

Señores:

JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN
RADICADO: 76001-33-33-013-2021-00069-00
MEDIO DE CONTROL: ACCIÓN DE GRUPO
DEMANDANTE: DORA INÉS CORRAL PIEDRAHITA Y OTROS
DEMANDADO: DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI Y OTRO
LLAMADO EN GTÍA.: ALLIANZ SEGUROS S.A Y OTRO

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No.19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del C. S. de la J., actuando en mi calidad de apoderado de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, mediante el presente escrito procedo a **REASUMIR** el poder a mi conferido en el proceso de la referencia, y a presentar dentro del término legal, los **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**; solicitando desde ya, se profiera sentencia favorable a los intereses de mi representada, negando las pretensiones de la demanda por no demostrarse la responsabilidad administrativa que se pretendía endilgar a **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI- EMCALI E.I.C.E. E.S.P** y a mi prohijada, con fundamento en los siguientes argumentos que concretaré en los acápites siguientes.

CAPÍTULO I. OPORTUNIDAD

El auto de sustanciación de fecha 27 de junio de 2024, mediante el cual el despacho corrió traslado por el termino común de 5 días para que las partes presenten alegatos de conclusión por escrito, se notificó por estados el 28 de junio de 2024. Es decir que su decurso inicio el 2 de julio de 2024 y fenece el 8 de julio de la misma anualidad. Por lo tanto, el presente escrito se radica en la oportunidad procesal respectiva.

CAPÍTULO II. FRENTE A LO PROBADO EN LA DEMANDA.

A. DENTRO DEL PROCESO NO SE DEMOSTRÓ LA RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P – NO SE LOGRÓ ACREDITAR EL NEXO DE CAUSALIDAD

De acuerdo a los hechos objeto del presente litigio, la parte actora señala que existió una falla en el servicio por parte de Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P por omitir realizar labores preventivas, correctivas y de limpieza en el canal oriental perteneciente al sistema de drenaje pluvial de la ciudad de Cali, lo que consecuentemente causó la inundación acaecida el día 21 de abril de 2019 en los barrios pertenecientes a la comuna VI. Sin embargo, se acreditó con el material probatorio recaudado que no existió omisión que constituyera en causal de

responsabilidad de Empresas Municipales de Cali – EMCALI, toda vez que se cumplieron con las obligaciones a su cargo, tanto legales como contractuales.

Una de las implicaciones más importantes al determinar el régimen de responsabilidad es el comportamiento de las partes. El régimen subjetivo de responsabilidad además de ser el postulado general, le impone a la parte demandante la carga probatoria, por tanto, es ella quien debe tener un comportamiento activo en la aportación del material que soporta los supuestos de hecho registrados en la demanda. Frente a la prueba de la causalidad en un régimen subjetivo, ha dicho el Consejo de Estado:

Al tenor del artículo 90 de la constitución Política, quien pretenda el resarcimiento patrimonial de un daño, por parte del Estado, debe probar que sufrió afectación en un bien jurídicamente tutelado, pero, además, demostrar que dicha afectación es antijurídica, y que le es atribuible a aquel por causa de la acción u omisión de las autoridades públicas. De esta forma la norma constitucional en comento, esboza el trazado de la estructura de la responsabilidad patrimonial del Estado con integración de los tres elementos que de antaño se reconocen como indispensables y necesarios para que se predique de un sujeto que es patrimonialmente responsable: el daño, el hecho que lo genera y el nexo de causalidad que permite la imputación fáctica y jurídica al sujeto activo del daño. La atribución de responsabilidad pende, entonces, de esa relación causal que denota la fórmula constitucional cuando alude al daño que tiene causa en la acción u omisión de las autoridades públicas...¹

Dentro del expediente no obra prueba alguna que estructure la atribución de daño a las entidades demandadas, por lo que, no se tiene certeza frente al incumplimiento obligacional que refiere la parte actora haya sido el factor determinante de la causación de la lamentable inundación –y consecuentemente, haya generado los supuestos perjuicios-. Ante la inexistencia de estos elementos, no se configura responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado. En igual sentido, tampoco obra prueba alguna que permita identificar una supuesta falla del servicio, ya que no se indicó en ningún momento cuál fue el incumplimiento obligacional por parte de Empresas Municipales de Cali – EMCALI que haya sido determinante en el daño. Tampoco se probó que ésta haya incumplido con sus obligaciones administrativas.

