

Señores

JUZGADO SÉPTIMO (7º) ADMINISTRATIVO DE CALI, VALLE DEL CAUCA.

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA.
RADICADO: 76001-33-33-007-**2023-00301**-00.
DEMANDANTES: OTORGO ENVASES S.A.S.
DEMANDADO: ESPY S.A. E.S.P.

ASUNTO: CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado especial de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, entidad aseguradora dedicada a los seguros generales, organizada como cooperativa, que tiene el carácter de institución auxiliar del cooperativismo, sin ánimo de lucro, sometida a control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio principal en la calle 100 No. 9 A - 45 Piso 12, de la ciudad de Bogotá D.C., identificada con el NIT. 860.524.654 – 6, representada legalmente por la Doctora María Yasmith Hernández Montoya, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.264.817, conforme se acredita con el poder y certificado de existencia y representación legal adjunto. Encontrándome dentro del término legal comedidamente procedo, en primer lugar, a **CONTESTAR LA DEMANDA** impetrada por la sociedad **OTORGO ENVASES S.A.S.**, en contra del MUNICIPIO DE YUMBO y la ESPY S.A. E.S.P., y en segundo lugar, a **CONTESTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** formulado por dicha empresa de servicios públicos a mi representada, para que en el momento en que se vaya a definir el litigio se tengan en cuenta los hechos y precisiones que se hacen a continuación, anticipando que me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, así como las que contiene el llamamiento en garantía que nos ocupa, en los siguientes términos:

OPORTUNIDAD PARA CONTESTAR LA DEMANDA.

El 6 de agosto de 2024, el Séptimo (7º) Administrativo Oral de Cali, notificó en estados el Auto Interlocutorio proferido el 5 de agosto de la anualidad, por medio del cual admitió el llamamiento en garantía respecto de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, concediéndole el término de quince (15) días para contestar.

El Despacho notificó electrónicamente el auto admisorio del llamamiento en garantía a mí representada **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, el día 13 de agosto de 2024.

El artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, dispone “*El traslado o los términos que conceda el auto notificado solo se empezarán a contabilizar a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente*”. Conforme a lo anterior, los días 14 y 15 de agosto de 2024, corresponden a los días mencionados.

El término de traslado de quince (15) días para contestar se surtiría desde los días 16, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 29 y 30 de agosto de la anualidad, y los días 2, 3, 4, 5 y 6 de septiembre de 2024, por lo que se concluye que este escrito es presentado dentro del término previsto para tal efecto.

CAPÍTULO I
CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I. FRENTE A LOS SUPUESTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA

Frente al hecho 1º: no me consta lo afirmado en este hecho por la parte demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, compañía, sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

Pese a lo anterior, de la prueba documental anexa al dossier se vislumbra certificado de existencia y representación legal de la sociedad OTORGO ENVASES S.A.S., donde en la constitución se indica que: *“Por Escritura Pública No. 6651 del 19 de diciembre de 1977 Notaria Segunda de Cali, inscrito en esta Cámara de Comercio el 21 de marzo de 1978 con el No. 25841 del Libro IX, se constituyó sociedad de naturaleza Comercial denominada OTORGO LTDA”.*

Frente al hecho 2º: no me consta lo afirmado en este hecho por la parte demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, compañía, sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

Pese a lo anterior, de la prueba documental anexa al dossier se vislumbra certificado de existencia y representación legal de la sociedad OTORGO ENVASES S.A.S., donde se vislumbra el objeto social de la sociedad.

Frente al hecho 3º: no me consta lo afirmado en este hecho por la parte demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, compañía, sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

Pese a lo anterior, de la prueba documental anexa al dossier se vislumbra certificado de existencia y representación legal de la sociedad OTORGO ENVASES S.A.S., donde se vislumbra el cambio de domicilio de Cali a Yumbo.

Frente al hecho 4º: no me consta lo afirmado en este hecho por la parte demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, compañía, sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

Frente al hecho 5º: no me consta lo afirmado en este hecho por la parte demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, compañía, sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

Pese a lo anterior, de la prueba documental anexa al dossier se vislumbra certificado de existencia y representación legal de la sociedad OTORGO ENVASES S.A.S., donde se vislumbra el cambio de nombre de Otorgo Ltda., a Otorgo Envases S.A.S.

Frente al hecho 6º: no me consta lo afirmado en este hecho por la parte demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, compañía, sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

No obstante, se precisa que la parte actora en este hecho confiesa que el inmueble con matrícula inmobiliaria No. **370 – 717431**, se encuentra clasificado como rural.

Frente al hecho 7º: no me consta lo afirmado en este hecho por la parte demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, compañía, sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

Frente al hecho 8º: no me consta lo afirmado en este hecho por la parte demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, compañía, sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

Pese a lo anterior, debe advertirse al despacho que de las pruebas documentales anexas al plenario no milita ningún medio probatorio que, de cuenta del cobro de servicios públicos por parte de la ESPY, frente a la sociedad OTORGO ENVASES S.A.S. Todo lo contrario, de las pruebas se observa que EMCALI EICE E.S.P., es quien le cobra a la sociedad por concepto de servicios públicos.

Además, no existe ningún estudio previo llevado a cabo por la Municipalidad con jurisdicción que establezca la real necesidad de la construcción de la infraestructura de acueducto y alcantarillado que el togado actor echa de menos.

Frente al hecho 9º: no me consta lo afirmado en este hecho por la parte demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, compañía, sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

Sin embargo, debe precisarse al despacho que la ESPY S.A. E.S.P., no tiene competencia para intervenir redes de alcantarillado pluvial o de aguas residuales del suelo clasificado como rural.

Frente al hecho 10º: no me consta lo afirmado en este hecho por la parte demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, compañía, sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

Sin embargo, debe advertirse al despacho que el extremo activo no allegó ningún medio probatorio que acredite las presuntas, pero no probadas solicitudes ante la ESPY, para la realización de las obras y se dé solución a la recolección, condición y evacuación de las aguas residuales y pluviales. Como fuera, aun en el hipotético caso de que las solicitudes se hubieren remitido, la ESPY no tiene la obligación legal de acometer tales obras.

Frente al hecho 11º: no me consta lo afirmado en este hecho por la parte demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, compañía, sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

Sin embargo, debe precisarse al despacho que la ESPY, no tiene competencia para intervenir redes de alcantarillado pluvial o de aguas residuales del suelo clasificado como rural.

Frente al hecho 12º: no es un hecho. Se trata de las pretensiones del medio de control de reparación directa, donde se pretende indemnización por concepto de perjuicios materiales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante.

Frente al hecho 13º: no es un hecho. Se trata de una pretensión, la cual busca que se indexe los valores que eventualmente podrían reconocerse en la sentencia.

Frente al hecho 14º: no es un hecho. Corresponde a la manifestación de que los documentos se allegaron al dossier y a los sujetos procesales escaneados.

Frente al hecho 15º: no es un hecho, se trata del ejercicio del derecho de postulación.

II. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a la totalidad de las pretensiones incoadas en el medio de control de reparación directa, por cuanto carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad, por cuanto no existe en el expediente prueba fehaciente que permita endilgar responsabilidad administrativa a la **ESPY S.A. E.S.P.**, por las supuestas inundaciones acaecidas en el año 2022, en las que presuntamente resultó afectada la propiedad de la sociedad OTORGO ENVASES S.A.S., precisamente por cuanto la empresa no tuvo injerencia en el hecho. En el proceso, no se ha acreditado la relación de causalidad entre el daño cuya indemnización se pretende y la supuesta omisión en la realización de obras de urbanismo en alcantarillado pluvial y disposición de aguas residuales. En todo caso, es claro que la empresa de servicios públicos no participó en la ocurrencia del hecho, en la medida que todas las hipótesis planteadas apuntan a hechos de terceros, ajenos a la operación de la empresa.

En adición a lo anterior, no hay prueba de las condiciones de modo, tiempo y lugar en que supuestamente habría ocurrido la inundación a la propiedad, lo que impide imputar el daño al extremo pasivo por la falta de acreditación del nexo causal.

