, no podría entenderse surtido de otra manera dicho plazo legal si se tiene en cuenta las pruebas documentales obrantes dentro del proceso y la confesión que mediante su apoderado realizara la sociedad asegurada.

Siendo lo anterior así, y en virtud de la realidad probatoria obrante en el proceso, se tiene que se configuró el fenómeno prescriptivo bienal contemplado en el artículo 1081 del Código de Comercio dado que, habiendo recibido de parte de las víctimas petición extrajudicial reclamando la respectiva indemnización para el día 8 de abril de 2015, Jero S.A.S. tenía hasta el 8 de abril de 2017 para afectar la póliza No. 4000019, so pena de que operara el fenómeno estudiado.

En la medida en que Jero S.A.S. efectuó el llamamiento en garantía a HDI Seguros S.A. hasta el 10 de agosto de 2018, es decir, un (1) año y cuatro (4) meses después de que se había completado el término prescriptivo ordinario consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio, es claro que la obligación condicional a cargo de mi representada se extinguió de conformidad con el numeral 10º del artículo 1625 del Código Civil, es decir, por prescripción.

B. LA POLIZA NO PUEDE AFECTARSE AL EXISTIR UN INCUMPLIMIENTO DE LAS GARANTIAS POR PARTE DEL ASEGURADO

Como se dejó advertido en el proceso judicial, el citado contrato de seguro había terminado de forma automática desde que Jero S.A.S. incumplió las garantías con las cuales se había comprometido. Toda vez que no acató las recomendaciones dadas por la autoridad administrativa y desconoció las garantías pactadas.

Para la prosperidad del presente reparo, debe tenerse en cuenta que el artículo 1061 del Código de Comercio define las garantías dentro del contrato de seguro de la siguiente forma:

ARTÍCULO 1061. <DEFINICIÓN DE GARANTÍA>. Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.

La garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla.

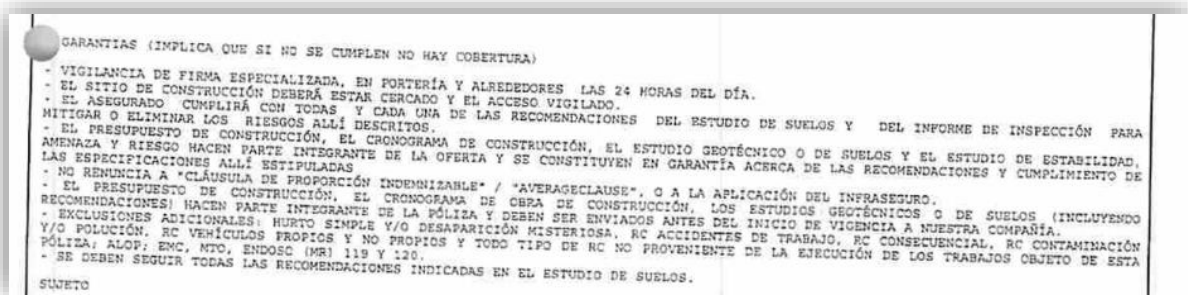
La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción.

Como se observa, el incumplimiento de las garantías por parte del asegurado implica la terminación automática del contrato de seguro cuando dichas promesas fueron incumplidas después de la celebración de negocio jurídico asegurativo.

Descendiendo al caso en concreto, se tiene que en la póliza No. 4000019, se pactaron como garantías a cargo del asegurado las siguientes:

Cali - Av 6A Bis #35N-100. Of. 212. Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436



Ahora bien, en lo atinente al cumplimiento del asegurado, Jero S.A.S., respecto de cada una de las garantías anteriormente referenciadas, se tiene que es posible dilucidar como se comportó el asegurado respecto de la prestación que había pactado a favor de la compañía aseguradora, en los términos del artículo 1061 del Código de Comercio, revisando la misma sentencia proferida por el a quo:

[...] no puede pasar desapercibido para el Despacho que el componente de demolición parcial de losa de entrepiso edificio 5 y reposición (ampliación) en 2º piso más sótanos **no contaba con plan de mejoramiento** y que en el informe técnico No. 184-2015 de agosto de 2015, el que contenía en el análisis de los resultados de la prueba de bombeo efectuada los días 18, 19 y 20 de julio de 2015, en donde se corroboró existencia de afloramientos de aguas subterráneas en la obra Hotel La Sagrada Familia y afectación negativa de los niveles estáticos del aljibe Vc 886, se impartieron una serie de recomendaciones que le fueron notificadas a Jero S.A.S. Con posterioridad en oficio de fecha 15 de septiembre de 2015, la directora del DAGMA también efectuó una serie de requerimientos a dicha compañía con el fin de mitigar los efectos de la disminución del nivel estático del aljibe. Dicha funcionaria en oficio del 14 de octubre de 2015 dirigido al Ministerio del Medio Ambiente dio cuenta del incumplimiento del constructor de la obra de entregar los afloramientos al aljibe Vc 886 para su uso.

