

Señores

ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

CONCEPTO JURÍDICO – VIABILIDAD DE CONCILIACIÓN

PROCESO: REPARACIÓN DIRECTA

DESPACHO: JUZGADO DÉCIMO (10) ADMINISTRATIVO MIXTO DE ORALIDAD DE POPAYÁN

RADICACIÓN: 19001-33-33-010-2021-00025-00

DEMANDANTES: MARYI YERALDINE ULTENGO SÁNCHEZ Y OTROS

DEMANDADOS: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y OTROS

LLAMADOS EN GARANTÍA: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA Y OTROS

El presente concepto jurídico se realiza con la finalidad de analizar la viabilidad de presentar una fórmula conciliatoria a los demandantes del proceso de reparación directa No. 19001-33-33-010-2021-00025-00 con la finalidad de terminar de forma anticipada el proceso. En este sentido, en aras de cumplir con el objetivo, el concepto estará dividido en los siguientes ejes temáticos: i) antecedentes fácticos y procesales; ii) análisis de viabilidad y iii) propuesta conciliatoria.

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

- El 17 de febrero de 2021, los señores MARYI YERALDINE ULTENGO SANCHO, GERMÁN ULTENGO, ESNEIDA SANCHO ULTENGO, EDWIN FAIVER ULTENGO SANCHO, YAIRA ANDREA ULTENGO SANCHO, ODEIVA SANCHO ULTENGO, MILEYDI SANCHO ULTENGO, YILDER SANCHO ULTENGO, ARNULFO SANCHO SÁNCHEZ, ERNESTINA ULTENGO PAJOY, MANUEL ELISEO SANCHO SÁNCHEZ, WILMER SANCHO ULTENGO, JOSÉ BELMER ULTENGO OIDOR, LUZ ENID SANCHO ULTENGO, BIYELI AIDE SANCHO ULTENGO, AMELIA SANCHO ULTENGO, NATALIA ULTENGO SANCHO, presentaron demanda de reparación directa por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión al fallecimiento de la menor EMILIANA ULTENGO el 25 de noviembre de 2018, cuando estaba bajo custodia del ICBF, en razón de la medida de restablecimiento de derechos.
- Frente al sustento fáctico de la demanda, manifiesta la parte actora que la señora Maryi Yeraldine Ultengo Sancho dio a luz a la menor Emiliana Ultengo con 29 semanas de gestación, con la ayuda de su abuela materna. Indica que una vez la señora Maryi dio a luz, fue trasladada y atendida en el Hospital Universitario San José de Popayán, donde le diagnosticaron a la menor múltiples patologías como “sepsis del recién nacido debida a otras bacterias, otros trastornos del equilibrio de los electrolitos y de los líquidos, síndrome de

dificultad respiratoria del recién nacido e ictericia neonatal”, adicionalmente, la menor llegó con bajo peso y un alto riesgo de mortalidad.

- Una vez la menor sale de peligro, el Hospital autoriza su salida el 31 de octubre de 2018 con recomendaciones y continuación de manejo médico. El 6 de noviembre de 2018 ingresa nuevamente al Hospital Universitario San José de Popayán por un episodio de cianosis e hipertensión generalizada, además se identificó que la señora Maryi Yeraldine no realizó las gestiones en su EPS para la atención médica de control de la menor. En virtud de lo anterior, el Hospital informa al ICBF el posible caso de violencia y abandono de la menor Emiliana, en el que se identifica que su madre Maryi no cuenta con las herramientas físicas, mentales ni económicas para desarrollar una adecuada atención y cuidado de su hija Emiliana. Por lo anterior, luego de realizar los trámites pertinentes, el ICBF en virtud de la medida de restablecimiento de derechos, pone a disposición de una madre sustituta, la señora Mireya Sánchez Chanchin, el cuidado de la menor Emiliana, quien pertenecía a la ONG Crecer Familia. El día 15 de noviembre de 2018, cuando el Hospital ordenó la salida de la menor Emilia, fue entregada a la madre sustituta con las respectivas indicaciones. La señora Mireya Sánchez tenía experiencia como madre sustituta, por lo que atendió las recomendaciones y asistió a las citas del programa “madre canguro”, sin embargo, el 25 de noviembre de 2018, la menor Emiliana ingresa al Hospital del Norte ESE Popayán sin signos vitales, como causa de su fallecimiento se establece: “bronco-neumonía”.
- La parte demandante asevera que desde el inicio el Hospital Universitario, EMSSANAR, ESE Tierradentro, municipio de Popayán y el municipio de Inza, fallaron en la prestación del servicio al conocer que la señora Maryi era una joven vulnerable, que no tenía las herramientas económicas, ni el apoyo de la familia, por lo que debían ofrecerle un apoyo interinstitucional desde que dio a luz. Así mismo, la parte demandante afirma que la muerte de la menor fue causa de la negligencia, falta de pericia y control del ICBF con respecto a la madre biológica como con la madre sustituta.
- El 26 de enero de 2022, mediante auto interlocutorio No. 25 el Juzgado 10 Administrativo Mixto del Circuito de Popayán admite la demanda de reparación directa.
- El 8 de marzo de 2022, el Municipio de Popayán contesta la demanda argumentando el hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima, inexistencia de la falla del servicio e inexistencia del nexo de causalidad y falta de legitimación en la causa material por pasiva.
- El 14 de marzo de 2022, el ICBF contesta la demanda afirmando la falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del nexo causal, ausencia de falla en la prestación del servicio e ineptitud de la demanda, en particular, destacó que la madre sustituta cumplía con todas las condiciones y tenía experiencia en el programa madre canguro, así mismo, indicó que la madre sustituta asistió el 23 de noviembre de 2018 a la cita programada de mamá