Frente a las declaraciones y condenas individualmente consideradas, procedo a pronunciarme en detalle, de la siguiente manera:

Oposición frente a la pretensión PRIMERA: ME OPONGO. Sea lo primero indicar que, NO se encuentra acreditado dentro del plenario actuar indebido, ni ninguna omisión por parte de la **ESPY S.A. E.S.P.**, con ocasión a la supuesta inundación del año 2022. Ahora bien, de conformidad con el acervo probatorio y la situación fáctica que se presenta dentro del presente asunto, se evidencia que, la **ESPY S.A. E.S.P.**, no tiene competencia para intervenir suelos clasificados como rural, tal y como acontece con el inmueble de propiedad de la sociedad **OTORGO ENVASES S.A.S.** En efecto, revisado el expediente, es evidente que no se han allegado pruebas con la virtualidad demostrativa suficiente para acreditar que el evento reprochado ocurrió como resultado del abandono de las obligaciones que la **ESPY S.A. E.S.P.**, tenía a su cargo, es decir, por un hecho u omisión a ella atribuible, por lo que las pretensiones indemnizatorias no están encaminadas a prosperar; máxime cuando, la demandante no ha allegado al plenario, medios que otorguen credibilidad sobre la forma en la que manifiestan que el hecho se suscitó, es decir, por la presunta negligencia o impericia por parte de la demandada en la prestación del servicio de alcantarillado pluvial y disposición de aguas residuales. En contraste, se reitera, lo que sí se encuentra acreditado en el plenario, es que las causas no le resultan atribuibles a la pasiva de este medio de control, y por contera es improcedente acceder a las pretensiones que aquí se elevaron.

Oposición frente a la pretensión SEGUNDA: me opongo a la condena que se pretende por perjuicios patrimoniales, toda vez que se trata de un fenómeno natural como lo es la inundación, circunstancia que releva de obligación indemnizatoria al extremo pasivo. Adicionalmente, no existen elementos de prueba ni mucho menos nexo de causalidad para estructurar la responsabilidad sobre la que se pretende tal declaración.

Concretamente me opongo a los perjuicios así:

Oposición frente a la pretensión de lucro cesante en la producción y comercialización de los productos: ME OPONGO rotundamente a la prosperidad de la pretensión de lucro cesante en cuantía de **\$24.360.890**. En primer lugar, porque **ESPY S.A. E.S.P.**, no incurrió en ninguna conducta que deviniera en el daño reclamado por la demandante. En segundo lugar, no hay prueba que acredite que hubo un lucro dejado de percibir en el patrimonio de la demandante. Se debe recordar que este tipo de perjuicios no admiten ningún tipo de presunción y su reconocimiento debe someterse a prueba objetiva. La anterior situación impide una cuantificación del perjuicio en los términos solicitados por la parte actora, pues ante la inexistencia de prueba, no hay facultad oficiosa para inferir o presumir tal hecho.

Oposición frente a la pretensión de lucro cesante por perjuicios a las instalaciones de la sociedad: ME OPONGO rotundamente a la prosperidad de la pretensión de lucro cesante en cuantía de **\$39.219.197**. En primer lugar, porque **ESPY S.A. E.S.P.**, no incurrió en ninguna conducta que deviniera en el daño reclamado por la demandante. En segundo lugar, no hay prueba que acredite que hubo un lucro dejado de percibir en el patrimonio de la demandante. Se debe recordar que este tipo de perjuicios no admiten ningún tipo de presunción y su reconocimiento debe someterse a prueba objetiva. La anterior situación impide una cuantificación del perjuicio en los términos solicitados por la parte actora, pues ante la inexistencia de prueba, no hay facultad oficiosa para inferir o presumir tal hecho.

Oposición frente a la pretensión de lucro cesante por deterioro: ME OPONGO rotundamente a la prosperidad de la pretensión de lucro cesante en cuantía de \$119.580.000. En primer lugar, porque **ESPY S.A. E.S.P.**, no incurrió en ninguna conducta que deviniera en el daño reclamado por la demandante. En segundo lugar, no hay prueba que acredite que hubo un lucro dejado de percibir en el patrimonio de la demandante. Se debe recordar que este tipo de perjuicios no admiten ningún tipo de presunción y su reconocimiento debe someterse a prueba objetiva. La anterior situación impide una cuantificación del perjuicio en los términos solicitados por la parte actora, pues ante la inexistencia de prueba, no hay facultad oficiosa para inferir o presumir tal hecho.

Oposición frente a la pretensión de lucro cesante por deterioro de cartera: ME OPONGO rotundamente a la prosperidad de la pretensión de lucro cesante en cuantía de \$4.817.542. En primer lugar, porque **ESPY S.A. E.S.P.**, no incurrió en ninguna conducta que deviniera en el daño reclamado por la demandante. En segundo lugar, no hay prueba que acredite que hubo un lucro dejado de percibir en el patrimonio de la demandante. Se debe recordar que este tipo de perjuicios no admiten ningún tipo de presunción y su reconocimiento debe someterse a prueba objetiva. La anterior situación impide una cuantificación del perjuicio en los términos solicitados por la parte actora, pues ante la inexistencia de prueba, no hay facultad oficiosa para inferir o presumir tal hecho.

Oposición frente a la pretensión de daño emergente por remoción de escombros: me opongo a la condena que se solicita por concepto de perjuicio patrimonial en la modalidad de daño emergente, porque no confluyen los elementos necesarios para estructurar la responsabilidad administrativa en cabeza de la demandada, **ESPY S.A. E.S.P.**, luego no existe obligación de indemnizar perjuicios patrimoniales.

Por otra parte, no existe en el plenario facturas ni documentos equivalentes que permita advertir que del patrimonio de la demandante saliera la suma de \$15.453.622, con ocasión de la presunta inundación.

Oposición frente a la pretensión de daño emergente por reparaciones locativas en edificios: me opongo a la condena que se solicita por concepto de perjuicio patrimonial en la modalidad de daño emergente, porque no confluyen los elementos necesarios para estructurar la responsabilidad administrativa en cabeza de la demandada, **ESPY S.A. E.S.P.**, luego no existe obligación de indemnizar perjuicios patrimoniales.

Por otra parte, no existe en el plenario facturas ni documentos equivalentes que permita advertir que del patrimonio de la demandante saliera la suma de \$17.149.838, con ocasión de la presunta inundación.

Oposición frente a la pretensión de daño emergente por reparaciones al sistema eléctrico: me opongo a la condena que se solicita por concepto de perjuicio patrimonial en la modalidad de daño emergente, porque no confluyen los elementos necesarios para estructurar la responsabilidad administrativa en cabeza de la demandada, **ESPY S.A. E.S.P.**, luego no existe obligación de indemnizar perjuicios patrimoniales.

Por otra parte, no existe en el plenario facturas ni documentos equivalentes que permita advertir que del patrimonio de la demandante saliera la suma de \$9.137.817, con ocasión de la presunta inundación.

Oposición frente a la pretensión de daño emergente por reparaciones a maquinaria y equipos: me opongo a la condena que se solicita por concepto de perjuicio patrimonial en la modalidad de daño emergente, porque no confluyen los elementos necesarios para estructurar la

responsabilidad administrativa en cabeza de la demandada, **ESPY S.A. E.S.P.**, luego no existe obligación de indemnizar perjuicios patrimoniales.

Por otra parte, no existe en el plenario facturas ni documentos equivalentes que permita advertir que del patrimonio de la demandante saliera la suma de **\$248.754.020**, con ocasión de la presunta inundación.

Oposición frente a la pretensión de daño emergente por daño de materiales o materia prima: me opongo a la condena que se solicita por concepto de perjuicio patrimonial en la modalidad de daño emergente, porque no confluyen los elementos necesarios para estructurar la responsabilidad administrativa en cabeza de la demandada, **ESPY S.A. E.S.P.**, luego no existe obligación de indemnizar perjuicios patrimoniales.

Por otra parte, no existe en el plenario facturas ni documentos equivalentes que permita advertir que del patrimonio de la demandante saliera la suma de **\$54.748.143**, con ocasión de la presunta inundación.

