

Señores,

JUZGADO TREINTA Y OCHO (38) ADMINISTRATIVO ORAL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

RADICADO: 110013336038-2020-00044-00

DEMANDANTE: CÉSAR AMADEO BETANCOURTH TORRES Y OTROS

DEMANDADO: ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE CAQUEZA

LLAMADO EN GARANTÍA: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, conforme al poder que reposa en el proceso, procedo a presentar **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del proceso de la referencia, solicitando desde ya que se profiera SENTENCIA FAVORABLE PARA MI REPRESENTADA, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas al momento de contestar la demanda y el llamamiento en garantía; con base en las siguientes consideraciones:

I. OPORTUNIDAD

El juzgado treinta y ocho (38) administrativo de Bogotá mediante de la continuación audiencia de pruebas” del 06 de noviembre de 2024, resolvió en audiencia, entre otras cosas lo siguiente:

SEGUNDO: DAR TRASLADO para alegar por escrito por el término de diez (10) días, oportunidad dentro de la cual el Ministerio Público podrá rendir concepto.

En ese sentido, los diez (10) días de traslado para alegar de conclusión transcurrieron de la siguiente forma: 07, 08, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20 y 21 de noviembre del 2024. Por lo anterior, se presentan los alegatos de conclusión del proceso de la referencia de manera oportuna dentro del término legalmente conferido.

II. DE LA DEMANDA Y EL PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con la demanda y la fijación del litigio realizado en audiencia inicial se consideraron como hechos relevantes que son objeto de controversia, los siguientes:

El Hospital San Rafael de Cáqueza E.S.E. se refirió a los hechos de la demanda inicial y aceptó como ciertos los hechos 1, 2, 4, 5 y 10, como parcialmente cierto el hecho 3, comunicó que no le constan los hechos 6 y 11 a 15, dijo que no son ciertos los hechos 7 y 8, sobre el hecho 9 manifestó *"Que se pruebe, pero se aclara que la responsabilidad del menor fue descuidada por su abuela Rosalba Rojas, porque según los hechos antes narrado los padres autorizaron y delegaron el cuidado a ella, situación que era ella la encargada de vigilar al menor, porque como se señaló anteriormente la actividad a desarrollar era una novena navideña nada más."*

La llamada en garantía Aseguradora Solidaria se Colombia frente a la demanda indicó que no le consta ninguno de los hechos; y respecto del llamamiento en garantía dijo en cuanto al hecho 1° que *"Si bien es cierto que el Hospital San Rafael de Cáqueza y Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. celebraron un contrato de seguro contenido en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 376-83-99400000020 que estuvo vigente desde el 24 de octubre de 2016 hasta 24 de octubre de 2020. Lo cierto es que en el presente caso la Póliza no podrá afectarse como quiera que no se ha configurado responsabilidad a cargo del Hospital San Rafael de Cáqueza y en consecuencia no podrá surgir obligación indemnizatoria a cargo de la compañía aseguradora."*, del hecho 2 manifestó *"Si bien es cierto que el contrato de seguro estaba vigente para el 21 de diciembre de 2017. Lo cierto es que no ha surgido obligación indemnizatoria a cargo de la Compañía Aseguradora, como quiera que en las lesiones sufridas por el menor Samuel David no se puede predicar responsabilidad del Hospital Asegurado, como quiera que las mismas se ocasionaron por la falta de cuidado de la señora Rosalba Rojas quien era responsable del cuidado y tutela del menor."*, indicó que no era cierto el hecho 3, aceptó como cierto el hecho 4, y del hecho 5 informó *"Si bien es cierto que el Hospital San Rafael de Cáqueza y Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. celebraron un contrato de seguro contenido en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 376-83-99400000020, no es dable afirmar que ha surgido una obligación indemnizatoria a cargo de la compañía aseguradora, como quiera que no se ha realizado el riesgo asegurado. Esto es, de los hechos de la demanda no es dable afirmar que existe responsabilidad civil extracontractual a cargo del Hospital por los hechos del 21 de diciembre de 2017"*.

