

Señor

**JUEZ 14 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**

En su Despacho.

**REF: CONTESTACION A LA DEMANDA Y AL LLAMAMIENTO Y AL LLAMAMIENTO EN GARANTIA**

**MEDIO DE CONTROL: REPARACION DIRECTA**

**DEMANDANTES: VICTOR EDUARDO MONTERROZA Y OTROS**

**DEMANDADOS: EMCALI**

**RAD: 2023-212**

**CLAUDIA PATRICIA ASTUDILLO**, mayor de edad, vecina de Cali, identificada como aparece al pie de mi firma, abogada en ejercicio, con Tarjeta Profesional 86.321 del C.S. del Jud., en mi calidad de apoderada de **LA PREVISORA S.A. compañía de seguros**, llamada en garantía dentro del proceso de la referencia, procedemos a **CONTESTAR LA DEMANDA Y EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA**, efectuado por EMCALI EICE ESP.

#### **A LOS HECHOS FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA DEMANDA**

**AL 1:** No nos consta, las circunstancias tiempo, modo y lugar son hechos ajenos a mi representada, **LA PREVISORA S.A. compañía de seguros**, deberá probarlo idóneamente la parte demandante dentro del proceso.

No es solo afirmar, sino demostrar con pruebas idóneas, conforme lo ordena el artículo 167 del Código General del Proceso: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. "

Sin embargo, de lo confesado por la parte actora que indica:

*" antes de dirigirse a la residencia en la Cra 28D2 No. 72Y-12 del Barrio el Poblado, mientras descargaba el bolso para abrir la puerta de la casa de residencia, la niña apenas se apoyo en el poste del alumbrado publico, identificado con el numero 2158370, ubicado al frente del parque longitudinal..."*

Lo que se infiere, es que la madre se encontraba en la puerta de la casa de la residencia y la menor sola en el parque longitudinal, lo que evidencia una conducta totalmente descuidada, imprudente, negligente por parte de la madre, por cuanto dejo a la menor, sin ningun tipo de supervision, lo que determino que el insuceso se presentara.

Por lo anterior, se evidencia que el accidente, se genera por que la menor hizo contacto con el poste del alumbrado publico, la cual no contaba con la supervision de su padres, lo que hubiera evitado el accidente,

**AL 2:** No nos consta, son hechos ajenos a mi representada, **LA PREVISORA S.A. compañía de seguros**, deberá probarlo idóneamente la parte demandante.

Nos atenemos a los registrado en la historia clinica del Hospital Carlos Holmes Trujillo. Es de resaltar, que la atencion medica fue ambulatoria y tuvo buena evolucion fisica y mental.

**AL 3:** No nos consta, son hechos ajenos a mi representada, **LA PREVISORA S.A. compañía de seguros**, deberá probarlo idóneamente la parte demandante dentro del proceso.

Sin embargo, no se entiende, lo expuesto en este hecho por la parte demandante, cuando indica:

“...por iniciativa de la comunidad se decide forrar con papel la parte inferior del poste que causaba las descargas, con el animo de proteger a otros ciudadanos que desprevenidamente se pudieran arrimar a dicho poste, tal como ocurrio con la menor”

Si lo anterior, es cierto, como es posible, que forrando el poste con un papel, se evite las descargas electricas, como es posible que la comunidad al realizar esta conducta, no presentaron ninguna quemadura o se presentara una descarga electrica.

Por lo anterior, debera probar idoneamente la parte demandante como verdaderamente sucedieron los hechos.

**AL 4:** No nos consta, son hechos ajenos a mi representada, **LA PREVISORA S.A. compañía de seguros**, deberá probarlo idóneamente la parte demandante dentro del proceso.

Sin embargo, conforme a lo demostrado por EMCALI, recibio el aviso de un posible daño y realizaron la inspeccion y reposicion de un elemento sustraído por los vandalos, denominado cinta bandid en acero inoxidable, la cual habia sido hurtada.

**AL 5:** No nos consta, son hechos ajenos a mi representada, **LA PREVISORA S.A. compañía de seguros**, deberá probarlo idóneamente la parte demandante dentro del proceso.

Sin embargo, al parecer es cierto, conforme lo indicado por EMCALI, en su contestacion donde se indica que procedieron a la inspeccion y reposicion de un elemento sustraído por los vandalos, denominado cinta bandid en acero inoxidable, la cual habia sido hurtada.