Oposición frente a la pretensión de daño emergente por pérdida de productos terminados: me opongo a la condena que se solicita por concepto de perjuicio patrimonial en la modalidad de daño emergente, porque no confluyen los elementos necesarios para estructurar la responsabilidad administrativa en cabeza de la demandada, **ESPY S.A. E.S.P.**, luego no existe obligación de indemnizar perjuicios patrimoniales.

Por otra parte, no existe en el plenario facturas ni documentos equivalentes que permita advertir que del patrimonio de la demandante saliera la suma de **\$84.067.551**, con ocasión de la presunta inundación.

Oposición frente a la pretensión de intereses: me opongo a la prosperidad de esta pretensión por cuanto, al no reunirse los requisitos esenciales para endilgar responsabilidad alguna en cabeza de la **ESPY S.A. E.S.P.**, el reconocimiento de intereses se torna inane.

III. EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE A LA DEMANDA

1. **INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD A CARGO DE ESPY S.A. E.S.P., POR LA FALTA DE ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL ENTRE LA SUPUESTA CONDUCTA DESPLEGADA POR MI REPRESENTADA Y EL DAÑO QUE PRETENDE SER INDEMNIZADO.**

La parte actora en este caso, sin soporte alguno, sostiene que la causa determinante de las inundaciones y posterior afectación al inmueble de la sociedad **OTORGO ENVASES S.A.S.**, obedeció a una supuesta falta de obras de urbanismo en alcantarillado pluvial y disposición de aguas residuales. Sobre el particular, debe llamarse la atención en que, tal aseveración corresponde a una afirmación completamente carente de prueba, pues además de no existir prueba fehaciente sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que supuestamente se vio afectado el inmueble de propiedad de la demandante tampoco existe prueba de que, de haber ocurrido, el mismo obedece a un actuar culposo del extremo pasivo.

Para que se pudiera configurar la responsabilidad a cargo de la **ESPY S.A. E.S.P.**, era necesario que la parte actora desde la presentación de la demanda probara el factor estructural de la responsabilidad, esto es, el nexo causal entre la supuesta acción y/u omisión desplegada por la empresa de servicios públicos y los perjuicios pretendidos por la demandante. No obstante, la

parte actora tiene como hipótesis que las inundaciones del año 2022, se produjeron por la omisión en la realización de obras de alcantarillado pluvial y disposición de aguas residuales, luego, no es posible atribuir a mi procurada la ocurrencia del fenómeno natural y mucho menos afirmar que hay a su cargo una obligación indemnizatoria, pues no fue una actuación de la empresa para que deba responder.

La jurisprudencia ha definido el nexo causal, como la relación de causalidad existente entre el daño y la acción u omisión atribuible al agente generador del mismo, se tiene que es un elemento naturalístico que permite la estructuración del daño y la consecuente responsabilidad en cabeza del Estado. Dicho esto, encontramos que las presuntas afectaciones padecidas por la sociedad **OTORGO ENVASES S.A.S.**, pretenden ser imputadas a la **ESPY S.A. E.S.P.**, con el simple dicho, ya que no existen y tampoco se solicitaron medios probatorios con los que se pudiera clarificar: **i)** las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió la inundación, **ii)** que existiera incumplimiento al contenido obligacional de la empresa, siendo este la causa eficiente de las afectaciones al inmueble, y no otro factor externo, imputable a fuerza mayor o caso fortuito, pues no hay siquiera un indicio de haber concurrido el proceder de mi procurada con la realización de este hecho.

Por un lado, la **ESPY S.A. E.S.P.**, es el prestador del servicio público de Acueducto y Alcantarillado para la zona urbana del Municipio de Yumbo, Valle del Cauca, tal y como se manifiesta en la contestación de la demanda de nuestra asegurada, el cual se encuentra en el Anexo No. 1 AREA DE PRESTACION DE SERVICIO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO – ESPY S.A. E.S.P.

Por otro, el inmueble de propiedad de OTORGO ENVASES S.A.S., se encuentra ubicado en la carrera **35 b No. 16 – 205, corregimiento de Arroyo hondo – El Cortijo – Acopi, Yumbo**, el cual no hace parte del perímetro urbano si no que corresponde a la zona industrial, razón por la cual **no hace parte del área de prestación del servicio** que brinda **ESPY S.A. E.S.P.**, lo cual se encuentra registrado en los conceptos técnicos del 11 y 14 de agosto de 2023, expedidos por el Director de Producción y Operaciones y la Directora Comercial y de Atención al cliente de la empresa de servicios públicos.

En conclusión, es claro que las inundaciones acaecidas en el año 2022 y las afectaciones al inmueble de propiedad de la sociedad demandante no tienen relación causal alguna con el actuar desplegado por la demandada OTORGO ENVASES S.A.S., máxime cuando ni siquiera se ha demostrado el incumplimiento de obligación o normativa alguna a su cargo. Por tanto, al no encontrarse acreditado ese nexo, es claro que jurídica y jurisprudencialmente resulta improcedente declarar responsabilidad administrativa por no encontrarse acreditado un elemento estructural de la misma. Por las razones expuestas, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

2. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA MATERIAL FRENTE A LA ESPY S.A. E.S.P.

En el presente litigio es claro que se presenta un evento de falta legitimación en la causa por pasiva respecto de la **ESPY S.A. E.S.P.**, lo que se traduce en una ausencia de responsabilidad. Lo anterior con fundamento en que no existe ninguna conexión entre la presunta inundación y posterior afectación del inmueble de propiedad de la demandante y el actuar de nuestra asegurada, pues esto se debió única y exclusivamente a un hecho de la naturaleza.

Debe advertirse al Despacho que la **ESPY S.A. E.S.P.**, no tiene competencia para la prestación de servicios públicos domiciliarios respecto del área rural donde se encuentra ubicado el inmueble de la demandante.

En efecto, en el plenario milita respuesta del Secretario de Infraestructura y Servicios Públicos del municipio de Yumbo, donde se indicó lo siguiente:

ASUNTO: Prestación del servicio de Alcantarillado en sector ACOPI. Radicado No. 1403.29.152

Cordial Saludo

Las empresas municipales de Cali EMCALI EICE ESP han definido dentro de su área de prestación del servicio público de alcantarillado, el sector de ACOPI, en la zona industrial del municipio de Yumbo, sobre el cual, a su vez realiza el ejercicio de contribuciones y subsidios que es tramitado en este despacho.

Agradeciendo su gestión,

Como es claro, en el presente asunto se está reprochando un daño supuestamente generado por las inundaciones acaecidas en el año 2022. No obstante, la **ESPY S.A. E.S.P.**, no intervino de ninguna manera en este suceso, máxime cuando no tiene competencia para la prestación de servicios en la zona industrial donde se encuentra localizada la empresa demandante, tal y como se observa de la respuesta emitida por el Secretario de Infraestructura y Servicios Públicos de Yumbo y con los respectivos recibos de los servicios aportados por la sociedad demandante al plenario.

En un sentido material, la legitimación en la causa implica la relación verdadera que tiene la parte convocada con los hechos que dieron lugar al litigio. Al respecto, el Consejo de Estado¹ ha indicado que:

“Al respecto destaca la Sala que la jurisprudencia de esta Corporación ha distinguido entre la legitimación en la causa de hecho y la legitimación en la causa material; distinción que se ha expuesto en los siguientes términos:

<<(…) toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante - legitimado en la causa de hecho por activa - y demandado - legitimado en la causa de hecho por pasiva - y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

De ahí que **un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio,** evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico...”.

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 13001-23-31-000-2011-00315-01(AP) Actor: DAVID LEONARDO SANDOVAL Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS.

En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, **legitimación material**, pues ésta **solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales;** (...)»² Subrayado de la Sentencia.

De otro lado, dicha Corporación, también ha mencionado:

“La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. **La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda**, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva. (...) **la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto**, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación. **Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado** y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.”³

De la lectura de los anteriores pronunciamientos, se puede concluir que, si no existe una relación de la parte demandada con los hechos de la demanda, no habrá legitimación en la causa por pasiva y el juzgador no podrá proferir una sentencia que acceda a las pretensiones que estén dirigidas a condenar a esa parte que equivocadamente se ha vinculado al proceso por la parte activa.