PROBLEMA JURÍDICO.

El litigio en este asunto, como primera medida, consiste en establecer si en el sub lite operó el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control de reparación directa interpuesto por CESAR AMADEO BETANCOURTH TORRES Y OTROS en contra del HOSPITAL SAN RAFAEL DE CÁQUEZA E.S.E.

En caso de que se supere el anterior presupuesto de la acción, se deberá determinar si el HOSPITAL SAN RAFAEL DE CÁQUEZA E.S.E., es administrativa y extracontractualmente responsable de los perjuicios invocados por los demandantes, con ocasión a los hechos ocurridos el 21 de diciembre de 2017, cuando el menor Samuel David Betancourt Gutiérrez resultó lesionado mientras usaba un columpio ubicado en las instalaciones de la entidad demandada.

De ser acreditada la responsabilidad del HOSPITAL SAN RAFAEL DE CÁQUEZA E.S.E., se deberá determinar igualmente si la llamada en garantía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, debe asumir el pago de la eventual condena en razón a la póliza todo riesgo por daños materiales entidades estatales N. 376-83-994000000020.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

A. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD Y/O DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE CAQUEZA.

Del análisis integral de los elementos probatorios recaudados en este proceso, es viable llegar a la conclusión de que no se configuró la responsabilidad alegada por la parte actora. Toda vez que no existe prueba que acredite culpa del Hospital San Rafael de Cáqueza E.S.E., por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de las obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, ni el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la parte pasiva.

En ese sentido, se tiene los tres testimonios rendidos al interior del proceso, de los señores ABEL MATURANA, JOSÉ BAQUERO Y FELIZ GUTIERREZ, no confirmaron ni negaron las advertencias que el Hospital realizó a cada una de las áreas encargadas de la novena; es más, en testimonio del señor ABEL MATURANA se señaló que: *“El Hospital siempre le dice a los que ingresan que deben tener cuidado con los niños y que los mismos deben permanecer en las áreas a donde se les autoriza el ingreso.”* Sin embargo, en el caso concreto observamos que a pesar de ser espacios diferentes, en donde se celebraba la novena navideña y en donde se había dispuesto del columpio provisionalmente; el menor y su acudiente no acataron las indicaciones y el menor ingresó a un área a la que no se encontraba autorizado, sucediendo el lamentable accidente.

Así mismo, se tiene que los testimonios de los señores BAQUERO y GUTIERREZ, fueron testimonios de oídas, pues se fijó en audiencia que éstos no presenciaron el accidente. Sin embargo, varias de sus indicaciones señalan que las novenas navideñas se hacen para los empleados del Hospital San Rafael de Cáqueza, sin embargo son los mismos empleados quienes traen a sus familiares para la celebración de la misma.

En este caso, confirmó el señor FELIX GUTIERREZ, ex trabajador del Hospital como asesor jurídico, que la abuela del menor, la señora ROSALBA ROJAS TORRES, sí trabajaba en el Hospital para la fecha del accidente (21 de diciembre de 2017), por lo que se puede decir que la señora ROJAS TORRES sí conocía el estado del columpio que se había trasladado provisionalmente, pues en testimonio del señor BAQUERO, se confirmó que el columpio llevaba una semana de haber sido retirado del parque infantil del Hospital y provisionalmente ubicado en

un área de acceso sólo para empleados, la cual colindaba con el espacio donde los empleados del Hospital podrían hacer su novena navideña.

Pese a lo anterior, la señora ROSALBA ROJAS TORRES, permitió el ingreso del menor al Hospital San Rafael, para que bajo su custodia, acudiera sólo a la novena navideña, sin ningún otro permiso para acudir a las demás áreas. Ella, como miembro activo del personal del Hospital conocía las indicaciones generales impartidas por la dirección de la entidad, en la que cada persona debe tener cuidado con los menores con los que ingresa y que los mismos deben permanecer en el área autorizada.