**AL 6:** No nos consta, son hechos ajenos a mi representada, **LA PREVISORA S.A. compañía de seguros**, deberá probarlo idóneamente la parte demandante dentro del proceso.

**AL 7:** No nos consta, son hechos ajenos a mi representada, **LA PREVISORA S.A. compañía de seguros**, deberá probarlo idóneamente la parte demandante dentro del proceso.

#### **A LOS FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA**

La parte demandante realiza unas afirmaciones que no tienen soporte probatorio.

Es de recordar, que No es solo afirmar, sino demostrar con pruebas idóneas, conforme lo ordena el articulo 167 del Código General del Proceso: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. “

Observe que se indica:

*“...por errores en el manejo operativo de la instalacion. Igualmente indica: “...que tal instalacion se hizo de manera defectuosa, dejando expuesta una lamina ..”*

Sin embargo, no se aporta dictamen, informe tecnico y/o documento idoneo que demuestre errores en el manejo operativo de la instalacion y que demuestre tecnicamente instalacion defectuosa.

Por lo anterior, carece de prueba las afirmaciones de la parte actora.

Por el contrario, si los hechos se presentaron, la causa eficiente, determinante es la conducta descuidada, negligente de la madre de la menor, conducta que rompe el nexo causal, quien no la superviso y hubiera evitado, que hiciera contacto, por cuanto un menor de edad no mide riesgos y son los padres los que tienen la obligacion de supervision.

Por lo anterior, queda demostrado que no existe nexo causal, al quedar debidamente demostrada la culpa exclusiva de la menor y/o de los padres al permitirle desarrollar una conducta altamente imprudente, negligente y peligrosa.

Sumado al HECHO DE UN TERCERO, como es la conducta de los vandalos, quienes habian hurtado una cinta bandid en acero inoxidable, la cual una vez EMCALI, fue avisado inmediatamente procedio a su reposcion, conducta que rompe el NEXO CAUSAL.

#### **A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS**

Nos oponemos rotundamente a que se resuelvan favorablemente todas y cada una de las pretensiones solicitadas por la parte demandante dentro del medio de control de reparaci3n directa, debido a que carecen de fundamentos f3cticos, jur3dicos y probatorios que establezcan la existencia de un da1o antijur3dico soportado por los demandantes, que tenga lugar a una acci3n u omisi3n atribuible a **EMCALI EICE ESP.**

Maxime que no existe prueba de las circunstancias en las cuales ocurrieron los hechos, se hace imposible establecer el nexo causal entre el da1o y la actividad peligrosa.

No existe material probatorio, que demuestre id3neamente como sucedieron los hechos, no existen testigos presenciales, ni informe de autoridad competente, la parte demandante solo hace afirmaciones sin aportar soporte probatorio.

Maxime que se indica que, las redes se encontraban a poca distancia de la residencia de la lesionada y en los hechos, se indica que se encontraba la menor lesionada en un parque y se apoyo en el poste del alumbrado publico, situaciones totalmente diferentes frente a lugar de ocurrencia.

En consecuencia, no existe prueba idonea ni del lugar de los hechos, ni las circunstancias del modo en que ocurrio el supuesto accidente.

Por el contrario, si se logra demostrar que el accidente ocurrio, se puede deducir que la causa eficiente, determinante en la ocurrencia de los hechos, es la CONDUCTA DE LA PROPIA VICTIMA Y/O PADRES DE LA MENOR, y EL HECHO DE UN TERCERO, que hurtaron una

cinta bandid en acero inoxidable que sujeta a varios accesorios usados en el tendido de cables aereos, conductas que rompen el nexo causal.

Si la menor hubiera estado debidamente supervisada, no genera el contacto y si los vandalos no hubiera hurtado la cinta no se hubiera causado ningun riesgo, el cual finalmente se materializo con el descuido de la madre.

Por no existir, ninguna clase de responsabilidad por parte de EMCALI, nos oponemos rotundamente al pago de perjuicios solicitados, los cuales carecen de soporte probatorio

Respecto de los morales y a la salud desbordan los limites fijados por la jurisprudencia del Consejo de Estado carecen de prueba idonea que soporte su cuantia.

Por tal motivo, y por haber dado lugar a esta demanda, solicito se le imponga la respectiva condena en costas, previo la negativa de las pretensiones de la actora.

### **EXCEPCIONES A LA DEMANDA**

#### **EXCEPCION PRINCIPAL**

#### **1- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR POR AUSENCIA PROBATORIA DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD.**

No solo es necesario demostrar la existencia del daño, resulta necesario establecer cómo sucedieron los hechos, para determinar si efectivamente aquellos resultan imputables al demandado.