En el caso en estudio, se tiene que la empresa que presta los servicios públicos domiciliarios en la zona industrial de Yumbo, es **EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, tal y como se vislumbra de los recibos que se allegaron con el libelo introductorio

Además, debe tenerse en cuenta que ante la ausencia del nexo causal respecto del presunto daño causado con la conducta desplegada por mi asegurado y al encontrarse evidente que la demandante no ha cumplido con la carga que les correspondía, de realizar la imputación jurídica a la empresa demandada que se configura con la prueba de la afectación del inmueble que les correspondía, la calidad de legitimado en la causa no se puede presumir por parte de mi asegurada la **ESPY S.A. E.S.P.** Aunado a lo anterior, la responsabilidad administrativa que se busca endilgar a la empresa de servicios públicos, no tiene fundamento jurídico, pues la misma no presta servicios en el área afectada por el fenómeno de la inundación, notándose que no tuvo injerencia alguna en el suceso con el cual presuntamente se le ocasionaron los perjuicios a la sociedad demandante.

En conclusión, no existe una falla en la prestación del servicio en cabeza de la **ESPY S.A. E.S.P.**, pues como se manifestó anteriormente y como se demuestra mediante el material probatorio

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA, Bogotá, D.C., 18 de mayo de 2017, Radicación número: 13001-23-31-000-2011-00315-01(AP) Actor: DAVID LEONARDO SANDOVAL. Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS.

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A, Bogotá D.C., 28 de marzo de 2019. Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00509-01(48545) Actor: EDUARDO ACUÑA RODRÍGUEZ Y OTROS Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA) <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/218/68001-23-31-000-2008-00509-01.pdf>

allegado, la inundación es un fenómeno natural que acaeció por las fuertes lluvias que se presentaron en ese año en el municipio de Yumbo.

Con base en lo anterior, existe suficiente material probatorio para que se declare probada esta situación, por lo que solicito respetuosamente la negación de las pretensiones.

3. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD ANTE UNA CAUSA EXTRAÑA COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. – FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO.

La presente excepción se formula debido a que a partir de las pruebas que reposan en el plenario, se puede inferir que la causa adecuada para las inundaciones y posterior afectación al inmueble de propiedad de la sociedad demandante fue un evento imprevisible e irresistible que necesariamente configura el caso fortuito o fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad. En tal virtud, no puede existir responsabilidad en las inundaciones por parte de la **ESPY S.A. E.S.P.**, como quiera que esta fue producto de la ola invernal que afectó los municipios de Yumbo y Santiago de Cali. Un evento que configura un escenario de caso fortuito o fuerza mayor que impide endilgar responsabilidad en el extremo pasivo.

En otras palabras, al configurarse una causal eximente de responsabilidad como lo es el caso fortuito o fuerza mayor, el Juzgado no tiene otra salida que desestimar las pretensiones de la demanda. En adición, es menester indicar que las causales de exoneración de responsabilidad son aquellos medios de defensa que impiden el nacimiento de la obligación de reparar el daño ocasionado en virtud de una inejecución de una obligación.

Así entonces, la causa extraña está integrada por tres (3) especies perfectamente diferenciables: el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero y el hecho exclusivo de la víctima. En ese entendido, la causa extraña impide el nacimiento de la obligación reparadora, que es el fundamento del proceso de responsabilidad administrativa, ya que elimina uno de los presupuestos sustanciales de esta, esto es, el nexo de causalidad. Es por ello, que si se configura la fuerza mayor o caso fortuito se elimina el elemento de la responsabilidad, esto es, el nexo de causalidad. Motivo por el cual, se impide el nacimiento de la obligación reparadora. El artículo 64 del Código Civil, define la fuerza mayor o caso fortuito de la siguiente manera:

“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, etc.”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De tal definición legal, en reiteradas sentencias la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha extraído los siguientes requisitos: inimputabilidad, imprevisibilidad e irresistibilidad. Circunstancias que deberán analizarse frente a cada caso concreto y no de forma generalizada. En lo que respecta al principio de imprevisibilidad, precisó la Alta Corporación:

“(…) **imprevisible es el acontecimiento que no sea viable contemplar de antemano, examinando en cada situación de manera específica los siguientes criterios: 1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) el concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo**’ (sent. 078 de 23 de junio de 2000), siendo claro que este último elemento es insuficiente, per se, para tildar un hecho como constitutivo de fuerza mayor, menos aún si se para mientes en el carácter contingente que tiene el defecto mecánico, el cual es normalmente pronosticable, a juzgar por las precipitadas máximas de la experiencia. No en vano, como se delineó, son varios los presupuestos que, en forma conjunta y

articulada, deben observarse para que el evento se torne en imprevisible¹". (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Aunado a ello, con respecto a la inimputabilidad precisó:

"Desde luego que ello no obsta para que puedan trazarse ciertas directrices que, por su fuerza intrínseca, a la par que jurídica, permitan singularizar y, por ende, dotar de fisonomía al fenómeno en cuestión, **el cual, por vía de ejemplo, no puede concurrir con la culpa del demandado que haya tenido un rol preponderante en la causación del daño** (cfme: sent. 009 de 27 de febrero de 1998), **ni puede estar 'ligado al agente, a su persona ni a su industria'** (sent. 104 de 26 de noviembre de 1999), **habida cuenta que debe tratarse, según doctrina citada en este último fallo, de 'un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior sobre la industria,** acontecimiento imprevisible y que no hubiera sido posible evitar aun aplicando la mayor diligencia sin poner en peligro toda la industria y la marcha económica de la empresa y que el industrial no tenía por qué tener en cuenta ni tomar en consideración' (Andreas Von Thur. Tratado de las Obligaciones. T.II. cap.VII. pág. 68).

(...)

Sobre este último aspecto, conviene acotar –y de paso reiterar- que **un hecho sólo puede ser calificado como fuerza mayor o caso fortuito, es lo ordinario, si tiene su origen en una actividad exógena a la que despliega el agente a quien se imputa un daño, por lo que no puede considerarse como tal, en forma apodíctica, el acontecimiento que tiene su manantial en la conducta que aquel ejecuta o de la que es responsable**²" (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por último, precisó en lo atinente a la imprevisibilidad, irresistibilidad e inimputabilidad, lo siguiente:

"a) Que el hecho sea imprevisible, **esto es que en condiciones normales [NO] haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él, aunque por lo demás, respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como la hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad vaga de realización,** factor este último con base en el cual ha sostenido la jurisprudencia que '...cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor...' (G.J. Tomos LIV, página, 377, y CLVIII, página 63).

b) Que el hecho sea irresistible en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente - sojuzgado por el suceso así sobrevenido- en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito".

"c) Que el mismo hecho, imprevisible e irresistible, **no se encuentre ligado al agente, a su persona ni a su industria, de modo tal que ocurra al margen de una y otra con fuerza inevitable** (...)"³. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, según los pronunciamientos realizados por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria especialidad civil, el hecho será imprevisible cuando no pudo ser contemplado de antemano debido a que era anormal, poco frecuente, de baja probabilidad de realización, excepcional y sorpresivo. Si se podría vislumbrar su ocurrencia, no se presentaría esta característica sustancial. Será irresistible cuando no se pudo evitar ni su acaecimiento ni las

consecuencias, haciendo imposible adecuar una conducta distinta, y será extraño o inimputable cuando no tenga relación alguna con su persona, empresa, industria o culpa.

En consecuencia, se debe aterrizar la teoría al caso concreto. Es dable afirmar que en el presente asunto la afectación al inmueble de propiedad de **OTORGO ENVASES S.A.S.**, fue generado por una causa completamente extraña, imprevisible e irresistible, como lo fue el fenómeno de la inundación.

En efecto, es necesario citar el informe de Bomberos del 25 de junio de 2022, donde se precisó lo siguiente:

(...)

