

Señores:

JUZGADO DECIMO (10°) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI (V)

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA
PROCESO: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 76001333301020190021300
DEMANDANTES: FRANCIA LORENA PALTA MUÑOZ Y OTROS
DEMANDADOS: DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI Y OTROS
LLAMADO EN GTÍA.: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Y OTROS

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado general de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** mediante el presente escrito procedo a **REASUMIR** el poder a mi conferido en el proceso de la referencia, y a presentar dentro del término de ley, **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**, solicitando desde ya, se profiera sentencia favorable a los intereses de mi representada, negando las pretensiones de la demanda por no demostrarse la responsabilidad de nuestro asegurado **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, con fundamento en los argumentos que concretaré en los acápites siguientes:

CAPÍTULO I. **OPORTUNIDAD**

Teniendo en consideración que de acuerdo a lo señalado en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 inciso final el término establecido para presentar alegatos de conclusión es de diez (10) días contados a partir de la celebración de la audiencia de pruebas, siempre y cuando el juez no considere necesario citar a la audiencia de alegaciones y juzgamiento, audiencia de pruebas que se celebró el día 13 de febrero de 2024, y mediante la cual se corrió traslado por 15 días a la parte demandante para que realizara las gestiones correspondientes para obtener las pruebas periciales decretadas. Siendo así, una vez incorporadas los informes periciales requeridos, mediante Auto No 040 del 03 de febrero de 2025, notificado el 11 de febrero de 2025, se prescindió de la audiencia de contradicción de dictámenes, se cerró el debate probatorio, y se dio un término de 10 días para presentar los alegatos de conclusión de primera instancia; por tanto, se tiene hasta el día 25 de febrero de 2025 para presentar tales alegatos; por lo cual, se concluye que este escrito se presenta dentro del término establecido para tal efecto.

CAPÍTULO II. **ANÁLISIS PROBATORIO FRENTE A LA DEMANDA**

Es importante precisar que el objeto del litigio aquí ventilado no es responsabilidad del **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, toda vez que no se estructuraron los elementos *sine qua non*

de la responsabilidad en cabeza del asegurado.

A. NO SE FORMULÓ NI SE PROBÓ UN JUICIO DE IMPUTACIÓN CONTRA EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO CALI - FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Es claro dentro del proceso que no se formuló un juicio de imputación en contra del **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, ni mucho menos en el debate probatorio se cuestionó el actuar del Distrito, por el contrario, la demanda se dirige contra un supuesto incumplimiento en la prestación del servicio médico al Menor Michael Palta. Por ende, se le está imputando responsabilidad al Hospital Carlos Holmes Trujillo E.S.E. y al Hospital Universitario del Valle E.S.E., entidades que presentaron la atención médica al menor y las cuales cuenta con personería jurídica independiente, autonomía presupuestal y administrativa, y por ello, no se le puede atribuir ninguna responsabilidad al Distrito, quien no tiene competencia en este asunto.

Sobre la legitimación en la causa, el Consejo de Estado¹ ha señalado lo siguiente:

LEGITIMACION EN LA CAUSA - Noción. Definición. Concepto / LEGITIMACION EN LA CAUSA - Fundamento La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio. (...) la legitimación en la causa corresponde a uno de los presupuestos necesarios para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por lo tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico – procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia. (...) **la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas** (...) la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso. **(negrilla y subrayada por fuera del texto original)**

Ahora bien, es importante resaltar que la legitimidad en la causa por pasiva se encuentra determinada por la personería jurídica de la entidad, al respecto el Consejo de Estado ha señalado que:

La capacidad para ser parte va unida a la condición de persona. Toda persona tiene capacidad jurídica y, por tanto, para ser parte. (...) Todo hombre, por el hecho de serlo, es persona. La capacidad para ser parte acompaña al hombre desde su nacimiento hasta su muerte.

Las personas jurídicas –públicas y privadas- desde el momento que adquieren tal carácter tienen capacidad para ser parte. La condición de parte se atribuye a la persona, no a sus órganos. De aquí que es impropio, al referirse a la administración pública, decir que es parte ‘la autoridad’ que dictó el acto. Será parte la persona jurídica pública – Estado, Provincia, Municipio, entidad institucional – a que pertenece el órgano de que proviene el acto que dio lugar al proceso. Otra cosa será el órgano al que se otorga competencia para intervenir en el proceso a nombre de la entidad pública que es parte.

¹ sentencia de 23 de abril de 2008, exp.16271; sentencia de 31 de octubre de 2007, exp. 13503 y sentencia de 20 de septiembre de 2001, exp.10973

Así las cosas, es claro que en los casos en los que se demanda, por ejemplo, a la Nación, pero esta no estuvo representada por el órgano que profirió el acto o produjo el hecho, sino por otra entidad carente de personería jurídica, no se está en presencia de falta de legitimación en la causa, sino de un problema de representación judicial. **En esa lógica, por el contrario, se está ante un problema de falta de legitimación en la causa cuando se demanda a una persona de derecho público en particular, verbigracia la Nación, pero quien debió ser demandado era otra persona, entiéndase un municipio, un departamento u otra entidad pública con personería jurídica.** (Consejo de Estado, 2021, rad. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)) (énfasis y negrillas propias)

Es por ello, que resulta pertinente traer a colación la situación jurídica de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E), prestadoras del servicio de salud, dado que la Ley 489 de 1998 consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 83.- Empresas sociales del Estado. Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud, se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente Ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen

En concreto, sobre las Empresas Sociales del Estado el Decreto 1876 de 1994 establece que cuentan con su personería jurídica propia, y son administrativamente autónomas, tal y como se aprecia:

ARTÍCULO 1.- Naturaleza jurídica. Las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las asambleas o concejos.

En el caso concreto, se tiene que la parte actora manifiesta que existió irregularidades en la prestación de servicios médicos tanto del Hospital Carlos Holmes Trujillo ESE como del Hospital Universitario de Valle ESE (lo que no se probó), lo cierto es que en la narración de los hechos, no existe ningún reproche a la conducta del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, pues, los demandantes no señalan cual fue la falla en que incurrió el ente territorial, no está demás aclarar, que el hecho de que sean Hospitales Públicos (E.S.E) los demandados, no convierte automáticamente al Distrito en responsable de la actuación medica de galenos que no tienen ninguna vinculación con el ente territorial. Aunado a esto, no se aportó prueba alguna en el cual se le haya puesto en conocimiento la situación del menor al ente territorial, por ello, el **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI** no puede responder por todo lo que suceda en la ciudad, dado que no es un garante universal, y no se puede partir de que sea el Distrito quien responda por todas las actuaciones que realicen todas las entidades administrativas con personería jurídica propia en la ciudad.

En conclusión, al no establecerse un título de imputación en contra de **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, ni mucho menos probarse el mismo, el despacho deberá absolver a esta entidad y sus aseguradoras llamadas en garantía, por cuanto no tiene injerencia en los hechos

objeto de reproche, máxime cuando el supuesto hecho lo provocó una falla en la atención médica, que no se probó.

B. INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO, NO SE PROBÓ LA RESPONSABILIDAD DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

Dentro del plenario quedó probado que no existió responsabilidad del Distrito, toda vez que no existió ninguna falla en el servicio, además, no existe prueba técnica que permita evidenciar la existencia de alguna negligencia médica, y los médicos que rindieron testimonios fueron muy claros en precisar que no existió omisión alguna, así, conforme al poco material probatorio aportado, no se evidenció que el **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, o cualquiera de los hospitales demandados, haya incumplido sus deberes y como consecuencia de esto se materializara el hecho.

En relación a la falla en la prestación de servicios, el Consejo de Estado ha determinado que la *“falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo”*. (Consejo de Estado, 2012, Rad. 25000-23-26-000-1996-03282-01(20042)). Sin embargo, es trascendental que la autoridad a la que se le imputa responsabilidad sea competente y esté dentro de sus funciones la prestación del mismo. Al respecto la jurisprudencia contenciosa ha indicado que:

“1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO. [...] “2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende. “La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comproCundinamarca su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como ‘anormalmente deficiente (Consejo de Estado, 2007, Rad: 27434)

Del texto anterior se extrae que existe responsabilidad siempre y cuando la omisión de una de las funciones que la autoridad administrativa sea competente haya sido la determinante para la producción del daño. No obstante, se debe probar dentro del proceso la existencia de tal falla del servicio, pues, *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”* (Ley 1564, 2012, Art 167). Por tanto, la parte demandante tiene la carga de probar el supuesto de hecho.