No existe ninguna prueba de lo sucedido antes, ni durante el impacto, ni de sus causas reales, ni de testigos presenciales, por ello no se logra configurar la responsabilidad pretendida ante la imposibilidad de establecer el nexo causal, no existen elementos de juicio que permitan con certeza establecer cuál fue la causa eficiente del daño padecido.

Incumpliendo la parte demandante con la carga probatoria que ordena el articulo 167 del Código General del Proceso: Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Por cuanto no solo es afirmar, sino demostrar con pruebas idóneas las circunstancias de tiempo, modo y lugar y el nexo causal.

La parte demandante solo afirmar, sin aportar las pruebas.

En la responsabilidad administrativa, para que se configure deben coexistir tres elementos constitutivos esenciales, a saber:

- Una acción u omisión imputable al demandado
- Un daño antijurídico a una persona y,
- El nexo causal entre los dos, es decir, que efectiva y realmente esa acción u omisión haya producido el daño.

La esencialidad de esos tres elementos es tal, que faltando uno de ellos, la responsabilidad administrativa no llega a configurarse.

En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, la Jurisprudencia del HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, A TRAVÉS DEL SENTENCIA DEL 8 DE OCTUBRE DE OCTUBRE DE 2016, RAD. 25000232600020050088301 (38139), C.P., DR. HERNÁN ANDRADE RINCÓN, ha definido los elementos necesarios para que haya lugar a su estructuración, ellos son:

- i. Un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado o determinable, que se inflige a uno o varios individuos.
- ii. Una conducta, activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública.
- iii. Cuando hubiere lugar a ella, una relación o nexo de causalidad entre esta y aquél, vale decir, "que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción o la omisión atribuible a la entidad accionada".

Así pues, en el proceso que nos ocupa deberá acreditarse que tales elementos fueron debidamente probados, puesto que, en ausencia de uno o ante la observación de una causa extraña, no será procedente hacer efectiva las pretensiones de los accionantes.

Igualmente, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00902-01(18646), Actor: MARINA GONZALEZ BERNAL Y OTROS, Demandado: EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA, Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-APELACION SENTENCIA

"...En conclusión, forzoso resulta concluir que en el presente asunto no obra prueba alguna en el expediente que permita establecer que la muerte del menor Carlos Ernesto Calderón González hubiere podido ser producida por acción u omisión alguna atribuible al ente público demandado; por tal razón, tampoco existe criterio de causalidad que permita vincular la conducta o comportamiento del demandado con los actos o hechos desencadenantes del daño, pues no obran elementos de convicción que permitan dar cuenta de las circunstancias en las cuales se produjo el hecho dañoso.

Así las cosas, las aseveraciones contenidas en la demanda respecto de los presupuestos fácticos de la misma, en cuanto permitirían deducir responsabilidad patrimonial al Estado, no están acompañados del soporte probatorio suficiente.

Por lo cual resulta absolutamente claro, que la carga de la prueba de tales hechos en el proceso incumbía a la parte interesada en demostrar que concurren, en el sub judice, los elementos exigidos por el artículo 90 de la Constitución Política para que el juez pudiese ordenar al Estado la reparación de los daños antijurídicos que, con su acción u omisión, éste hubiere ocasionado.

Por consiguiente, ante el vacío probatorio evidenciado y la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, la Sala concluye que las consecuencias desfavorables de su inactividad probatoria deben ser asumidas por la parte sobre la cual recaía el preanotado onus probandi<sup>1</sup>, esto es la accionante, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia apelada."

---

<sup>1</sup> Principio en materia probatoria consagrado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

Resulta importante recordar que, en casos como el presente, es a la parte demandante a quien corresponde la carga de acreditar los conocidos elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración: **actuación u omisión** del Estado, daño antijurídico y **nexo causal** entre aquella y estos, extremos que no se encuentran demostrados.

Razón por la cual, no es procedente, imputar responsabilidad administrativa a EMCALI EICE ESP, ante la inexistencia probatoria de su acción u omisión y el nexo causal en los hechos de la demanda.

## EXCEPCIONES SUBSIDIARIAS

### 2- CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA POR OMISION DEL DEBER DE CUIDADO DE LOS PADRES DE LA MENOR BRIANNA SOFIA MONTERROZA ZAPATA

Teniendo en cuenta la edad de **menor 5 años**, al momento del accidente, no podía estar sola en un parque, sin la supervisión de sus padres.