Al contrario, quedó probado, por una parte, que Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P no era la entidad encargada del reforzamiento y realce del Jarillón del Rio Cauca, pues su función como empresa prestadora del servicio público consistía simplemente en la instalación y mantenimiento de las redes locales de acueducto y alcantarillado. Tal y como se demuestra en el informe técnico de fecha 21 de marzo de 2024, en respuesta al requerimiento del despacho, EMCALI cumplió con la limpieza continua del canal oriental desde el año 2019. Dicho informe no solo confirma la regularidad de las labores de mantenimiento, sino que también destaca la amplitud de las mismas, abarcando la totalidad de los 12 kilómetros de extensión del canal, superando así los límites de la Comuna 6 como parte de una estrategia preventiva integral.

Por otra parte, del mismo documento es importante resaltar que, a pesar de los esfuerzos continuos y diligentes de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. en el cumplimiento de sus responsabilidades,

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de noviembre de 2021, Exp. (52814)

la efectividad de estas acciones se ve significativamente obstaculizada por la falta de conciencia ciudadana. El informe hace especial énfasis en cómo el comportamiento irresponsable de algunos habitantes, quienes desechan escombros y todo tipo de residuos en el canal, socava los esfuerzos de limpieza y mantenimiento.

Adicionalmente, conforme a las documentales aportadas por EMCALI E.I.C.E con la contestación de demanda, se prueba que en sus registros oficiales no se encuentran evidencias de inundaciones atribuibles a fallas en el canal para el 21 de abril de 2019. Únicamente existen peticiones relacionadas con el control de inundaciones en el canal ubicado en la carrera 1A6, específicamente en el Barrio San Luis, durante el año 2018, que corresponden a un área y período distintos a los mencionados en el presente litigio.

En ese orden, es claro que la hipótesis sobre la cual el extremo actor sustenta principalmente sus pretensiones, no constituye, de ninguna manera, una prueba que tenga relevancia en el derecho y que sirva para la imputación que aquí se pretende. Es de absoluta importancia recordar que un señalamiento sin pruebas que permita irrefutablemente respaldarlo, en nada y bajo ninguna circunstancia, constituye un juicio por el que pueda atribuirse responsabilidad, sin que antes sean efectivamente corroborados los mismos. En otras palabras, es fundamental que la parte actora logre acreditar de manera fehaciente los elementos requeridos para estructurar la responsabilidad que pretende atribuir a los demandados, situación que claramente la demandante no logra demostrar.

Por otra parte, el extremo actor aportó una serie de fotografías para demostrar algunos de sus supuestos, en las cuales se puede observar agua filtrada en varias viviendas. No obstante, dicha pruebas documentales tampoco le permiten al operador jurídico dar por probados los hechos, ni mucho menos que la ocurrencia del desborde del canal oriental y la consecuente inundación del 21 de abril de 2019 sea atribuible a EMCALI E.I.C.E E.S.P. Además, carecen de cualquier valor probatorio en tanto no sea posible acreditar su origen, autoría y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fueron tomadas. En sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle, calendada 21 de abril de 2018 se hizo referencia a lo siguiente:

LAS FOTOGRAFÍAS COMO MEDIO DE PRUEBA

La Sección Tercera del H. Consejo de Estado, frente a este tema ha fijado una línea jurisprudencial pacífica que orienta que las fotografías son en efecto medios de prueba idóneos para probar los hechos en que se funda la demanda siempre que de aquellas sea posible acreditar su origen, su autoría y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que las mismas fueron tomadas pues en su defecto carecen de valor para que el juez pueda fundar su decisión en aquellas²

A partir de la introducción reseñada, el Consejo de Estado - Sección Tercera, ha mencionado enfáticamente que estas deben cumplir con los requisitos formales de autenticidad y certeza de lo que representan:

² Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, con fecha del 21 de abril de 2018, dentro del medio de control de reparación directa, radicado 76-001-33-33-009-2014-00052-01, promovido por la señora LUZ MARINA SOLARTE OCAMPO en contra del Municipio de Jamundí Valle, Magistrada Ponente: Dra. Zoranny Castillo Otálora.

