

Señores,

**JUZGADO QUINTO (5º) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI (V)**

[adm05cali@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:adm05cali@cendoj.ramajudicial.gov.co)

[of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**ASUNTO:** ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 1ª INSTANCIA  
**MEDIO DE CONTROL:** REPARACIÓN DIRECTA  
**DEMANDANTE:** LUZMILA YOMARA CHANG BERMÚDEZ Y OTROS  
**DEMANDADO:** EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P – EMCALI  
**LL. EN GARANTÍA:** LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, ALLIANZ SEGUROS S.A., Y UNIÓN TEMPORAL O & F. (ONCOR LTDA. Y FORTOX S.A.).  
**RADICACIÓN:** 76001-33-33-005-2021-00124-00

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, manifiesto que **REASUMO** el poder a mi conferido y encontrándome dentro del término legal, presento los respectivos **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del proceso de la referencia, solicitando desde ya que se profiera **SENTENCIA FAVORABLE PARA MI REPRESENTADA**, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas al momento de contestar la demanda y el llamamiento en garantía.

## I. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR ALEGATOS

El Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral del Circuito de Cali (V) mediante auto de sustanciación No. 234 proferido en la audiencia de pruebas del día 20 de marzo de 2024 resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

*“(…) **se corre traslado común a las partes por el término de diez (10) días hábiles**, contados a partir del día siguiente de la celebración de la presente audiencia, para que formulen sus alegatos de conclusión por escrito, advirtiéndose que durante el mismo término el señor Procurador Judicial delegado ante este Despacho podrá presentar concepto si a bien lo tiene, al tenor del aparte final de la citada norma.” (subrayado y negritas propias).*

En ese sentido, los diez (10) días de traslado para alegar de conclusión transcurrieron de la siguiente forma: 21 y 22 de marzo y 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9 y 10 de abril de 2024<sup>1</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, se presentan los alegatos de conclusión del proceso de la referencia de manera oportuna dentro del término legalmente conferido.

<sup>1</sup> No se encuentran dentro de los diez (10) días de traslado para alegar de conclusión las fechas del 25 de marzo al 29 de marzo de 2024 por lo dispuesto en el literal a) del artículo 1º de la Ley 31 de 1971 “por la cual se modifica parcialmente el Decreto número 546 de 1971 y se dictan otras disposiciones”. Que dispone lo siguiente: “ARTÍCULO 1º. El artículo 20. del Decreto número 546 de 1971, quedará así: Para todos los efectos legales, los días de vacancia judicial son los siguientes: a) Los días domingos y festivos, cívicos o religiosos, que determina la ley y **los de la Semana Santa.**”

## II. PROBLEMA JURÍDICO

El Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral del Circuito de Cali (V), mediante auto interlocutorio No. 434 proferido en audiencia inicial del 21 de noviembre de 2023 llevada a cabo de manera virtual, fijó el litigio dentro del proceso de la siguiente manera:

### “4. FIJACIÓN DEL LITIGIO

(...)

*Teniendo en cuenta el escrito de la demanda, sus contestaciones tanto de la parte demandada como de las entidades llamadas en garantía, el litigio se fija en los siguientes términos:*

*Consiste en determinar si la entidad demandada, Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P – EMCALI, es administrativamente responsable de los perjuicios extrapatrimoniales que aducen haber sufrido los demandantes, con ocasión del fallecimiento del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez ocurrido el pasado 7 de enero de 2020 en la planta de tratamiento de agua potable Puerto Mallarino de esta ciudad.*

*En caso afirmativo debe establecerse si hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios reclamados con la demandada y la responsabilidad que les corresponde a cada una de las entidades llamadas en garantía, conforme a la póliza de seguro de responsabilidad correspondiente.*

(...)”

No sobra advertir desde ya que los problemas jurídicos planteados por el despacho deben ser resueltos de manera negativa, es decir, no le asiste ningún tipo de responsabilidad a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P – EMCALI por los hechos que han sido objeto de juzgamiento y, por contera, tampoco le asiste ningún tipo de responsabilidad a mi representada, por el supuesto daño que de manera injustificada se le pretende endilgar al asegurado, siendo entonces necesario negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda ante la existencia de una causal de exoneración denominada hecho de un tercero.

## III. TESIS DE LA ASEGURADORA

Las tesis que sostendrá Allianz Seguros S.A. a lo largo de los presentes alegatos de conclusión serán las siguientes:

1. Inexistencia de responsabilidad de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P – EMCALI por encontrarse configuradas las causales eximentes de la misma denominadas hecho exclusivo y determinante de la víctima en la producción del daño y el hecho de un tercero.

2. Ausencia de falla en el servicio.
3. Reducción de la indemnización como consecuencia de la exposición imprudente de la parte demandante al daño.
4. Insuficiencia probatoria de los perjuicios morales reclamados y su inimputabilidad.

En subsidio de lo anterior, y en el remoto e hipotético caso de que el despacho acceda a las infundadas pretensiones de la demanda, Allianz Seguros S.A. sostendrá las siguientes tesis frente a su vinculación como llamada en garantía:

5. Inexistencia de obligación indemnizatoria a cargo de Allianz Seguros S.A. por no haberse realizado el riesgo asegurado en la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 022557836/0.
6. La póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 022557836/0 opera en exceso del límite de Responsabilidad Civil Extracontractual que la Ley exige para este tipo de actividad o, el límite que tal firma tenga contratado para estos efectos, el que sea mayor, pero en todo caso no será inferior a 400 SMLM.
7. Exclusiones de amparo en la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 022557836/0.
8. Límites máximos de responsabilidad en la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 022557836/0.
9. Coaseguro e inexistencia de responsabilidad solidaria.
10. Eminente carácter indemnizatorio que reviste el contrato de seguro convenido en la póliza de responsabilidad civil extracontractual no. 022557836/0.
11. Garantías pactadas en la póliza de responsabilidad civil extracontractual no. 022557836/0 tienen plena validez y fueron aceptadas por el tomador del contrato de seguro.
12. Pago por reembolso.
13. Disponibilidad del valor asegurado.

#### **IV. ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS**

##### **4.1. INTERROGATORIO DE PARTE LUZMILA YOMARA CHANG BERMÚDEZ**

###### **4.1.1. CONTENIDO DE LA PRUEBA**

En audiencia de pruebas llevada a cabo ante este despacho compareció la demandante Luzmila Yomara Chang Bermúdez para absolver interrogatorio de parte decretado en audiencia inicial, de

la declaración rendida por la demandante se traen a colación apartados de la misma que son relevantes para resolver el caso en concreto, veamos:

*“Apoderado Allianz Seguros S.A: Señora Yomara en uno de los hechos de la demanda su apoderado judicial refiere de que el accidente ocurrió prácticamente cuando ellos estaban recorriendo barrio, cuando su hijo estaba recorriendo el barrio en conjunto con un amigo, ¿podría explicarnos o darnos más bien el nombre, si lo conoce, ¿quién era el amigo de su hijo?*

*Luzmila Yomara Chang Bermúdez: Yo tengo conocimiento de que él con Kevin se conoció para diciembre, para los días de diciembre se conoció con Kevin, con el otro niño nunca lo conocí, tampoco lo conoció Wilfredo (...)*

**Apoderado Allianz Seguros S.A.: ¿Ósea que prácticamente usted no tenía ninguna información ni el señor Wilfredo tampoco pues del joven del que se refiere que era amigo de su hijo?**

**Luzmila Yomara Chang Bermúdez: No, yo no lo conocía (...)**

(...)” (subrayado y negritas propias).

#### 4.1.2. HECHOS DEMOSTRADOS – HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA

Con el interrogatorio de parte de la señora Luzmila Yomara Chang Bermúdez queda demostrado, entre otras cosas, que la parte actora si bien afirmó cuidar al menor del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.), se tiene que lo hacía de manera despreocupada, pues ni siquiera se interesaba en saber quiénes eran sus amistades, circunstancia que fue decisiva para el fatídico hecho que ahora ocupa la atención del despacho, pues una de esas amistades desconocidas fue quien ánimo al menor en cuestión a burlar y agredir a los guardas de seguridad que cuidaban el inmueble propiedad de EMCALI, todo ello para ingresar de manera irregular y subrepticia al predio.

#### 4.2. TESTIMONIO EDWIN MOLINA DURAN

##### 4.2.1. CONTENIDO DE LA PRUEBA

Ante este despacho compareció el señor Edwin Molina Duran quien se desempeñaba como guardia de seguridad en la planta de tratamiento de agua potable Puerto Mallarino de la ciudad de Cali, frente a la declaración Molina Duran resulta pertinente traer a colación el relato de cómo sucedieron los hechos que ahora ocupan la atención del despacho:

“(...)

*Juez Quinto (5) Administrativo Oral del Circuito de Cali: ... cuénteme que sabe al respecto.*

*Edwin Molina Duran: El día 7 de enero de 2020, estábamos prestando servicio de vigilancia a los bienes inmuebles de las Empresas Municipales de EMCALI con el compañero Edwin Navía, siendo más o menos la una y media de la tarde, varias personas se encontraban en la parte externa de la planta, interrumpieron dañando el muro perimetral para ingresar hacia la parte interna de la planta, dañando las paredes perimetrales, ingresando y automáticamente atacándonos a nosotros verbalmente y con piedras para poder ingresar ellos a bañar, eran alrededor de 30 o 40 adolescentes, más o menos, eran muchas personas.*

*Juez Quinto (5) Administrativo Oral del Circuito de Cali: ese hecho al que usted hace referencia, ¿eso sucedió el 7 de enero?, lo que usted hace referencia, ¿sucedió el 7 de enero?(...)*

*Edwin Molina Duran: sí.*

*(...)*

*Apoderada Emcali: (...) luego de que paso el suceso, ¿ustedes qué hicieron?*

*Edwin Molina Duran: Llamamos a la unidad, a la PONAL, la verdad había mucha gente, lo primero que la gente hizo fue comenzar a agredirnos a nosotros, nos agredieron a mí y al compañero y nos hicieron prácticamente como retroceder del punto, porque las agresiones ya venían con piedras con palos, hasta muchas veces con armas blancas que querían agredir la integridad física de nosotros y automáticamente cuando llegó la Policía, mucho apoyo de la PONAL, y ya fue la PONAL la que se encargó de sacar a las personas (...)*

*(...)*

*Apoderado de la O & F: (...) ustedes cuando advertían que se rompían los muros o que entraban varias personas, ustedes dentro de su formación podrían usar armas de fuego, usar violencia, usar algún tipo de fuerza frente a eso, o, ¿cómo era el procedimiento que ustedes tenían o estaban llamados a ejercer?*

*Edwin Molina Duran: Un tiempo para acá, la consigna fue de que nos quitaron las armas de dotación y lo que procedíamos siempre era verbalmente decirles a las personas de que no ingresaran al inmueble, porque era un bien privado de EMCALI, de las empresas municipales, siempre se les hacía la recomendación a las personas normalmente, porque nosotros no somos autoridad competente para entrar al choque, la seguridad privada no es competente para eso (...) y ya cuando las personas ingresaban de forma grotesca y violenta contra nosotros, la Policía nos colaboraba sobre sacar a las personas del perímetro.*

*(...)"*

#### 4.2.2. HECHOS DEMOSTRADOS – HECHO DE LA VÍCTIMA Y EXCLUSIONES PACTADAS EN LA PÓLIZA No. 022557836/0 COMO LO SON LOS ACTOS MALINTENCIONADOS DE TERCEROS Y LAS CONMOCIONES POPULARES

Con el testimonio del señor Edwin Molina Duran queda probado que el daño demandado tiene, en realidad, su génesis, en el comportamiento de la propia víctima que se sirvió de la violencia para ingresar a un predio de propiedad privada aún contra la voluntad de los guardias de seguridad que custodiaban la planta de tratamiento de agua potable Puerto Mallarino de la ciudad de Cali.

De igual forma, el testimonio del señor Edwin Molina Duran acredita que el daño se presentó en medio de actos malintencionados de terceros y/o en medio de una conmoción popular que intentaba violar el perímetro de la planta de tratamiento de agua potable Puerto Mallarino de la ciudad de Cali, por lo que, en virtud del artículo 1056 del Código de Comercio y la facultad de las compañías aseguradoras consistente en asumir riesgos a su arbitrio, se tiene que los hechos *sub judice* se encuadran perfectamente en las exclusiones pactadas, circunstancia que hace imposible proferir cualquier condena frente a mi representada por un riesgo que no asumió y que, por el contrario, excluyó expresamente del amparo otorgado.