canguro, en la cual se evidenció que la menor Emiliana había ganado peso, sin embargo, nunca se descartó el alto riesgo de mortalidad. Por otro lado, destacó que la causa del fallecimiento de la menor se debió a una bronco-neumonía que es causada por virus o bacterias, y según la historia clínica de la menor, se evidencia que desde el momento de su nacimiento la menor presentaba enfermedades relacionadas con bacterias y dificultad respiratoria. Por último, llamó en garantía a la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. en virtud de la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 430-47-994000043761 y la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 430-74994000015774.

- El 23 de marzo de 2022, el Hospital Universitario contestó la demanda manifestando que las atenciones médicas a la menor Emiliana fueron las adecuadas, en particular, resaltó que las recomendaciones si fueron dadas a la madre sustituta, así mismo asistió al programa canguro el 23 de noviembre de 2018 y en dicha consulta se evidenció un buen cuidado por parte de la madre sustituta, quien incremento el peso del bebé. Aunado a ello, se destacó que las madres sustitutas tienen un entrenamiento previo, y en particular, la señora Mireya Sánchez Chanchin ya había sido madre sustituta. Por otro lado, llamó en garantía a la Previsora S.A. Compañía de Seguros por la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1003576.
- El 23 de marzo de 2022, EMSSANAR contestó la demanda argumentando la inexistencia del nexo de causalidad, exoneración de la responsabilidad de la EPS frente a la prestación del servicio por parte de la IPS y falta de legitimación en la causa por pasiva. Así mismo, llamó en garantía al Hospital Universitario San José de Popayán.
- El 28 de marzo de 2022, el Municipio de Inza contestó la demanda aseverando la falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la falla en la prestación del servicio, inexistencia del nexo de causalidad, hecho de un tercero y la culpa de la víctima.
- El 25 de noviembre de 2022, mediante auto No. 1436 el despacho admite el llamamiento en garantía a la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. Así mismo, mediante auto No. 1434 y No. 1437 se admitieron los llamamientos a la Previsora S.A. Compañía de Seguros y al Hospital Universitario San José de Popayán.
- El 17 de enero de 2023, se notificó a la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. el auto que admitió el llamamiento.
- El 9 de febrero de 2023, la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. contestó la demanda y el llamamiento en garantía argumentando la falta de legitimación en la causa por pasiva del ICBF, dado que el cuidado de la menor no estuvo directamente a su cargo, sino que estuvo a cargo de la ONG Crecer en Familia en virtud del contrato de aporte No. 19262018413 que había celebrado con el ICBF, por lo que, cualquier perjuicio causado debe ser imputado

directamente a la ONG y no al ICBF. Así mismo se alegó la ausencia del nexo de causalidad al no existir pruebas que demostraran que la muerte de la menor Emiliana había sido consecuencia de la omisión o acción del ICBF. Por otro lado, se presentó la excepción de culpa exclusiva de la víctima, en cuanto las acciones de la madre de la menor influyeron significativamente en su estado de salud. Frente a la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 430-47-994000043761 se alegó la falta de cobertura material, pues esta no se encuentra destinada a cubrir eventos relativos con la responsabilidad civil extracontractual derivada de falla en la prestación del servicio en la que incurra el asegurado, si no por el contrario garantiza el cumplimiento, el pago de salarios y prestaciones sociales y la calidad del contrato de aporte No 19262018-413. Por otro lado, se alegó frente a la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 430-74994000015774 se alegó la no realización del riesgo asegurado, que la Póliza opera en exceso de las Pólizas individuales adquiridas por el contratista y subcontratistas, límite máximo asegurado, deducible y las generales del contrato de seguro.