Por lo anterior, se evidencia que el accidente se genera por la conducta de la menor **BRIANNA SOFIA MONTERROZA ZAPATA**, al generar contacto con el poste conducta determinante en la ocurrencia de los hechos y altamente peligrosa.

La presente excepción se fundamenta, en que a pesar, de que los menores de edad, no cometen culpa, el Consejo de Estado ha considerado que su conducta si podría ser revisada para efectos del análisis sobre la culpa de la víctima como eximentes de responsabilidad.

*Así lo señalo en fallo, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELA SQUEZ RICO, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 70001-23-31-000-2008-00082- 01(66010), Actor: LIBARDO JESUS CHIQUILLO LEGUIA Y OTROS, Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO Y OTROS, Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA.*

*“Lo anterior, se traduce en que los perjuicios no pueden reconocerse al padre quien expuso a su hijo a un riesgo injustificado.*

*El juzgador, no solo puede limitarse a tener en cuenta el parentesco, por cuanto es necesario determinar el comportamiento del padre quien expuso al menor a un riesgo, al momento del accidente al dejarlo desplazar por una vía pública en pendiente, sin casco, sin zapatos adecuados, y dejándolo a su suerte, pues es bien sabido que los menores no miden los riesgos, pero si es obligación de los padres la vigilancia y supervisión a los menores.*

*Por lo anterior, no es procedente reconocer perjuicios a los padres, debido a que su comportamiento fue descuidado, negligente respecto al cuidado de su hijo menor, siendo los garantes.*

Sobre este particular, existen preceptos superiores, la extrema custodia que se debe a los menores de edad, con mayor razón su amparo irrestricto por parte de sus padres, quienes en primer orden deben procurarles la salvaguarda de la vida, integridad física y salud (arts. 42 y 44 de la Constitución Política).

Esto es, de su protección integral en términos que el Código de la Infancia y la Adolescencia enuncia como la "responsabilidad parental" (art. 14 Ley 1098/06); máxime cuando está claro entre las fuentes que dan lugar a reconocer la posición de garante, esto es, la que ejerce la persona que tiene a su cargo la protección concreta del bien jurídico, precisamente la referida a estos estrechos vínculos naturales derivados de las relaciones entre padres e hijos menores sobre quienes se debe ejercer una tutela permanente de su vida y demás bienes.

Por lo anterior, no es procedente el reconocimiento de perjuicios a los padres del menor, quienes violaron su deber de garantes"

El artículo 2347 del Código Civil establece que "toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado".

Corolario la Corte Constitucional, en sentencia T-500 de 1993, sostuvo lo siguiente:

"Los padres por el hecho de serlo asumen frente a sus hijos una serie de derechos y obligaciones, los cuales se derivan de la llamada autoridad paterna y de la patria potestad.

Estos derechos deben ejercerlos conjuntamente los padres, y a falta de uno de ellos le corresponderá al otro.

Excepcionalmente, los derechos que conforman la autoridad paterna pueden ser ejercidos por un pariente o por un tercero, según las circunstancias del caso y con ciertos límites.

No así la patria potestad, reservada a los padres.

En ese conjunto de derechos que conforman la autoridad paterna, está el cuidado personal del hijo, que consiste, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en "el oficio o función, mediante la cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el filio, en el educando, en el incapaz de obrar o de autorregular en forma independiente su comportamiento.

Este cuidado personal hace parte integral de los derechos fundamentales del niño, consagrados en el artículo 44 de la Constitución"<sup>3</sup>

"ARTÍCULO 23. CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales."

En los eventos en que resulta lesionado un menor de edad durante el despliegue de una actividad peligrosa el Consejo de Estado<sup>5</sup> ha precisado que se estudia la responsabilidad estatal atendiendo el deber de protección y cuidado que les asiste a los padres, así:



*“Además, no puede pasarse por alto que esta Sección ha establecido que en aquellos eventos en los que se estudia la responsabilidad por actividades peligrosas, se ha considerado que los padres del menor lesionado son víctimas indirectas, por lo que su actuar negligente también puede contribuir a la causación del daño.*

*Específicamente se observa que las víctimas del hecho no solo fueron las directas (quienes fallecieron), el niño de más de diez años y la niña menor de estos años, sino también algunos de los demandantes como son los padres (víctimas indirectas).*