#### V. INEFICACIA PROBATORIA DE LAS FOTOGRAFÍAS, VIDEOS Y RECORTES DE PRENSA ALLEGADOS POR LA PARTE ACTORA

Para acreditar la supuesta falla del servicio que se endilga a la demandada, los actores aportan fotografías sin certeza de su fecha o de su autoría, por lo que es necesario reprochar su capacidad suasoria en el proceso de referencia, solicitándole al despacho negar validez a dichos registros fotográficos según la jurisprudencia del Consejo de Estado que se pasa a referenciar.

Sobre el valor probatorio y suasorio de fotografías como las allegadas por los demandantes el Consejo de Estado ha mencionado lo siguiente:

*“9.1. Las fotografías aportadas por la parte actora (f. 41 c.1) no podrán ser valoradas toda vez que **no hay certeza sobre la persona que las realizó, ni sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que fueron tomadas y que determinarían su valor probatorio.** En estos términos y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil<sup>1</sup>, vigente para la época en la cual se presentó la demanda y aplicable en virtud de la remisión contenida en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, las mencionadas fotografías no pueden ser consideradas como documentos auténticos.”<sup>2</sup> (subrayado y negritas propias).*

La anterior tesis jurisprudencial ha hecho carrera dentro de la corporación y ha sido reiterada en varias sentencias como las del 19 de noviembre de 2021 y 22 de noviembre de 2021:

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Magistrado Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicado No. 25000-23-26-000-2000-00340-01(28832)

“7. Las fotografías y planos aportados al proceso (f. 45 y 46 c. 1 y f. 276 a 286 c. 2) no serán valorados, porque según criterio uniforme de esta Sala, conforme al artículo 252 CPC, hoy 244 CGP, no se tiene certeza de la persona que los realizó y tampoco de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que fueron tomadas las fotografías y elaborados los planos.”<sup>3</sup>

“8. Las fotografías aportadas al proceso (f. 68 c. 3) no serán valoradas, porque según criterio uniforme de esta Sala, conforme al artículo 252 CPC, hoy 244 CGP, no se tiene certeza de su origen, el tiempo y el lugar en las que fueron tomadas.”<sup>4</sup>

Como se observa, las fotografías de los demandantes adolecen de los mismos defectos que tanto criticó la jurisprudencia del Consejo de Estado: no se tiene certeza de su origen, tiempo y lugar en que se tomaron.

Por otro lado, frente a los recortes y/o pantallazos de prensa y redes sociales aportados junto con la demanda, conviene recordar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido absolutamente clara frente a la tenue eficacia probatoria de dichos documentos, pues, lo cierto es que serán medios auxiliares a otros que acrediten la responsabilidad aquiliana de la Administración Pública. En ese sentido, véase, por ejemplo, la Sentencia del 28 de agosto de 2013<sup>5</sup> con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero:

“2. De otro lado, en relación con la valoración de los recortes de prensa o periódicos que fueron allegados como prueba, y que obran de folio 13 y 14 del primer cuaderno, es necesario reiterar la reciente jurisprudencia de la Sala Plena, ya que en providencia reciente puntualizó:

“Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental. Sin embargo, **en principio solo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez.** En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que **las publicaciones periodísticas “...son indicadores sólo de la percepción del**

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 19 de noviembre de 2021. Magistrado Ponente: Guillermo Sánchez Luque. Radicado No. 05001-23-31-000-1998-01260-01(46234)A

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 2 de noviembre de 2021. Magistrado Ponente: Guillermo Sánchez Luque. Radicado No. 18001-23-31-000-2001-00320-01(44648)

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Radicado No. 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022).

**hecho por parte de la persona que escribió la noticia**”, y que si bien “...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) **no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen**”. Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos. Consecuentemente, a **las noticias o informaciones que obtengan los medios de comunicación y que publiquen como reportaje de una declaración, no pueden considerarse por sí solas con el carácter de testimonio sobre la materia que es motivo del respectivo proceso**. En relación con este último punto el Consejo de Estado ha indicado que “...las informaciones publicadas en diarios no pueden considerarse dentro de un proceso como prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio de prueba, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho...” por cuanto es sabido que el periodista “...tiene el derecho de reservarse sus fuentes.”<sup>6</sup>” (subrayado y negritas propias).

Ahora bien, de las pruebas aportada por los demandantes, en especial del Informe Ejecutivo del CTI no se puede desprender responsabilidad alguna en contra de la demanda, pues lo cierto es que los funcionarios que realizaron tal informe no presenciaron de manera directa los hechos *sub judice* y se valieron de una percepción posterior de los mismos, por lo que en ese sentido debe primar la declaración del señor Edwin Molina, testigo presencial de los acontecimientos y quien se desempeñaba como guardia de seguridad de la planta de tratamiento de Puerto Mallarino para el momento de los hechos, la cual fue clara al mencionar que el ingreso a dicho predio de propiedad de EMCALI se realizó de manera violenta superando la capacidad de reacción de la vigilancia privada debido a la magnitud de personas que intentaban ingresar al predio (más de 30 personas según el declarante).

Como consecuencia de lo anterior y ante la desatención de la carga probatoria en cabeza de la parte actora, los recortes de prensa y pantallazos de redes sociales no pueden subsanar la deficitaria actividad probatoria llevada a cabo por la demandante, máximo cuando se ha visto que dichas publicaciones periodísticas no son suficientes, por si solas, para acreditar los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado.

## **VI. AUSENCIA DE PRUEBAS QUE RESPALDAN LA TEORÍA DEL CASO DE LA PARTE ACTORA – INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA PROBATORIA – VALORACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LA DEMANDANTE COMO UN INDICIO EN CONTRA DE SUS PRETENSIONES**

De conformidad con el artículo 241 del Código General del Proceso, aplicable a la presente controversia en virtud de los artículos 211 y 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sentencia del 29 de mayo de 2012. C.P. Susana Buitrago Valencia (E); Sección Tercera. Sentencia del 5 de julio de 2012. C.P. Enrique Gil Botero

Contencioso Administrativo, el despacho, al valorar la conducta procesal de la parte demandante, en especial, frente al incumplimiento de su carga probatoria, debe deducir como un indicio en contra de sus pretensiones tal despreocupación con los hechos y la materia a probar.

Para deducir un indicio en contra de las pretensiones de la parte actora, debe iniciarse por recordar que el artículo 167 del Código General del Proceso es claro al disponer que el incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, imposición probatoria que ante su desatención tiene como consecuencia la negatoria de las pretensiones elevadas por quien tenían a su cargo probar, como con acierto lo ha dicho la doctrina.

En efecto, sobre el particular el profesor Jairo Parra Quijano es claro en indicar lo siguiente:

“(...)

#### 9. QUÉ ES CARGA DE LA PRUEBA Y PARA QUÉ SIRVE

*La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y **que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.***

*Utilizamos la palabra para significar que no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte. Por ello se dice: "La jurisprudencia española lo ha entendido correctamente al estimar que la doctrina de los onus probandi tiene el alcance principal de señalar las consecuencias de la falta de prueba".*

*La necesidad surge de la representación que hace la parte, de conseguir un resultado adverso si un determinado hecho no aparece probado. En la simulación, por ejemplo, el que demanda tiene interés que aparezca probado el no pago del precio. No es esa parte libre, porque tiene una necesidad de que el hecho aparezca probado, pero no que necesariamente ella tenga que probarlo como ya lo hemos indicado. Pero en todo caso no hay libertad, porque hay necesidad y ésta la niega.*

*Quien prepara la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad que aparezcan demostrados.*

**La carga de la prueba le permite al juez fallar, cuando el hecho no aparece demostrado, en contra de quien la incumplió.**

(...)

**La jurisprudencia ha dicho que si el interesado en suministrar la prueba no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida o equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones.**<sup>7</sup> (subrayado y negritas propias).

Los efectos de la carga de la prueba y sus consecuencias son plenamente aplicables al proceso de la referencia, máxime si se tiene en cuenta que el asunto que debe resolver el despacho gravita sobre un régimen de responsabilidad subjetiva por falla en el servicio, donde la falla o culpa de la administración debe ser demostrada pues esta no se presume. Sobre el particular la jurisprudencia ha sido bastante clara:

*“Es preciso recordar que, cuando se imputa un daño al Estado con fundamento en una omisión o inacción por su parte, el interesado se encuentra en el escenario de culpa probada y, en consecuencia, está llamado a aportar o, según el caso, solicitar el recaudo de los medios de convencimiento con los cuales se evidencie el supuesto de hecho que alega estructuró una falla en el servicio, **pues de otro modo, al juez no le resta otra posibilidad que negar las pretensiones por la insatisfacción del onus probandi que le asiste al interesado**, conforme con las previsiones del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil<sup>8</sup> .”<sup>9</sup> (énfasis añadido).*

Sobre la carga probatoria de los demandantes cuando se trata de regímenes subjetivos como la falla del servicio, la doctrina nacional ha reiterado la anterior posición jurisprudencial:

*“...es claro que el hecho de que un daño le sea imputable a una persona pública no es suficiente normalmente para hacerla responsable: **es necesario que la víctima demuestre que en su origen se encuentra un mal funcionamiento administrativo**. Se trata de que el actor establezca sobre todo la realidad de los hechos, porque la calificación propiamente jurídica corresponde al juez. Naturalmente, un cúmulo probatorio deficiente pone en riesgo la prosperidad de las pretensiones. Se trata entonces de que, normalmente, **la responsabilidad por falta es una responsabilidad por falta probada**. Según Llorens-Fraysse, “hay responsabilidad por falta probada cuando el juez exige que la falta sea establecida con certeza (habitualmente) el juez no se contenta con indicios”.*

*En consecuencia, **si el demandante no prueba la falla y en el caso concreto ésta no se presume**, aún cuando la Administración nada haga para exonerarse, **el fallo será absolutorio**.*

<sup>7</sup> Parra Quijano, J. (2007). MANUAL DE DERECHO PROBATORIO (Décima sexta ed.). Librería Ediciones del Profesional LTDA. Págs. 249 a 250.

<sup>8</sup> “ARTÍCULO 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia de 22 de noviembre de 2021. Consejero Ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez. Radicado No. 19001-23-31-000-2011-00434-01(53977).

*Ahora bien, la prueba de la falta puede descomponerse en dos elementos, a saber: primero, la prueba del hecho invocado y, segundo, la prueba de su carácter anormal, o sea, la prueba de la violación de las obligaciones administrativas. Esta segunda cuestión es en realidad una operación de calificación jurídica que el actor demanda al juez confirmar, y en la cual interviene la apreciación de éste último.”<sup>10</sup> (énfasis añadido).*

Visto todo lo anterior, nótese que la parte actora no practicó dentro del proceso ni una sola prueba tendiente a demostrar que, para el caso en concreto, la demandada actuó de manera negligente, pues se limitó sin vocación de éxito alguno a traer al proceso recortes de prensa y/o grabaciones de noticias televisivas, pero en ningún momento aportó, solicitó o practicó alguna prueba con el fin de demostrar que frente al menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) se hubiese actuado de forma irregular.

Además de las pruebas que obran en el expediente y los testimonios practicados, especialmente el de Edwin Molina quien se desempeñaba como guardia de seguridad para el momento de los hechos, permiten acreditar que el daño demandado acaeció como consecuencia del actuar de la propia víctima, lo cierto es que para el caso en concreto debe operar con todas sus consecuencias la carga de la prueba, pues ante la desatención de la misma por parte del demandante, no le queda otro remedio al despacho que negar las pretensiones de la demanda.

De igual forma y atendiendo a la inobservancia de la carga probatoria que recaía en cabeza de la parte actora, el despacho podrá, de conformidad con el artículo 241 del Código General del Proceso, deducir un indicio en contra de las pretensiones del demandante, pues no se explica como en un asunto de tal importancia, la conducta desplegada por el accionante se limitó a aportar algunos documentos y a ser totalmente pasiva en el debate probatorio.