Asimismo, sobre la consecuencia probatoria y procesal que tiene lugar cuando quien debe acreditar

el hecho y la causa de este, no lo hace, el Consejo de Estado ha determinado que:

Las consecuencias de la omisión probatoria advertida en el plenario obedecen a lo dispuesto por el artículo 177 del C. de P. Civil, de conformidad con el cual “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, norma que consagra, en estos términos, el principio de la carga de la prueba que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la causa petendi de la demanda o de la defensa, según el caso. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sección, en el principio de autoresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa exigible a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable. (...) en el caso concreto resulta evidente que la carga de la prueba recae en quien pretende, de manera que es la parte actora la que debe soportar las consecuencias de su inobservancia o descuido, esto es, un fallo adverso a sus pretensiones [...] (Consejo de Estado, 2012, 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429))

Entendiéndose que en los casos que no se acredite probatoriamente las circunstancias de hecho, el camino a seguir es un fallo adverso. Asimismo, la responsabilidad de los médicos es de medio mas no de resultado; en consecuencia, por regla general la responsabilidad médica en la jurisdicción contenciosa deberá analizarse en principio bajo el régimen de la falla probada del servicio, lo que impone, según el análisis previo, al demandante la obligación de acreditar probatoriamente el daño, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y la consecuencia dañosa, tal y como ha sido reiterado por el Consejo de Estado, así:

Existe consenso en cuanto a que la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño (Consejo de Estado, 2010, Rad. 19101)

En el asunto de marras, no hay prueba de que el ente territorial haya omitido sus deberes legales, teniendo de presente que, la demanda no señala en qué consistió la falla en la prestación de servicios de las entidades demandadas, y tampoco la parte actora sustentó sus argumentos en prueba científica alguna, pues, empiezan narrando en el Hecho 5, que en el Hospital Carlos Holmes Trujillo se saturó una herida la cual era un sangrado por vidrio, sin realizar ningún examen, así:

5.- MICHAEL STEVEN PALTA MUÑOZ, el día 06 de agosto de 2017 sufrió accidente al cortarse la mano izquierda con un vidrio, siendo traslado por su progenitora para atención médica de urgencia, al Hospital Carlos Holmes Trujillo, donde el médico de turno le sutura la herida sin realizar ninguna clase de exámenes. Como consecuencia a la indebida atención médica, el día 19 de agosto de 2017, se le estalla la mano y es remitido de urgencia al Hospital Universitario del Valle, donde continua la falla en la prestación del servicio de salud.

Nótese que no sustenta que prueba científica o guía indicaba que en ese momento se debía realizar exámenes y que tipo de exámenes, tampoco se aportó prueba de que la no práctica de dichos exámenes (los cuales se desconocen) están relacionados con que se haya concretado algún daño. Asimismo, complementando lo manifestado en la demanda, la demandante Francia Palta en audiencia de pruebas aclaró que la herida del menor dejó de sangrar cuanto le tomaron los puntos, pero empezó a sangrar una vez llegaron a la casa después de retirados los puntos²; además, en audiencia describió las características de la mano del menor una vez retirados los puntos, y lo hizo de la siguiente manera: *“La mano se le comenzó a hinchar y a ponerse negra, la parte de abajo de la manito, demasiada inflamada”* (audiencia de pruebas entre 4h:03min a 4h:04min)

Añadido esto, la parte demandante continua su narración de la supuesta falla en la prestación médica de salud, y en el hecho 6 de la demanda, manifiesta que el menor fue remitido el día 26 de agosto de 2017 al Hospital Universitario del Valle para descartar una lesión vascular, así:

6.- MICHAEL STEVEN PALTA MUÑOZ, es remitido nuevamente al Hospital Universitario del Valle el día 26 de agosto de 2017, para ser valorado por cirugía plástica, ya que, el sangrado en la mano izquierda del menor continua y se debe descartar lesión vascular. Lo mentado, basado en la atención médica prestada de urgencia por galenos del Centro de Salud Marroquín Cauquita.

De conformidad con lo anterior, la parte actora finaliza manifestando que la intervención se dio tan solo el 28 de agosto de 2017 y reiteran que siempre existió una lesión vascular, como se aprecia en el hecho 7 de la demanda:

7.- Sólo hasta el día 28 de agosto de 2017, es intervenido quirúrgicamente en el Hospital Universitario del Valle, donde se le realiza ligadura de arteria MTC 3-4 dedo mano izquierda, y tenorrafia mediana dedos 3-4 mano izquierda. Lo antes narrado nos indica que existió una lesión vascular que no fue evidencia por una indebida atención médica, basado en la fecha de la ocurrencia de la lesión y el momento de la cirugía.

Se puede notar que no se expresa en la demanda clara y concretamente en qué consiste el daño que le produjo la supuesta mala intervención médica; no obstante, la demandante, Francia Palta, en audiencia de pruebas indicó que: *“él mueve la mano mas no el tercer y cuarto tendón estos dos dedos [señala cuales] el niño lo que hace es de que no puede cerrar en si todos los dedos bien, al coger algo lo que hace es de que se le suelta y no le pueden hacer esto [señala que] porque él siente como, como una sensación de fastidio al palpar* (audiencia de pruebas entre 3h:51-3h:53).

Es claro que la demandante acusa a los hospitales y al Distrito de afectar el tercer y cuarto tendón

² Audiencia de pruebas 4h:2min a 4:03min

del menor por una supuesta negligencia médica, pues, se evidencia que el menor puede sentir nuevamente, es decir que ya recuperó su parte sensitiva tal y como lo había dicho el Dr. Villegas³; Incluso, al ser nuevamente cuestionada por la señora juez, la demandante manifestó que el niño siente un “poquito”⁴

Ahora las afirmaciones expuestas en la demanda y por la demandante en audiencia no solo carecen de sustento probatorio, sino que además, son falsas, es menester empezar señalando que el menor, supuesta víctima, jamás tuvo una lesión vascular, ni de los tendones, de hecho según los hallazgos que aparecen en la historia clínica el día 19 de agosto de 2017 el menor no se le evidenció sangrado alguno, como se aprecia:

FECHA-HORA	GLASGOW				DIÁMETRO PUPILAR(mm)		RESPONDE A LA LUZ	
	APERTURA OCULAR	RESPUESTA MOTORA	RESPUESTA VERBAL	TOTAL	OJO IZQ	OJO DER	OJO IZQ	OJO DER
19/08/2017 20:39	Esponanea	Obedece	Orientado, conversa	15/15	--	--	--	--

EN CASO DE INTOXICACIÓN, ACCIDENTE O VIOLENCIA

Estado de Conciencia: Conciente

Condición al llegar: Normal

EXÁMEN FÍSICO POR REGIONES

Cabeza y Cara : Normal

Cuello y Nuca : Normal

Torax : Normal

Abdominal : Normal

Extremidades y Articulaciones : Anormal

Piel y Faneras : Normal

Descripción: C/C:PUPILAS NORMOREACTIVAS, CONJUNTIVAS ROSADAS, ESCLERAS ANICTERICAS. SE EVIDENCIA LESION ERITEMATOSA CUBIERTA CON CREMA EN REGION TEMPORAL DERECHA, A 3 CM APROX. DE LA ORBITA. CUELLO MOVIL, SIN ADENOPATIAS CERVICALES. TORAX: NORMOEXPANSIBLE, MURMULLO VESICULAR PRESENTE EN AMBOS CAMPOS PULMONARES SIN SOBREAgregados. RUIDOS CARDIACOS RITMICOS, DE BUENA INTENSIDAD, SIN SOPLOS. ABD: BLANDO, DEPRESIBLE, NO MASAS, NO MEGALIAS. NO SIGNOS DE IRRITACION PERITONEAL. EXTREMIDADES SUPERIORES: MANO DERECHA CON HERIDA CUBIERTA, SE DESCUBRE Y SE OBSERVA HERIDA ABIERTA DE APROXIMADAMENTE 2 CM EN PALMA, CON BORDES LEVANTADOS Y EQUIMOSIS, EN EL MOMENTO NO PRESENTA SANGRADO. SENSIBILIDAD CONSERVADA, LEVE LIMITACION FUNCIONAL PARA FLEXION Y EXTENSION COMPLETA DE 4TO DEDO, LLENADO CAPILAR < 2 SEGUNDOS. SNC: SIN COMPROMISO .