Notas adicionales del Incidente

1. Central de comunicaciones informa sobre inundación en la calle 10 entre carreras 34 y 40.

Se hace arribo a la escena se evidencia material sólido (piedras) que caen de la montaña frente al retorno e inundación por fuertes lluvias que cae en el sector desde horas anteriores, se procede a cerrar vía antigua sentido Yumbo-Cali por prevención del personal y de los habitantes que transitan el sector (...)

Dónde el nivel del agua y lodo sube aproximadamente 1.20mts del nivel de la vía, algunos vehículos (motocicleta, automóviles y vehículo de carga tipo planchón) que quedan en medio de la inundación donde el personal de turno ayuda a retirarlos del punto.

Es decir, su ocurrencia única y exclusivamente puede ser atribuida a un hecho de fuerza mayor y caso fortuito, siendo una causal exonerativa de responsabilidad. Lo que a su vez impide el nacimiento de la obligación derivada del daño. Lo anterior, por cuanto la inundación en sí misma comporta un carácter de imprevisible por cuanto no podría ser contemplada debido a su anormalidad, poca frecuencia y baja probabilidad de realización, excepcional y sorpresiva.

En conclusión, en el presente asunto no podrá endilgarse responsabilidad administrativa alguna a la parte pasiva, en tanto surgió el eximente de responsabilidad de fuerza mayor o caso fortuito, que rompe el nexo de causalidad, elemento indispensable en la responsabilidad. Lo anterior, por cuanto el accidente objeto de controversia única y exclusivamente puede ser atribuido a un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, siendo una causal exonerativa de responsabilidad. Lo que a su vez impide el nacimiento de la obligación derivada del daño. Lo anterior, por cuanto las inundaciones en las que resultó afectado el inmueble de propiedad de la sociedad demandante tiene el carácter de imprevisible por cuanto no podría ser contemplado debido a su anormalidad, poca frecuencia y baja probabilidad de realización, excepcional y sorpresiva.

4. EXCEPCIONES PLANTEADAS POR QUIEN FORMULÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A MÍ PROCURADA.

Respetuosamente solicito al juzgador de instancia, tener como excepciones contra el medio de control de reparación directa, todas las planteadas por la **ESPY S.A. E.S.P.**, las cuales coadyuvo, en cuanto favorezcan los intereses de mí procurada.

5. OPOSICIÓN FRENTE AL LUCRO CESANTE POR INDEBIDA ACREDITACIÓN.

En la presunta afectación por las inundaciones acaecidas en el año 2022, no hubo responsabilidad por parte de la **ESPY S.A. E.S.P.** Por cuando nuestra asegurada no intervino de

ninguna manera en el hecho, máxime cuando se trata de un fenómeno natural. En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento del perjuicio material en la modalidad de lucro cesante en cuantía de **\$195.762.560**.

Por lo anterior, se recuerda que el reclamo del lucro cesante como ganancia frustrada o como provecho económico que no se reportará, y que de no haberse producido el daño hubiese ingresado al patrimonio de la víctima, debe probarse para que proceda su indemnización, toda vez que no hay modalidad eventual que sea objeto de reparación alguna. Para su reconocimiento debe probarse la actividad productiva: “la regla general será la carga de la prueba en cabeza de la parte actora de cualquier actividad productiva, es decir, reiterando que no debe ser una relación laboral en estricto sentido, sino una actividad de generación de ingresos. Se reproduce la reciente unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado⁴:

“Por concepto de lucro cesante sólo se puede conceder lo que se pida en la demanda, de forma tal que no puede hacerse ningún reconocimiento oficioso por parte del juez de la reparación directa; así, lo que no se pida en la demanda no puede ser objeto de reconocimiento alguno. **Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno** (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.).

El ingreso base de liquidación deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima...Para que la prueba del ingreso sea suficiente, debe tenerse en cuenta que, si se trata de un empleado, se debe acreditar de manera idónea el valor del salario que recibía con ocasión del vínculo laboral vigente al tiempo de la detención; al respecto, debe recordarse que los artículos 232 (inciso segundo) del Código de Procedimiento Civil y 225 del Código General del Proceso señalan que: “*Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión*”. El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas, las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso.

(...)

De no probarse el ingreso, pero sí el desempeño de una actividad productiva lícita, la liquidación se hará con sustento en el salario mínimo legal vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa”.

En conclusión, no es posible reconocer la suma de **\$195.762.560**, pretendida por la parte actora en la modalidad de lucro cesante, en la medida que no se probó los ingresos que supuestamente dejó de percibir la demandante por la afectación del inmueble y mucho menos se probó la existencia del daño y que este sea atribuible a las entidades demandadas. Por todo lo anteriormente expuesto no puede reconocerse el lucro cesante para ninguno de los demandantes.

6. OPOSICIÓN FRENTE AL DAÑO EMERGENTE POR FALTA DE PRUEBA.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera (2019). Sentencia 73001233100020090013301 del 18 de julio. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Resulta fundamental poner de presente al juzgado que cualquier indemnización por concepto de daño emergente en cuantía de **\$432.860.010**, es completamente improcedente, toda vez que las pretensiones elevadas por el extremo actor no cuentan con sustento jurídico ni probatorio en las pruebas que reposan en el expediente, máxime que la ESPY S.A. E.S.P., no es la encargada de realizar obras de urbanismo de alcantarillado y disposición de aguas residuales.

Menester resulta indicar que uno de los fines indiscutibles de la responsabilidad es el resarcimiento. Ello significa arreglar, enmendar, desagraviar los perjuicios causados. Lo que se repara no es el daño en sí mismo considerado, esto es la lesión del interés, sino sus perjuicios, es decir, sus consecuencias. Por lo que estos deben cumplir unos requisitos para ser resarcibles, esto es, ser ciertos, directos, personales y lícitos. Es la existencia de unos perjuicios ciertos y directos lo que no se acredita en el proceso de marras a través de medios probatorios idóneos para ello. Ante esto, la honorable Corte Suprema de Justicia ha definido el daño emergente en los siguientes términos:

De manera, que el daño emergente comprende la pérdida misma de elementos patrimoniales, las erogaciones que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales se trata de deducirse la responsabilidad.

Dicho en forma breve y precisa, el daño emergente empobrece y disminuye el patrimonio, pues se trata de la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio del damnificado; en cambio, el lucro cesante tiende a aumentarlo, corresponde a nuevas utilidades que la víctima presumiblemente hubiera conseguido de no haber sucedido el hecho ilícito o el incumplimiento.⁶

Con fundamento de lo anterior, podemos concluir que el daño emergente comprende la pérdida de elementos patrimoniales causada por los hechos de los cuales se trata de deducirse la responsabilidad. En este orden de ideas, es fundamental que el despacho tome en consideración que la carga de la prueba de acreditar los supuestos perjuicios reside única y exclusivamente en cabeza de la parte demandante. En este sentido, si dicha parte no cumple con su carga y en tal virtud, no acredita debida y suficientemente sus aparentes daños, es jurídicamente improcedente reconocer cualquier suma por dicho concepto. Esta teoría ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, debido a que, sobre este particular, ha establecido lo siguiente:

(...) aun cuando en la acción de incumplimiento contractual es dable reclamar el reconocimiento de los perjuicios, en su doble connotación de daño emergente y lucro cesante, no lo es menos que para ello resulta ineludible que el perjuicio reclamado tenga como causa eficiente aquel incumplimiento, **y que los mismos sean ciertos y concretos y no meramente hipotéticos o eventuales, teniendo el reclamante la carga de su demostración**, como ha tenido oportunidad de indicarlo, de manera reiterada.⁷ (Subrayado fuera del texto original).

Bajo esta misma línea, en otro pronunciamiento también ha indicado que la existencia de los perjuicios en ningún escenario se puede presumir, tal y como se observa a continuación: *“Ya bien lo dijo esta Corte en los albores del siglo XX, al afirmar que “(...) la **existencia de perjuicios no se presume en ningún caso**; [pues] no hay disposición legal que establezca tal presunción (...)”*⁸. (Subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, en relación a la carga probatoria que recae en este caso en la parte demandante, se puede observar que en el expediente no obra prueba alguna que acredite la suma que pretende la parte actora sea reconocido por este tipo de perjuicios. En otras palabras, en relación a la carga probatoria que recae en este caso en la parte demandante, se puede observar que en el expediente no obra prueba alguna que acredite las erogaciones mencionadas. La consecuencia

jurídica a la falta al deber probatorio en cabeza del actor es sin lugar a dudas la negación de la pretensión encaminada al daño emergente.