## VII. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

Con los argumentos que se pasaran a exponer, es posible responder a los problemas jurídicos propuestos por el despacho de la siguiente manera:

- (...) *determinar si la entidad demandada, Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P – EMCALI, es administrativamente responsable de los perjuicios extrapatrimoniales que aducen haber sufrido los demandantes, con ocasión del fallecimiento del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez ocurrido el pasado 7 de enero de 2020 en la planta de tratamiento de agua potable Puerto Mallarino de esta ciudad.*

**R//:** Las Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P – EMCALI **NO** es responsable ni administrativa ni patrimonialmente por los perjuicios extrapatrimoniales que aducen haber sufrido los demandantes con ocasión del fallecimiento del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) ocurrido el pasado 7 de enero de 2020 en la planta de tratamiento de agua potable Puerto Mallarino de la ciudad de Cali, pues, contrario a lo afirmado en la demanda, con las pruebas

<sup>10</sup> Saavedra Becerra, R. (2018). De la responsabilidad patrimonial del Estado. Tomo I. Grupo Editorial Ibañez. Págs. 313-314.

practicadas en el proceso, en especial, con el testimonio del guarda de seguridad Edwin Molina, quedó acreditado que el menor junto con un grupo de 30 o 40 personas, según el relato del declarante, entró al predio privado con la ayuda de violencia mediante la utilización de piedras y elementos cortopunzantes, por lo que, además de que la parte actora no cumplió con su carga de la prueba, ha quedado demostrado que el daño demandado tiene su génesis en el propio hecho de la víctima.

- *En caso afirmativo debe establecerse si hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios reclamados con la demandada y la responsabilidad que les corresponde a cada una de las entidades llamadas en garantía, conforme a la póliza de seguro de responsabilidad correspondiente.*

**R//:** En todo caso y a pesar de que se encuentra demostrado que el daño demandado tiene su génesis, fáctica y jurídica, en el propio hecho de la víctima, se tiene que mi representada, Allianz Seguros S.A., no es responsable ni legal ni mucho menos contractualmente, pues lo cierto es que la Póliza No. 022557836/0 excluyó de manera expresa los hechos que rodearon la muerte del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) y en todo caso la misma opera en exceso, por lo que resulta imposible afectar la póliza en cuestión.

## **VIII. ARGUMENTOS QUE DESARROLLAN LAS RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS**

### **8.1. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P – EMCALI POR ENCONTRARSE CONFIGURADA LA CAUSAL EXIMENTE DE LA MISMA DENOMINADA HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO**

El despacho debe negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues, para el caso en concreto, ha quedado demostrado que la muerte del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) obedeció a su propio actuar y al cuidado despreocupado de sus familiares, siendo dichas circunstancias causas adecuadas del trágico suceso ocurrido el día 7 de enero de 2020 en la planta de tratamiento de agua potable Puerto Mallarino de la ciudad de Cali.

Para sustentar el argumento que se ha venido reiterando desde el momento en el que se contestó la demanda y el llamamiento en garantía, debe tenerse en cuenta el testimonio del guarda de seguridad de la planta de tratamiento de agua potable Puerto Mallarino para el momento de los hechos, pues de la declaración del señor Edwin Molano se desprende que el actuar del menor fue decisiva para la producción del daño. En concreto, los aspectos relevantes de dicha declaración son los siguientes:

*“Juez Quinto (5) Administrativo Oral del Circuito de Cali: ... cuénteme que sabe al respecto.*

*Edwin Molina Duran: El día 7 de enero de 2020, estábamos prestando servicio de vigilancia a los bienes inmuebles de las Empresas Municipales de EMCALI con el compañero Edwin Navia, siendo más o menos la una y media de la tarde, varias*

personas se encontraban en la parte externa de la planta, interrumpieron dañando el muro perimetral para ingresar hacia la parte interna de la planta, dañando las paredes perimetrales, ingresando y automáticamente atacándonos a nosotros verbalmente y con piedras para poder ingresar ellos a bañar, eran alrededor de 30 o 40 adolescentes, más o menos, eran muchas personas.

Juez Quinto (5) Administrativo Oral del Circuito de Cali: ese hecho al que usted hace referencia, ¿eso sucedió el 7 de enero?, lo que usted hace referencia, ¿sucedió el 7 de enero?(...)

Edwin Molina Duran: sí.

(...)

Apoderada Emcali: (...) luego de que paso el suceso, ¿ustedes qué hicieron?

Edwin Molina Duran: Llamamos a la unidad, a la PONAL, la verdad había mucha gente, lo primero que la gente hizo fue comenzar a agredirnos a nosotros, nos agredieron a mí y al compañero y nos hicieron prácticamente como retroceder del punto, porque las agresiones ya venían con piedras con palos, hasta muchas veces con armas blancas que querían agredir la integridad física de nosotros y automáticamente cuando llegó la Policía, mucho apoyo de la PONAL, y ya fue la PONAL la que se encargó de sacar a las personas

(...)

(...)

Apoderado de la O & F: (...) ustedes cuando advertían que se rompían los muros o que entraban varias personas, ustedes dentro de su formación podrían usar armas de fuego, usar violencia, usar algún tipo de fuerza frente a eso, o, ¿cómo era el procedimiento que ustedes tenían o estaban llamados a ejercer?

Edwin Molina Duran: Un tiempo para acá, la consigna fue de que nos quitaron las armas de dotación y lo que procedíamos siempre era verbalmente decirles a las personas de que no ingresaran al inmueble, porque era un bien privado de EMCALI, de las empresas municipales, siempre se les hacía la recomendación a las personas normalmente, porque nosotros no somos autoridad competente para entrar al choque, la seguridad privada no es competente para eso (...) y ya cuando las personas ingresaban de forma grotesca y violenta contra nosotros, la Policía nos colaboraba sobre sacar a las personas del perímetro.

(...)” (subrayado y negritas propias).

Podrá entonces observar el despacho que el ingreso del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) a la planta de tratamiento Puerto Mallarino no se debió a un actuar negligente de los funcionarios y trabajadores de la demandada, sino que, por el contrario, obedeció a los actos malintencionados de terceros de los cuales se sirvió el menor para ingresar junto con otras 30 personas al predio privado.

Si bien es cierto que el menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) para el momento de los hechos no era capaz de cometer culpa, según lo previsto por el artículo 2346 del Código Civil modificado por la Ley 1996 de 2019, lo cierto es que dicha circunstancia no implica que el daño sufrido por él mismo no le sea imputable al menos fácticamente, circunstancia que de igual forma permite que opere la causal eximente de responsabilidad alegada. Sobre el particular, la doctrina nacional ha mencionado lo siguiente:

*“(…) si el agente carece de capacidad aquiliana, su actuación no le es imputable, a título de culpa, por lo que se ha desarrollado la noción del hecho objetivamente ilícito, lo cual no obsta para que la imputación se dirija a otra persona, por ejemplo, a aquellas que lo tenían bajo su cuidado o llamadas a responder por sus actuaciones. Y es que, tal y como lo señala García – Ripoll, **“una cosa es que los demás tengan que soportar los daños causados por un loco o un niño, y otra que, además, tengan que indemnizar al loco por sus locuras, o al niño por sus niñerías”**.*

*Se tiene, entonces, que si la víctima no tuviese capacidad de culpa no podría cometer culpa, lo cual, finalmente, implicaría que, aunque hubiese aportado a la ocurrencia del daño, su actuación quedaría “impune”.*

*(…)*

*Es decir, si un menor de 12 años, por ejemplo, atraviesa una vía de forma imprudente e intempestiva, razón por la cual es arrollado y se le causa la muerte, si se exigiese culpa de la víctima, el conductor debería responder cabalmente por el deceso. Esta solución no parece la más razonable, en tanto, sin lugar a dudas, la víctima, si no fue la única causa del daño, al menos aportó causalmente a éste, **razón por la cual, el requisito exigido, más allá de la culpa de la víctima, debe ser un aporte causal, lo cual, indiscutiblemente, lleva la discusión al ámbito del nexos causal.***

*“se afirma que el principio de causalidad justifica que para apreciar la concurrencia de culpa no sea necesario que la víctima sea capaz de culpa civil y **lo que cuenta es su contribución objetiva a la causación del daño**. Como es bien sabido, una regla parecida se expresa en España, cuando se afirma que basta con que la conducta de la víctima puede ser considerada “objetivamente negligente” y que con esa conducta haya contribuido a causar el daño.*

*[...] no es necesario que la víctima sea subjetivamente imputable para que su conducta sea jurídicamente relevante a efectos de reducir la indemnización. **Es suficiente, como mucho, que su comportamiento puede calificarse como negligente objetivamente y que haya contribuido a la producción del daño.**”*

En esa medida, poco o nada importa la capacidad del menor en cuestión para cometer o no culpa aquiliana, pues lo cierto es que su actuar fue decisivo para el nacimiento del daño, sus omisiones frente a las recomendaciones de los guardas de seguridad de la planta y su participación en los tumultos de los que se valió la comunidad para ingresar al predio de propiedad de EMCALI, son circunstancias totalmente ajenas a la demandada e imputables únicamente al actuar de la víctima.

Ahora bien, el fallecimiento del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) no sólo es imputable a su propio actuar, sino, de igual forma, al cuidado despreocupado que ejercieron los demandantes sobre él, pues, recuérdese que, en audiencia de pruebas celebrada ante este despacho, la señora Luzmila Yomara Chang Bermúdez confesó que no conocía las amistades de su hijo, mismas amistades que lo llevaron a la planta de tratamiento de agua potable Puerto Mallarino de la ciudad de Cali y que lo incitaron a burlar la seguridad privada de dicho predio, veamos:

*“Apoderado Allianz Seguros S.A: Señora Yomara en uno de los hechos de la demanda su apoderado judicial refiere de que el accidente ocurrió prácticamente cuando ellos estaban recorriendo barrio, cuando su hijo estaba recorriendo el barrio en conjunto con un amigo, ¿podría explicarnos o darnos más bien el nombre, si lo conoce, ¿quién era el amigo de su hijo?*

*Luzmila Yomara Chang Bermúdez: Yo tengo conocimiento de que él con Kevin se conoció para diciembre, para los días de diciembre se conoció con Kevin, con el otro niño nunca lo conocí, tampoco lo conoció Wilfredo (...)*

**Apoderado Allianz Seguros S.A.: ¿Ósea que prácticamente usted no tenía ninguna información ni el señor Wilfredo tampoco pues del joven del que se refiere que era amigo de su hijo?**

**Luzmila Yomara Chang Bermúdez: No, yo no lo conocía (...)**

(...)” (subrayado y negritas propias).

Frente al interrogatorio de parte rendido por la señora Luzmila Yomara Chang Bermúdez, debe recordarse que la familia es la primera institución – social – responsable del cuidado y protección de los menores de edad, tal y como lo indica el artículo 14 del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006):

*“Artículo 14. La responsabilidad parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, **la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación.** Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.*

*En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar*

*violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.”*  
(subrayado y negritas propias).

Por todo lo anterior, se solicita respetuosamente al despacho negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues de las pruebas practicadas durante todo el proceso, en especial, la declaración del señor Edwin Molina, guarda de seguridad de la planta de Puerto Mallarino para el momento de los hechos, y del interrogatorio rendido por la señora Luzmila Yomara Chang Bermúdez, se desprende fácilmente la conclusión atinente a que las causas fácticas y jurídicas del deceso del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) corresponden a su propio actuar y al actuar despreocupado de sus cuidadores.

## **8.2. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P – EMCALI POR ENCONTRARSE CONFIGURADA LA CAUSAL EXIMENTE DE LA MISMA DENOMINADA HECHO DE UN TERCERO**

Ahora bien, en el hipotético caso de que el despacho decida que no son de recibo los argumentos expuestos anteriormente, se tiene, de igual forma, que el daño sufrido por los demandantes es imputable al actuar negligente de un tercero, pues fue el señor Wilfredo Perlaza, a quien se le delegó el cuidado del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.), quien actuó de manera despreocupada y negligente frente al cuidado de un menor que apenas tenía once (11) años de edad.