El DAGMA en el informe técnico No. 223-2015 dio a conocer al representante legal de Jero S.A.S. una serie de medidas que debía adoptar, entre ellas: **la actualización del plan de manejo del acuífero** acorde al artículo 96 del Acuerdo 373 de 2014 (POT); descargar los caudales de los afloramientos de aguas subterráneas al aljibe Vc 886, esto durante el tiempo restante de la obra y en su funcionamiento, bajo unas condiciones técnicas informadas por el DAGMA; y como medida transitoria y durante el proceso de presentación de la actualización del Plan de Manejo del acuífero, su aprobación y su implementación, la obra Hotel La Sagrada Familia deberá tomar las medidas técnicas, administrativas y financieras necesarias para instalar de manera provisional y en un tiempo

no mayor de tres días, a partir de la notificación, una conducción para la descarga del caudal generado actualmente por los afloramientos de la obra, para ser entregados directamente al aljibe Vc 885 en el establecimiento Lava Autos El Peñón, localizado sobre la calle 4 Oeste y Carrera 3- Barrio El Peñón, con el fin de propender por la recarga por inyección de los mismos al acuífero del sector para reducir los impactos producidos por la excavación de la obra.

Ante el incumplimiento de las medidas ordenadas por la autoridad ambiental, esta abrió investigación y formuló pliego de cargos a Jero S.A.S., insistiendo en la actualización del plan de manejo del acuífero incluyendo el manejo de los caudales de los afloramientos de aguas subterráneas durante el tiempo restante en la etapa de obra y en su funcionamiento, buscando con ello favorecer la recarga por inyección del acuífero mediante descarga de estos caudales al aljibe Vc 886 y así reducir los impactos producidos sobre el equilibrio del acuífero por la excavación en la obra; tomar medidas técnicas, administrativas y financieras necesarias, para instalar de manera provisional y en un tiempo no mayor de 3 días de una conducción para la descarga del caudal generado actualmente por los afloramientos de la obra Hotel La Sagrada Familia, para ser entregados directamente al aljibe Vc 886, con el fin de propender por la recarga por inyección de los mismos al acuífero del sector, **para reducir los impactos producidos por la excavación de la obra en mención**; tomar las medidas pertinentes para que la calidad del agua entregada al aljibe Vc 886 no se vea afectada por la actividad de la obra, esto para evitar la contaminación por sedimentos o cualquier otra sustancia.

La compañía demandada decidió no acatar lo ordenado por la autoridad ambiental, da cuenta del incumplimiento el informe de visita adelantada en el mes de marzo de 2016, titulado como informe técnico No. 40-2016 “Visita de control posterior”, en el que se consignó que en el recorrido realizado por la obra, se observó el sistema de manejo del agua subterránea, verificando que a la fecha de la visita no se tenía un punto de descarga de las aguas subterráneas de los afloramientos de la obra al aljibe Vc 886; el manejo que se da al interior de la obra, del agua subterránea, es mediante el bombeo desde la parte baja de las excavaciones hasta un tanque de almacenamiento de dos mil litros y el agua recogida se utiliza en el riego de plantas (...). Por lo expuesto se concluyó que continuaban presentándose afloramientos de aguas subterráneas, que las excavaciones culminaron, que en el manejo del agua subterránea de la obra Hotel La Sagrada Familia, no se tiene punto de descarga de las aguas subterráneas de los afloramientos al aljibe Vc 886, y que el uso del agua subterránea en el proyecto no cuenta con concesión.

Colofón de lo anterior, fue precisamente la decisión tomada por el DAGMA a través de la Resolución No. 4133-010.21.064 del 14 de febrero de 201738, por medio del cual se califica proceso sancionatorio ambiental adelantado por el DAGMA contra la sociedad Jero S.A.S., en ella el Municipio de Santiago de Cali- DAGMA **declaró responsable al representante legal de Jero S.A.S. y a la referida sociedad por no acatar directrices u órdenes y recomendaciones impertidas con el fin de mitigar el daño producido por la excavación realizada en inmediaciones del Aljibe VC 886** imponiendo sanción pecuniaria por la suma de \$37.134.476. Dicho acto administrativo luego de impugnado fue confirmado por la Resolución No. 4133.010.21.662 del 26 de julio de 2017.