FOTOGRAFÍA / VALOR PROBATORIO DE LA FOTOGRAFÍA

[L]a Sala considera pertinente aclarar que, si bien los demandantes allegaron al expediente unas fotografías, estas no tienen mérito probatorio al no existir certeza de la persona que las realizó, ni si el lugar corresponde al mismo en el que murió el señor [...] y tampoco fueron ratificadas o reconocidas en el trámite del proceso, por lo que solo son prueba de que se registró una imagen. Lo anterior no desconoce que las fotografías son un medio de prueba documental que el juez está en la obligación de valorar de acuerdo con la sana crítica; sin embargo, para ser tenidas en cuenta por el operador judicial, deben cumplir con los requisitos formales, la autenticidad y la certeza de lo que representan³

Desde otra arista, pero con similar conclusión sobre el valor probatorio de las fotografías, dicha sección también ha referido:

ii) El valor probatorio de las fotografías y los hechos que con ellas se documentan. El material fotográfico, como medio de prueba, se enlista dentro de las denominadas documentales y, en tanto documento, reviste de un “carácter representativo, que muestra un hecho distinto a él mismo”. De ahí que, “[l]as fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse”, con lo cual, el valor probatorio que puedan tener “no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición.”⁴

Para el juzgador, es necesario que las fotografías que aporte el extremo actor puedan brindar certeza de la persona quien las tomó, del sitio donde fueron tomados y de las condiciones en que estas fueron obtenidas; pues las documentales aportadas no permiten dar cuenta de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que estas fueron tomadas, incumpliendo así los parámetros o directrices esbozadas por la jurisprudencia. Lo expuesto, deviene en que carecen de valor probatorio.

Se reitera pues, que el extremo actor, tampoco logró soportar sus dichos a partir de ninguna otra prueba eficaz. Las que obran en el expediente se fundamentan en la acreditación del daño correspondiente a la inundación de varios barrios de la Comuna 6 de la ciudad de Cali, ocurrida el día 21 de abril de 2019, mas no en la imputación. Por esto, ni siquiera indiciariamente podrían servir probatoriamente para realizar un juicio casual y así atribuir responsabilidad a las entidades demandadas, en tanto como se sustentará en el acápite siguiente, se configuraron los supuestos del caso fortuito, lo cual altera la causalidad e impide que se estructuren los elementos de la responsabilidad para imputar el daño a las demandadas.

Lo anterior, se debe a que el apoderado actor debe probar los elementos estructurales de la responsabilidad, que en materia administrativa son el daño y la imputación. Estos dos elementos estructurales nunca se presumen y deben estar debidamente acreditados por la parte actora. Sin embargo, como se analizó, el juicio realizado por el demandante para atribuir la causa del daño

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D. C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020). Radicación número: 76001-23-31-000-2010-00824-01(54724) Actor: LINA MARCELA ROMERO CANO Y OTROS Demandado: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI ESP

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (14 de febrero de 2018) Expediente 44494. [C.P. Ramiro Pazos Guerrero].

fue indebido, pues, en primer lugar, no soportó su argumento en las pruebas que debió haber aportado al proceso, y en segundo, no es cierto que Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P hayan intervenido en la producción del daño.

Se concluye que una vez acreditado que no existe causalidad material ni jurídica, al no configurarse uno de los elementos estructurales de la responsabilidad, toda vez que no hay fundamento para declarar la misma y en consecuencia condenar a EMCALI E.I.C.E. E.S.P ni a mi representada como llamada en garantía.

B. SE DEMOSTRÓ LA CONFIGURACIÓN DE CAUSA EXTRAÑA - FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO - COMO CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DE LOS DEMANDADOS

De acuerdo con la demanda presentada, la parte actora busca que se declare administrativamente responsables al Distrito Especial de Santiago de Cali y Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P como consecuencia de la inundación de la comuna 6 de la ciudad de Cali, ocurrida el día 21 de abril de 2019, debido al desbordamiento del Rio Cauca. Argumentan que EMCALI E.I.C.E. E.S.P no tomó las medidas pertinentes para prevenir el desastre, pues no realizó el mantenimiento correctivo del canal oriental que atraviesa dicha zona. Sin embargo, los reproches formulados no se probaron y, por el contrario, se demostró que se trató de un caso de fuerza mayor o caso fortuito debido a la gran cantidad de lluvias registradas en dicha fecha.