Lo anterior cobra sentido si se observa el escrito genitor, dado que allí se solicita una indemnización por esta tipología de perjuicio con base a unos presuntos gastos, sin aportar ningún medio probatorio conducente, pertinente y útil que dé cuenta de la efectiva erogación. En otras palabras, la parte actora se limitó a realizar una solicitud basada en hipótesis de carácter subjetivo que no puede ser reconocida en el proceso, como quiera que como lo indicó la Corte Suprema de Justicia, esta tipología de perjuicio solo se afinca en la certeza de los mismos. Por lo tanto, la solicitud indemnizatoria encaminada al reconocimiento de unos presuntos gastos es completamente improcedente, por cuanto no se allegó ningún medio de prueba que diera cuenta de la certeza y necesidad de los mismos.

En conclusión, no es dable el reconocimiento del perjuicio patrimonial por daño emergente, por cuanto dentro del expediente no se encuentran acreditados estos conceptos. Lo que indiscutiblemente lleva a concluir que ante la falta del deber probatorio contenido en el artículo 167 del Código General del Proceso, que se encontraba en cabeza de la parte actora, esta improcedente pretensión encaminada al reconocimiento del daño emergente deberá ser negada. Por todo lo anterior solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

7. GENÉRICA O INNOMINADA.

Solicito declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, frente a la demanda y al llamamiento en garantía, que se origine en la ley o en el contrato con el que se convocó a mi poderdante, incluida la de caducidad y la de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Lo anterior, en concordancia con lo señalado en el artículo 282 del Código General del Proceso, el cual expresa: “*Artículo 282. Resolución sobre excepciones. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda*”.

Conforme a la norma transcrita el juez deberá declarar probadas las excepciones que oficiosamente encuentre acreditadas, por lo que en el evento de encontrarse fundamentos que derroten las pretensiones y no hubieran sido alegados por las partes, solicito se sirva declararlas mediante sentencia.

CAPÍTULO II CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR LA ESPY S.A. E.S.P.

En este acápite se desarrollará lo concerniente al llamamiento en garantía formulado por la **ESPY S.A. E.S.P.**, a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, en virtud de los Contratos Todo Riesgo Daños Materiales Entidades Estatales, documentado en las Pólizas Nos. **660 – 83 – 994000000043 y 420 – 83 - 994000000121**, procediendo a contestar así:

I. FRENTE AL HECHO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

FRENTE AL HECHO PRIMERO: es cierto.

Sin embargo, es oportuno destacar desde ya, que el contrato de seguro no opera de forma automática, sino con estricta sujeción a las especiales condiciones generales y particulares que

rigen la relación aseguraticia. Adicionalmente, en el caso concreto el mismo no puede hacerse efectivo, toda vez que no se ha acreditado la existencia de un siniestro en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio.

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: no es un hecho que describa, pruebe o acredite la existencia de una relación sustancial entre el llamante en garantía y el llamado. Es la manifestación que la parte actora pretende el reconocimiento de perjuicios materiales, por las inundaciones acaecidas en el año 2022, donde presuntamente resultó afectado el inmueble de propiedad de **OTORGO ENVASES S.A.S.**

FRENTE AL HECHO TERCERO: no es un hecho que describa, pruebe o acredite la existencia de una relación sustancial entre el llamante en garantía y el llamado. Es la manifestación que la parte actora fundamenta las pretensiones de la demanda en la presunta omisión de la **ESPY S.A. E.S.P.**, en la realización de adecuaciones necesarias para la recolección, conducción y evacuación de las aguas residuales y pluviales, en el sector donde se encuentra ubicada la empresa OTORGO ENVASES S.A.S., lo que llevó a supuestas inundaciones y consecuentes daños materiales y pérdidas económicas entre los meses de marzo y diciembre del año 2022, debido a la ola invernal de la misma anualidad.

FRENTE AL HECHO CUARTO: no es un hecho que describa, pruebe o acredite la existencia de una relación sustancial entre el llamante en garantía y el llamado. Es la manifestación que la **ESPY S.A. E.S.P.**, es el prestador del servicio público de Acueducto y Alcantarillado para la zona urbana del Municipio de Yumbo, Valle del Cauca.

FRENTE AL HECHO QUINTO: no es un hecho que describa, pruebe o acredite la existencia de una relación sustancial entre el llamante en garantía y el llamado. Es la manifestación que el sector donde se encuentra el inmueble afectado por las supuestas inundaciones no está dentro del área de prestación de servicio de la **ESPY S.A. E.S.P.**, dado que no hace parte del perímetro urbano del Municipio de Yumbo.

FRENTE AL HECHO SEXTO: no es un hecho que describa, pruebe o acredite la existencia de una relación sustancial entre el llamante en garantía y el llamado. Es la manifestación que la **ESPY S.A. E.S.P.**, no ha realizado cobro alguno a la sociedad demandante por concepto de servicios públicos.

FRENTE AL HECHO SÉPTIMO: no es un hecho. Corresponde a la pretensión del llamamiento en garantía.

Es oportuno destacar desde ya, que el contrato de seguro no opera de forma automática, sino con estricta sujeción a las especiales condiciones generales y particulares que rigen la relación aseguraticia. Adicionalmente, en el caso concreto el mismo no puede hacerse efectivo, toda vez que no se ha acreditado la existencia de un siniestro en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio.

II. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Las Pólizas Todo Riesgo Daños Materiales Entidades Estatales Nos. **660 – 83 – 994000000043 y 420 – 83 - 994000000121**, con fundamento en las cuales la **ESPY S.A. E.S.P.**, vinculó a la aseguradora al proceso, no pueden hacerse efectivas pues no se ha realizado el riesgo asegurado, esto es, no existe acción y/u omisión por parte de la empresa de servicios públicos, que generara las inundaciones y la posterior afectación al inmueble de propiedad de la sociedad

demandante, todo lo contrario, se encuentra demostrado que no tiene competencia para la prestación de servicios públicos en zona industrial.

Ahora, si llegara a surgir la necesidad de resolver lo concerniente a la relación sustancial que sirve de base a la convocatoria que se hizo respecto de mi representada, pese a la evidente ausencia de responsabilidad de la empresa que realizó el llamado en torno a los hechos de la demanda, comedidamente solicito que se verifique por parte del señor juez, circunstancias como: **i) límites y coberturas acordadas, ii) deducible, iii)** y la totalidad de condiciones particulares y generales de la póliza y sus respectivas exclusiones.

III. EXCEPCIONES FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

1. NO SE HA REALIZADO EL RIESGO ASEGURADO PORQUE NO HAY RESPONSABILIDAD DE LA ESPY S.A. E.S.P. Y EN CONSECUENCIA NINGUNA OBLIGACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO RESULTA EXIGIBLE.

No existe exigibilidad de la obligación indemnizatoria a cargo de mi prohijada, respecto de las Pólizas Todo Riesgo Daños Materiales Entidades Estatales Nos. **660 – 83 – 994000000043 y 420 – 83 - 9940000000121**. Por cuanto no se ha realizado el riesgo asegurado y amparado en las pólizas, esto es, la realización del hecho dañoso imputable al asegurado, acaecido dentro de la vigencia de la póliza, en razón de la Responsabilidad incurrida de acuerdo a la legislación vigente. Lo anterior, en concordancia con las condiciones particulares de las pólizas en cuestión, que mencionan como objeto:

“OBJETO DEL SEGURO

Aseguradora Solidaria de Colombia, en consideración a las declaraciones que aparecen en la solicitud presentada para esta póliza, las cuales serán base y parte integrante de la misma, y con sujeción a la suma asegurada y a los demás términos, condiciones y/ excepciones del presente contrato, conviene en amparar al asegurado contra los daños y/o pérdidas materiales originados de manera accidental, súbita e imprevista, provenientes de los eventos indicados en las condiciones generales contenidas en la forma:

26/03/2021-1502-P-07-GENER-CL-SUSG-14-DR0115/09/2017-1502-NT-P-07-P150917001044000, siempre y cuando se encuentren señaladas en la carátula de la póliza y se presenten en un predio especificado en ella, durante la vigencia del seguro, dentro del Territorio Colombiano. El clausulado citado lo puede consultar en: <https://www.aseguradorasolidaria.com.co/resources/site1/General/Clausulados/Generales/CL-SUSG-14-todo-riesgo-da%C3%B1o-material-26032021.pdf>”.