*Aun bajo el supuesto entendimiento de que el artículo 2.346 del C. C se extiende a los menores de diez años cuando son causantes de su propio daño, se advierte que la conducta de los padres, VÍCTIMAS INDIRECTAS, fue negligente cuando permitieron que sus hijos menores tomaran un bus a sabiendas de que la vía en la que quedaba la escuela era de tránsito de automotores.*

*Por consiguiente **la causa eficiente y determinante en la producción de las muertes demandadas es imputable directamente a los menores fallecidos e indirectamente a sus padres, quienes son los guardadores naturales legales de los mismos, como ya se explico.***

*Lo anterior permite deducir que si bien la ubicación de la escuela, y las omisiones en señalización de la vía y la zona escolar son hechos comprobados, ellos no fueron la causa directa y determinante del daño, cuya indemnización se reclama”*

*En este orden de ideas, en el presente caso también contribuyo a la causación del daño el incumplimiento de sus padres frente al deber de protección y cuidado que debían ejercer sobre su hija.*

*El mencionado deber encuentra su configuración legal en los artículos 7, 20 y 39, entre otros, de la Ley 1098 de 2006; además, la Corte Constitucional se ha referido sobre este tema y ha señalado que es deber de los padres el cuidado personal de sus hijos:*

*Justamente, el artículo 253 del Código Civil, indica que 'toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos'.*

*Significa lo anterior que la progenitura responsable parte de la base del ejercicio de la custodia y el deber de cuidado personal de los hijos en cabeza de ambos padres, y solo por vía excepcional, a uno de ellos”.*

*Atendiendo las disposiciones legales y jurisprudenciales, que determinan el deber de los padres en la protección y custodia de sus hijos menores de edad, se concluye que estos como víctimas indirectas de los daños que puedan sufrir sus hijos deben asumir responsabilidad cuando omiten las acciones tendientes a salvaguardar su integridad física, tal y como se observa en el presente asunto, toda vez que permitieron que el menor ejecutara una actividad altamente peligrosa de apoyarse en el poste que había sido vandalizado, se evidencia una conducta totalmente descuidada de la madre al dejar a la menor de 5 años sola en un parque, la cual no mide los riesgos como un adulto.*

*En el presente caso, se ENCUENTRA PLENAMENTE ACREDITADO LA CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.*



**Respecto a la CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA**, el Consejo de Estado ha indicado:

- SENTENCIA: FECHA : 21/09/2000 SECCION : SECCION TERCERA PONENTE : RICARDO HOYOS DUQUE ACTOR : LUZ MARINA HERRERA LONDOÑO Y OTROS DEMANDADO : MUNICIPIO DE PEREIRA Y OTROS DECISION : TEMA : FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA - Inexistencia / FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA - Culpa exclusiva de la víctima / FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA – **Electrocución**

*Así mismo se infiere que la causa generadora del daño no fue la conducción de energía eléctrica sino la actividad descuidada de la víctima, quien conocía el riesgo que significaba hacer contacto con el transformador de la energía, pero que confió imprudentemente en poder evitar el daño.*

*En otros términos, la muerte del señor José Leonel Rodas es un hecho ajeno a la entidad, que sólo tuvo una intervención pasiva en el daño, toda vez que aunque la conducción de energía eléctrica es una actividad de por sí riesgosa, en el caso concreto el transformador de la energía no generaba un riesgo concreto para la víctima, quien no habría sufrido el daño si hubiera actuado de manera prudente.*

*Es decir, la actividad jurídicamente relevante en el caso concreto **no fue** la conducción de la energía sino la aproximación imprudente de la víctima al transformador, en relación con el cual éste conocía su peligrosidad.*

*La empresa de energía no estaba en condiciones de prever la ocurrencia del hecho, ni de evitar que la víctima obrara imprudentemente y de ninguna manera motivó o impulsó su actuación, por lo cual no es responsable de los perjuicios reclamados en esta demanda."*

Por lo anterior, queda debidamente demostrado que la acción relevante en la ocurrencia de los hechos fue de la conducta de la propia víctima y el incumplimiento de los deberes de custodia y cuidado que tienen los padres sobre sus hijos menores de edad lo que determinaron que se presentara el accidente.

### 3- HECHO DE UN TERCERO

De las pruebas aportadas por EMCALI y lo expuesto por la parte demandante, quedo demostrado que una cinta bandid en acero inoxidable utilizada para sujetar diferentes accesorio del tendido aéreo, fue hurtado, lo que expuso los cables.