El artículo 64 del Código Civil define esta figura de la siguiente manera: *“ARTICULO 64. <FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO>. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc2.*

De acuerdo al análisis jurisprudencial⁵ y doctrinal sobre esta figura, la fuerza mayor para constituirse como una causal eximente de responsabilidad debe corresponder a:

- Un hecho externo
- Un hecho imprevisible
- Un hecho irresistible

La atribución de responsabilidad realizada en la demanda, según el recuento fáctico, se deriva de las inundaciones registradas en varias viviendas de la Comuna 6 dado que el sistema de drenaje colapsó. Lo que fue consecuencia de una lluvia torrencial atípica en el Municipio de Cali. Situación que se compatibiliza con la causal de exoneración de la que se trata. Claramente las lluvias, al corresponder a un fenómeno natural, cumplen con el requisito de ser externo a la actividad administrativa.

El hecho de haberse producido un torrencial aguacero no es atribuible a alguna conducta u omisión de Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P., por tanto, al no ser

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. (15 de junio de 2000) Expediente 12423. - Consejo de Estado, Sección Tercera. (27 de noviembre de 2002) Expediente 13090

imputable a quien supuestamente causó el daño, corresponde a un hecho externo que se constituye verdaderamente como una causa extraña. Sobre este requisito, ha desarrollado el Consejo de Estado:

(...)... la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de que sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración -al menos con efecto liberatorio pleno- de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada...

En ese escenario se exige que el hecho sea imprevisible, es decir, que no sea posible contemplar al hecho con anterioridad a su ocurrencia. La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 26 de marzo de 2008, estableció que en punto de su configuración, se debía entender por imprevisible *“aquellos que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquellos que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia”*, lo que claramente tiene como consecuencia la rigurosidad con la cual se analizaba la imprevisibilidad.

Finalmente, para considerar un hecho como fuerza mayor o caso fortuito, se requiere que sea irresistible. O sea, que haya una imposibilidad real de evitar las consecuencias producidas por ese suceso imprevisto. Cuando ocurre un evento natural de forma repentina e inesperada, cobra especial relevancia su carácter irresistible. Esto, debido al desarrollo súbito del fenómeno que impide prever y, por ende, anticiparse a las consecuencias potencialmente dañinas que podrían derivarse del mismo como ocurrió en el presente caso.

En conclusión, es claro que no surge obligación indemnizatoria alguna a cargo de las pasivas pues es evidente que el evento de lluvias del 21 de abril de 2019 en la ciudad de Cali fue una situación *“atípica, imprevisible, irresistible y externo a la administración”*, amén de ser la causa adecuada del desbordamiento del Rio Cauca y de las inundaciones, es decir, que el daño alegado por los demandantes no se produjo por alguna acción u omisión de la administración (no existe criterio material jurídico para imputarle el daño alegado) sino que se debió a un evento que cumple todas y cada una de las características de la fuerza mayor. Esta situación rompe total y definitivamente el nexo causal necesario para estructurar la responsabilidad pretendida. De lo que surge que deben desestimarse las pretensiones de la demanda.

C. EL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO EMERGENTE SOLICITADO POR LA PARTE DEMANDANTE RESULTA IMPROCEDENTE EN TANTO NO SE ACREDITÓ SU CAUSACIÓN

De acuerdo a lo probado en el plenario, se logró evidenciar que no existe responsabilidad frente a Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P sobre los hechos de la demanda, ni mucho menos en contra de mi prohijada, por cuanto no se integró por la parte actora los medios de pruebas fehacientes para demostrar la causación de los perjuicios alegados. Las pruebas recaudadas no otorgan una convicción real sobre la producción, naturaleza, y de la cuantía del supuesto detrimento patrimonial irrogado, el cual, al no ser objeto de presunción, no puede ser reconocido sin mediar pruebas fehacientes de su causación.