Información que fue claramente explicada por el Doctor Javier Criales al ser cuestionado si cuando el menor salió el 20 de agosto de 2017 tenía sangrado abundante, y este señaló “No, en la historia es muy claro que el paciente no presentaba sangrado” (audiencia de pruebas entre 2h:41 min a 2h:42 min). De hecho, el mismo doctor indicó claramente que existen parámetros clínicos que permiten evidenciar si el paciente está perdiendo sangre, uno de ellos es la hemoglobina, y en el caso del menor, el medico refirió que “ahí, hay un examen en una de las historias en las que se evidencia que el paciente tenía una hemoglobina en aceptables condiciones” (audiencia de pruebas entre 2h:43min a 2h:44min)

Ahora, se debe subrayar que el menor se lo trasladó al Hospital del Valle el 19 de agosto de 2017 por sospechas de una lesión en los tendones y un posible riesgo de infección; no está demás resaltar que si bien la herida si lastimó al menor en su sensibilidad, y posiblemente le generó un coagulo, tales patologías en ese momento no se evidenciaban, pues jamás se corroboró que el

³ Audiencia de pruebas entre 1h:15 min a 1h:16 min y también lo manifestó en la misma audiencia en el minuto 37 a minuto 39

⁴ Audiencia de pruebas entre 3h:52 a 3h:53min

menor estuviese sangrando (ni mucho menos que existiese un sangrado abundante); Y dicho diagnostico era imposible de ver a fecha de 20 de agosto de 2017, pues, se reitera, se sospechaba de una fractura y también de una infección, pero no se encontró ningún cuadro clínico que permitiera evidenciar la existencia de lesión alguna, tal y como lo indicó el Doctor Álvaro Villegas en audiencia de pruebas, me permito citar:

Sra Juez: De esos exámenes diagnósticos, de esas ayudas diagnosticas que le practicaron, rayos x, ¿se podía en esa oportunidad, detectar si presentaba una lesión de la rama que usted nos indica sensitiva en la mano izquierda?

Alvaro Villegas Victoria: No, no, Dra. En los rayos X no se va a ver eso, Las radiografías van usualmente encaminadas a buscar fracturas, que es lo que principalmente buscamos en una radiografía, puede ver usted cambios en el peliosis, puede diagnosticar osteomielitis, o ayudar a diagnosticar periostitis, ha diagnosticar edemas porque usted ve los rebordes, eh, luxaciones, todas estas cositas si las puede ver uno en un rayos x, pero ver una lesión de esa vasito tan pequeño no, no, es muy difícil

Sra Juez: ¿Cuál es el examen diagnostico que ayuda a determinar esa lesión en un vaso tan pequeño como usted nos indica en la rama sensitiva?

Alvaro Villegas Victoria: ¿En la rama sensitiva?

Sra Juez: Usted nos estaba indicando el punto donde sufrió concretamente la lesión, o que fue intervenida por cirugía plástica; entonces, ese punto, me estoy refiriendo, ¿podía ser diagnosticado previamente con alguna ayuda diagnóstica?

Alvaro Villegas Victoria: El examen que tenemos más a mano, es un electromiografía pero la electromiografía difícilmente me va a llegar a ese diagnóstico, el diagnostico podría ser clínico, pero, eh, son estructuras muy pequeñas, yo no podría decir una resonancia nuclear magnética podría mostrarle a uno, tendría que ser muy muy acucioso, o muy exacto para poder ver, diagnosticar eso, yo no, realmente no sabría Dra. decirle que examen específicamente me va a diagnosticar la lesión de un, de una rama sensitiva en la rama metacarpiana (Audiencia de pruebas entre min 57 a 1h)

Ahora bien, cuando clínicamente las condiciones del paciente cambiaron y se podía evidenciar el aumento del coagulo, no sangrado, inmediatamente se remitió al menor a cirugía, tal y como lo señaló el mismo doctor Villegas:

Sra Juez: El Dr. Juan Pablo, que es residente, usted ya nos ha aclarado, le hizo un diagnostico acertado, ¿pero se lo hizo con una simple valoración física o en que se basó él para determinar ese diagnóstico del coagulo?

Alvaro Villegas Victoria: Clínicamente, lo que pasa es que seguramente, inicialmente eso no estaba, eso fue creciendo, porque es un vasito que roto y puede ir sangrado, pero va haciendo un coagulo, va haciendo un coagulo y va creciendo paulatinamente, entonces, la mano tienes esta posición y esta forma en la palma [indica con sus manos cual], cuando algo aquí [indica donde] me va haciendo masa y me va creciendo la mano puede tomar una posición como esta [muestra como], y eso Juan Pablo seguramente lo sabe. Seguramente cuando lo vio ortopedia atrás no tenía ese síntoma; si, porque eso fue evolucionando paulatinamente (audiencia de pruebas entre 1h a 1h:03 minutos)

Es así, que resulta claro que la primera intervención de los hospitales demandados no puede ser tomada como negligente ni que hayan omitidos los protocolos, pues, tampoco puede exigírseles un imposible y que previeran algo que en ese momento no se tenía manera de evidenciar. También, se debe dejar de presente que en los hallazgos descritos el día 28 de agosto de 2017, se encuentran lo siguiente:

HALLAZGOS: 1) LESION DE ESPESOR TOTAL DE RAMA ARTERIAL METACARPIANA PARA DEDOS 3-4
2) LESION PARCIAL DE MUSCULO LUMBRICAL DE 3ER DEDO
3) LESION DE ESPEROR TOTAL DE RAMA PARA 3-4 DEDOS DE NERVIO MEDIANO
4) SE CONFIRMA CONTROL DE SANGRADO AL RETIRAR TORNIQUETE, AL FINALIZAR HEMOSTASIA DE PIEL Y AL FINALIZR PROCEDIMIENTO

Nótese que es claro que no existió un daño en los tendones, sino que fue un daño en el musculo de la rama del nervio, lo cual se aprecia de los servicios que se realizaron y se le brindaron al menor:

RESECCION DE CAPSULA DE COAGULO
LIGADURA DE ARTERIA METACARPIANA PARA DEDOS 3-4
NEURORRAFIA DE RAMA DE NERVIO MEDIANO PARA DEDOS 3-4 CON PROLENE 7-0
RETIRO DE TORNIQUETE
HEMOSTASIA CON COMPRESION LOCAL Y ELECTROCOAGULACION
SUTURA DE PIEL CON MONOCRYL 4-0
COLOCACION DE VENDAJE COMPRESIVO Y FERULA EN POSICION FUNCIONAL

Por supuesto los servicios realizados son coherentes con los testimonios de los doctores, pues se encontró la capsula de coagulo y se ligó el “vasito” que lo había generado, no está demás resaltar que se desconoce si este vasito se dañó con la herida de vidrio o por un mal cuidado de la herida por parte de la madre y el menor. Asimismo, en la Historia clínica se evidencia desde el primer ingreso en el hospital Universitario que no existió compromiso de los flexores, como falsamente lo afirma la madre del menor:

TIPO DE EVOLUCIÓN: EVOLUCION MEDICA ESPECIALIDAD: MED RES ORTOPEDIA Y TRAUMA UBICACIÓN: PEDIATRIA CLINICA URGENCIAS
FECHA: 20/08/2017 03:31
SUBJETIVO
MICHAEL STEVEN PALTA MUÑOZ
EDAD: 9 AÑOS

DIAGNOSTICO: HERIDA A NIVEL PALMAR SIN COMPROMISO DE FLEXORES

PACIENTE EN CAMA ESTABLE NO SIGNOS DE ALARMA, CON HERIDA DE 15 DIAS DE EVOLUCION DE HERIDA POR OBJETO CORTANTE VIDRIO, EN PERIFERIA REALIZAN SUTURA DE LA HERIDA, CON POSTERIOR CUADRO DE 8 DIAS DE EDEMA Y ERITEMA. AL EXAMEN FISICO PACIENTE SIN COMPROMISO DE FLEXORES, **NO SE OBSERVAN FRACTURAS EN RADIOGRAFIA**. PACIENTE CURSANDO CON INFECCION DE TEJIDOS BLANDOS. MANEJO ANTIBIOTICO POR PEDIATRIA.

EGRESO POR ORTOPEDIA. RECONSULTAR POSTERIOR A RESPUESTA ANTIBIOTICA

OBJETIVO

MICHAEL STEVEN PALTA MUÑOZ
EDAD: 9 AÑOS

DIAGNOSTICO: **HERIDA A NIVEL PALMAR SIN COMPROMISO DE FLEXORES**

PACIENTE EN CAMA ESTABLE NO SIGNOS DE ALARMA, CON HERIDA DE 15 DIAS DE EVOLUCION DE HERIDA POR OBJETO CORTANTE VIDRIO, EN PERIFERIA REALIZAN SUTURA DE LA HERIDA, CON POSTERIOR CUADRO DE 8 DIAS DE EDEMA Y ERITEMA. AL EXAMEN FISICO PACIENTE SIN COMPROMISO DE FLEXORES, **NO SE OBSERVAN FRACTURAS EN RADIOGRAFIA**. PACIENTE CURSANDO CON INFECCION DE TEJIDOS BLANDOS. MANEJO ANTIBIOTICO POR PEDIATRIA.