Ahora bien, el artículo 1072 del Código de Comercio define como siniestro: “**ARTÍCULO 1072. DEFINICIÓN DE SINIESTRO. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.**” (Subrayado fuera del texto original).

De tal suerte que al demostrarse en este proceso la inexigibilidad de responsabilidad del asegurado, toda vez que: primero, la ausencia de prueba de la falla en el servicio. Segundo, tampoco se encuentra en este proceso prueba que acredite el hecho generador del daño que aquí se alega. Tercero, no hay prueba del nexo de causalidad que vincule la ocupación de los inmuebles de propiedad de los demandantes, con actuación alguna de la **ESPY S.A. E.S.P.**, desvirtuando cualquier nexo causal que pretenda endilgar la parte demandante.

Así las cosas, no ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional en cabeza de mi mandante, por cuanto no hubo daño atribuible a la **ESPY S.A. E.S.P.** Por cuanto, como se ha desarrollado a lo largo del presente escrito, el proceso se trata de unas inundaciones que afectaron el bien inmueble de propiedad de la OTORGO ENVASES S.A.S. Hecho en el cual, nuestra asegurada no tuvo injerencia o participación alguna, pues solamente funge como prestador de servicios públicos domiciliarios en el perímetro urbano del municipio de Yumbo, Valle del Cauca.

En consecuencia, no existe realización del riesgo asegurado en el presente asunto, toda vez que no hubo afectación al inmueble causada por la asegurada, pues de las documentales obrantes en el proceso se pudo establecer que no existió daño atribuible al extremo pasivo del litigio.

Así las cosas, y debido a que no existe responsabilidad en cabeza de la demandada en este proceso, no ha surgido la obligación condicional del asegurador, en la medida que no se ha realizado el riesgo asegurado. Por todo lo anterior, no demostrada la supuesta falla del servicio en cabeza de la empresa de servicios públicos, no podrá bajo ninguna circunstancia afectarse las Pólizas de Todo Riesgo Daños Materiales Entidades Estatales, y surgir obligación alguna a cargo de mi prohijada.

2. LA EVENTUAL OBLIGACIÓN DE MÍ REPRESENTADA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, NO PUEDE EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO EN LAS PÓLIZAS TODO RIESGO DAÑOS MATERIALES ENTIDADES ESTATALES Nos. 660 – 83 – 994000000043 y 420 – 83 - 994000000121, EL CUAL SE VA AGOTANDO EN LA MEDIDA DE CADA SINIESTRO O INDEMNIZACIÓN QUE SE PAGUE.

De manera ilustrativa y sin aceptar responsabilidad alguna, se informa que el contrato de seguro pactado tiene unos montos máximos, tanto por evento como por vigencia del seguro. Respetuosamente se solicita tener en cuenta el clausulado, porque como lo indica el doctrinante Ossa, dichas estipulaciones “*están destinadas a delimitar, de una parte, la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro y, de otra, a regular las relaciones entre las partes vinculadas al contrato, definir la oportunidad y el modo de ejercicio de los derechos y la observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanar*”⁵.

En ese sentido, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda*, constituye ley para las partes los límites positivos (amparos) y los límites negativos (exclusiones) estipulados en el contrato de seguro. Así, la Póliza No. **660 – 83 – 994000000043 y 420 – 83 - 994000000121**, contemplan el siguiente tope por vigencia y evento:

Póliza No. **660 – 83 – 994000000043:**

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL **2.000.000.000.00.**

Póliza No. **420 – 83 – 994000000121:**

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL **1.000.000.000.00.**

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto, que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad la cual va hasta la concurrencia de la suma asegurada, tal y como lo dispone el artículo 1079 del Código de

⁵ Ossa G. J., Efrén. Teoría General del Seguro: El contrato. Editorial Temis. 1991.

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”.

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. Así las cosas, el amparo cubierto para el caso que nos ocupa tienen un tope máximo de **\$2.000.000.000.00 y 1.000.000.000.00**, por evento y agregado anual, por evento y vigencia. Este valor se encontrará disponible de acuerdo con los siniestros que se hayan materializado en la vigencia de la póliza. El valor máximo se condiciona a que en la vigencia total de la póliza no se hubiere indemnizado por otras reclamaciones pagadas conforme a las Pólizas Nos. **660 – 83 – 994000000043 y 420 – 83 - 994000000121**. Lógicamente, este valor se va reduciendo con cada siniestro pagado judicial o extrajudicialmente. Esto significa que la responsabilidad se predicará cuando el suceso esté concebido en el ámbito de la cobertura del contrato, según su texto literal y por supuesto la responsabilidad de la aseguradora se limita a dicha suma.

Lo anterior sin perjuicio de los sublímites establecidos en el condicionado general de la póliza.

3. EN LOS CONTRATOS DE SEGURO TODO RIESGO DAÑOS MATERIALES ENTIDADES ESTATALES Nos. 660 – 83 – 994000000043 y 420 – 83 - 994000000121, SE PACTARON DEDUCIBLES QUE ESTÁN A CARGO DE LA ESPY S.A. E.S.P.

Sin perjuicio de los fundamentos expuestos a lo largo del escrito y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, en el improbable evento en el que el honorable Despacho considere que la Aseguradora sí tiene la obligación de pagar indemnización alguna, resulta fundamental que tenga en cuenta los siguientes deducibles pactados en los contratos de seguro:

Póliza No. **660 – 83 – 994000000043:**

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
DEDUCIBLES: 10.00 % DEL VALOR DE LA PERDIDA - Mínimo: 2.00 SMMLV.
PATRIMONIO DEL ASEGURADO 2.000.000.000.00.

Póliza No. **420 – 83 – 994000000121:**

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
DEDUCIBLES: 15.00 % DEL VALOR DE LA PERDIDA - Mínimo: 3.00 SMMLV
PATRIMONIO DEL ASEGURADO 1.000.000.000.00.

En este orden de ideas, resulta de suma importancia que el Honorable Juzgador tome en consideración que, tanto la definición del deducible como su forma de aplicación, ha sido ampliamente desarrollada por la Superintendencia Financiera de Colombia en distintos conceptos, como el que se expone a continuación:

“Una de tales modalidades, **la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida**, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.

En este orden de ideas, correspondería a las partes en el contrato de seguro determinar el porcentaje de la pérdida que sería asumido por el asegurado a título de deducible, condición que se enmarcaría dentro de las señaladas por el numeral 11 del artículo 1047 del Código de Comercio al referirse a “Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes”⁶. (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada civilmente responsable en virtud de la aplicación de los contratos de seguro, es de suma importancia que el Honorable Juzgador descuenta del importe de la indemnización las sumas pactadas como deducibles que, como se explicó, ascienden a los rubros de **10% y 15% del valor de la pérdida mínimo dos (2) y tres (3) SMLMV.**

4. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGURO.

Es un principio que rige el contrato de seguro de daños, el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo. De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado.

El carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización. Es decir, no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, frente al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

“Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato”.

El artículo 1127 del Código de Comercio, establece lo siguiente:

“Art. 1127. Definición de seguro de responsabilidad. Modificado. Ley 45 de 1990, Art. 84. El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado”.