Los demandantes pretenden el reconocimiento de perjuicios por concepto de daño emergente, lo que suma en total \$252.093.397. Sin embargo, a pesar que en la demanda se realiza una discriminación del valor específico que reclama cada demandante, no se justifica su monto y mucho menos se prueba de ninguna manera. Al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

En el caso concreto] se allegaron copias de algunas facturas con las que se pretendía demostrar que (...). compró productos de distinta naturaleza de manera previa a la inundación; sin embargo, esos documentos no se encuentran suscritos ni se tiene certeza de su pago, por lo que no tienen la virtualidad de probar la supuesta erogación en que incurrió la demandante, ni que la mercancía se encontrara en los locales al momento de los hechos. Idéntica situación se predica de los artículos electrónicos y maquinaria supuestamente afectados, en la medida en que no se demostró su existencia al momento de los hechos y las cotizaciones allegadas no dan cuenta de su adquisición, sino simplemente de una referencia de su valor comercial, sin que tengan la vocación de acreditar que la sociedad incurrió en algún pago. En estas condiciones, la Sala considera que la sociedad (...) no aportó un inventario debidamente soportado de los bienes afectados por la inundación acaecida, razón por la cual le asistió razón al Tribunal de primera instancia al negar las pretensiones relacionadas a título de daño emergente.⁶

Dentro del expediente únicamente obra un documento denominado “ficha de damnificados por inundaciones” elaborado por el mismo apoderado de los demandantes, en el cual se plasman unos valores por reparaciones y por pérdida de enceres presuntamente a causa de la inundación del 21 de abril de 2019. Sin embargo, dichas sumas no se soportan en ningún documento o prueba adicional que permita su reconocimiento. Debe aclararse que la indemnización no puede ser fuente de enriquecimiento para los demandantes. En otras palabras, es imperativo que el juez tenga en cuenta que los principios generales del derecho, la legislación y los criterios jurisprudenciales, establecen que la víctima de un hecho dañoso no puede enriquecerse como consecuencia de una indemnización. Por el contrario, la reparación únicamente debe propender por llevar a la persona al estado previo al acontecimiento del hecho. Por lo anterior y sin que signifique aceptación de responsabilidad alguna en cabeza de mi representada, en el evento que el honorable juez considere que sí se reúnen los elementos de la responsabilidad, comedidamente le solicito desestime la tasación exorbitante e injustificada de perjuicios propuesta por los demandantes.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de julio de 2021, Exp. (60263)

En conclusión, se reitera que es evidente que no se avizoran en el expediente pruebas que acrediten o expliquen cómo es que Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P han sido generadora de los perjuicios cuya indemnización se demanda, cuando no tuvieron responsabilidad en la conducta generadora del supuesto daño que se pretenden endilgar y por cuanto dichos perjuicios fueron desvirtuados, por lo cual se insiste al despacho respetuosamente que niegue las pretensiones de la demanda.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA REALIZADO POR EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

A. NO SE PROBÓ LA MATERIALIDAD, NI REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO POR PARTE DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P, POR LO TANTO, NO ES EXIGIBLE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DE LA ASEGURADORA

No se demostró dentro del proceso que Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P fuera responsable de los presuntos daños causados a la parte demandante, como ya se ha expuesto con amplitud, por lo que no es posible entenderse comprometido al asegurador por riesgos que aunque asumió porque se le trasladaron, sencillamente no son constitutivos de siniestro a la luz del seguro porque su materialidad fenoménica no se acompasa a la descripción de dicho hecho futuro previsto en la descripción del riesgo asegurado en este caso particular.

En relación a lo mencionado el artículo 1072 del Código de Comercio define el siniestro como: *“ARTÍCULO 1072. DEFINICIÓN DE SINIESTRO. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”*

Tal como lo expone el profesor Andrés Ordoñez, para efectos del derecho de seguros, la noción de *riesgo* se circunscribe al denominado riesgo puro, esto es, *“el riesgo que se concreta exclusivamente en hechos dañosos, sea para la persona en su integridad física o en su patrimonio”*⁷ (2008, p. 11). Entonces, el riesgo de beneficio o ganancia no es susceptible de ser asegurable, así como tampoco lo es el riesgo especulativo en el que se presenta la posibilidad de ganancia o pérdida. Así pues, el riesgo, a la luz del contrato de seguro, es, como refiere el profesor López Blanco: *“la incertidumbre que puede referirse a si el suceso se presentará o no, o cuando ocurrirá, si fatalmente sucederá”*⁸ (...) (2014, p.156)”. El artículo 1054 del C.Co. define al riesgo como *“el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador.”*

En el contrato de seguro contenido en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No.022336221, se pactó como objeto el de amparar al asegurado en caso de que un tercero exija una indemnización en virtud de las disposiciones del derecho colombiano sobre responsabilidad

⁷ Ordoñez Ordoñez, Andrés Eloy (2008). Cuestiones generales y caracteres del contrato. Lecciones de Derecho de Seguros No. 1. Bogotá D.C. Editorial Universidad Externado.