EGRESO POR ORTOPEDIA. RECONSULTAR POSTERIOR A RESPUESTA ANTIBIOTICA

El médico tratante fue muy claro al establecer que no existió ninguna lesión en los tendones o flexores, ni en las ramas que permiten el movimiento de los dedos, de hecho, señaló lo siguiente:

Sra Juez: cuando usted dice Dr., disculpe, sensibilidad se refiere a que esa rama del nervio es la que permite el movimiento de los dedos

Alvaro Villegas Victoria: No, No, es una rama para sensibilidad solamente, no es una rama motora, es una rama solo para sensibilidad

Sra Juez: para el sentido del tacto

Alvaro Villegas Victoria: Si. Si, para tacto, para calor, para frio, para todas estas

terminaciones nerviosas que están allí, correcto, no es para movimiento. Y es muy claro, este paciente inicialmente desde la valoración de ortopedia está diciendo que no hay lesión en los flexores. Cuando ortopedia lo revisa inicialmente su primera evaluación por allá en el día, el día 20 que lo valora ortopedia y le toma una radiografía, ella dice, no hay ni fractura, ni hay lesión en los tendones flexores. Si, tendones flexores en la mano para estos dedos [muestra cuales en pantalla], hay 2, uno que se llama superficial que hace esto [muestra como], y otro que se llama el profundo porque uno lo bloquea aquí [muestra en donde] y dobla la punta del dedo así [sigue mostrando en pantalla como], esos dos tendoncitos en él, no estaban comprometidos, correcto (audiencia de pruebas desde el min 25 a min 28)

Hemos examinado varios puntos importantes en este acápite, por lo que se puede concluir lo siguiente:

- El drenaje que realizaron en el Hospital Carlos Holmes, se realizó como una respuesta antibiótica, pues, existía claramente evidencia de una infección, por mal cuidado o por factores externos a la clínica (no hay que olvidar que los cuidados se realizan en casa), y es por ello que remiten al Hospital Universitario del Valle, además, por una sospecha de un compromiso en los tendones, lo cual requería de atención en un Hospital de mayor nivel.
- No existió un sangrado por parte del menor, ni mucho menos se le “estalló la mano”, tampoco la mano se le puso “negra” lo que se evidenció fue un edema y eritema que es el enrojecimiento y la hinchazón normal de cualquier herida de ese tipo⁵.
- Una vez se realizaron las radiografías, se evidenció que no existía lesión alguna en los tendones, además, se le dio manejo de antibióticos y se lo envió tratamiento ambulatorio
- Cuando reingresa el 26 de agosto de 2017, el menor tenía un coagulo en la mano, y se evidenció una lesión en la rama nerviosa, pero tal diagnostico no era previsible previamente, como ya se ha explicado. No se tiene certeza cuando se produjo el daño en el vasito que generó el coagulo, pues, no hay que olvidar que tal coagulo no lo tenía al momento de ingresar el día 19 de agosto de 2017, y tampoco existía sangrado alguno.
- Se intervino quirúrgicamente al menor, retirando el coagulo y cerrando el vasito que se encontraba dañado, además, se operó la rama nerviosa de la mano.
- Nunca existió daño en los tendones, y mucho menos se aportó prueba científica que evidenciara una mala praxis médica, pues, los galenos responden por medio, no por resultado. Y no puede partirse que debían ver lo imposible, aun cuando el día 19 de agosto de 2017, el menor no tenía el cuadro clínico que tuvo el día 26 de agosto de 2017, lo cual se reitera se desconoce si se produjo por un mal cuidado de la madre del menor.

Asimismo, es claro que no existió falla alguna, pues incluso la investigación adelantada por la fiscalía fue archivada por no contar con prueba alguna de negligencia médica, tal y como se evidencia de la Pagina 2 del documento” archivo de las diligencias” emitido por Fiscalía:

⁵ Así fue claramente expuesto por el Dr Javier Ciales en Audiencia de pruebas entre 3h:1 min a 3h:3min

De acuerdo con lo anterior evidenciamos que no hay delito de lesiones personales culposas, porque es cierto se aprecia que No se ha demostrado hasta el momento que el médico tratante, No tenga la preparación respectiva y necesaria, para realizar la atención respectiva, y es que se observa que otro médico a pesar de haberle realizada la radiografía, no precisa que tenía el menor en su mano, cuál era la condición, es por ello, que hasta el momento no tenemos elementos probatorios, que nos indiquen que no tenía la preparación académica, para atender un caso de esta clase, por ende, no se puede hablar de alguna impericia, y mucho menos de alguna negligencia, porque bien se le atiende debidamente se realiza lo necesario en el momento, y el solo hecho que no ordene una radiografía, no quiere decir que haya negligencia, verifíquese que al otro día se trae nuevamente al menor, y se le atiende inmediatamente.

Igualmente encontramos que se atiende al paciente por parte del médico, sin conceder, y sin señalar que sus atenciones, o que dicha atención, a realizar sería ciento por ciento, y sin riesgos, por el contrario, se trata de una profesión, de medios, no de resultados, en donde No se promete al paciente que todo será perfecto; de allí que se entienda, existen unos riesgos; es por ello, que en toda atención que realizan los médicos existen unas posibles complicaciones, incluso en la más mínima o la menos complicada atención, siempre existen riesgos, y de allí, nos lleva a concluir a entender que la denunciante sabía y conocía de las posibles complicaciones que se podían presentar, porque ciertamente los médicos les explican, diciéndole que si observan algún cambio, se traiga nuevamente al paciente.

En conclusión, observando que no se aportaron medios de prueba que acreditaran que la ocurrencia del hecho se deba realmente a una falla en la prestación del servicio por parte del **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, o los hospitales demandados, no es viable declarar responsabilidad alguna, pues, no se aportó prueba técnica que evidencie una mala praxis; además, las consecuencias en la movilidad de la mano del menor se debe únicamente y exclusivamente a una negligencia por parte de la madre del menor, lo cual se explicara en el acápite siguiente.

C. CULPA O HECHO DE UN TERCERO

Se debe tener presente que la conducta de la madre del menor fue determinante tanto para que se genere el hecho dañoso, como para que el menor no tenga una movilidad adecuada. Y dicha actuación no es imputable al **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**. Siendo más concretos en el interrogatorio de parte, la demandante confesó su actuar negligente tanto en el cuidado general del menor como en el cuidado posquirúrgico.

El Consejo de Estado con respecto a la responsabilidad de terceros ha determinado que *“el hecho del tercero se configura como causal de exoneración de responsabilidad cuando se prueba que es la causa exclusiva del daño. Por ello se exige que ese tercero sea completamente ajeno a la administración y que su acción sea imprevisible e irresistible. (Consejo de Estado, 2021, 08001-23-31-000-2001-01676-01(39063))”*

Ahora bien, es claro que los niños y menores debido a su razón de edad y formación, su conducta adolece de culpa, sobre todo un menor de 10 años, pues no tiene la madurez mental para discernir que conducta puede o no ser potencialmente peligrosa, es por ello, que la Ley 1098 de 2006, establece una obligación a cargo de los padres, atribuyendo esa responsabilidad a estos, es así que el artículo 14 de la ley antes referida, señala lo siguiente:

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

En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.

Es por ello, que cuando un niño o menor se encuentra vinculado en algún tipo de conducta u hecho que le haya generado un daño, lo primero que se debe analizar es la conducta de los padres, dado que en ellos recae el deber de cuidado y acompañamiento durante todo ese proceso de formación.

Se debe tener presente que en caso concreto la acción de un tercero, madre del menor, fue la determinante para que la supuesta víctima quedara con problemas en la movilidad. Primero, porque el menor Michael Palta Muñoz con tan solo a los 7 años ya había sido víctima de un trauma craneoencefálico, tal y como consta de la historia clínica:

ANTECEDENTES	
ALERGICOS	NIEGA
DESARROLLO SICOMOTOR	GATEO A 6 MESES Y CAMINO AL AÑO
HABITACIONALES/ENTORNO	RESIDE EN BARRIO LAS PALMITAS (CALI) CON LA MADRE, HERMANO, PADRASTRO. CASA CON TRES HABITACIONES DE OBRA BLANCA, PISO EN CERAMICA TIENE TODOS LOS SERVICIOS.
FAMILIARES	MADRE CON DM, ABUELA MATERNA DM.
FARMACOLOGICOS	NIEGA
HABITOS	ALIMENTACION COMPLETA, MADRE REFIERE QUE NO CONSUME PESCADO. VACUNACION COMPLETA
NATALES/PERINATALES	RNPT DE 36 SEMANAS POR OLIGOAMNIOS, HOSPITALIZADO POR 8 DIAS, SIN NINGUNA COMPLICACION.
PATOLOGICOS	NIEGA
QUIRURGICOS	OPERADO POR HEMATOMA
TRAUMATICOS	TRAUMA CRANEOENCEFALICO LEVE HACE 2 AÑOS Y MEDIO
TRANSFUSIONALES	NIEGA

No se tiene certeza de que impacto pudo tener dicho trauma craneoencefálico en el menor, no hay que olvidar que el mismo se presenta por una lesión cerebral causada por un golpe o sacudida en la cabeza. Asimismo, es menester resaltar que la lesión en la mano del menor se debió a una cortada con vidrio, lo cual evidencia claramente que la madre no cumplía con su responsabilidad parental, pues, no se entiende qué hacia un menor de tan solo 9 años con una botella de vidrio, y cómo esta le pudo generar tal corte en la mano.