Se debe tener en cuenta que el espacio que se había dispuesto para la novena no tenía el columpio, pues éste se encontraba en un área en donde no había acceso al público, como bien lo dijeron los testigos, “a unos 15, 20 metros de la novena”, es decir, estaba a una distancia considerable de donde debía estar con su acudiente, la señora ROJAS TORRES; por lo que se omite e incumple el deber objetivo de cuidado y tutela que se tenía sobre el menor en cabeza de su abuela, por autorización de la señora MAGDA LILIANA GUTIERREZ, madre del menor.

Por lo anterior, se tiene que el Hospital San Rafael de Cáqueza sí informaba constantemente al personal que ingresa a las instalaciones de las obligaciones de cuidado sobre los menores que los acompaña, así como también advertía a las áreas encargadas de la novena navideña diaria que debían advertir a los asistentes sobre el comportamiento correcto a llevar a cabo, como lo mencionó el señor MATURANA en su testimonio. Así mismo, se tiene que la señora ROJAS TORRES, abuela del menor y miembro activo del Hospital a la fecha de los hechos, conocía el estado del columpio y no fue puesto en conocimiento del menor, quien además incumplió las normas de ingreso, alejándose del área para la que estaba autorizado.

De igual forma, recordemos que esta situación además implicaría que se concreta una circunstancia eximente de responsabilidad, ya que la posición de garante sobre el bienestar e integridad del menor lo tenían sus padres y la persona por esta encargada, que además hace parte del núcleo familiar inmediato del menor. Ésta posición de garante nunca la tuvo el Hospital, porque entre el menor y éste no existió una relación de médico – paciente ni de hospitalización intramural, que serían los únicos dos posibles supuestos en los que la Entidad tuviere a su cargo, pues unas son las obligaciones de seguridad de las IPS de cara a sus pacientes o usuarios del servicio y otras frente a no pacientes.

Al respecto, ni siquiera se puede hablar del incumplimiento de los mandatos del artículo 7º de la Resolución No. 741 de 1997, del Ministerio de la Protección Social que establece el imperativo de las instituciones y empresas prestadoras de servicios de salud de establecer procedimientos y estándares especiales de seguridad para los usuarios de: i) sala de partos; ii) recién nacidos; iii) hospitales psiquiátricos; hogares geriátricos y iv) centros asistenciales para discapacitados.

De tal manera que, ante la ausencia de alguna conducta presuntamente negligente y omisiva por parte del Hospital San Rafael de Cáqueza, carece este caso de la supuesta falla en el servicio,

como elemento constitutivo de la responsabilidad extracontractual del Estado. Por lo cual, es pertinente afirmar que la responsabilidad por falla del servicio es inexistente, debiéndose exonerar de toda responsabilidad al Hospital San Rafael de Cáqueza.

En efecto, es necesario aclarar que la falla del servicio es definida como aquella violación al contenido obligacional exigible a una entidad pública en una situación concreta. Sin embargo, es connatural a este título de imputación el principio de relatividad del mismo. Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

“La Sala de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido, en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2° inciso 2°, de que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra, bien, creencias y demás derechos y libertades... debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, mediana su alcance, capacidad de maniobra, etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera.”²

Es que las obligaciones que son de cargo del Estado – y por lo tanto la falla del servicio que constituye su transgresión- han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, tomando en cuenta las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de dichos medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre, pese a su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad”¹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Así mismo, frente al análisis obligatorio de este principio cuando se impute la falla del servicio, ha indicado el Consejo de Estado:

“El juez para decidir, en cada caso, si hay o no falla del servicio, se pregunta aquello que podríamos, en cada caso, esperar del servicio, teniendo en cuenta la dificultad más o menos grande la misión, las circunstancias de tiempo (períodos de paz o momentos de crisis), de lugar, de recursos sobre los cuales disponía el servicio público en personal y material, etc. De lo anterior resulta que la noción de falla del servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado de culposo o no culposo”

¹ Sentencia del 3 de febrero de 2000. Radicado No. 252859. Sección Tercera del Consejo de Estado. M.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez.