Así mismo, se solicitó como pruebas los testimonios de los trabajadores sociales del ICBF, del Hospital Universitario San José de Popayán, los médicos que trataron a la menor en el Hospital y se solicitó la exhibición de documentos y oficiar al ONG Crecer en Familia para que allegue copia del contrato suscrito con la madre sustituta Mireya Sánchez Chanchin y de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual que tenía contratada para el 25 de noviembre de 2018.

- El 25 de febrero de 2025, el despacho corrió traslado de las excepciones propuestas por las entidades demandadas a la parte actora.
- El 28 de febrero de 2025, el apoderado de la parte demandante corrió traslado de las excepciones propuestas por las entidades demandadas.
- Actualmente, el proceso está pendiente de la fijación para la audiencia inicial que trata el artículo 180 del CPACA.

II. ANÁLISIS DE VIABILIDAD PARA PRESENTAR FORMULA CONCILIATORIA

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se recomienda a la compañía tener un ánimo conciliatorio, dado que la contingencia es probable porque si bien no será posible que el despacho afecte la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 430-47-994000043761 en razón a su falta de cobertura material, sí es posible que afecta la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 430-74994000015774, en razón a que el objeto del contrato es amparar los perjuicios ocasionados a terceros causados por la ejecución del contrato

de aporte No. 19262018-413 de 2018 celebrado entre el ICBF y la ONG Crecer en Familia, la modalidad de cobertura fue pactada en ocurrencia, la vigencia de la Póliza va desde el 01/11/2018 hasta el 31/11/2018 y los hechos sucedieron el 25 de noviembre de 2018, por lo que presta cobertura temporal.

Ahora bien, frente a la responsabilidad del asegurado (ICBF) es necesario indicar que en este caso el régimen aplicable es el objetivo, lo que significa que se presume la culpa de la entidad y solo es posible que esta se exonere de la responsabilidad si demuestra una causa extraña, como fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. En este sentido, hasta el momento la entidad no ha demostrado ninguna causa extraña que permita exonerarlo de la responsabilidad, dado que la menor Emiliana falleció estando a su cuidado, y bajo ninguna circunstancia es procedente el argumento de que el contratista desarrollaba dicha actividad de forma autónoma e independiente, ya que la posición del Consejo de Estado ha sido que las entidades públicas responden de forma directa por los daños causados por sus contratistas y subcontratistas, por lo tanto, dicho argumento no tiene vocación de prosperidad.

Por otro lado, es menester precisar que el ICBF tenía una posición de garante frente a la menor Emiliana, la cual, en cierta medida fue realizada de forma irregular ya que se evidencia que la madre sustituta vivía en un lugar de difícil acceso, por lo que el tema del transporte era complicado, lo cual de cierta manera debió prevenirse por parte del ICBF al conocer que era una menor con un alto riesgo de salud.

Por lo anterior, se recomienda a la compañía tener un ánimo conciliatorio, pero, no se recomienda ofrecer una suma en esta etapa del proceso, ya que puede existir la posibilidad de que el contratista ONG Crecer en Familia tenga contratada una Póliza individual de Responsabilidad Civil Extracontractual, y que, por tanto, la Póliza de Seguro No. 430-74994000015774 opere en exceso de esta. Lo anterior, de conformidad con las condiciones generales pactadas en el contrato de seguro:

2. CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS.

ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, ENTIDAD COOPERATIVA CON SUJECIÓN A LOS TERMINOS, CONDICIONES Y LIMITES DE VALOR ASEGURADO CONSIGNADOS EN LA CARATULA DE LA POLIZA, INDEMNIZARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ASEGURADO, POR LESIONES A TERCERAS PERSONAS, O DAÑOS A PROPIEDADES DE TERCEROS, QUE LE SEAN IMPUTABLES A CONSECUENCIA DE LABORES REALIZADAS EN LOS PREDIOS DEL ASEGURADO POR CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS INDEPENDIENTES A SU SERVICIO, PARA EL DESARROLLO DEL CONTRATO SEÑALADO EN LA CARATULA DE LA POLIZA.

LA PRESENTE COBERTURA OPERA EN EXCESO DE LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL INDIVIDUAL QUE TENGA EL CONTRATISTA Y/O SUBCONTRATISTA, ESTE O NO CONTRATADO.