⁸ López Blanco, Hernán Fabio (2014). Comentarios al contrato de seguro. Sexta Edición. Bogotá D.C. Dupré Editores.

civil extracontractual, por un siniestro imputable al asegurado ocurrido durante la vigencia del contrato. Sin embargo, como ya se mencionó anteriormente, no se probó durante todo el proceso que el asegurado, EMCALI E.I.C.E. E.S.P hayan sido la causante de los supuestos de hecho y de los consecuentes perjuicios que alega la parte demandante, por lo tanto, el riesgo asegurado no se estructuró por parte de las entidades. En ese mismo sentido los hechos y pretensiones de la demanda carecen de cobertura bajo la póliza de seguro utilizada como fundamento del llamamiento en garantía correspondiente, pues no se cumplió la condición a la que está sometida la obligación de la aseguradora, esto es, que se realice el riesgo asegurado en los términos del contrato de seguro.

En efecto, al no darse los elementos que permitan declarar la responsabilidad del asegurado, no hay fundamento para afectar la póliza mencionada por ausencia de realización del riesgo asegurado, es decir que en el presente asunto no se ha estructurado un siniestro, lo que deviene en que no se cumple la condición esencial para que surja la obligación contractual de resarcir a cargo de mi representada.

Quedó claramente expuesto que el riesgo asegurado no se realizó por cuanto dentro del expediente no existe ningún elemento útil, necesario y pertinente que permita demostrar que, por parte de EMCALI E.I.C.E. E.S.P existió una acción u omisión que hubiere desencadenado la inundación del 21 de abril de 2021. Por lo tanto, no se cumplen las condiciones generales y particulares bajo las cuales se suscribió la Póliza de Seguro No. 022336221 en el sentido que la entidad asegurada no es la responsable de los daños alegados por la parte demandante.

B. NO PUEDEN DESCONOCERSE LAS EXCLUSIONES DE AMPARO PACTADAS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 022336221

En la póliza en estudio, se estipularon algunas exclusiones al amparo de responsabilidad civil extracontractual que en el caso de presentarse la compañía de seguros no está obligada a responder, unas de las cuales corresponden a las siguientes:

- Dolo o culpa grave del asegurado o sus representantes.
- Fenómenos de la naturaleza tales como: terremoto, temblor, erupción volcánica, maremoto, tsunami, huracán, ciclón, tifón, tornado, tempestad, viento, desbordamiento y **alza del nivel de aguas, inundación, lluvia**, granizo, estancación, hundimiento del terreno, deslizamiento de tierra, caída de rocas, aludes, y demás fuerzas de la naturaleza (negrita adrede)

Como se ha venido desarrollando, el daño pretendido por la parte demandante se refiere a los daños ocasionados a los demandantes por las inundaciones de la comuna 6 de la ciudad de Cali, con ocasión de las fuertes lluvias para la época del daño descrita en los hechos. En caso de que se estructurara la acción a partir de este daño y se atribuyera responsabilidad a Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P., esta situación está expresamente excluida en el contrato de seguro, bajo las premisas anteriormente citadas. Por esta razón, solicito respetuosamente la declaración de esta exclusión y, por tanto, la exoneración de mi representada.

En este punto se debe tener como referente que la Superintendencia Financiera de Colombia, ha desarrollado el tema incluso desde el año 1996 a través de la Circular 007, donde indicó:

1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones).

Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada.

Posteriormente en la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, de la referida entidad, se reafirmó la postura realizando una regulación de la emisión de las pólizas y del contenido que estas debían tener, así:

1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros: Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el numeral 2 del art. 184 del EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información:

1.2.1.1. En la carátula:

1.2.1.1.1. Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del C.Co.