Siendo igualmente, una CAUSA EXTRAÑA para EMCALI EICE ESP, el hecho de un tercero, como es la conducta de los vándalos que hurtaron el elemento que permite que los cables estén debidamente organizados y en su lugar.

Por lo tanto no se hallan satisfechos los requisitos exigidos para configurar la responsabilidad en cabeza del ente Estatal.

Por tanto existe absoluta ausencia de falla del servicio bien por acción por omisión en cabeza de EMCALI EICE ESP.

Siendo la conducta de un tercero, ajeno a EMCALI, la que creo el riesgo, siendo causa extraña para EMCALI.

#### 4- DEMANDA EN EXCESO DEL PERJUICIO PADECIDO

De conformidad con el principio de la necesidad de la prueba, Art. 164, 167 del C. G. P., toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, el reconocimiento judicial de una pretensión que tenga como objeto la indemnización de un perjuicio, supone la demostración de todos y cada uno de los elementos que configuran la tutela jurídica de dicha pretensión, incluyendo, por supuesto, el daño-

Indiscutible es la importancia y trascendencia de la carga probatoria del daño y la relación de causalidad que el legislador asigna a la parte interesada. Al respecto, tiene dicho la Corte:

*"En tratándose del daño, [...], la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión.*

*"La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320).*

*"[...] Más exactamente, el daño eventual no es resarcido, "por no ser cierto o no haber 'nacido', como dice la doctrina, (cas. civ. sentencias de 5 de noviembre de 1998, exp. 5002, 9 de agosto de 1999, [S-033-99], exp. 4897), y en estrictez, en tanto no se puede profetizar ni conocer razonablemente su ocurrencia, es decir, su existencia es una simple conjetura, descartando per se, incluso la simple posibilidad de su acaecimiento. Tal es el caso, de los simples sueños, hipótesis, suposiciones, fantasías e ilusiones carentes de todo margen razonable de probabilidad objetiva en su acontecer. ...*

*"3.Sentado lo anterior, cumple advertir que, para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o posterior, es menester su plena demostración en proceso con elementos probatorios fidedignos..."*

En consecuencia, no existe prueba de los perjuicios morales, ni a la salud, en la cuantía solicitada.

Respecto de los perjuicios morales solicitados desbordan los límites fijados por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación, en relación a la tasación de perjuicios morales cuando se presentan lesiones:

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA PLENA SECCIÓN TERCERA Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 66001-23-31-000-2007-00005-01(36853) Actor: LUIS CARLOS DURÁN Y OTROS Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - SENTENCIA

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Maxime que se exige que se demuestren idoneamente a traves de Dictamen de la Junta de Calificacion de Invalidez, encontrandose nuevamente ausencia probatoria.

Observese la historia clinica, la atencion medica fue ambulatoria con una adecuada evolucion, encontrandose completamente normal fisica y siquicamente, la menor BRIANNA SOFIA MONTERROSA.

5- EXCEPCIONES DE EMCALI

Coadyudamos las excepciones propuestas por EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE ESP., so□lo en cuanto las mismas no perjudiquen los intereses de mi representada LA PREVISORA S.A. compañía de seguros.

6- LA INNOMINADA

Nos referimos con ello a cualquier hecho o derecho a favor de mi mandante que resultare probado dentro del proceso.

A LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA

**AI PRIMERO.** Es cierto.

**AL SEGUNDO.** Es cierto. Si bien es cierto, que **EMCALI EICE ESP**, cuenta con la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. **22977669** vigencia del 21 de septiembre de 2021 al 20 de septiembre de 2022, en coaseguro con ALLIANZ SEGUROS S.A., donde LA PREVISORA S.A. compañía de seguros cuenta con el 20% de participación.

No es cierto que **LA PREVISORA S.A.** deba garantizar cualquier demanda, o deba realizar el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, por cuanto la compañía de seguros solo se encuentra obligada a indemnizar cuando exista una comprobada responsabilidad civil por parte del asegurado y hasta el monto asegurado.

Debiéndose tener en cuenta al momento de fallar los parámetros establecidos en el contrato de seguros: condiciones generales y particulares, sus límites y sublímites de valores asegurados, los amparos otorgados, las exclusiones, los deducibles, cobertura del evento, vigencia, **COASEGURO**, que el valor asegurado no ha disminuido en virtud de pagos relacionados con otros siniestros, para determinar si efectivamente es exigible la obligación condicional del asegurador y hasta que cifra, pues ni la cobertura del evento materia de este llamamiento, ni la exigibilidad de la obligación condicional del asegurador derivan objetivamente de la existencia del mismo, sino de la coincidencia de tales eventos con los amparos descritos en tal certificado y en las condiciones generales y particulares del seguro que allí se consigne.