Lo anterior ha sido denominado por la jurisprudencia del Consejo de Estado como “el principio de la relatividad de la falta en el servicio”⁶ Principio este, que evita que la responsabilidad de la administración, cimentada en el título de imputación subjetivo o común – denominado “falta en el servicio” – tome las obligaciones del Estado, ya seas las derivadas de manera explícita de una norma constitucional, legal, o reglamentaria, o del principio establecido en el artículo 2° de la Constitución Política, en obligaciones de resultado (...)²

La falla en el servicio es un título de imputación en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, el cual debe ser probado dentro del proceso. En efecto, no es presumible por parte del Despacho. Debe dicha afirmación tener sus elementos de prueba sólidos, o de lo contrario, no puede concluirse que existe la falla del servicio. Es precisamente en ese sentido en que se presenta este medio exceptivo, pues al no estar probada la falla en el servicio en cabeza del Hospital San Rafael de Cáqueza, ni tener elementos de prueba que puedan indicar la existencia de ella, deberá declararse su ausencia. Lo cual deja sin soporte jurídico la demanda y por lo tanto deberán despacharse todas las pretensiones sin resultado alguno.

Ante la ausencia de pruebas que permitan deducir al juez que se dio una falla del servicio en este caso, puede entonces determinarse que ésta no existe. Recordemos que la etapa probatoria se llevó a cabo con tres testimonios y la contradicción de uno de los dos dictámenes periciales. En efecto, un testigo fue ayudado en su respuesta al momento de rendir testimonio, como lo mencionó el apoderado del Hospital, para que en el acta se dejara anotado; el otro fue cuestionado sobre su imparcialidad por tener procesos en contra del demandado en esta actuación y finalmente, el último testigo fue un testigo de oídas, que no pudo comprobar el accidente y que adicionalmente afirmó no recordar las indicaciones que había emitido el Hospital para tal momento. Todas las pruebas practicadas generan dudas razonables para afirmar la presunta falta.

De este modo, al no tener título de imputación para endilgar responsabilidad extracontractual al Hospital San Rafael de Cáqueza, por los hechos aquí narrados, el Hospital deberá ser eximido de toda responsabilidad. Se puede concluir entonces que la parte Demandante no ha aportado ningún medio de prueba que permita acreditar una falla en el servicio, el cual es un título de imputación en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, que debe ser probado dentro del proceso. En efecto, se puede afirmar con total contundencia que no existe ninguna prueba idónea y conducente que demuestre una falla del servicio por parte del Hospital San Rafael de Cáqueza E.S.E. En consecuencia, al no existir ninguna prueba que acredite su responsabilidad, es jurídicamente improcedente endilgarle cualquier obligación indemnizatoria.

Dentro de la disciplina procesal, quien aduzca un perjuicio tiene la carga procesal de probarlo y quien afirme un hecho guarda igualmente esa obligación procesal de demostrarlo con los medios probatorios solicitados en la demanda, los cuales deben ser idóneos, conducentes y pertinentes.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 19 de junio de 2008. Rad 0736.

De tal suerte que, al no ejercer esa obligación en debida forma dentro un proceso judicial, no cabe otra posibilidad de conformidad con la constitución y la ley, que eximir de toda responsabilidad al Hospital San Rafael de Cáqueza.

Por lo anterior, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

B. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR CONFIGURACIÓN DE LA CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD RELATIVA AL HECHO EXCLUSIVO DE LOS CUIDADORES DE LA VÍCTIMA – RUPTURA DEL NEXO CAUSAL.