1.2.1.1.2. En caracteres destacados o resaltados, es decir, que se distingan del resto del texto de la impresión, el contenido del inciso 1º del art. 1068 del C.Co. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal.

1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones)

Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral. (Negrilla fuera de texto)

La regulación de la Superintendencia Financiera de Colombia, es completamente clara, pues indica que los amparos y exclusiones deben consignarse a partir de la primera página de la póliza, esto es, no de forma restrictiva en la carátula de la misma, puesto que, por razones prácticas, por imposibilidad física, y por las indicaciones legales referidas, no es viable que confluyan en esta misma página del contrato de seguro. De hecho, la misma Superfinanciera a través de su Dirección Legal dio respuesta a consulta formulada por el Representante Legal de Liberty Seguros el pasado 04 de febrero de 2020⁹, conceptuando lo siguiente:

⁹ Superintendencia Financiera de Colombia, Radicación No. 2019153273-007-000, trámite: Consultas específicas, remitente: 334000 – DIRECCIÓN LEGAL DE SEGUROS, firmado por Luz Elvira Moreno Dueñas, Director Legal de Seguros

Bajo esta línea de interpretación, debe entenderse que en aquellos casos en que en consideración al número de amparos y sus respectivas exclusiones, así como la necesidad de ofrecer una descripción legible, clara y comprensible de los mismos, no sea susceptible incorporar todos estos conceptos en una sola página, pueden quedar, tanto los primeros como las segundas, consignados en forma continua a partir de la primera página de la póliza, como lo precisa la instrucción de este Supervisor.

Es preciso enfatizar que la Superintendencia Financiera de Colombia, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que tiene por objeto supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.

Conforme a lo anterior, y a su clara condición de organismo estatal regulador de la actividad financiera y aseguradora, que por tanto ejerce la supervisión de manera idónea, es que el Decreto 2739 de 1991, en su artículo 3.3, estableció como una de sus funciones, la siguiente: *“Emitir las órdenes necesarias para que las entidades sujetas a la inspección, Vigilancia y control de la Superintendencia suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas o inseguras, y para que se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento”*.

De acuerdo entonces a la función pública que realiza esta entidad es claro que sus conceptos y las circulares que expide tienen un fin orientador, claramente de carácter vinculante, no siendo coherente que expida una circular que vaya en desmedro de los intereses de los asegurados, tomadores o beneficiarios en el contrato de seguro.

C. QUEDÓ PROBADO QUE LA EVENTUAL OBLIGACIÓN DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS NO PUEDE EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO PACTADO EN LA PÓLIZA No. 022336221

Sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. Las condiciones determinadas en el contrato de seguros se encuentran sujetas a la disponibilidad de la suma asegurada. La ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra de nuestro asegurado.

Las condiciones determinadas en el contrato de seguros son obligaciones contraídas por la compañía aseguradora exclusivamente expresadas en su texto, las cuales por ningún motivo se podrán desconocer. De acuerdo a lo estipulado en el artículo 1079 del Código de Comercio: *“El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”*

Para el presente caso, se tiene que en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No.022336221 se pactaron los siguientes límites de valor asegurado:

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	500.000.000,00	500.000.000,00
3.RC Patronal	2.000.000.000,00	500.000.000,00
4.RC Vehículos Propios y No Propios	2.000.000.000,00	500.000.000,00
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
9.RC Bienes Bajo Cuidado, Control y Custodia	2.000.000.000,00	2.000.000.000,00

Siendo el límite máximo de responsabilidad de la compañía por todos los daños y perjuicios causados por todos los siniestros ocurridos durante la vigencia del seguro. Por lo tanto, en el remoto evento de que prosperaren una o algunas de las pretensiones de la demanda, debe tenerse en cuenta que el despacho no podrá condenar a mi representada a pagar una suma mayor a la asegurada disponible. De ninguna manera el demandante podrá obtener una compensación más allá del límite de la suma asegurada indicada en la carátula de la póliza, siendo el límite máximo de responsabilidad de la compañía por todos los daños y perjuicios causados por todos los siniestros ocurridos durante la vigencia del seguro.