Así, resulta necesario entonces que previo a la imposición de una condena en contra de mi mandante, sea declarada la entidad asegurada, como responsable patrimonialmente por los perjuicios demandados.

#### EXCEPCIONES AL LLAMAMIENTO EN GARANTIA

##### 1. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL ASEGURADO

Es cierto, que entre **EMCALI**, y mi procurada **LA PREVISORA S.A.** compañía de seguros, (aseguradora) y ALLIANZ SEGUROS S.A. se suscribió el contrato de seguro que se aportó con la solicitud de llamamiento en garantía, la cual ampara la responsabilidad civil extracontractual en la que pueda incurrir el asegurado y se encuentran en coaseguro.

En virtud del contrato de seguro, por medio de las cuales se llamó en garantía la compañía **LA PREVISORA S.A.**, existe y nace la obligación de indemnizar, entre otros amparos, cuando el asegurado incurra en responsabilidad civil.

En el caso particular, no existen elementos de hecho ni derecho, que configuren una falla en el servicio atribuible al **EMCALI**. Por ello, es inexistente la responsabilidad civil del asegurado y no nace jurídicamente la obligación de indemnizar a cargo de la aseguradora.

Tal como se establecerá en curso del proceso, **el EMCALI**, entidad asegurada, no ha incurrido en ninguna responsabilidad patrimonial por cuenta de una acción u omisión imputable en su contra,

razón por la cual, solicito al Despacho desestimar las pretensiones de la demanda y abstenerse de condenar a **EMCALI** y a la compañía de seguros que represento dentro del proceso **LA PREVISORA S.A.**

## **2. LIMITE DE AMPARO ASEGURADO**

Por expreso mandato legal, el asegurador no estará obligado a responder sino hasta la concurrencia de la suma asegurada, así lo estipula en forma clara e imperativa que no admite duda, el artículo 1079 del Código de Comercio.

Lo que significa que el Juez no puede ir más allá de la SUMA ASEGURADA para obligar o comprometer a la aseguradora.

Y es en este punto fundamental donde **LA PREVISORA S.A.**, no puede ser condenada a restituir la totalidad de las sumas que por este proceso se le condenare a pagar a la asegurada, situación que no correspondería a la realidad del contrato de seguro.

Pues lo cierto, es que la aseguradora se obligo hasta un límite asegurado, durante la vigencia y su compromiso contractual está definido y determinado frente a su asegurado.

## **3. OBLIGACIÓN DEL ASEGURADO DE ASUMIR EL DEDUCIBLE**

Por deducible se entiende, el derecho del asegurador a no indemnizar un siniestro, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada. El deducible o franquicia deducible, dentro de determinado límite, no significa normalmente una exclusión de amparo, sino una parte convenida del valor del siniestro que se deja siempre a cargo del asegurado.

La razón de ser de la franquicia consiste en evitar pequeñas o menores reclamaciones y que trae como consecuencia un excesivo costo de funcionamiento que obligaría a aumentar la prima en proporciones que no serían compensatorias.

Por esto mismo los deducibles no traen consigo disminución de prima, sino que se establecen en el contrato para mantener el equilibrio de las prestaciones.

El deducible se emplea también como elemento de equilibrio, especialmente en seguros en los que existen posibilidades de pérdidas catastróficas, o por la naturaleza de los riesgos, se exige una participación obligatoria del asegurado, como corresponde al caso en particular resulta relevante hacerlo.

Lo anterior significa, que ante una remota condena, el asegurado **EMCALI**, se encuentra en la obligación legal y contractual de asumir el valor del deducible, de conformidad con el amparo afectado.

Si la condena es igual o menor al deducible, a mi representada LA PREVISORA S.A compañía de seguros, no le corresponde indemnizar ningún valor, por haberlo así acordado las partes.

#### 4. RIESGOS EXCLUIDOS

Las exclusiones son limitaciones a la responsabilidad del asegurador, pactadas por las partes del contrato de seguro cuya función es armonizar las cargas económicas del contrato, que recaen sobre amparos. Por lo anterior, no corresponde a la Aseguradora responder por ellos.