La negligencia con la que actuó el señor Wilfredo Perlaza al momento de cuidar de Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) fue tal, que según se confiesa en la demanda, el menor en cuestión alcanzó a recorrer 2 kilómetros que era la distancia que separaba la residencia del tercero en cuestión y la ubicación de la planta de Puerto Mallarino. Todo ello como se observa en la página 21 del libelo genitor:

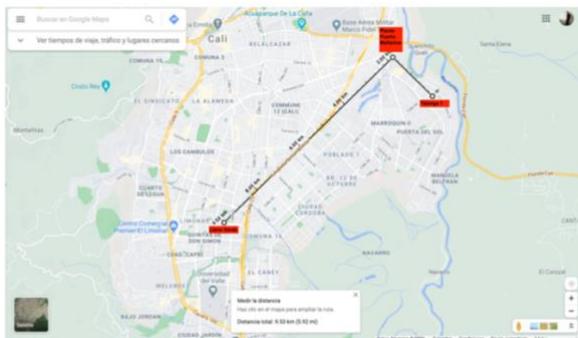


Imagen # 7 captura de pantalla de google maps, distancia entre Talanga 1, la Planta de Puerto Mallarino y el Barrio Llano Verde.

El barrio Talanga 1 está a 1.8 kms de distancia de la Planta de Tratamiento de Puerto Mallarino, y el día 07 de enero de 2021 el niño Ángel estaba de visita donde su padrino el señor Wilfredo Perlaza Perlaza, y estando en ese lugar fue donde vino a buscarlo un compañerito quien lo invito a dar una vuelta por el barrio, de ahí en adelante se desconocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrió el accidente y, con ello, resulta imposible establecer si la participación del niño Ángel resultó cierta, eficaz y determinante en la producción del daño, lo cierto es que la falla en el servicio se concretó por el ahogamiento del niño Ángel por causa la omisión por parte Emcali en el deber de adoptar las medidas necesarias, suficientes y eficaces para impedir que los niños ingresaran y nadaran en el reservorio, y esto se concreta en que no había para el momento del accidente ningún tipo de señalización que le indicara a un niño de 11 años que no podía ingresar a nadar en el reservorio, en que a pesar de que la comunidad había vulnerado los muros lo cual permitía el acceso libre al reservorio, los guardas permitían que los niños ingresaran libremente al sitio a nadar, (cuesta creer que un guardia no está en capacidad de impedir que dos niños entren a nadar a un reservorio de agua), en que la comunidad, los noticieros e incluso algunas autoridades habían elevado voces advirtiendo que esa tragedia podía suceder; sin embargo no hay ninguna evidencia que pruebe que Emcali tomó todas las medidas necesarias para prevenir que el niño Ángel, que no vivía en ese barrio, que estaba de visita, se ahogara.

Nótese entonces como se encuentra probado el hecho de un tercero como causal eximente de responsabilidad, hecho que además fue negligente, pues no se entiende como una persona a la cual se le delega el cuidado de un menor de apenas once (11) años de edad, permite que éste recorra dos (2) kilómetros de distancia y no se percate de su ausencia sino hasta que ocurre una tragedia como la que ahora ocupa la atención del despacho.

Por todo lo anterior, se le solicita respetuosamente al despacho declarar que la muerte del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) fue causada por el hecho de un tercero, negando, consecuentemente, todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

### **8.3. AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO – LA FALLA DEL SERVICIO DEBE SER JUZGADA EN CONCRETO NO EN ABSTRACTO**

Para el caso en concreto, el despacho debe negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda pues lo cierto es que la parte actora fundamenta su demanda en reproches abstractos sin indicar como falló el servicio en el caso en concreto y sin hacer ninguna referencia a los hechos sucedidos el 7 de enero de 2020, circunstancia que impide concretar el débito indemnizatorio a cargo de la demandada, pues lo cierto es que su responsabilidad debe ser apreciada en concreto y no en abstracto.

Para fundamentar el argumento que ahora se propone, debe recordarse que, a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad civil donde el juicio se realiza de forma abstracta comparando al demandado con un buen hombre de familia romano, en la responsabilidad que se ventila ante la jurisdicción contencioso administrativa, el juicio de comparación debe ser realizado de manera concreta, es decir, analizando los medios que tenía al alcance el Estado o el particular que prestaba el servicio público para evitar la causación del daño que se le pretende endilgar y la capacidad de previsión y resistencia que tenía frente dicho suceso. Sobre el particular, la doctrina nacional ha dicho lo siguiente:

#### **“7. LA APRECIACIÓN DE LA FALTA DE SERVICIO**

*Los doctrinantes del derecho administrativo clásico, y entre ellos Hauriou, recalcaron que a diferencia del derecho privado – en el que la falta se apreciaría de acuerdo con tipos ideales, (el bonus paterfamilias romano)–, **en el derecho administrativo la falta del servicio debía analizarse “in concreto” según las particularidades del servicio en causa. Este análisis concreto de la falta del servicio pasa por la ponderación en primer término de las circunstancias específicas en que se produce el daño, en segundo lugar, de los medios con que contaba efectivamente el ente público, y, finalmente, a la previsibilidad del daño causado. La falta, al ser apreciada en función de los citados parámetros (e incluso de otros que podrían agregarse), adquiere un carácter relativo.***

(...)

#### **7.1. EL CARÁCTER CONCRETO DE LA FALTA**

#### 7.1.1. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DAÑO

Se trata de estudiar el funcionamiento de la administración en su contexto real. La referencia a las circunstancias del daño remite así a varios tipos de situaciones, de las que se pueden enumerar, sin pretender ser exhaustivos, las circunstancias de tiempo y de lugar que el juez toma en cuenta para decidir si hubo falta, o bien si esa falta refleja un funcionamiento más o menos desacertado.

(...)

#### 7.1.4. LOS MEDIOS DEL ENTE PÚBLICO

El carácter concreto que puede revestir la apreciación de la falta del servicio público se hace evidente cuando el juez, para aprehender el comportamiento administrativo, tiene en cuenta los medios de los que disponía el servicio para asegurar la misión que dio nacimiento al daño: **el juez va a determinar la extensión de la obligación de la Administración, en función de los medios de que ella dispone para hacer frente a las cargas que se le imponen.**

En principio, esta referencia a los medios se explica lógicamente en la medida en que “nadie está obligado a lo imposible”, por lo que **no es razonable exigir de la Administración un grado de perfección de comportamiento que sus recursos materiales y humanos no le permitirían alcanzar.**

(...)

#### 7.1.5. LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO

Otro de los elementos de la apreciación concreta por el juez administrativo de la administración es la “previsibilidad del daño”. Por regla general, en efecto, **no es suficiente que la Administración haya sido teóricamente capaz de evitar la ocurrencia del daño, sino que, haya tenido la posibilidad real de hacerlo en las circunstancias del caso.** Ello tiene gran importancia para la Administración cuando se trata de prevenir la ocurrencia de un acontecimiento que le es exterior, o de limitar sus efectos. Así, en el ámbito de la responsabilidad hospitalaria, el que un enfermo se suicide o se evada, obligará a que el juez se plantee si su comportamiento anterior había hecho previsible el daño. Que se utilice un medicamento peligroso, y el juez se preguntará si su nocividad era en la época conocida.

**También, en relación con las actividades de policía, juega un papel importante la previsibilidad. En estos casos el juez modula la responsabilidad constatando o negando la falta, según la autoridad administrativa haya estado o no en posesión de informaciones que le permitieran controlar la situación dañosa. Si el juez no va la mayoría de las**

**veces hasta exigir que la administración haya tenido un conocimiento real del peligro, –es decir, que ella hubiera sido informada con certidumbre de que el acontecimiento dañino iba a producirse–, su apreciación reposa sobre la probabilidad de ese acontecimientos y esta surge del descubrimiento a posteriori de indicios que hubieran debido incitar a la administración a estar en guardia, a tomar precauciones particulares y adecuadas para impedir la ocurrencia del daño.** (...)” (subrayado y negritas propias).

Con apoyo en lo anterior, debe observarse, para el caso en concreto, no obra dentro del expediente ninguna prueba que demuestre que para la fecha del fallecimiento del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.), la planta de tratamiento de Puerto Mallarino se encontraba sin vigilancia, contrario a ello, si obran dentro del mismo testimonios que, como el de Edwin Molina, acreditan que el predio propiedad de EMCALI se encontraba vigilado y que el acceso que tuvo el menor fallecido al mismo como otras tantas personas de la comunidad colindante se debió a la violencia con la que los mismos ingresaron.

Por todo lo anterior, y en la medida en que los demandantes no probaron que para el momento del fallecimiento del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) hubiese una falla en la vigilancia en la seguridad, sino que, por el contrario, quedo acreditado que el menor junto con otras personas entraron de manera violenta la predio, solicito respetuosamente al despacho negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en tanto que no se probó de manera en concreto la falla del servicio endilgada injustificadamente.

#### **8.4. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA EXPOSICIÓN IMPRUDENTE DE LA PARTE DEMANDANTE AL DAÑO**

Se reitera el presente argumento para que, en un hipotético y remoto caso en el cual el despacho acceda las infundadas pretensiones de la demanda, el daño demandado sea objeto de reducción, pues, lo cierto es que a su causación concurren en gran medida el hecho de la propia víctima Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) al entrar sin autorización al predio valiéndose de un grupo de personas que ejerció violencia sobre los guardas de seguridad que custodiaban el mismo y por la misma negligencia de las personas que tenían a su cargo el cuidado del menor. Para fundamentar el argumento que ahora se reitera, debe tenerse en cuenta que el artículo 2357 del Código Civil dispone lo siguiente:

*“ARTICULO 2357. <REDUCCION DE LA INDEMNIZACION>. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”*

Sobre la disposición en comento, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado de manera unívoca y reiterada ha expresado que el principio contenido en el artículo 2357 del Código Civil es aplicable igualmente a los casos que conoce la jurisdicción contencioso administrativa cuando se observe que la víctima se expuso de forma imprudente a la causación del daño. Así, por ejemplo, en sentencia del 9 de julio de 2021<sup>11</sup> se dijo lo siguiente:

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ. Bogotá, D.C., cinco (5) de

*“En este punto de la providencia debe la Sala revisar qué participación tuvo la conducta omisiva de los padres frente a su hijo menor y qué incidencia tuvo en el resultado final, pues, toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones sino de aquellos que estuvieron a su cuidado.*

(...)

*Así, los padres y/o custodios tienen el deber de cuidado, crianza, formación, educación, asistencia y ayuda de sus hijos menores, sin que tal obligación pueda ser modificada, regulada ni extinguida por la voluntad privada, sino en los casos en los que la propia ley lo permite.*

*La Sala concluye que Teresa Gutiérrez Vásquez y Jaime Diomedes Martínez eran los padres de Gilber David, de conformidad con su registro civil de nacimiento, razón por la cual su cuidado y vigilancia se encontraba a su cargo.*

*No obstante, tal y como se expuso en precedencia, el menor de 5 años se encontraba atravesando, de un lado a otro, un puente sin barandas, sin cerciorarse de que no existía peligro para hacerlo y, sin ningún tipo de supervisión por parte de sus padres o custodios.*

***En tal escenario, pese a que los ahora demandantes tenían un deber con el niño, consistente en su protección, vigilancia y control, el día del accidente se evidenció una violación a esa obligación de cuidado -por omisión-, pues, se repite, el hecho de que un impúber<sup>12</sup>, de 5 años, se encontrara cruzando solo un puente peligroso, da cuenta de la negligencia y/o desatención al deber asignado a sus responsables. Cuestión que también fue determinante en la producción del daño.***

***Por todo lo anterior, los demandantes no pueden pretender trasladar al Estado la responsabilidad absoluta por el daño que aquí se reclama, pues resulta necesario recordar, con la infinita tristeza que produce el deceso de un menor de edad, que nadie puede sacar provecho o ventaja de su propia culpa.***

*En este punto, cobra relevancia recordar que en la producción de un daño pueden aparecer de manera prevalente varias causas que resultan determinantes en el resultado final y como consecuencia es posible que pueda haber más de un responsable. De manera que no resulta procedente afirmar de manera simple y*

---

marzo de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00682-01(50657). Actor: TERESA GUTIÉRREZ VÁSQUEZ Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE PLANADAS Y OTRO. Referencia: REPARACIÓN DIRECTA.

<sup>12</sup> La víctima directa del daño era impúber, de conformidad con el artículo 34 del Código Civil, que dispone lo siguiente:

**“Artículo 34.** Llamase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el que no ha cumplido catorce años; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún\* años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”.

llana que la sola constatación de la existencia del hecho de un tercero como origen o fuente material, en relación con los daños alegados, resulte suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles -por acción o por omisión- al Estado, comoquiera que se requiere, además, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño<sup>13</sup>.