Ahora, tal y como fue expuesto en el acápite anterior, no existió ningún daño en los tendones, y si bien se operó al menor, la intervención quirúrgica estaba relacionada al sistema sensitivo y al coagulo que estaba en la mano. Es por ello, que cualquier intervención quirúrgica requiere de terapias que son las que determinan la recuperación del paciente, siendo estas trascendentales, tal y como fue expuesto por el Doctor Villegas en audiencia de pruebas, así:

Apoderada Allianz: ¿las terapias físicas son determinantes?

Alvaro Villegas Victoria: Absolutamente, absolutamente, yo le digo a mis pacientes, mire, nosotros en cirugía hicimos el 30%, ese 70% lo tiene que hacer usted como paciente, con las fisioterapias, con lo que aprende en fisioterapia, usted va a fisioterapia, y está a 30, 40 minutos en fisioterapia, y esa fisioterapeuta o fisioterapeuta le enseña unos ejercicios a hacer, las 23 horas y media del día, usted tiene que seguir haciendo esos ejercicios y moviendo esa mano, porque la mano es suya, si usted no la mueve se le va a quedar tiesa, y eso le digo así, hasta groseramente puede sonar, pero es la realidad de esto, si el paciente no pone de su parte, uno queda bloqueado, es como si hubiera perdido el año, ¿por que?, porque sino lo hace, por mas que yo hago bellezas en cirugía el pronóstico puede ser reservado (audiencia de pruebas de 1h:02 min a 1h:04 min)

Asimismo, la violación al deber parental es tan clara que la demandante, quien solicita como reparación al daño moral el máximo fijado por la jurisprudencia contenciosa, confesó su actuar negligente e irresponsable, de hecho, ella misma señaló que su actuar es negligente, e indicó que no llevó a su hijo a todas las terapias, me permito citar:

Sra Juez: ¿Sabe usted cuantas sesiones de terapia física cumplió el menor?

Francia Lorena Palta: 7

Sra Juez: Si en la historia clínica se indica que fueron 10 sesiones las que le ordenaron, ¿por qué razón cumplió solo 7?

Francia Lorena Palta: Porque el niño decía que le dolía mucho los dedos al hacer las flexiones que le indicaban, le dolía muchísimo. Entonces, él ya había pasado por mucho cada rato que le exprimían la mano, entonces, lo que hice yo, puede ser negligencia, pero con la pelotica él seguía haciendo esto, porque él decía que le dolía muchísimo los dedos, entonces, él lloraba del dolor para que no lo llevara más (audiencia de pruebas entre 3h:44 a 3h:46)

Y si, el actuar de la señora Francia Palta es totalmente negligente, Incluso, al ser nuevamente cuestionada sobre su conducta, la demandante fue sumamente clara al indicar que a ella nadie le recomendó dejar tales terapias, como se puede apreciar:

Apoderada de Mapfre: ¿Les recomendó el doctor a usted no volver a las terapias?

Francia Lorena Palta: No, no, no, no me recomendó. Él me dijo, yo le sugerí al Dr si podía haber alguna alternativa porque el niño sentía mucho dolor después de las terapias, entonces, ahí fue que recomendó que el niño no fuera a tener las manitos quietas sino que las tuviera en este movimiento para poder que el niño pudiera tener como un desarrollo de los tendones sin ningún dolor (audiencia de pruebas entre 4h:12min a 4:13 min)

La anterior cita refleja varias cosas 1.los ejercicios con la pelota eran para que se realizaran además de los ejercicios de la terapia 2. La madre de la víctima no llevó a su hijo a todas las terapias, es más, no se tiene certeza si tan siquiera lo llevara a las citas que mencionó, pues, no existe prueba que así lo evidencie 3. Claramente la madre no le exigía al menor realizar los ejercicios de las terapias en casa, pues, el menor sentía dolor después de las terapias, pero el objetivo de las terapias es que además se realicen dichos ejercicios en la residencia de la persona, lo cual evidencia un actuar totalmente negligente.

En consecuencia, en el remoto evento que decida declarar la existencia de responsabilidad, solicito que se declare que la responsabilidad es atribuible a un tercero, madre del menor, el cual tenía a cargo el cuidado de su hijo, y quien por su negligencia y mal cuidado permitió que el niño sufriera una herida con vidrio (además de un trauma craneoencefálico); así mismo, que no tenga una recuperación plena, debido a que tenía que llevar al menor a todas las terapias físicas y debía exigirle al niño practicar los ejercicios en casa, pues, el no hacerlo, es lo que realmente provocó un

daño al niño.

D. DE LA ORFANDAD PROBATORIA SOBRE LA EXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS ALEGADOS POR LA PARTE ACTORA – EXCESIVIDAD EN LAS SOLICITUDES INDEMNIZATORIAS - ÁNIMO INJUSTIFICADO DE LUCRO

De acuerdo a lo probado en el plenario, se logró evidenciar que no existe responsabilidad frente al **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, máxime cuando no se formuló ningún tipo de imputación frente a este, sobre los hechos de la demanda tal y como se ha señalado a lo largo de este escrito, así como tampoco hay lugar a reconocer suma indemnizatoria por los perjuicios alegados, principalmente cuando la parte actora no se ocupó de probar su realidad, causación ni extensión de los mismos frente a esta entidad. Las pruebas recaudadas no otorgan una convicción real sobre la producción, naturaleza, y la cuantía del supuesto detrimento patrimonial irrogado, el cual, al no ser objeto de presunción, no puede ser reconocido sin mediar pruebas fehacientes de su causación.

• **IMPROCEDENTE CUANTIFICACIÓN E INEXISTENCIA DE PERJUICIOS MORALES**

Inicialmente, la tasación propuesta del daño moral es exorbitante y en tal virtud, no puede ser tenida en cuenta por el despacho, toda vez que no existe prueba alguna de que el daño sea imputable al Distrito, adicionalmente, la pretensión resulta excesivamente cuantificada al solicitarse la suma de **cien (100) SMLMV**, tanto para la supuesta víctima, su madre y hermanos. Esta petición resulta anti técnica y desconoce los parámetros jurisprudenciales para su reconocimiento, pues no se aportó un documento o una sola prueba que diera cuenta de las supuestas secuelas psicológicas padecidas por el demandante, así como tampoco se acreditó a través de prueba médica o dictamen de PCL que las secuelas que tuvo el actor sean iguales o mayores al 50% de pérdida de la capacidad laboral.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en sentencia de 25 de mayo de 2010 indicó sobre la importancia de los elementos probatorios, lo siguiente:

Al Juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinado a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocar.

Es importante enfatizar que el demandante nunca probó que el daño y su perjuicio sean consecuencia de una conducta activa u omisiva del asegurado. Por otro lado, el Dictamen de medicina legal fue determinante al establecer que no existieron consecuencias morales, como se puede apreciar en la Página 7 del dictamen emitido por Medicina Legal:

CONCLUSIONES

Dando respuesta al oficio petitorio por usted emanado se considera:

El adolescente **MICHAEL STEVEN PALTA MUÑOZ** desde el punto de vista de la psiquiatría clínica se puede considerar que no cursa o cursó con signos o síntomas en la esfera mental que puedan relacionarse con los hechos.

Desde el punto de vista de la psiquiatría forense, el examinado No cursa con un Daño Psíquico con relación a los hechos en cuestión.

El anterior informe se basó en la información sobre los hechos que obraba en los documentos allegados por el solicitante y la obtenida de la persona examinada, junto con el examen mental actual, siendo específica para el momento de los hechos que se analizaron y no se puede generalizar a otro tipo de conductas de dicha persona.

Tampoco del dictamen de la junta regional de calificación se evidencia una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, por ello, no hay lugar al reconocimiento de semejante tasación por daño moral, que únicamente se concede en los casos de las lesiones más graves. Evidenciándose igualmente un ánimo injustificado de lucro.

Así mismo, debe resaltarse que no se probó en el plenario el supuesto daño inmaterial de ninguno de los otros demandantes. Por tanto, al no allegarse prueba del perjuicio inmaterial solicitado, no hay lugar al reconocimiento de los mismos, pues ante la incertidumbre de su ocurrencia, no hay otro camino que no concederlos.

- **TASACIÓN EXORBITANTE E IMPROCEDENTE RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA SALUD**

Con respecto a la solicitud de reparación del daño a la salud, no se arrimó una sola prueba que diera cuenta que las supuestas secuelas padecidas por el demandante debido a la lesión que es objeto de demanda sea consecuencia de una acción u omisión imputable al **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**. Por lo cual, al no estar probados estos elementos esenciales, lo alegado en el líbello inicial tendrá que tenerse por desestimado. Adicionalmente, de forma equivocada se solicita la suma de **100 SMLMV** para la víctima directa del hecho por daño a la salud. No obstante, no se aportó elemento técnico que permita evidenciar que la pérdida de la capacidad del hoy demandante sea igual o superior al 50% para solicitar tal monto, evidenciando así un ánimo injustificado de lucro.