Sobre la modalidad de cobertura en exceso de las Pólizas de Seguro, se ha definido que:

Existe una modalidad en la cual se estipula que el seguro operará en exceso de otros seguros que el asegurado pueda tener. En tal evento, la suma asegurada iniciará su computo una vez se agote el seguro subyacente y no será aplicable la figura de la coexistencia de seguros que obliga a los aseguradores a soportar una indemnización en proporción a la cuantía de sus respectivos

contratos (artículo 1092 del Código de Comercio).¹

En este sentido, se recomienda a la compañía esperar a que el despacho en la audiencia inicial decrete la prueba de oficiar a la ONG Crecer Familia para que remita copia del contrato con la señora Mireya Sánchez Chanchin y de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual que tenía contratada para el 25 de noviembre de 2018, en aras de conocer si efectivamente existe o no otra Póliza de Seguro que ampara dicho riesgo y por ende, la Póliza de la Aseguradora Solidaria operaría en exceso de la contratada por la ONG.

III. PROPUESTA CONCILIATORIA

Perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante para cada uno de los demandantes es de \$0. No se reconoce este valor en razón a que la víctima era un menor de edad, recién nacido, por lo que no ejercía ninguna actividad productiva ni percibía algún ingreso.

Perjuicios materiales en modalidad de daño emergente para cada uno de los demandantes es de \$0. No se reconoce este valor en razón a que la parte demandante no aportó ningún documento o prueba de algún gasto que haya ocurrido con ocasión al fallecimiento de la menor Emiliana.

Perjuicio daño a la salud para cada uno de los demandantes es de \$0. No se reconoce este valor en razón a que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en establecer que este daño solo es reconocido a la víctima directa.

Perjuicio moral para Maryi Yeraldine Ultengo es de \$142.350.000. Se reconoce el valor máximo indemnizatorio para el nivel 1, establecido por los parámetros objetivos del Consejo de Estado, en razón a que la muerte de la menor Emiliana está acreditada con el registro de defunción. Así mismo, la calidad de madre de la señora Maryi también está probada con el registro civil de nacimiento de la menor Emiliana, por lo tanto, al tratarse de una relación del primer grado de consanguinidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica en presumir el daño moral en razón a su grado de cercanía.

Perjuicio moral para German Ultengo es de \$71.175.000. Se reconoce el valor máximo indemnizatorio para el nivel 2, establecido por los parámetros objetivos del Consejo de Estado, en razón a que la muerte de la menor Emiliana está acreditada con el registro de defunción. Así mismo, la calidad de abuelo también está probada con el correspondiente registro civil, por lo tanto, al tratarse de una relación del segundo grado de consanguinidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica en presumir el daño moral en razón a su grado de cercanía.

Perjuicio moral para Esneida Sancho Ultengo es de \$71.175.000. Se reconoce el valor máximo

¹ Díaz-Granados Ortiz, J.M. (2012). El seguro de responsabilidad. Pontificia Universidad Javeriana. Pág. 103.

indemnizatorio para el nivel 2, establecido por los parámetros objetivos del Consejo de Estado, en razón a que la muerte de la menor Emiliana está acreditada con el registro de defunción. Así mismo, la calidad de abuela también está probada con el correspondiente registro civil, por lo tanto, al tratarse de una relación del segundo grado de consanguinidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica en presumir el daño moral en razón a su grado de cercanía.

Perjuicios morales para los demás demandantes es de \$0. No se reconoce este valor en razón a que sus relaciones de consanguinidad se encuentran en el nivel 3, 4 e incluso 5, por lo tanto, para reconocer alguna indemnización es necesario que se demuestre su grado de cercanía con la víctima directa, lo cual, hasta esta instancia del proceso no se ha acreditado. Aunado a ello, se resalta que los señores Wilmer Sancho Ultengo y Natalia Ultengo Sancho no participaron en la solicitud de conciliación, por lo que no cumplieron con el requisito de procedibilidad. Así mismo, los señores Wilmer Sancho Ultengo, Jose Belmer Ultengo Oidor, Amelia Sancho Ultengo y Natalia Ultengo Sancho no allegaron el correspondiente registro civil de nacimiento, el cual es el único documento válido para demostrar el parentesco.

Pérdida de oportunidad para todos los demandantes de \$0. No se reconoce en razón a que la parte demandante no ha demostrado fehacientemente cuál fue la oportunidad que perdió la menor con las supuestas acciones u omisiones del ICBF.

Perjuicios a bienes constitucionalmente protegidos para todos los demandantes es de \$0. No se reconoce este valor en razón a que estas medidas de reparación son por excelencia no pecuniarias, sin embargo, de forma excepcional se reconoce una indemnización económica en los casos que las medidas extrapatrimoniales resulten insuficientes para reparar el daño, lo cual, en ningún momento se ha acreditado por parte de los demandantes.

Total perjuicios: \$284.7000.000

Límite del valor asegurado: \$156.248.400

Deducible: 10% del valor de la pérdida – 1.00 SMMLV

Valor contingencia: \$156.248.400 * 10% (15.624.840)

Valor contingencia: \$140.623.560

Propuesta conciliatoria: \$98.436.492 (70% del valor de la contingencia).