En consecuencia, en el entendido de que está acreditado que hay dos causas adecuadas del daño, i) la falla del municipio consistente en la insuficiencia de la construcción del puente (sin barandas) y, **ii) la desatención de los padres del niño, el monto de la indemnización se fija en partes iguales ya que, contrario a lo considerado por el tribunal, no resulta ser más determinante la omisión del municipio que la desatención de los padres sino que resultó tan determinante en la producción del daño tanto lo uno como lo otro en igualdad de proporciones, ya que ambas causas tuvieron el mismo efecto en el resultado final.**” (subrayado y negritas propias).

De igual forma, en otro caso decidido por el H. Consejo de Estado, de similares connotación fácticas y jurídicas al asunto de marras, donde un menor falleció al ingresar a un pozo para la recolección de agua, el alto tribunal de lo contencioso administrativo dijo lo siguiente:

“(…)

No obstante la responsabilidad que le incumbe al municipio de Santo Tomás, **también resulta censurable la conducta de los padres.** El artículo 2357 del Código Civil consagra la reducción de la indemnización por concurrencia de culpas en los siguientes términos: “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. Como quiera que **se revela una conducta abiertamente imprudente del menor JONATHAN GONZÁLEZ ZULUAGA, quien para entonces contaba con nueve años y diez meses de edad, lo cual permite inferir que conocía del riesgo existente, al tiempo que los padres permitieron que nadara en el estanque, a pesar de que una obra de ese talante no está destinada a actividades recreativas, desprovisto de las mínimas normas de seguridad y sin el acompañamiento de un adulto, lleva a concluir que el hecho de la víctima y la conducta de sus padres concurrieron con la actividad de la administración, pues existe relación de causalidad entre el daño y aquella, dejando sentado que aquél y sus padres contribuyeron a causar el mismo, dada su participación activa,** lo que impone reducir la condena que habrá de imponerse a la entidad, contribuyendo en igual proporción en el fatal suceso.”<sup>14</sup> (subrayado y negritas propias).

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. CP. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del 19 de noviembre de 2015. Exp. 33967.

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Bogotá, D.C., veintiocho (27) de julio de dos mil once (2011). Radicación número: 08001-23-31-000-1997-02756-01(21052). Actor: RUBÉN GONZALEZ PERTUZ Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE SANTO TOMÁS-ATLÁNTICO. Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Obsérvese de las dos sentencias traídas a colación, como el H. Consejo de Estado valoró las conductas de las víctimas a pesar de tratarse de menores de edad y en especial como en la segunda de ellas imputó parte de la responsabilidad a la víctima directa del daño, un menor de nueve (9) años y diez (10) meses, que, a pesar de su corta edad, en palabras del alto tribunal de lo contencioso administrativo, podía inferir el riesgo existente de sumergirse en un estanque que no estaba destinado para la recreación.

Al igual que ocurrió en los casos decididos por el H. Consejo de Estado, para el caso en concreto se tiene que el menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) de once (11) años de edad contaba con una edad suficiente para discernir el peligro que implicaba sumergirse en el cuerpo de agua almacenado en la planta de tratamiento de Puerto Mallarino, máxime cuando los guardas de seguridad le habían advertido sobre la peligrosidad de su empresa personal y cuando habían tratado de repeler su ingreso, fue tal la imprudencia del menor que, de no valorarla como un hecho exclusivo y determinante de la víctima, por lo menos debe ser valorado en un porcentaje en el que las víctimas asuman el mayor porcentaje del daño.

Ahora bien, con el resto de los demandantes sucede lo mismo, pues el hecho de que el menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) recorriera la ciudad y se alejara hasta dos (2) kilómetros del sitio donde estaba siendo cuidado, aunado al desconocimiento que tenía su figura materna de las amistades con la cuales convivía, refleja que en la causación del daño también intervino la conducta despreocupada y negligente de sus cuidadores que permitían que un menor de tan corta de edad se alejara en distancias considerables de ellos y se relacionara con personas a las cuales ellos desconocían.

Por todo lo anterior y aún a pesar del abundante material probatorio y el testimonio del guarda de seguridad de la planta de Puerto Mallarino para el momento de los hechos que demuestra que el menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) ingresó valiéndose de la violencia de un grupo de personas, solicito respetuosamente se tengan en cuenta los argumentos expuestos, asignándole a las víctimas el mayor grado de participación causal en la producción del daño y reduciendo el mismo a sus justas proporciones.

#### **8.5. INSUFICIENCIA PROBATORIA DE LOS PERJUICIOS MORALES RECLAMADOS Y SU INIMPUTABILIDAD**

En la medida en que el daño sufrido por los actores corresponde a la imprudencia con la cual el menor el menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) se expuso al daño y la negligencia con la cual lo vigilaron y cuidaron quienes estaban a cargo del mismo, se tiene, por simple lógica, que, si el daño no es imputable a la demandada, tampoco lo serán los perjuicios morales solicitados pues estos son una consecuencia necesaria de aquél.

La imputabilidad del daño antijurídico tiene expresa consagración en nuestro medio, pues lo cierto es que el artículo 90 constitucional exige que el hecho dañoso sea **imputable** al Estado ya sea por acción u omisión, circunstancia que, en opinión de la doctrina nacional, implica que la Administración Pública sólo responda por los eventos dañosos que le sean imputables tanto fáctica como jurídicamente:

*“...verificada la existencia de un daño desde la dimensión jurídica, lo relevante es establecer a quién es atribuible esa afectación que sufre una determinada persona en sus derechos, bienes o intereses legítimos. Es precisamente en ese específico escenario donde el término imputación supone un análisis bifronte o dual, consistente en la verificación de que el daño es tanto fáctica (imputatio facti) como jurídicamente (imputatio iure) imputable.*

***La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Verificado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico.***

*En otros términos, la imputación fáctica – y con ella la imputación objetiva del daño – consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico – subjetivo u objetivo – de resarcir el perjuicio.*

*(...)*<sup>15</sup> (énfasis añadido).

Para el caso en concreto, no resulta necesario que el despacho se adentre en los criterios normativos que regulan la imputación jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado pues, como se ha venido explicando a lo largo de todos estos alegatos, de una simple constatación de los hechos se concluye que el proceso de imputación no supera siquiera el primer estadio que es la imputación fáctica, ello en la medida que el daño experimentado por los actores corresponde a un hecho de la víctima que se expuso imprudentemente al daño, pues, a pesar de que los guardas de seguridad le advirtieron sobre la peligrosidad de su maniobra e intentaron que este no ingresara a la planta de tratamiento de Puerto Mallarino, la víctima hizo caso omiso a dichas advertencias y asumió el riesgo de su peligrosa empresa personal.

Ahora bien, y gracia de discusión, para demostrar la inimputabilidad de los perjuicios materiales e inmateriales solicitados por los actores, es preciso tener en cuenta la distinción entre las nociones de daño y perjuicio que, según el profesor Juan Carlos Henao, con apoyo en la doctrina extranjera, consiste principalmente en lo siguiente:

*“(...)  
el profesor Benoît aportó algunos elementos que se encargaron de definirlo, al afirmar: “...el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de*

<sup>15</sup> Gil Botero, E. (2020). Tratado de responsabilidad extracontractual del estado (Octava ed.). Tirant lo blanch. Págs. 112 y 113.

*una persona, de una actividad, o de una situación [...] el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada” (...) Con esta misma lógica, una sentencia colombiana afirmó que “el daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio”, mientras que “el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó*

*(...)”.<sup>16</sup>*

Visto lo anterior, es claro que el daño es causa de un resultado que comúnmente denominamos perjuicios, por lo que el aforismo romano “*Accessorium sequitur principale*”, o, “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”, es plenamente aplicable al caso en concreto, si el daño sufrido por los demandantes no es imputable a la demandada por el mismo hecho de la víctima al exponerse imprudentemente al daño, pues mucho menos se les podrá endilgar las consecuencias de dicho menoscabo como son los perjuicios morales reclamados.

Por todo lo anterior, solicito respetuosamente al despacho negar las pretensiones dirigidas al reconocimiento y pago de perjuicios morales en la medida en que los mismos no son imputables de ninguna forma al actuar de la demandada.

**IX. ARGUMENTOS QUE DESARROLLAN LAS RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS FRENTE A LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL ASEGURADO (EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P – EMCALI) Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

**9.1. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE ALLIANZ SEGUROS S.A. POR NO HABERSE REALIZADO EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 022557836/0**

Debido a que el daño es imputable únicamente al actuar imprudente y culposo de las víctimas, tanto directa como indirectas, se tiene que no existe obligación indemnizatoria alguna a cargo de Allianz Seguros S.A. por no haberse realizado el riesgo asegurado en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 022557836/0, huelga decir que el amparo otorgado consiste en indemnizar los perjuicios que “**cause**” el asegurado y debido a que el daño *sub judice* no es imputable, ni jurídica ni fácticamente a EMCALI, lo cierto es que no puede nacer la obligación condicional a cargo de mi representada.

<sup>16</sup> Henao, J. C. (1998). *El daño* (Primera ed.). Universidad Externado de Colombia. Págs. 76 y 77.

**9.2. LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 022557836/0 OPERA EN EXCESO DEL LÍMITE DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL QUE LA LEY EXIGE PARA ESTE TIPO DE ACTIVIDAD O, EL LÍMITE QUE TAL FIRMA TENGA CONTRATADO PARA ESTOS EFECTOS, EL QUE SEA MAYOR, PERO EN TODO CASO NO SERÁ INFERIOR A 400 SMLM**

No se posible, en el caso en concreto, afectar la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 022557836/0, pues la misma, de acuerdo a su condicionado general, opera, si el personal de celaduría, vigilancia y seguridad que presta el servicio al asegurado es suministrado por una firma especializada en la materia, en exceso del límite de responsabilidad civil extracontractual que la ley exige para este tipo de actividad o, el límite que tal firma tenga contratada para estos efectos, el que sea mayor, pero en todo caso no será inferior a 400 SMLM.

Para sustentar el presente argumento debe tenerse en cuenta que el condicionado general de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 022557836/0 que se aportó junto con la contestación a la demanda y al llamamiento en garantía contempló lo siguiente:

*“RESPONSABILIDAD CIVIL POR PERSONAL DE CELADURIA, VIGILANCIA Y SEGURIDAD*

*Amparo Se cubre la Responsabilidad Civil Extracontractual que el personal de celaduría, vigilancia y seguridad contratado directamente (contrato laboral) por el ASEGURADO, en cumplimiento de sus órdenes, puedan llegar a cometer en desempeño de sus labores, incluso la ocasionada por el uso de armas de fuego y perros guardianes.*

**Si el personal de celaduría, vigilancia y seguridad que presta el servicio al ASEGURADO es suministrado por una firma especializada en la materia, este amparo opera en exceso del límite de Responsabilidad Civil Extracontractual que la Ley exige para este tipo de actividad o, el límite que tal firma tenga contratado para estos efectos, el que sea mayor, pero en todo caso no será inferior a 400 SMLM**

*Este amparo se otorga bajo las siguientes condiciones:*

*1. Que la firma contratada esté legalmente constituida bajo las Leyes de la República de Colombia. 2. Que el personal esté actuando a nombre del ASEGURADO y en cumplimiento de sus órdenes. 3. Que los hechos ocurran dentro del horario establecido para la prestación del servicio y en ejercicio de la actividad propia del cargo.” (subrayado y negritas propias).*

De igual forma, como se observa en el Contrato No. 800-PS-1387-2018 celebrado entre EMCALI EICE ESP y la Unión Temporal O&F se pacto lo siguiente:

sido cotizadas. CLAUSULA DECIMA SEGUNDA: GARANTÍAS.- EI CONTRATISTA, una vez perfeccionado el Contrato y como requisito para la ejecución del mismo, constituirá a favor de EMCALI garantía expedida por una Compañía de Seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia en formato para empresas prestadoras de servicios públicos o carta de crédito, que tendrá como base el valor del Contrato y amparará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del mismo, así: 1) CUMPLIMIENTO: Por un valor asegurado del 20% del valor del contrato, con una vigencia igual al plazo del contrato y tres meses más. 2) PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES: Por un valor asegurado del 30% del valor del contrato, con una vigencia igual al plazo del mismo y tres (3) años más. 3) SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: Con extensión a errores de puntería. Valor asegurado 1.000 SMMLV, vigencia plazo del contrato y 3 meses más. Nota: Se permite aportar la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual general contratada para su actividad como empresa de vigilancia, siempre y cuando se presente la póliza con carta de compromiso, firmada por el representante legal de la empresa oferente, donde se compromete a mantener vigente la póliza durante el plazo del contrato y tres (3) meses más., conservando como mínimo las condiciones exigidas para este seguro. Se deberá aportar con la garantía, copia del respectivo recibo de constancia de pago de la prima de seguro o certificación de la aseguradora que indique que la misma no expirará por falta de pago de la prima ni podrá ser revocada unilateralmente. PARAGRAFO: EI CONTRATISTA se obligará a mantener vigentes, en tiempo y cobertura las garantías que constituya para la ejecución del contrato. En caso de que la contratación incluya de manera discriminada el valor del IVA, este se tendrá en cuenta en el valor del contrato para la constitución de las garantías. CLAUSULA