Así las cosas, ante la desmesurada solicitud del daño a la salud estimada en **100 SMLMV** para la supuesta víctima directa del hecho, es claro que no podrá proceder tal pretensión, toda vez que es evidente el ánimo especulativo de la errónea tasación de este perjuicio, en tanto no se aportó prueba que así lo acredite y el mismo resulta claramente exorbitante e improcedente.

- **INEXISTENCIA DE LUCRO CESANTE.**

Por otro lado, no hay lugar al reconocimiento de indemnización a título de lucro cesante, toda vez

que la parte actora pretende el reconocimiento de dicho perjuicio sin cumplir con la carga probatoria correspondiente, toda vez que, al tratarse de un menor, este no trabajaba, ni devengaba salarios, honorarios o ganancias.

Se debe mencionar que todas las posibles discusiones que pueden emerger frente al particular fueron zanjadas mediante el más reciente pronunciamiento de unificación del Consejo de Estado, en la Sentencia No. 44572 del 18 de julio de 2019. Providencia en la que se elimina la presunción según la cual toda persona en edad productiva percibe al menos un salario mínimo, en tanto contraría uno de los elementos del daño, esto es la certeza. De manera que el lucro cesante solo se reconocerá cuando obren pruebas suficientes que acrediten que efectivamente la víctima dejó de percibir los ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos. En dicho pronunciamiento se manifestó lo siguiente:

La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como el incumplimiento de la carga probatoria dirigida a demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios debe conducir, necesariamente, a denegar su decreto. (...).

En los casos en los que se pruebe que la detención produjo la pérdida del derecho cierto a obtener un beneficio económico, lo cual se presenta cuando la detención ha afectado el derecho a percibir un ingreso que se tenía o que con certeza se iba a empezar a percibir, el juzgador solo podrá disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se cumplen los presupuestos para ello, frente a lo cual se requiere que se demuestre que la posibilidad de tener un ingreso era cierta, es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada que le permitiría a la víctima directa de la privación de la libertad obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención.

Entonces, resulta oportuno recoger la jurisprudencia en torno a los parámetros empleados para la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, unificarla en orden a establecer los criterios necesarios para: i) acceder al reconocimiento de este tipo de perjuicio y ii) proceder a su liquidación.

La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante (Consejo de Estado, 2019, Rad. 73001-23-31-000-2009- 00133-01) (Énfasis propio)

Ahora bien, es menester indicar que la parte demandante refiere que se debe realizar el pago de lucro cesante al menor de edad, y estableciendo la cuantía del perjuicio material -lucro cesante- en \$32.047.238,37. No obstante, tal petición carece de sustento, pues, la supuesta víctima hasta el día de hoy 2025, sigue siendo menor de edad, y no trabaja; por ende, tal pretensión es abiertamente desproporcional, pues, parte de una ganancia futura carente de material probatorio, y que busca indemnizar los presuntos salarios de un niño al momento del hecho. Por lo tanto, no se podría, de manera justificada, reconocer a favor del menor suma alguna por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, ya que ello implicaría respaldar el trabajo infantil, lo cual es contrario a la normatividad vigente.

Se puede concluir que la solicitud de lucro cesante es totalmente improcedente, pues, la supuesta víctima era un niño al momento de la atención médica, y no recibía ingreso alguno; por ello, no es viable el reconocimiento de este perjuicio, toda vez que no se probó pérdida económica alguna y mucho menos que ésta se deba a una conducta omisiva o negligente del **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**. Por lo tanto, al no existir elementos materiales probatorios para liquidar este perjuicio material no es procedente su reconocimiento.

E. SE ACREDITÓ QUE, EN EL EVENTO DE ACCEDERSE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, SE CONFIGURARÍA UN ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

Todo el material probatorio allegado al plenario comprueba que no hay lugar al reconocimiento de las pretensiones de la demanda, toda vez que no se configuró los elementos de la responsabilidad administrativa que se pretendía endilgar al aquí demandado y llamados en garantía, ni mucho menos los perjuicios reclamados, máxime cuando no indicaron el concepto del por qué se hicieron los requerimientos, ni el valor por el cual se solicita tal condena.

En este orden de ideas, no es viable imponer una condena y ordenar el resarcimiento de un detrimento por perjuicios no demostrados o presuntos, o si se carece de la comprobación de su magnitud y realización, ya que es inadmisibles la presunción en esa materia, de manera que una indemnización sin fundamentos fácticos ni jurídicos necesariamente se traducirá en un lucro indebido, como sucedería en un caso como el presente.

Razón por la cual, se solicita respetuosamente al despacho, negar las pretensiones de la demanda por no haberse demostrado la causación de una responsabilidad administrativa y en consecuencia el derecho a ser indemnizados.

CAPÍTULO III.

ANÁLISIS FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA REALIZADO POR EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI A MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

Es menester manifestar al despacho que la vinculación de mi prohilada **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, se dio a través del llamamiento en garantía formulado por **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI** por el contrato de seguro documentado en la **Póliza de Responsabilidad Extracontractual No. 1501216001931**, vigente entre el 31 de marzo del 2017 al 01 de enero del 2018. Así las cosas, la mera vinculación de una aseguradora al proceso en virtud de un contrato de seguro existente no genera implícitamente que la póliza deba afectarse, cuando es obligatorio que se cumplan las condiciones particulares y generales de la misma.

Ahora bien, en el hipotético y eventual caso en que se acceda favorablemente a las pretensiones del extremo activo en este litigio, se precisa advertir cuáles fueron las condiciones generales y particulares pactadas en el contrato de seguro que sirvió de base para efectuar el llamamiento en garantía contra mi representada, pues son esas las que definen el amparo otorgado, las exclusiones, el límite asegurado o suma asegurada, el deducible, el coaseguro y las demás estipulaciones del aseguramiento, las cuales se constituyen como las únicas pautas contractuales

que determinan el marco de las obligaciones de las partes en el contrato de seguro. Por lo tanto, de ella se puede establecer qué eventos generan o no obligación a cargo de la aseguradora, entendiendo incorporado en todo este contexto el régimen legal vigente a la celebración del contrato.

Por lo cual, se solicita al despacho la desvinculación de mi prohijada **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** en razón de lo siguiente:

A. FALTA DE COBERTURA MATERIAL, COMO QUIERA QUE LOS HECHOS Y LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA CARECEN DE AMPARO BAJO TAL PÓLIZA.

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que no se encuentra amparado en la **Póliza de Responsabilidad Extracontractual No. 1501216001931**, vigente entre el 31 de marzo del 2017 al 01 de enero del 2018 la responsabilidad extracontractual derivada de actos médicos y/o institucional por parte del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI. Se debe manifestar que la aseguradora solamente debe responder por las obligaciones estipuladas en la póliza, luego no puede entenderse comprometido al asegurador por riesgos que no le fueron trasladados por el tomador.

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que la póliza por la cual vinculan a mi prohijada al proceso no presta cobertura pues no ampara el riesgo de responsabilidad extracontractual derivada de actos médicos o institucional. En ese sentido, no hay elementos para afectar el contrato de seguro aludido.

El Consejo de Estado ha intentado definir el contrato de seguro en su jurisprudencia, sobre todo el objeto del mismo, indicando lo siguiente:

El Código de Comercio no define el contrato de seguro, pero puede decirse que es aquel por medio del cual una persona legalmente autorizada para ejercer esta actividad, “(...) asume los riesgos ajenos mediante una prima fijada anticipadamente”; o dicho en otras palabras, es aquel contrato por el cual “(...) una parte, el asegurado, se hace prometer mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por la otra parte, el asegurador (...)”. Se trata de un mecanismo de protección frente a múltiples riesgos que pueden afectar el patrimonio de las personas y que pueden ser asumidos por el asegurador, quien se compromete a pagar una indemnización en caso de realizarse tal riesgo -lo que se traduce en la producción del siniestro- a cambio del pago de una determinada suma de dinero, denominada prima. (Consejo de Estado, 2013, 25000-23-26-000-2000-02019-01(25472))

Con fundamento en la cita anterior, se debe tener en cuenta que la póliza se hace exigible una vez ocurre el siniestro, es decir, el cumplimiento del riesgo trasladado, entendiéndose como riesgo según el Artículo 1054 Código de Comercio “*el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador*”.