La demanda no está llamada a prosperar debido a que el accidente materia de litigio, ocurrió como consecuencia del hecho propio de los cuidadores de la víctima, la señora ROSALBA ROJAS, quien estaba a cargo del menor SAMUEL DAVID BETANCOURTH. En otras palabras, en el presente caso no podrá imputarse responsabilidad alguna al Hospital San Rafael de Cáqueza por el accidente acaecido el 21 de diciembre de 2017, en el que lamentablemente se causaron lesiones en el pie izquierdo del menor Samuel David, como quiera que operó la causal eximente de la responsabilidad relativa al hecho de los cuidadores de la víctima.

Esta responsabilidad de cuidado y tutela que tiene la abuela del menor, acudiente en ese momento, genera una posición de garante sobre el bienestar e integridad de éste último, al ser autorizada expresamente por la madre del menor (Lo mencionan los hechos de la demanda). Ésta posición de garante nunca la tuvo el Hospital, porque entre el menor y éste no existió una relación de médico – paciente ni de hospitalización intramural, que serían los únicos dos posibles supuestos en los que la Entidad tuviere a su cargo, pues unas son las obligaciones de seguridad de las IPS de cara a sus pacientes o usuarios del servicio y otras frente a no pacientes.

Bajo esta premisa, a través de esta excepción se le mostrará al Despacho cómo la ocurrencia del accidente y las lesiones que de éste se derivaron, es atribuible al actuar imprudente de la señora ROSALBA ROJAS quien era responsable del cuidado del menor. Es decir, fue la falta de cuidado del menor por parte de la señora, causa suficiente para la ocurrencia del accidente que causó el daño alegado. En ese orden de ideas, la configuración y aplicación de esta causal exonerativa de la responsabilidad, tiene por efecto la imposibilidad de imputación del daño al extremo pasivo de la litis.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha indicado con claridad que para que se configure el hecho de la víctima como factor exonerativo de la responsabilidad, resulta suficiente que el comportamiento de la víctima haya fungido como causa adecuada y determinante en la producción del daño, así:

“También se considera que para que se configure el hecho de la víctima como factor eximente o atenuante de responsabilidad, no es necesario que la entidad demandada acredite la irresistibilidad

o imprevisibilidad del comportamiento de la víctima, pues basta con argumentar que es una causa adecuada y determinante para la producción del daño.

Así se ha señalado por esta Corporación: “En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación”³ (Subrayado y fuera del texto original)

Como se evidencia en el precitado pronunciamiento, el Consejo de Estado ha sido enfático en reconocer que, para la configuración de esta causal eximente o atenuante de responsabilidad, no resulta necesario acreditar la irresistibilidad o imprevisibilidad del comportamiento de la víctima, sino que basta con argumentar que la conducta de la misma es una causa adecuada y determinante para la producción del daño. Situación que efectivamente ocurre en el caso de marras, puesto que si bien se encuentra probado que el accidente ocurrió en las instalaciones del Hospital San Rafael de Cáqueza cuando se realizaba la celebración de una novena el 21 de diciembre de 2017, también es cierto que el descuido de la señora ROSALBA ROJAS respecto del cuidado de su nieto, confluía significativamente en la ocurrencia del accidente.

Del análisis del caso es dable afirmar que, en el momento del accidente, el menor Samuel David estaba bajo el cuidado y protección de su abuela materna, la señora Rosalba Rojas, quien a pesar de hacer parte activa de los trabajadores del Hospital y conocía el estado del columpio provisionalmente trasladado, no se percató de las actividades del menor, que derivaron en las lesiones que se le causaron en el pie izquierdo.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que los menores están expuestos a un sin número de riesgos, toda vez que carecen de la madurez y buen criterio necesarios para regir sus actos y pueden incurrir en actuaciones temerarias e imprudentes que derivan en daños para sí mismos o para terceros y es por ello que el artículo 2347 del Código Civil establece:

“Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron bajo su cuidado”.