En esa medida la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 022557836/0 expedida por Allianz Seguros S.A. opera en exceso del seguro de responsabilidad civil extracontractual que contrató la empresa de vigilancia. Sobre esta modalidad en la que pueden operar la suma asegurada en el seguro de responsabilidad civil extracontractual, resulta pertinente recordar lo dicho por el profesor Juan Manuel Díaz-Granados sobre el particular:

*“2.2. Modalidades de pacto de suma asegurada*

*En consecuencia, **el valor asegurable será aquel que libremente acuerden las partes. En la práctica, reviste varias modalidades:***

*(...)*

*• **Igualmente, existe una modalidad en la cual se estipula que el seguro operará en exceso de otros seguros que el asegurado puede tener. En tal evento, la suma asegurada iniciará su cómputo una vez se agote el seguro subyacente y no será aplicable la figura de la coexistencia de seguros que obliga a los aseguradores a soportar la indemnización en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos (artículo 1092 del Código de Comercio).**(...)<sup>17</sup>*

*(subrayado y negritas propias).*

Visto lo anterior, no es posible afectar la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 022557836/0 toda vez que la misma opera en exceso como se indicó anteriormente.

### **9.3. EXCLUSIONES DE AMPARO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 022557836/0**

Debe ponerse de presente que resulta imposible declarar cualquier tipo de responsabilidad respecto de Allianz Seguros S.A. y mucho menos condenarle a una indemnización de perjuicios, puesto que la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 022557836/0 excluyó de la cobertura los hechos que rodearon la muerte del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.), al expresar lo siguiente: *“Salvo que esté expresamente contratada la cobertura, **esta póliza excluye la pérdida***

<sup>17</sup> Díaz-Granados Ortiz, J. M. (2012). *El seguro de responsabilidad*. Pontificia Universidad Javeriana. Pág. 103.

y cualquier tipo de siniestro, daño, costo o gasto de cualquier naturaleza éste fuese, que haya sido causado directa o indirectamente por las siguientes causas: (...) Asonada según su definición en el código penal; motín o conmoción civil o popular; huelgas, conflictos colectivos de trabajo o suspensión de hecho de labores; actos mal intencionados de terceros que incluyen actos de cualquier naturaleza cometidos por movimientos subversivos.” (subrayado y negritas propias). En esa medida, y dado que la muerte del menor en cuestión estuvo rodeada por una conmoción civil o popular y actos malintencionados de terceros de los cuales éste se sirvió para entrar al predio propiedad de EMCALI, según testimonio del señor Edwin Molina, se tiene que mi representada, en virtud de la libertad contractual que le ha conferido el estatuto mercantil en el artículo 1056 del Código de Comercio, consistente en asumir libremente los riesgos a su arbitrio, no asumió la cobertura de los hechos materia de juzgamiento y por tanto no puede ser condenada por ellos.

Para sustentar el argumento conclusivo que se plantea, debe tenerse en cuenta que la libertad contractual consagrada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1602 del Código Civil tiene directa aplicación en materia aseguradora cuando el estatuto mercantil de 1971 expresa de manera clara en el artículo 1056 que:

*“Con las restricciones legales, **el asegurador podrá, 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.”*

Dicho artículo evoca los amparos, o, exclusiones, a las que las partes puedan llegar libremente en el marco de su autonomía privada. Según la doctrina nacional, la segunda forma en que se manifiesta la libertad contractual de las partes en el negocio jurídico del seguro, esto es la exclusión, consiste en lo siguiente:

*“La exclusión es la forma lícita de reducir el riesgo, esto es de limitarlo, de manera que se concreta a ciertas cosas o hechos, pero no abarca ni se extiende a otros. Por consiguiente, sólo el riesgo contratado queda amparado, y quedan por fuera de tal amparo o protección aquellos que, aun siendo asegurables, los contratantes los han excluido expresamente.”<sup>18</sup>*

Las exclusiones en el contrato de seguro también han sido explicadas por la jurisprudencia nacional poniendo de presente lo siguiente:

*“La finalidad del contrato de seguro y a lo que apunta la intención común de los contratantes de este tipo de negocios jurídicos es obtener cobertura frente a determinados riesgos, cuya realización conduce al pago de la respectiva indemnización (art. 1054 del C. de Co.). Es claro también que el acuerdo de las partes para que se brinde amparo a una determinada clase de riesgos determina que, en principio, todos aquellos sucesos inciertos que se enmarquen dentro de los parámetros así establecidos sean objeto de la correspondiente cobertura. Sin*

<sup>18</sup> Becerra Toro, R. (2014). Nociones fundamentales de la teoría general y regímenes particulares del contrato de seguro. Pontificia Universidad Javeriana, Cali, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Jurídica y Política, Carrera de Derecho. Pág.190.

embargo, es igualmente evidente, por así disponerlo la legislación nacional (art. 1056 del C. de Co), que en el contrato de seguro, y, particularmente, por determinación del asegurador, éste, teniendo presentes las restricciones legales, “podrá, 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”. En razón de lo anterior, los riesgos cubiertos en el contrato de seguro serán los que correspondan a la clase de amparo que genéricamente se ofrezca, o los que las partes de manera particular y explícita convengan adicionar, **siempre y cuando, en uno u otro caso, respecto de los mismos no se establezca expresamente una exclusión por determinación del asegurador, claro está, aceptada por el tomador al perfeccionar la celebración del respectivo contrato.**<sup>19</sup> (énfasis añadido).

Otro tanto ha dicho la jurisprudencia arbitral<sup>20</sup> sobre el particular:

*“4.1 La delimitación del riesgo en el contrato de seguro. Su trascendencia en la esfera aseguraticia:*

*Sobre este particular, sea lo primero anotar que, como bien es sabido, la posibilidad de delimitar el riesgo en el contrato de seguro, traza, in potentia, el cauce de la obligación indemnizatoria del asegurador, como quiera que, en puridad, esta última se encuentra justamente condicionada a la realización del riesgo asegurado -o los riesgos asegurados- y, en consecuencia, mientras dicha condición no se cumpla en la praxis contractual, el correspondiente deber de prestación no surgirá a la vida jurídica<sup>21</sup>; ello obedece, en sana lógica, a la posibilidad con que cuenta el asegurador de delimitar el estado del riesgo, institución estructural del de la relación aseguraticia y una de las figuras en las que descansa el seguro considerado in globo, esto es, desde una perspectiva técnica, financiera y jurídica, habida cuenta de que, en principio, per se, naturalmente con excepciones, “... ningún asegurador estará dispuesto a asegurar todos los riesgos que puedan afectar a nuestras cosas o a nuestro patrimonio ...”<sup>22</sup>.*

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2008. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Radicado No. 11001-3103-012-2000-00075-01.

<sup>20</sup> Laudo del 15 de diciembre de 2009 Tribunal de Arbitramento Quala S.A. Vs. Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A.

<sup>21</sup> Desde el ángulo inmediatamente señalado, como bien lo anota el profesor Abel B. Veiga Copo, “... pueden definirse las cláusulas delimitadoras como aquellas que sirven para definir y concretar el objeto del contrato del seguro de que se trate, de manera que todo acontecimiento o evento acaecido fuera de aquella delimitación, o que constituya una circunstancia de exclusión de cobertura, no tendrá la consideración de siniestro cubierto por la póliza ...”. Condiciones en el contrato de seguro, Editorial Comares, Granada, 2005, p.278.

<sup>22</sup> GARRIGUES, Joaquín. Contrato de Seguro Terrestre. Ed. Aguirre. Madrid. 1982. p.144; a lo anterior, el profesor Garrigues agrega, con diáfana claridad, que “... al cerrar el contrato, las partes han de estar, pues, de acuerdo sobre los hechos amenazadores, cuya realización engendrará la acción de resarcimiento frente al asegurador. Y es el tomador del seguro quien ha de describir las circunstancias del riesgo, no el asegurador (de aquí la carga de la exacta declaración previa al contrato). Una vez conocidas las circunstancias que sirvan para individualizar el riesgo, su apreciación o estimación incumbe exclusivamente al asegurador, quien, como resultado de este juicio, podrá determinar el grado de probabilidad del siniestro de ese juicio, podrá determinar el grado de probabilidad del siniestro y decidirá si acepta o no reparar sus consecuencias ( ... ) Pero en cada

*Así, si se parte de la base de que " ... la prestación del asegurador( ... ) va a depender de la producción del evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, es decir, de un hecho futuro e incierto, al menos en una forma relativa, en el sentido de que puede tratarse de un evento que se sabe que se va a producir pero no cuándo ( ... ) y de que el riesgo es objeto de la cobertura dentro de los límites pactados, de manera que es el riesgo que se encuentra dentro de los límites y de las modalidades establecidas en el contrato, el que, como riesgo asegurado, condiciona la obligación del asegurador ... "23, resulta palmario que "... la posibilidad de limitación de los riesgos es indispensable para el asegurador (...) teniendo presente que sólo se llega a definir cada riesgo y a limitarlo con precisión, si puede medirse y apreciarse su valor para fijar la suma asegurada, la prima y la indemnización o el beneficio: sólo se puede agruparlos en mutualidad y realizar su compensación, si es posible efectuar una clasificación exacta de los riesgos..."24 (énfasis añadido).*

De conformidad con la abundante doctrina y jurisprudencia citada *in extenso*, se observa que la Póliza No. 022557836/0 y su condicionado general contemplaron las siguientes exclusiones:

*"Salvo que esté expresamente contratada la cobertura, **esta póliza excluye la pérdida y cualquier tipo de siniestro, daño, costo o gasto de cualquier naturaleza éste fuese, que haya sido causado directa o indirectamente por las siguientes causas:***

*(...)*

*Asonada según su definición en el código penal; **motín o conmoción civil o popular**; huelgas, conflictos colectivos de trabajo o suspensión de hecho de labores; **actos mal intencionados de terceros** que incluyen actos de cualquier naturaleza cometidos por movimientos subversivos."*

Como se observa, la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 022557836/0 en virtud de la cual fue vinculada mi representada excluyó expresamente toda reclamación proveniente, directa o indirectamente, de motines o conmociones civiles o populares y de actos malintencionados de terceros. Actos que han sido definidos por el diccionario de seguros de la

---

contrato es inexcusable concretar las circunstancias que permitirán decidir si un determinado hecho dañoso entra dentro del riesgo o riesgos previstos en el contrato. Este principio, llamado "principio individualización del riesgo", no significa, sin embargo, que cada contrato de seguro haya de referirse a un riesgo único ... ". *Ibidem*, pp.144-145.

<sup>23</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50 de 1980, de 8 de octubre y sus modificaciones. Aranzadi Editorial. Navarra. 1999. p.33; a lo que el profesor Sánchez Calero agrega que en el seguro se " ... ha de individualizar el riesgo que se quiere asegurar, que depende de la naturaleza del evento que se pretende asegurar y del interés sobre el cual debe verificarse el evento, debiendo producirse en el contrato una delimitación de ese riesgo, con precisión de las causas del evento, el tiempo y el espacio en que debe verificarse ( ... ) las cláusulas establecidas en el contrato no limitan 'los derechos del asegurado, sino que delimitan el riesgo asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende', lo que constituye un límite objetivo nacido de la voluntad pactada de las partes ... ". *Ibidem*, p.33.

<sup>24</sup> HALPERIN, Isaac. Seguros. Exposición crítica de la ley 17.418. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1972. p.342.

fundación Mapfre<sup>25</sup> de la siguiente manera:

*“acto malintencionado (malicious action)*

*Sinónimo de acto malicioso*

*(...)*

*acto malicioso (malicious action)*

**El realizado voluntariamente con objeto de causar daños**” (subrayado y negritas propias).

De igual forma, sobre la conmoción civil o popular, el mismo diccionario consagra la siguiente definición:

*“conmoción civil (civil commotion)*

*Levantamiento, crispación, **alteración de un pueblo.**”* subrayado y negritas propias).