#### 5. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN POR AGOTAMIENTO DE LA COBERTURA.

Existe efectivamente la Pólizas de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual, cuando el amparo al asegurado se haya limitado por evento y vigencia, suma que de agotarse en otro evento o siniestro sea por conciliación extrajudicial, judicial o sentencia NO cubriría el presente evento, quedando así a salvo la Responsabilidad que con ocasión de la póliza le llegare a corresponder a la Aseguradora.

#### 6. COASEGURO

La figura del COASEGURO, esta regulada en nuestra legislación así: el Código de Comercio en su Art. 1095 dispone: *"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."*

Teniendo en cuenta el artículo 1094 del Código de comercio, se requiere que concurren 1. Diversidad de aseguradores; 2. Identidad de asegurado; 3. Identidad de interés asegurado, y 4. Identidad de riesgo".

C. Co. 1092. INDEMNIZACION EN CASO DE COEXISTENCIA DE SEGUROS. 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.

Por lo tanto, quienes participan en un coaseguro es un conjunto de compañías de seguros, que asumen responsabilidades individuales frente a un mismo riesgo, cuya iniciativa nace del asegurado que quiere hacerlas partícipes o de una de éstas con la aceptación del interesado, para efectos de hacer la repartición del riesgo.

La partición de las primas debe guardar proporción con la cuota asignada a cada entidad aseguradora y en igual proporción la indemnización correspondiente en el evento de ocurrir un siniestro.

El coaseguro se "usa", como dice el profesor J. Efrén Ossa Gómez<sup>1</sup> por voluntad del asegurado "(...) porque desea hacer partícipes del seguro a dos o más aseguradores. O coadyuvar la distribución técnica del riesgo.

En este orden de ideas, ante una remota condena, dentro del proceso, no solo **LA PREVISORA S.A.** debe entrar a indemnizar sino las demás compañías de seguro con las cuales existe coaseguro, asumiendo cada una, el porcentaje participación que se estipulo. Así:



En la póliza **No. 22977669** expedida por **ALLIANZ**, de responsabilidad civil cuentan con COASEGURO, tal como consta en la caratula de la póliza así:

<b>ALLIANZ SEGUROS S.A.</b>	<b>80%</b>
<b>LA PREVISORA S.A.</b>	<b>20%</b>

Por lo anterior, comedidamente solicito señor juez, en caso de una eventual condena, cada aseguradora debe responder de acuerdo a su monto de participación.

Lo que indica que mi representada, LA PREVISORA S.A., solo responderá hasta el límite del monto establecido en la póliza constituida, por cuanto el excedente deberá ser cancelado por las demás compañías de seguro que participan en el coaseguro.

**7. LA INNOMINADA**

Nos referimos con ello a cualquier hecho o derecho a favor de mi mandante que resultare probado dentro del proceso.

**P R U E B A S**

Solicito al Señor Juez que sean decretadas y tenidas como tales y/o practicadas las siguientes pruebas:

**1. DOCUMENTALES**

- El Poder para actuar y Certificado de existencia y representación legal de **LA PREVISORA S.A. fueron aportados a través de correo electrónico de LA PREVISORA S.A.**
- Se tenga como prueba la póliza aportada por ALLIANZ SEGUROS S.A y su clausulado, donde se demuestra que mi representada LA PREVISORA S.A. compañía de seguros, cuenta con la participación del 20% del coaseguro y las condiciones generales y particulares, donde se determinar el deducible que esta a cargo del asegurado.

Por lo tanto, si la condena es menor al deducible a mi representada no le corresponde indemnizar ningún valor conforme a las condiciones generales y particulares de la póliza.

- Con el ánimo de ejercer el derecho de contradicción y defensa de mi representada, **LA PREVISORA S.A.** compañía de seguros, solicito me permitan participar en todas las diligencias testimoniales, interrogatorios de parte y contradicción de dictámenes, ello con el fin de contrainterrogar en dichas diligencias.



**NOTIFICACIONES**

Mi poderdante, **LA PREVISORA S.A.**, a través de correo electrónico:  
[notificacionesjudiciales@previsora.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@previsora.gov.co)

La suscrita abogada, a través de correo electrónico: [astudilloabogados@gmail.com](mailto:astudilloabogados@gmail.com), Celular 315-2844203.

Atentamente,

**CLAUDIA PATRICIA ASTUDILLO T.**

C.C. No. 66.855. 499 de Cali

T.P. No. 86.321 de C. S. Jud.