Como vemos, sí existió incumplimiento por parte de la demandada Jero S.A.S. en el acatamiento de ordenes impartidas por la autoridad ambiental, las que buscaban mitigar el daño evidenciado producto de la excavación realizada en desarrollo de la obra Hotel La Sagrada Familia, por tanto el daño antijurídico cuya existencia constató el Despacho, se perpetuó por la desatención e incumplimiento por parte de la firma constructora de las medidas y ordenes comunicadas por el DAGMA, lo que sin lugar a dudas permite imputarle a la sociedad demandada responsabilidad a título de omisión en el cumplimiento de disposiciones emanadas de autoridad competente, lo que sin duda agravó la situación del establecimiento de comercio Lavautos El Peñón en lo que respecta a su funcionamiento y prestación del servicio.” (énfasis propio).

Como se observa de la sentencia que ahora se recurre, Jero S.A.S., el asegurado, incumplió todas y cada una de las garantías pactadas en la póliza No. 4000019, pues, a pesar de que se había comprometido con la aseguradora, en los términos del artículo 1061 del Código de Comercio, a cumplir todas y cada una de las recomendaciones del estudio de suelos y del informe de inspección para mitigar o eliminar los riesgos allí descritos, acatar los estudios geotécnicos o de suelos (incluyendo recomendaciones) y en general, a seguir todas las recomendaciones indicadas en el estudio de suelos, la sociedad asegurada no acató las recomendaciones formuladas por el DAGMA para mitigar los daños que se habían producido respecto del Aljibe VC 886, comportamiento que, sin lugar a dudas, constituyó un incumplimiento de las garantías pactadas en el contrato de seguro.

En la medida en que estaba demostrado que el asegurado incumplió el contrato de seguro al no seguir las recomendaciones formuladas por el DAGMA, se imponía como única solución jurídicamente viable aplicar la terminación automática del contrato de seguro materializado en la póliza No. 4000019, declarando que no existía cobertura frente al siniestro presentado.

C. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.

En el remoto evento en que el Juez de Tutela deje sin efectos la decisión de segunda instancia y que, por consiguiente, nazca la obligación condicional de mi representada, deberá tener en cuenta

Cali - Av 6A Bis #35N-100. Of. 212. Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada, pues señala que *“El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”*.

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, **el valor de la prestación a cargo de la aseguradora**, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, **se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado**, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización² (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción de riesgo asumido.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito a la sala tomar en consideración que, aun cuando en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, en todo caso, dicha póliza contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta en el remoto e improbable evento de dejar sin efectos la decisión de segunda instancia.

Igualmente, deberá considerarse que el amparo cubierto tiene un tope que depende de la disponibilidad para su pago, en tanto que en periodo de vigencia de la póliza pudo haberse presentado otro siniestro o diversos eventos que agoten los montos pactados en el contrato de seguro, condición que deberá ser tenida en cuenta por la sala en el evento de encontrar configurado el riesgo asegurado.

CAPÍTULO V PETICIÓN

En virtud de lo expuesto solicito respetuosamente que el Consejo de Estado al resolver la acción de tutela disponga:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción constitucional al no haberse configurado defecto fáctico o defecto sustantivo alguno, como tampoco se evidencia relevancia constitucional, por ello, no se cumplió con los requisitos de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial.

SEGUNDO: Que en el remoto caso en que se encuentren acreditados los requisitos de procedibilidad de la presente acción constitucional, solicito comedidamente **NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA TUTELA**, por cuanto no se ha vulnerado el derecho constitucional al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

TERCERO: Que en el hipotético caso en que se concedan los derechos fundamentales del accionante y se acceda más allá de las pretensiones de aquél, se absuelva a mi procurada de cualquier tipo de condena y se tengan en cuenta las condiciones señaladas en el acápite pertinente a la póliza descrito tanto en esta contestación como durante todo el trámite del proceso.

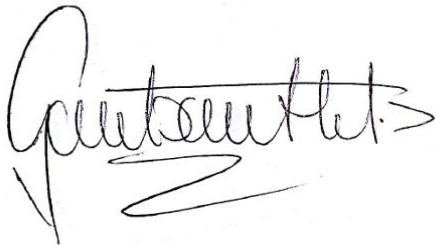
CAPÍTULO V. ANEXOS

- Poder especial suscrito otorgado por HDI SEGUROS SA. conferido al suscrito.
- Certificado de Existencia y Representación Legal de HDI SEGUROS S.A.

CAPITULO VI. NOTIFICACIONES

Al suscrito, en la Avenida 6 A Bis No. 35N-100 oficina 212 de la Ciudad de Cali (V), correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA
C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.
T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.