En concordancia con las definiciones traídas a colación, debe tenerse en cuenta la declaración de Edwin Molina, testigo presencial de los hechos y guarda de seguridad de la planta de tratamiento de Puerto Mallarino, pues en su relato dejó entrever como la muerte del menor en cuestión había ocurrido rodeada de actos malintencionados de terceros y de un conmoción de 30 o 40 personas que atacaban el predio privado para lograr acceder:

*“Juez Quinto (5) Administrativo Oral del Circuito de Cali: ... cuénteme que sabe al respecto.*

*Edwin Molina Duran: El día 7 de enero de 2020, estábamos prestando servicio de vigilancia a los bienes inmuebles de las Empresas Municipales de EMCALI con el compañero Edwin Navia, siendo más o menos la una y media de la tarde, **varias personas se encontraban en la parte externa de la planta, interrumpieron dañando el muro perimetral para ingresar hacia la parte interna de la planta, dañando las paredes perimetrales, ingresando y automáticamente atacándonos a nosotros verbalmente y con piedras para poder ingresar ellos a bañar, eran alrededor de 30 o 40 adolescentes, más o menos, eran muchas personas.***

*Juez Quinto (5) Administrativo Oral del Circuito de Cali: ese hecho al que usted hace referencia, ¿eso sucedió el 7 de enero?, lo que usted hace referencia, ¿sucedió el 7 de enero?(...)*

*Edwin Molina Duran: sí.*

<sup>25</sup> <https://www.fundacionmapfre.org/publicaciones/diccionario-mapfre-seguros/acto-malicioso/>

(...)

Apoderada Emcali: (...) luego de que paso el suceso, ¿ustedes qué hicieron?

Edwin Molina Duran: Llamamos a la unidad, a la PONAL, **la verdad había mucha gente, lo primero que la gente hizo fue comenzar a agredirnos a nosotros, nos agredieron a mí y al compañero y nos hicieron prácticamente como retroceder del punto, porque las agresiones ya venían con piedras con palos, hasta muchas veces con armas blancas que querían agredir la integridad física de nosotros** y automáticamente cuando llegó la Policía, mucho apoyo de la PONAL, y ya fue la PONAL la que se encargó de sacar a las personas (...)

(...)

Apoderado de la O & F: (...) ustedes cuando advertían que se rompían los muros o que entraban varias personas, ustedes dentro de su formación podrían usar armas de fuego, usar violencia, usar algún tipo de fuerza frente a eso, o, ¿cómo era el procedimiento que ustedes tenían o estaban llamados a ejercer?

Edwin Molina Duran: Un tiempo para acá, la consigna fue de que nos quitaron las armas de dotación y **lo que procedíamos siempre era verbalmente decirles a las personas de que no ingresaran al inmueble, porque era un bien privado de EMCALI, de las empresas municipales, siempre se les hacía la recomendación a las personas normalmente, porque nosotros no somos autoridad competente para entrar al choque, la seguridad privada no es competente para eso (...) y ya cuando las personas ingresaban de forma grotesca y violenta contra nosotros**, la Policía nos colaboraba sobre sacar a las personas del perímetro.

(...)” (subrayado y negritas propias).

Como se observa de todo lo anterior, los actos malintencionados de terceros y la conmoción popular que se gestó afuera de la planta de tratamiento de Puerto Mallarino fue decisiva, pues de ellas se valió la víctima para acceder al predio en cuestión, según relata el testigo presencial de los hechos, el señor Edwin Molina.

Teniendo en mente lo anterior y debido a que los hechos que son materia de estudio por parte del despacho coinciden con las exclusiones pactadas, es decir, la muerte del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) acaeció en medio de actos malintencionados de terceros y una conmoción popular que intentaba vulnerar el cerco perimetral de la planta de tratamiento de Puerto Mallarino, se tiene que, por virtud de la libertad contractual y la delimitación de los riesgos asumidos (art. 1056 C.Co.), Allianz Seguros S.A. decidió **NO AMPARAR** dicho riesgo, ni los daños causados directa o indirectamente por ellos.

Por todo lo anterior, se solicita respetuosamente al despacho declarar que Allianz Seguros S.A. no tiene el deber legal y/o contractual de asumir una eventual condena que se profiera dentro del proceso de la referencia como consecuencia de las exclusiones pactadas en la Póliza de Responsabilidad Extracontractual No. 022557836/0 que excluyeron expresamente los hechos *sub judice* de la cobertura otorgada por mi representada.

#### 9.4. LÍMITES MÁXIMOS DE RESPONSABILIDAD EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 022557836/0

Se propone el siguiente argumento para que, en el hipotético caso de considerar las infundadas pretensiones de la demanda, se tenga en cuenta que, por virtud del artículo 1079 del Código de Comercio, la obligación condicional de mi representada, Allianz Seguros S.A., se encuentra limitada al monto de la suma asegurada, sin que por ningún caso se pueda exceder dicha suma, pues, dicha previsión del legislador mercantil constituye por expresa disposición del artículo 1162 de la misma codificación una norma imperativa con todo lo que ello implica.

Para sustentar el argumento conclusivo que ahora se propone, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el tenor literal del artículo 1079 del Código de Comercio:

*“ARTÍCULO 1079. <RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA>.*

*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.”*

Disposición que se complementa con lo dispuesto en el artículo 1089 del mismo estatuto mercantil:

*“ARTÍCULO 1089. <LIMITE MÁXIMO DE LA INDEMNIZACIÓN>.*

*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.***

*Se presume valor real del interés asegurado el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el asegurado y el asegurador. Este, no obstante, podrá probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él.”* (subrayado y negritas propias).

Sobre los dos anteriores artículos, el profesor Andrés Ordóñez comenta lo siguiente:

*“(…)*

*El valor asegurado (VA), al cual se refiere el texto del artículo 1089 del Código de Comercio que se acaba de citar, no es otra cosa que la declaración unilateral que hace el asegurado (tomador) al asegurador para efectos del contrato, y **se***

**constituye en otro factor limitante del valor de la indemnización que debe ser pagada al asegurado en caso de siniestro. En otras palabras, si bien el seguro de daños tiene carácter indemnizatorio y no puede implicar como máximo sino la reparación efectiva de la pérdida derivada del siniestro en la medida real de esa pérdida, en todo caso la obligación del asegurador se limita al valor asegurado en la póliza, disposición que consagra el mencionado artículo 1079 del Código de Comercio, que es inequívocamente imperativa por mandato del artículo 1162 del mismo estatuto.**<sup>26</sup> (subrayado y negritas propias).

Teniendo en cuenta lo anterior, para el caso en concreto, en virtud de los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio, se tiene que las coberturas contratadas se encuentran limitadas tanto por evento como por vigencia, así como por los sublímites pactados en la póliza y en su condicionado general, como se observa:

| Coberturas contratadas                             |                         |                           |
|----------------------------------------------------|-------------------------|---------------------------|
| Coberturas                                         | Límite Asegurado Evento | Límite Asegurado Vigencia |
| 1.Predios, Labores y Operaciones                   | 10.000.000.000,00       | 10.000.000.000,00         |
| 2.RC Contratistas y subcontratistas independientes | 5.000.000.000,00        | 5.000.000.000,00          |
| 3.RC Patronal                                      | 500.000.000,00          | 2.000.000.000,00          |
| 4.RC Vehículos Propios y No Propios                | 500.000.000,00          | 2.000.000.000,00          |
| 5.RC Productos y Trabajos Terminados               | 2.000.000.000,00        | 4.000.000.000,00          |
| 8.RC Cruzada                                       | 5.000.000.000,00        | 5.000.000.000,00          |

6

|                                                         |                  |                  |
|---------------------------------------------------------|------------------|------------------|
| 9.RC Bienes Bajo Cuidado, Control y Custodia            | 2.000.000.000,00 | 2.000.000.000,00 |
| 20.RC Transformación                                    | 500.000.000,00   | 1.000.000.000,00 |
| 21.RC Unión y Mezcla                                    | 500.000.000,00   | 1.000.000.000,00 |
| 23.RC por Personal de Celaduría, Vigilancia y Seguridad | 331.246.400,00   | 331.246.400,00   |
| 40.RC Diferencia Deducibles                             | 400.000.000,00   | 400.000.000,00   |
| 42.RC Falta y/o Falla en el Suministro de Energía       | 3.500.000.000,00 | 3.500.000.000,00 |
| 51.RC Equipo y Maquinaria                               | 1.000.000.000,00 | 2.000.000.000,00 |
| 52.Indemnización Agregada                               | 300.000.000,00   | 300.000.000,00   |

Por todo lo anterior y en el hipotético y remoto caso que se entre a estudiar las particularidades del contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad No. 022557836/0, a pesar de la existencia del hecho de un tercero como causal de exoneración de cualquier responsabilidad a cargo de la Unión Temporal asegurada, solicitó tener en cuenta la argumentación planteada en esta oportunidad junto con el carácter indemnizatorio del negocio aseguraticio en cuestión que será expuesto a continuación.

<sup>26</sup> Ordóñez Ordóñez, A. E. (2008). *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato (Reimpresión a la primera ed.)*. Universidad Externado de Colombia. Págs. 77 y 78.

**9.5. COASEGURO E INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA**

El artículo 1092 del Código de Comercio, que estipula lo siguiente:

*“En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, **los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos**, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad.”* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Lo consignado en la norma en cita se aplica al coaseguro, por estipulación expresa del artículo 1095 del estatuto mercantil, el cual que establece:

*Las normas que anteceden se aplicarán igualmente **al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro**.* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De igual forma, la doctrina nacional también ha dejado en claro la imposibilidad concebir una relación solidaria entre las coaseguradoras:

*“Las responsabilidades de los coaseguradores respecto del asegurado o beneficiario, para expresarlo en términos acordes con la más estricta juridicidad, **son de carácter conjunto y no solidario, es decir, cada uno responde hasta concurrencia de su respectiva participación en el riesgo y la falencia o incapacidad que pueda afectar a alguno de ellos no acrece las responsabilidades de los demás participantes**.”<sup>27</sup> (énfasis añadido).*

Para el caso en concreto, se tiene la siguiente participación en modalidad de coaseguro:

**CLAUSULA DE COASEGURO CEDIDO**

Mediante la presente cláusula adicional que forma parte integrante de la póliza arriba citada, se deja expresa constancia de que, el presente amparo lo otorga la ALLIANZ SEGUROS S.A. y lo suscriben también, las compañías que aparecen relacionadas a continuación, pero las obligaciones de las compañías para con el asegurado no son solidarias; el riesgo y la prima correspondiente, se distribuyen entre las citadas compañías de la siguiente forma:

| Código | Tipo   | Nombre de la Compañía | Lider | % de Participación | Prima            |
|--------|--------|-----------------------|-------|--------------------|------------------|
| 1003   | CEDIDO | ALLIANZ SEGUROS S.A.  | X     | 80,00              | 3.239.965.096,00 |

27

|      |        |                                           |  |       |                |
|------|--------|-------------------------------------------|--|-------|----------------|
| 1041 | CEDIDO | LA PREVISORA SA<br>COMPAÑIA DE<br>SEGUROS |  | 20,00 | 809.991.274,00 |
|------|--------|-------------------------------------------|--|-------|----------------|

En ese sentido, si en un hipotético caso se llegasen a considerar las pretensiones de la demanda, mi representada sólo responderá por el porcentaje que le corresponde en la modalidad de coaseguro, que para el caso en concreto es de 80%.