No debe perderse de vista que las solicitudes deprecadas en el escrito de la demanda por concepto de lucro cesante y daño emergente, no es de recibo por cuanto su reconocimiento implicaría correlativamente una transgresión del principio indemnizatorio esencial del contrato de seguro. Lo anterior, puesto que se enriquecería la parte demandante recibiendo una indemnización que nada tuvo que ver con la presunta afectación del inmueble por las inundaciones acaecidas en el año 2022. En efecto, toda vez que las mencionadas inundaciones

⁶ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2016118318-001 del 29 de noviembre de 2016. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, DEDUCIBLE.

ocurrieron por la ola invernal que afectó al municipio de Yumbo en el año 2022, y no a una actuación y/u omisión del extremo pasivo.

Conforme a ello, dado que los perjuicios solicitados en el petitum de la demanda presentan serias inconsistencias, reconocer el pago de suma alguna con cargo a las pólizas de seguro, implicaría correlativamente transgredir el carácter meramente indemnizatorio que revisten los contratos de seguro. En efecto, se estaría supliendo la carga probatoria de la parte actora frente a los presupuestos de una responsabilidad patrimonial del Estado y eventualmente enriqueciendo a los demandantes.

En conclusión, no puede perderse de vista que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento y que el mismo atiende a un carácter meramente indemnizatorio. Por todo lo anterior y teniendo en cuenta la indebida solicitud y tasación de perjuicios, se deberá declarar probada la presente excepción y así evitar la contravención del carácter indemnizatorio del contrato de seguro y un correlativo enriquecimiento sin justa causa en cabeza de la parte actora.

5. EL PAGO AL QUE REMOTAMENTE SEA CONDENADA LA COMPAÑÍA DE SEGUROS DEBERÁ EFECTUARSE POR REEMBOLSO.

Sin perjuicio de reconocimiento de responsabilidad por parte de nuestro asegurado, en el remoto e hipotético caso en que se produzca una sentencia condenatoria y se decida afectar el contrato de seguro, la compañía aseguradora solo estaría en la obligación de responder bajo la figura del reembolso, teniendo en cuenta que la **ESPY S.A. E.S.P.**, es la tomadora de la póliza. Por tal motivo, una vez la asegurada **ESPY S.A. E.S.P.**, proceda con el pago a la demandante, de allí se desprendería la obligación de la compañía de reembolsarle lo pagado, atendiendo las particularidades de la póliza, en especial, el límite y sublímite asegurado, coaseguro y el deducible pactado.

6. EXCLUSIONES DE AMPARO DE LAS PÓLIZAS TODO RIESGO DAÑOS MATERIALES ENTIDADES ESTATALES Nos. 660 – 83 – 994000000043 y 420 – 83 – 994000000121.

Sin perjuicio de las demás excepciones propuestas, es menester advertir que en las condiciones pactadas en los contratos de seguro documentados en las pólizas Nos. **660 – 83 – 994000000043 y 420 – 83 – 994000000121**, se establecieron unos parámetros que enmarcan la obligación contraída por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, delimitando el riesgo asumido por esta. Ahora bien, tal como lo señala el Artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador puede, a su arbitrio, delimitar los riesgos que asume:

“Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro de la póliza, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la póliza.

En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se

configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro.”⁷

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se exhorta a los Jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los Contratos de Seguro. Razón por la cual, es menester señalar que **las Pólizas Todo Riesgo Daños Materiales Entidades Estatales Nos. 660 – 83 – 994000000043 y 420 – 83 – 994000000121**, en su página 24 señalan una **serie de exclusiones**, que para el caso concreto son:

“SECCIÓN SEGUNDA: EXCLUSIONES

1. EXCLUSIONES GENERALES

10. EXCLUSIONES PARTICULARES APLICABLES A LA COBERTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

12. DAÑOS CAUSADOS POR DESLIZAMIENTOS DE TIERRAS, FALLAS GEOLOGICAS, **ASENTAMIENTOS, CAMBIOS EN LOS NIVELES DE TEMPERATURA O AGUA, INCONSISTENCIA DEL SUELO O SUBSUELO, LLUVIAS, INUNDACIONES, O CUALQUIER OTRA PERTURBACIÓN ATMOSFÉRICA O DE LA NATURALEZA,** INCLUYENDO TERREMOTO, TEMBLOR Y ERUPCIÓN VOLCÁNICA.

15. DAÑOS ORIGINADOS POR CONTAMINACIÓN PAULATINA U OTRAS **VARIACIONES PERJUDICIALES DEL AGUA,** AIRE, SUELO, SUBSUELO O BIEN POR RUIDOS QUE NO SEAN CONSECUENCIA DE UN ACONTECIMIENTO ACCIDENTAL, REPENTINO O IMPREVISTO”. (Énfasis propio).

Las exclusiones en este caso cumplen con las exigencias en el Estatuto del Consumidor en tanto que yacen descritas en carácter legible, visible y comprensible en la proforma anexa que se entregó al tomador con la suscripción del seguro, el pacto de estas exclusiones hace parte del ejercicio legal y libre de la actividad mercantil aseguradora en tanto que el artículo 37 de la Ley 1480 del 2011 permite a la aseguradora, en tanto que los seguros son contratos de adhesión, instrumentar la prerrogativa del art. 1056 del Código de Comercio a través de la institución de exclusiones.

Sobre la ubicación de las exclusiones pactadas en el instrumento asegurativo, 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)

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B., Mayo 27 de 2020.

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).

En ese sentido, 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 2020 (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), conceptuando lo siguiente:

"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.

En consideración a lo expuesto, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse alguna de las exclusiones pactadas las que constan en las condiciones generales y particulares de las Pólizas Nos. **660 – 83 – 994000000043** y **420 – 83 – 994000000121**, estas deberán ser aplicadas y deberán dársele los efectos señalados por la Jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza del Asegurador como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

Respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

7. GENÉRICA Y OTRAS.

Solicito declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso ya sea frente a la demanda o incluso ante el llamamiento en garantía, incluida la de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Lo anterior, en concordancia con lo señalado en el artículo 282 del Código General del Proceso, el cual expresa: “*Artículo 282. Resolución sobre excepciones. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda*”.

Conforme a la norma transcrita el juez deberá declara probadas las excepciones que oficiosamente encuentre acreditadas, por lo que en el evento de encontrarse fundamentos que derroten las pretensiones y no hubieran sido alegados por las partes, solicito se sirva declararlas mediante sentencia.

CAPÍTULO III MEDIOS DE PRUEBA APORTADOS Y SOLICITADOS

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

A. DOCUMENTALES QUE SE APORTAN:

1. Poder especial conferido por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA** al suscrito.
2. Certificado de Existencia y Representación Legal de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
3. Copia de la Póliza Todo Riesgo Daños Materiales Entidades Estatales No. **660 – 83 - 99400000043**, anexos Nos. 0 y 1, expedida por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, (Carátula, Condicionado Particular y General).
4. Copia de la Póliza Todo Riesgo Daños Materiales Entidades Estatales No. **420 – 83 - 994000000121**, anexos Nos. 0 y 4, expedida por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, (Carátula, Condicionado Particular y General).

B. INTERROGATORIO DE PARTE:

Respetuosamente solicito ordenar y hacer comparecer a su despacho al Representante Legal de la sociedad **OTORGO ENVASES S.A.S.**, para que en audiencia pública absuelva el interrogatorio que verbalmente o mediante cuestionario escrito le formularé sobre los hechos de la demanda.

C. CONTRADICCIÓN DICTAMEN PERICIAL APORTADO POR LA PARTE ACTORA:

Ruego al Despacho se sirva citar y hacer comparecer al contador público **Walter Ante Potes**, identificado con cédula de ciudadanía No. **16.610.642** de Cali, Valle del Cauca, y T.P. No. **112 05 - T –**, para que se surta la respectiva contradicción del dictamen contable allegado con la demanda por la parte actora, para que se surta la respectiva y pertinente contradicción. Lo anterior, con fundamento en las reglas del artículo 228 del Código General del Proceso.

CAPÍTULO IV
NOTIFICACIONES

El suscrito recibirá notificaciones en la Avenida 6A Bis No. 35N-100, Oficina 212 del Centro Empresarial Chipichape de la ciudad de Cali, (V) o en la dirección de correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Del Señor Juez,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA.

C.C. No.19.395.114 de Bogotá, D.C.

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