D. QUEDÓ PROBADO QUE EN LA PÓLIZA No. 022336221 SE PACTÓ UN DEDUCIBLE QUE NO PUEDE PASARSE POR ALTO

En la mencionada póliza, se estipuló adicionalmente la existencia de un deducible, el cual legalmente está permitido, luego que se encuentra consagrado en el artículo 1103 del Código de Comercio; este reza que: *“(…) Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original (…)”*

Sin aceptar responsabilidad alguna y a modo ilustrativo, debe tenerse en cuenta, que el deducible, el cual corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta la entidad asegurada, para el caso que nos ocupa corresponde al 10% del valor de la pérdida – mínimo \$28.000.000. El despacho deberá tener presente que, al momento de atribuir responsabilidades sobre el cubrimiento del presunto daño antijurídico causado, que las aseguradas les corresponderían cubrir los montos señalados, y que a la aseguradora le concerniría, eventualmente, el saldo sobrante. Es decir que, en el improbable caso de endilgarse responsabilidad a Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P, ésta tendría que cubrir el porcentaje anteriormente indicado como deducible y, a la aseguradora le atañería cubrir el valor del saldo.

E. QUEDÓ DEMOSTRADO QUE LA EVENTUAL OBLIGACIÓN DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS SE LIMITA AL PORCENTAJE QUE LE CORRESPONDE DE ACUERDO CON EL COASEGURO PACTADO EN LA PÓLIZA No. 022336221

La Póliza No. 022336221 tomada por Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P, y que sirvió como fundamento del llamamiento en garantía en la presente Litis, fue pactada bajo la figura de COASEGURO, esto es, distribuyendo el riesgo entre las compañías aseguradoras así: ALLIANZ SEGUROS S.A. con el 80% y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS con el 20%.

En esa medida, al existir un coaseguro entre la mencionada aseguradora y mí representada, en el improbable caso que el EMCALI E.I.C.E. E.S.P deba responder por la indemnización de perjuicios reclamada por la parte demandante, deberá tenerse en cuenta que, al no existir solidaridad entre las compañías aseguradoras, cada una deberá responder de acuerdo al porcentaje pactado.

Lo anterior, tiene fundamento en el artículo 1092 y 1095 del Código de Comercio, el cual establece referente al Coaseguro, lo pertinente:

Artículo 1092: 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.

Artículo 1095: 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.

De la misma manera en reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado, se ha pronunciado sobre la inexistencia de solidaridad entre coaseguradoras, así:

La jurisprudencia ha reconocido que en casos de coaseguro se responde en proporción a la cuantía que se asumió, sobre todo en el caso en que ello se pacte expresamente. De hecho, ha indicado que en casos de coaseguro el riesgo, entonces, es dividido en el número de coaseguradores que participan del contrato, en las proporciones que entre ellos dispongan, sin que se predique solidaridad entre ellos¹⁰

Atendiendo a lo establecido en el Código de Comercio, se concluye que ni siquiera en el improbable caso de que fueran viables las pretensiones de la parte actora podría condenarse en su totalidad a mí representada, por lo que les corresponde a las otras coaseguradoras soportar la indemnización en proporción al porcentaje asumido

CAPÍTULO IV. PETICIÓN

En mérito de lo expuesto, de manera respetuosa, ruego:

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 9 de julio de 2021, Exp. 54460

PRIMERO: Negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarando probadas las excepciones de fondo y mérito presentadas por **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.** y en consecuencia se absuelva a mi representada a pago alguno por conceptos de indemnizaciones por los supuestos perjuicios alegados.

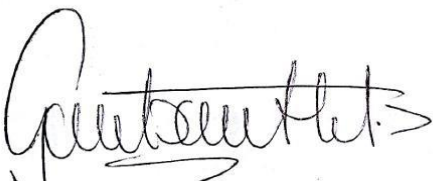
SEGUNDO: En el remoto evento en que los argumentos esbozados en el presente escrito no fueran de su convencimiento, no pierda de vista la configuración de las exclusiones pactadas en los contratos de seguros y las demás limitaciones sobre la cobertura de la póliza con fundamento en la cual **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.** llamó en garantía a mi representada, esto, de conformidad con las consideraciones expuestas por mi defendida en esta oportunidad procesal.

CAPÍTULO V. NOTIFICACIONES

A la parte actora y a los convocados, en las direcciones consignadas en los escritos de demanda y contestaciones de la misma.

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

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá

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