<sup>27</sup> Narváez Bonnet, J. E. (2012). El coaseguro. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 21(37). Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/11467>

**9.6. EMINENTE CARÁCTER INDEMNIZATORIO QUE REVISTE EL CONTRATO DE SEGURO CONVENIDO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL NO. 022557836/0**

Se propone como argumento conclusivo el carácter indemnizatorio del contrato de seguro en la medida en que los perjuicios solicitados por los demandantes se encuentran tasados de forma excesiva y en clara contravención frente a la jurisprudencia unificada del H. Consejo de Estado, por lo que, en el hipotético y remoto caso de que el despacho decida acceder a las infundadas pretensiones de la demanda, se debe tener en cuenta la magnitud real del perjuicio moral solicitado y **la indemnización conforme a la participación causal de la propia víctima.**

Frente al carácter indemnizatorio del seguro de daños, del cual el seguro de responsabilidad civil extracontractual es uno de ellos, se dispone en el artículo 1088 del Código de Comercio lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1088. <CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO>. **Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento.** La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.*

*<Inciso adicionado por el artículo 242 de la Ley 2294 de 2023. El nuevo texto es el siguiente:> Para el caso del seguro paramétrico o por índice, el pago por la ocurrencia del riesgo asegurado se hará efectivo con la realización del índice o los índices definidos en el contrato de seguro.” (subrayado y negritas propias).*

Sobre el principio enunciado anteriormente, en especial, en lo que tiene que ver con el seguro de responsabilidad, como lo es el que ocupa la atención del despacho, el profesor Juan Manuel Díaz-Granados menciona lo siguiente:

*“6. El daño*

*El segundo elemento que configura la responsabilidad es el daño o perjuicio, cuyo entendimiento es fundamental con relación al seguro de responsabilidad.*

*En primer lugar, por cuanto es posible que las pólizas excluyan algún tipo de daño en particular, como el lucro cesante o el daño moral. En segundo lugar, por cuanto **el seguro es eminentemente indemnizatorio y sólo cubrirá el daño efectivamente causado por el responsable a la víctima; del mismo modo, dicha cuantía se definirá conforme a las reglas del daño en el terreno de la responsabilidad.***

*(...)*

*Los seguros de daños tienen contenido eminentemente indemnizatorio y jamás podrán constituir fuente de enriquecimiento (artículo 1088 del Código de*

*Comercio*).<sup>28</sup> (subrayado y negritas propias).

En esa medida, se plantea el presente argumento conclusivo para que, en el hipotético y remoto caso de que se consideren las infundadas pretensiones de la demanda, el perjuicio moral solicitado por la parte actora sea negado, o, por lo menos considerado en sus reales dimensiones para garantizar el principio indemnizatorio, evitando así un enriquecimiento injustificado de la víctima en desmedro de la asegurada y de mi representada.

**9.7. GARANTÍAS PACTADAS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 022557836/0 TIENEN PLENA VALIDEZ Y FUERON ACEPTADAS POR EL TOMADOR DEL CONTRATO DE SEGURO**

En adición a los argumentos anteriores, debe tenerse en cuenta que la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 022557836/0 pactó una serie de garantías, promesas que debían ser cumplidas por el asegurado, por lo que, en caso de sustentarse la sentencia en el incumplimiento de alguna de dichas promesas, no se podrá hacer exigible la indemnización como consecuencia de lo previsto en el artículo 1061 del Código de Comercio.

Para sustentar el presente argumento, debe tenerse en cuenta que la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 022557836/0 contempló las siguientes garantías:

**10. GARANTÍAS**

Queda expresamente convenido que este seguro se realiza en virtud de la garantía dada por el Asegurado de que durante su vigencia se compromete a:

- 10.1. Mantener los predios, los bienes y vehículos, inherentes a su actividad, en buen estado de conservación y funcionamiento.
- 10.2. Cumplir con los respectivos reglamentos administrativos, técnicos y de ingeniería, así como con las especificaciones dadas por los fabricantes y constructores o por sus representantes, respecto a la instalación, operación, funcionamiento y mantenimiento de los bienes inherentes a su actividad.

30

10.3. Mantener en todo momento las protecciones mínimas para prevenir la ocurrencia de siniestros asegurados bajo esta póliza o que se hayan pactado por anexo, que sean razonables y que según el caso se requieran de acuerdo con el sentido común, reglamentos administrativos y legales, normas técnicas usuales y la práctica normal.

10.4. Atender todas las recomendaciones que sean efectuadas razonablemente por La Compañía con el objeto de prevenir o evitar la extensión de daños o perjuicios causados a terceros.

El incumplimiento de las garantías establecidas en la presente condición, dará lugar a los efectos previstos en los artículos 1061 y siguientes del CÓDIGO DE COMERCIO.

<sup>28</sup> Díaz-Granados Ortiz, J. M. (2012). *El seguro de responsabilidad*. Pontificia Universidad Javeriana.

Para explicar la importancia de las garantías y/o promesas que realizó la Unión Temporal Recaudo y Tecnología frente a mi representada, debe memorarse el concepto mismo de garantía dentro del derecho de seguros. Sobre el particular, el profesor Rodrigo Becerra Toro recuerda su concepto y función de la siguiente manera:

*“Se entiende por garantía del asegurado la promesa que hace de ejecutar o no determinada conducta, o de cumplir cierta exigencia, o la declaración que hace de existir o de no existir determina situación fáctica. Es una obligación escrita (porque debe constar en la póliza o en sus anexos, art. 1061 C.Co.), y a futuro. Esta declaración puede hacerse en la póliza o en un anexo suyo. No tiene ritualidad o formalidad alguna, pero debe indicar con precisión lo que es objeto de ella. **Dicha garantía debe cumplirse de manera estricta, pues de lo contrario el contrato es anulable (inc. 3, art. 1061). Si esta promesa versa sobre un hecho posterior al contrato, puede el asegurador terminarlo en caso de infracción (art. 1061 C.Co.)**”<sup>29</sup> (énfasis añadido).*

De igual forma, recientemente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en reciente Sentencia del 1 de septiembre de 2023 recordó los efectos que acarrearán el incumplimiento de las garantías a cargo del asegurado:

*“...el citado canon 1061 del Código de Comercio asignó a la inobservancia de los compromisos asumidos por el tomador-asegurado similares consecuencias a las de otras faltas que atentan contra una equitativa y justa determinación o conservación del riesgo asegurado. En particular, la transgresión de las garantías afirmativas –que se refieren a hechos del pasado– otorga a la aseguradora la potestad de solicitar la anulación del contrato. Y **la transgresión de las garantías de conducta le permite darlo por terminado «desde el momento de la infracción»**.”*

(...)

*... las garantías de conducta generalmente incentivan al tomador-asegurado a tomar ciertas medidas de naturaleza preventiva, orientadas a reducir el riesgo de que ocurra un siniestro. Por tanto, contravenir ese compromiso previo afecta necesariamente las variables que fueron consideradas (de buena fe) al hacer el cálculo de la posibilidad de acaecimiento del riesgo asegurado.*

*Expresado en palabras de la doctrina, **la transgresión de las garantías de conducta tiene «su proyección en el equilibrio contractual»; y es en defensa de ese equilibrio que se le otorga a la aseguradora el derecho a terminar el contrato de forma unilateral y retroactiva, a partir del mismo momento en el que su contraparte faltó a su palabra.**”<sup>30</sup> (énfasis añadido).*

<sup>29</sup> Becerra Toro, R. (2014). Nociones fundamentales de la teoría general y regímenes particulares del contrato de seguro. Pontificia Universidad Javeriana, Cali, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Jurídica y Política, Carrera de Derecho. Pág. 150.

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de septiembre de 2023. Radicado No. 11001-31-03-011-2018-00032-01. Magistrado Ponente: Luis Alonso Rico Puerta.

Teniendo en mente lo anterior y considerando los efectos que tiene transgredir una garantía dentro del derecho de seguros, debe advertirse, desde ya, que si se verifica que el asegurado incumplió con alguna de ellas y la sentencia se fundamenta en lo mismo, será imposible reclamar cualquier indemnización a mi representada como consecuencia de los efectos que tiene la transgresión de dichas promesas según el artículo 1061 del Código de Comercio.

#### **9.8. PAGO POR REEMBOLSO**

Sin que el planteamiento de este argumento conclusivo constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada. Se solicita al honorable Juez que, en el remotísimo caso de encontrar responsable al asegurado y de llegar a establecer que ha surgido alguna obligación resarcitoria en cabeza de la aseguradora, respetuosamente se manifiesta que la obligación de mi representada deberá imponerse por reembolso y no por pago directo a los demandantes, ya que es el asegurado quien debe decidir si afecta o no el seguro, quedándole la opción de realizar el pago directo de la hipotética condena.

Además de lo anterior, debe resaltarse que la pretensión del llamamiento en garantía versó sobre el vocablo , veamos:

*“A la compañía aseguradora **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, identificada con NIT.860.026.182- 5 con domicilio principal en la Cra. 13 A No. 29 – 24 de Bogotá D.C. a través de representante legal, para que se haga parte en el proceso y **sea condenada a reintegrar** a EMCALI EICE ESP el valor ordenado a pagar en caso de una eventual condena en la presente demanda, previa la estricta comprobación de la veracidad de los hechos y las pruebas; la declaración legítima y argumentada de la responsabilidad civil extracontractual y la participación de mi representada en la producción del hecho dañino. Esto, con base en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 22557836 con vigencia desde el 21 de octubre de 2019 hasta el 20 de septiembre de 2020.” (subrayado y negritas propias).*

Así las cosas, se solicita que en el remoto caso de condena la misma no sea a través de pago directo, sino por reembolso o reintegro, pues así fue señalado en la pretensión del llamamiento.

#### **9.9. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO.**

Sin que con el planteamiento de este argumento conclusivo se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la Aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha de la sentencia y ante una condena, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prolijada.

## X. CONCLUSIONES

Por los argumentos anteriormente expuestos se debe concluir lo siguiente:

1. El daño demandado tiene su causa única y exclusiva en el actuar imprudente del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.), pues, a pesar de que los guardas de seguridad de la planta de tratamiento de Puerto Mallarino le advirtieron de la peligrosidad de su maniobra y de la prohibición existente por tratarse de un reservorio de agua privado propiedad de EMCALI, el menor en cuestión omitió tales recomendaciones y advertencias, y, valiéndose del actuar violento de terceros, ingreso al predio en cuestión.
2. El daño demandado también tiene su causa en la negligencia con la que se vigiló al menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) pues, se encuentra probado con los mismos hechos de la demanda, que el menor en cuestión recorrió aproximadamente dos (2) kilómetros sin la supervisión de un adulto hasta la planta de tratamiento de Puerto Mallarino.
3. Quedó igualmente demostrado que sobre el menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.) no se realizaba una correcta vigilancia y supervisión, pues su madre confesó que desconocía los amigos del menor quienes lo incitaron a invadir el predio de propiedad privada de EMCALI.
4. Quedó demostrado que el daño *sub judice* ocurrió rodeado de actos malintencionados de terceros que mediante golpes y amenazas verbales intentaron entrar a la planta de tratamiento de Puerto Mallarino y de la conmoción popular de 30 o 40 personas, según testimonio recibido por este despacho, que amedrentaron a la vigilancia privada que cuidaba el predio de propiedad de EMCALI, circunstancias que encuadran perfectamente con las exclusiones pactadas en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 022557836/0 y que liberan de cualquier responsabilidad a mi representad por no haber asumido dichos riesgos.

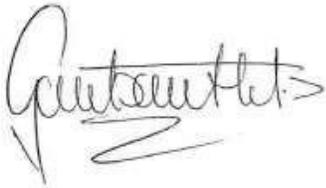
## XI. SOLICITUD

De conformidad con lo expuesto en precedencia, solicito respetuosamente al Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral del Circuito de Cali (V) se sirva **NEGAR LA TOTALIDAD DE LAS PRETENSIONES DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA** incoado por LUZMILA YOMARA CHANG BERMÚDEZ Y OTROS en contra de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P – EMCALI, dada la desatención de la carga probatoria de los demandantes, la inexistencia de elementos necesarios para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado en el proceso de la referencia, así como la existencia de una causal eximente de la responsabilidad extracontractual de la demandada consistente en el hecho exclusivo y determinante de la víctima como causa adecuada del daño.

De manera subsidiaria, y en el remoto e hipotético caso que se considere acceder a las pretensiones de la demanda, ruego se tomen en consideración todas y cada una de las excepciones y argumentos planteados frente al llamamiento en garantía realizado por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P – EMCALI a mi representada Allianz Seguros S.A.,

declarando probadas las exclusiones pactadas en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 022557836/0, en especial, las que tienen que ver con los actos malintencionados de terceros y conmociones civiles o populares y, por ende, la inexistencia de obligación legal o contractual alguna en cabeza de mi representada de asumir las consecuencias de una eventual sentencia condenatoria proferida por este despacho.

No siendo otro el motivo de la presente,  
Cordialmente,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá

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