Hay que decir, de la mano del profesor Carlos Ignacio Jaramillo J., que la responsabilidad civil médica es considerada una responsabilidad contractual, inclusive en aquellos eventos en que el paciente no contrata directamente con el médico, pero sí con una EPS u hospital. En concreto, el ex magistrado de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia menciona lo siguiente:

En consonancia con lo expresado, a modo de recapitulación, se tiene establecido que la ciencia jurídica acepta, mayoritariamente, que la responsabilidad del médico es de origen contractual, por regla general, dejando de lado la tesis extracontractualista, que tanto eco tuvo en la doctrina continental europea la que permeó algunos sectores del cinturón latinoamericano, sobre todo durante el siglo XIX y parte la primera mitad del siglo XX, encaminada a pregonar, a manera de unicum, que dicha responsabilidad siempre era extracontractual. [...] Por consiguiente, hoy la doctrina, a manera de regla generalísima, acepta que la responsabilidad médica tiene como fuente un negocio jurídico restándole toda vigencia a la tesitura de estirpe extracontractual, formulada con carácter absoluto-totalitario y excluyente- o, incluso, como principio meramente rector. Tanto es así, que la tendencia moderna, en prueba de lo aseverado, es la de enarbolar la tesis en comentario, aun para aquellos eventos en que el paciente no contrata, directa y personalmente, con el médico, pero sí con una clínica o centro hospitalario, conforme se pinceló en el capítulo anterior, con estribo en lo afirmado por un amplio sector de la doctrina y por la jurisprudencia-aun la nacional-⁶

En este orden de ideas, en concordancia con todo lo referenciado a lo largo del presente escrito, se evidencia que **MAPRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** no está obligada a responder, de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en el contrato de seguro. Así entonces, es necesario señalar que, al tenor de las condiciones generales documentadas en la **Póliza de Responsabilidad Extracontractual No. 1501216001931**, vigente entre el 31 de marzo del 2017 al 01 de enero del 2018, el amparo que se pretende afectar con la presente acción se pactó así:

9. Cobertura
La compañía se obliga a indemnizar, los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales hasta el 100% del valor asegurado, que cause el asegurado con motivo de la responsabilidad civil extracontractual en que incurra de acuerdo con la ley colombiana, por hechos imputables al asegurado, que causen la muerte, lesión o menoscabo en la salud de las personas (daños personales) y/o el deterioro o destrucción de bienes (daños materiales) y perjuicios económicos, incluyendo lucro cesante y perjuicios extrapatrimoniales, como consecuencia directa de tales daños personales y/o daños materiales. Se extiende la presente cobertura a los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados a terceros, que le sean imputables al Municipio de Santiago de Cali y que se deriven de las actividades desarrolladas por los Teatros Municipal y Jorge Isaacs, y que sean lideradas y ejecutadas por Contratistas o Terceros.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el riesgo asegurado en el contrato de seguro en comento no es otro que la *“Responsabilidad Civil Extracontractual” general* en que incurra el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, asegurado de acuerdo con la legislación colombiana. Dicho de otro modo, el contrato de seguro documentado en la **Póliza de Responsabilidad Extracontractual No. 1501216001931**, vigente entre el 31 de marzo del 2017 al 01 de enero del 2018 entrará a responder, en los eventos que se impute responsabilidad extracontractual general que no se derive de actos médicos o responsabilidad médica, toda vez que existe una póliza especial para eso, que dicho de paso, no se nos vinculó al proceso con tal póliza.

⁶ Jaramillo Jaramillo, C. I. (2011). Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente (Segunda ed.). Grupo Editorial Ibañez - Pontificia Universidad Javeriana. Págs. 151 y 152

De acuerdo con la exposición anterior y teniendo en cuenta lo descrito en el líbello de demanda, así como los medios probatorios aportados al plenario, se tiene que la demandante manifiesta que existió una mala praxis, es decir, solicita que se declare la responsabilidad del asegurado por actos médicos. No obstante, como anteriormente se advirtió la póliza por la cual se vinculó a la aseguradora no ampara dicho riesgo, lo cual si hace una póliza de responsabilidad por Responsabilidad Civil Clínicas y Centros Médicos.

Se concluye, que la póliza por la cual se llamó en garantía a mi prohijada no ampara el riesgo de responsabilidad por actos médicos o institucional de clínicas y centros médicos, así, claramente existe una falta de cobertura material, además, no se ha realizado el riesgo que si encuentra asegurado por la **Póliza de Responsabilidad Extracontractual No. 1501216001931**, vigente entre el 31 de marzo del 2017 al 01 de enero del 2018 y que sirvió como sustento para llamar en garantía a mi representada. En tal sentido, no surge obligación indemnizatoria alguna a cargo de la aseguradora.

B. SE CONFIGURÓ LA OCURRENCIA DE LAS EXCLUSIONES DE AMPARO CONCERTADAS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL GENERAL No. 1501216001931

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del contrato de seguro, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Lo cual, sucedió en el caso en marras.

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 seguro⁷

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.

Es menester señalar que la **Póliza de Responsabilidad Extracontractual No. 1501216001931**, vigente entre el 31 de marzo del 2017 al 01 de enero del 2018, señala que se tiene como exclusiones las que se encuentran en su clausulado general No 040212-1326-P-06-00000VTE390-ABR/12, tal y como se puede apreciar:

⁷ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020.

SE ANEXAN Condiciones Generales y Particulares:

Observaciones: RENOVACION MANUAL

LAS PARTES ACUERDAN QUE EL TOMADOR PAGARA LA PRIMA DE LA PRESENTE POLIZA, A MAS TARDAR DENTRO DEL MES SIGUIENTE CONTADO A PARTIR DE LA INICIACION DE LA VIGENCIA DE LA MISMA, LA MORA EN EL PAGO DE LA PRIMA, PRODUCE LA TERMINACION DE LA POLIZA Y DAJA DERECHO A MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. A EXIGIR EL PAGO DE LA PRIMA Y DE LOS GASTOS CAUSADOS POR LA EXPEDICION DEL CONTRATO Y SUS CERTIFICADOS Y ANEXOS

Aplica el Condicionado General Código: 040212-1326-P-06-00000/TE390-ABR/12

Una vez analizado el clausulado aplicable, tenemos que en la página 3 del mismo se encuentra la siguiente exclusión:

2.2.2 Las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado.

Así, se resalta nuevamente que la póliza no presta cobertura material, incluso, se pactó taxativamente la exclusión derivada de responsabilidad profesional, en el presente caso, provenientes de actos médicos.

En conclusión, bajo la anterior premisa, al configurarse las exclusiones que constan en las condiciones generales y particulares de la **Póliza de Responsabilidad Extracontractual No. 1501216001931**, vigente entre el 31 de marzo del 2017 al 01 de enero del 2018, éstas 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

C. EN EL REMOTO EVENTO QUE EL DESPACHO PROFIERA SENTENCIA CONDENATORIA, DEBERÁ TENER EN CUENTA LOS LÍMITES Y SUBLÍMITES PACTADOS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL GENERAL No. 1501216001931

Tal y como se demostró al plenario, las condiciones determinadas en el contrato de seguros son obligaciones contraídas por la compañía aseguradora exclusivamente expresadas en su texto, las cuales por ningún motivo el despacho podrá desconocer. En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. La ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra de nuestro asegurado.

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1079 del Código de Comercio, el asegurador estará obligado a responder únicamente hasta la concurrencia de la suma asegurada, sin excepción y sin perjuicio del carácter meramente indemnizatorio de esta clase de pólizas, consagrado en el artículo 1088 ibidem, que establece que los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

Ahora bien, exclusivamente en gracia de discusión, sin ánimo de que implique el reconocimiento de

responsabilidad en contra de mi representada, se debe manifestar que en la **Póliza de Responsabilidad Extracontractual No. 1501216001931**, vigente entre el 31 de marzo del 2017 al 01 de enero del 2018, se indicaron los límites para los diversos amparos pactados, de la siguiente manera:

COBERTURAS		VALOR ASEGURADO	DEDUCIBLE
P.L.O.: PREDIOS LABORES Y OPERACIONES	\$ 5.000.000.000,00	\$ 5.000.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMLLV)
Responsabilidad Civil patronal	\$ 300.000.000,00	\$ 750.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMLLV)
Gastos medicos y hospitalarios	\$ 300.000.000,00	\$ 1.100.000.000,00	NO APLICA
Responsabilidad Civil parqueros	\$ 450.000.000,00	\$ 900.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMLLV)
Responsabilidad Civil para contratistas y subcontratistas	\$ 3.250.000.000,00	\$ 3.500.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMLLV)
Responsabilidad Civil Vehiculos propios y no propios	\$ 800.000.000,00	\$ 1.350.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMLLV)
Responsabilidad Civil productos	\$ 2.000.000.000,00	\$ 2.000.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMLLV)
Responsabilidad Civil cruzada	\$ 4.000.000.000,00	\$ 4.000.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMLLV)

Conforme a lo señalado anteriormente, en este caso en particular, se puede evidenciar que la póliza no ofrece cobertura material pues, no existe cobertura de actos médicos o responsabilidad institucional, y en todo caso, el amparo (P.L.O. PREDIOS, LABORES Y OPERACIONES), que, si bien claramente no presta cobertura al objeto de esta litis, podría ser afectado eventualmente por el Despacho. En todo caso, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados, **disponibilidad de la suma asegurada** y a la fehaciente demostración, por parte del asegurado en este caso, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

De conformidad con estos argumentos, respetuosamente solicito declarar probada este argumento denominado “*Límites y sublímites máximos de responsabilidad del asegurador y condiciones de la Póliza de Responsabilidad Extracontractual No. 1501216001931*”, vigente entre el 31 de marzo del 2017 al 01 de enero del 2018, los cuales enmarcan las obligaciones de las partes, planteada en favor de los derechos e intereses de mi procurada.

D. **NO DEBE DESCONOCERSE QUE SE PACTÓ UN COASEGURO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL GENERAL No. 1501216001931**

La póliza utilizada como fundamento para vincular a mi representada como tercero patrimonialmente responsable, revela que la misma fue tomada por **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI** bajo la figura de coaseguro, por consiguiente, mi representada solamente debe responder hasta el porcentaje pactado dentro del contrato y no de manera solidaria con las coaseguradoras.

El artículo 1092 del Código de Comercio, que estipula que “*En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, **los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos**, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad*”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Lo consignado en la norma en cita se aplica al coaseguro, por estipulación expresa del artículo 1095 del estatuto mercantil, el cual que establece “*las normas que anteceden se aplicarán igualmente **al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su***

aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro". (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Dada la figura del coaseguro y de conformidad con lo anterior, la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes indicado, ya que no existe solidaridad entre ellas.

En concordancia con lo señalado por el Consejo de Estado en Sentencia del 26 de enero de 2022 que reza *"Es claro para la Sala que las obligaciones que asumen las coaseguradoras son conjuntas en proporción al porcentaje de riesgo aceptado por cada una de ellas y no existe en este caso solidaridad legal ni contractual entre ellas[...]"* (Consejo de Estado, 2022, 25000232600020110122201 (50.698))

Una vez detallada la póliza de responsabilidad civil extracontractual general **No. 1501216001931**, se puede evidenciar que se pactó en la modalidad de coaseguro, distribuyendo el riesgo entre **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. (34.00%)**, **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. (21.00%)**, **ALLIANZ SEGUROS S.A. (23.00%)** y **QBE -hoy ZURIC-(22.00%)**. En ese sentido, existiendo un coaseguro, es decir, estando distribuido el riesgo entre mi representada y las compañías de seguros mencionadas, la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues de ninguna manera puede predicarse una solidaria entre ellas. Por lo anterior, **MAPFRE SEGUROS DE COLOMBIA S.A.** únicamente podrá responder hasta el **34%**.

En conclusión, existiendo coaseguro, de acuerdo con el cual cada aseguradora asumió el porcentaje arriba señalado, se destaca que ni siquiera en el improbable caso de que fueran viables las pretensiones de la parte actora, podría condenarse a mi representada por lo que le corresponde a las otras coaseguradoras. Lo anterior, como quiera que en el coaseguro las compañías aseguradoras no son solidarias, como se desprende del artículo 1092 del Código de Comercio, debido a que cada asegurador deberá soportar la indemnización debida, en proporción a la cuantía de su participación porcentual.

E. NO DEBE DESCONOCER EL DESPACHO LA EXISTENCIA DEL DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 1501216001931

En gracia de discusión y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que de la eventual obligación de mi procurada se debe descontar el deducible pactado. Debe tenerse en cuenta que el deducible corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado, **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI** y, en este caso para la póliza, se pactó en el **15% del valor de la pérdida como mínimo 40 SMLMV.**

El deducible, el cual está legalmente permitido, encuentra su sustento normativo en el artículo 1103 del Código de Comercio, el cual reza que *"las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar*

una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original”

En síntesis, el deducible comporta la participación que asume el asegurado cuando se presenta el siniestro, el cual se manifiesta en un valor o porcentaje pactado en la póliza de seguro.

Por consiguiente, debe tenerse presente que, una vez se encuentre fehacientemente probado el evento asegurado, el Juez deberá, al momento de atribuir responsabilidades sobre la indemnización del presunto daño antijurídico causado, aplicar el monto que, al asegurado **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI** le correspondería cubrir en virtud del deducible pactado.

En el caso concreto, el deducible se encuentra pactado en la **Póliza de Responsabilidad Extracontractual No. 1501216001931**, vigente entre el 31 de marzo del 2017 al 01 de enero del 2018, de la siguiente manera:

COBERTURAS		VALOR ASEGURADO		DEDUCIBLE
P.L.O.: PREDIOS LABORES Y OPERACIONES	\$ 5.000.000.000,00	\$ 5.000.000.000,00		15% PERD Min 40 (\$MMLV)

En conclusión, si en la causa bajo su conocimiento ocurre el improbable caso de endilgarse responsabilidad a la demandada y asegurada y a mi mandante se le hiciera exigible la afectación del aseguramiento, el **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI** tendría que cubrir el monto anteriormente indicado como deducible. Esto es sólo posible en el hipotético de que el **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI** sea hallado patrimonialmente responsable, de conformidad con las pruebas allegadas el proceso. Lo cual, analizado el expediente, considera el suscrito es altamente improbable, como quiera que, en el asunto de marras, no existe responsabilidad frente al **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**.

F. AUSENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE MI MANDANTE Y EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, TAMBIÉN FRENTE A LAS COASEGURADORAS.

Sin que el planteamiento de este alegato constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, con fundamento en que la solidaridad surge exclusivamente cuando la ley o la convención la establecen. En el caso que nos ocupa, la fuente de las obligaciones de mi procurada está contenida en el contrato de seguro y en él no está convenida la solidaridad entre las partes del contrato.

Nos encontramos frente a dos responsabilidades diferentes a saber: 1. la del asegurado por la responsabilidad civil extracontractual que se le llegaré a atribuir, cuya fuente de obligación indemnizatoria emana de le ley propia y, 2. la de mí representada cuyo fundamento no emanan de la ley propiamente dicha, sino de la existencia de un contrato de seguro celebrado dentro de los parámetros de los artículos 1036 del Código de Comercio y S.S., encontrándose entonces que las

obligaciones del asegurado y de la aseguradora son independientes y, por tanto, carentes de solidaridad.

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y mediante ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez en sentencia SC20950-2017 Radicación n° 05001-31-03-005-2008- 00497-01 ha indicado que: *“(...) Por último, la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del artículo 1134 del C. de Co (...)”.*

Entendido lo anterior, es preciso indicar que la solidaridad de las obligaciones solo se origina por pacto entre los contrayentes que expresamente la convenga, de acuerdo con el art. 1568 del Código Civil Colombiano que reza:

En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.

En virtud de tal independencia en las obligaciones, se hace evidente la ausencia de solidaridad, de manera que la responsabilidad de mi representada está atada exclusivamente por las condiciones pactadas en la póliza, esto es, el límite asegurado para cada amparo, las condiciones del contrato de seguro, el porcentaje de coaseguro, y por la normatividad que lo rige.

Debe aclararse que las obligaciones de la aseguradora que represento están determinadas por el límite asegurado para cada amparo, por las condiciones del contrato de seguro y por la normatividad que lo rige. Por lo tanto, la obligación indemnizatoria está estrictamente sujeta a las estipulaciones contractuales y al límite asegurado, con sujeción a las condiciones de cada póliza; en virtud de ello, es válido afirmar desde ya que, de conformidad con la exposición previa, no le asiste a mi representada en todo caso la obligación de hacer efectivas la póliza de responsabilidad civil contractual vinculada en esta contienda, toda vez que el acaecimiento del riesgo asegurado y otorgado en la misma, no se ha demostrado y se tiene que esta no se afectaría como resultado de la configuración de una causal de exclusión de responsabilidad indemnizatoria taxativamente determinada en la caratula de las mismas.

F. PAGO POR REEMBOLSO

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

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

G. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

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

CAPÍTULO IV. PETICIÓN

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

PRIMERO: Negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarando probadas las excepciones de fondo y mérito presentadas por nuestro asegurado, **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, y en consecuencia absuelva a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** al pago alguno por conceptos de indemnizaciones por los supuestos perjuicios alegados.

SEGUNDO: En el remoto evento en que los argumentos esbozados en el presente escrito no fueran de su convencimiento, no pierda de vista las limitaciones sobre la cobertura de las pólizas con fundamento en la cual el **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, llamó en garantía a mi representada, esto, de conformidad con las consideraciones expuestas por mi defendida desde la contestación del llamamiento en garantía y reiteradas en esta oportunidad procesal, en especial el coaseguro pactado con las aseguradoras **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, **ALLIANZ SEGUROS S.A.** y **QBE -hoy ZURICH**.

CAPÍTULO V. NOTIFICACIONES

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

Cordialmente,



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