Ahora bien, téngase en cuenta que el menor Samuel David Betancourth estaba bajo el cuidado y tutela de su abuela materna ROSALBA ROJAS y no del Hospital. En ese sentido, es evidente que era la señora ROSALBA ROJAS la responsable de las acciones del menor y por tanto, fue su falta de cuidado con el menor que derivó en el accidente y las lesiones padecidas por él.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Sentencia del 27 de febrero de 2013. Rad 25334.

En conclusión, de los hechos en los que se funda la demanda, se confirma en total medida la configuración de la causa extraña “*hecho de los cuidadores de la víctima*” por cuanto resulta claro que la conducta negligente de la señora Rosalba Rojas fungió como causa adecuada y determinante del daño; al no cuidar las actividades ejercidas por el menor. Razón por la cual, resulta a todas luces improcedente la declaratoria de responsabilidad en contra del Hospital San Rafael de Cáqueza por las lesiones padecidas por el menor, puesto que se encuentra demostrado que no tuvo injerencia alguna en los hechos que generaron el daño.

En virtud de lo expuesto, respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

C. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA CONDUCTA DE LOS CUIDADORES DE LA VÍCTIMA EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO.

En gracia de discusión y de manera subsidiaria, debe tenerse en cuenta que en el improbable y remoto evento en que se reconocieran una o algunas de las pretensiones esgrimidas por los demandantes, de todas maneras, debe aplicarse la respectiva reducción de la indemnización. Lo anterior, en proporción a la contribución que tuvo en el accidente la señora ROSALBA ROJAS, quien era la responsable del cuidado y tutela del menor Samuel David Betancourth en el momento del accidente sufrido por el menor. Por supuesto, sin perjuicio de que como ya se demostró en las anteriores excepciones: **(i)** No hay nexo de causalidad entre el actuar del Demandado y las lesiones de Samuel David y además **(ii)** Operó la causal eximente de responsabilidad denominada Hecho Exclusivo de la Víctima, lo cual imposibilita la imputación del supuesto hecho dañoso a los demandados.

Todo lo anterior por la compensación de culpas, según el precepto contenido en el artículo 2357 del Código Civil, en el que se preceptúa que la reducción de una indemnización se debe por la participación de la víctima, es decir, si el que ha sufrido el daño se expuso a él imprudentemente, como aconteció en este caso, puesto que las consecuencias del accidente del 21 de diciembre de 2017 obedecen única y exclusivamente a la conducta negligente de la señora Rosalba Rojas, quien descuidó al menor en medio de la celebración de la novena navideña que se celebraba en el Hospital.

Conforme a lo dicho, el despacho debe establecer un análisis causal de las conductas implicadas en el evento dañoso, a fin de determinar la incidencia de la víctima en la ocurrencia del daño, a efectos de disminuir la indemnización si es que a ella hubiere lugar, en proporción a su contribución al daño que sufrió. Así es como lo ha indicado el Consejo de Estado en pronunciamiento del 30 de mayo de 2019:

*“De ahí que, la autoridad judicial demandada se encontraba habilitada para estudiar si se configuraba alguno de los eximentes de responsabilidad, entre los que se encuentra, el hecho de la víctima, como efectivamente lo hizo. **Por ello, al encontrar que la actuación de la víctima directa concurrió en la producción del daño, decidió reducir el valor de la indemnización.** De*

modo que, contrario a lo alegado por el actor, el juez de segunda instancia no desbordó el marco de su competencia y tampoco incurrió en el defecto sustantivo alegado.”⁴(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En distinto pronunciamiento, la misma Corporación manifestó que en el caso en que la negligencia de la víctima incida para que se exponga imprudentemente al daño, deberá necesariamente realizarse una reducción de la indemnización. Lo anterior fue manifestado en un caso en el que se evidenció la culpa de la víctima en la ocurrencia del daño, estimada en una proporción del 50% de los perjuicios:

*“Todo ello, en pro de la responsabilidad que por el riesgo creado debe afrontar la entidad demandada —Fiscalía General de la Nación— **implica que, en merecimiento de la culpa evidenciada de la víctima, se debe efectuar una reducción en la condena, la cual se estima, por el nivel de incidencia de la negligencia de los demandantes**—propietarios de edificio donde funcionaba el centro comercial—, equivalente al 50% de losperjuicios que lleguen a probarse y concederse en favor de estas personas, ya que del mismo tenor del riesgo que reclaman, fue la imprudencia de los demandantes en la no evitación del daño.”⁵ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Como se lee, el fallador encontró probada la incidencia de la víctima en la causa generadora del daño, en proporción a un 50% y en ese sentido redujo los perjuicios que se probaron en el proceso en el mismo porcentaje, como quiera que la responsabilidad del Demandado resultó menguada por la participación determinante de la víctima en la ocurrencia del suceso. De tal suerte, que queda completamente claro que el fallador debe considerar el marco de circunstancia en que se produce el daño, así como sus condiciones de modo, tiempo y lugar, a fin de determinar la incidencia causal de la conducta de la víctima en la ocurrencia del daño por el cual solicita indemnización.

En ese orden de ideas, tal como lo ha determinado la jurisprudencia, al encontrarse acreditado por medio de las pruebas que obran en el expediente que la abuela del menor, la señora Rosalba Rojas tuvo una incidencia significativa en la ocurrencia del accidente del 21 de diciembre de 2017, deberá declararse que el porcentaje de la causación del daño a lo sumo es del 50%.

Por las razones expuestas, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

D. IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO EMERGENTE

El daño emergente ha sido desarrollado jurisprudencialmente como la tipología de perjuicios que comprende la pérdida de elementos patrimoniales como consecuencia de los hechos dañosos. Sin embargo, ha establecido ampliamente que para la procedencia del reconocimiento de los mismos resulta totalmente necesario acreditarlos dentro del proceso, carga que le asiste al reclamante de los perjuicios. Bajo estos derroteros, en el caso particular es completamente improcedente reconocimiento alguno a título de daño emergente, por cuanto no existe prueba cierta, clara y suficiente que acredite las sumas solicitadas por el extremo actor.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. C.P. Milton Chaves García. Radicación 2018- 03357

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 24 de enero de 2019. Radicación No. 43112.

Es claro que la parte demandante tenía entre sus mandatos como parte actora, toda la carga probatoria sobre los perjuicios deprecados en la demanda. Por lo tanto, la cuantía de los daños por los cuales se está exigiendo una indemnización deberán estar claramente probados a través de los medios idóneos que la ley consagra en estos casos. El Consejo de Estado, mediante sentencia del 04 de diciembre de 2006, ha definido el daño emergente en los siguientes términos:

“El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad para el afectado de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración.”

Ahora bien, la parte demandante manifiesta que con ocasión al accidente del 21 de diciembre de 2017, se le ocasionó un daño emergente por valor de trescientos cuarenta y cinco mil pesos (\$345,000). Sin embargo, no obran en el expediente elementos demostrativos que permitan determinar los gastos en que se incurrió para atender las supuestas consecuencias del accidente de tránsito. Razón por la cual no debería incluirse en dicha tasación de perjuicios.

En ese sentido, ha sido ampliamente desarrollada la jurisprudencia por la Corte Suprema de Justicia, estableciendo lo siguiente:

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

En igual sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, magistrado ponente: Martín Bermúdez Muñoz, mediante sentencia del 03 de abril de 2020, radicado interno número 42597, señaló:

“Se negará la indemnización solicitada por la parte actora en la modalidad de daño emergente debido a que la actora no allegó ni pidió el decreto de prueba alguna para acreditarlos”

Así las cosas, en relación a la carga probatoria que recae en este caso en la parte demandante, se puede observar que en el expediente no obra prueba alguna que acredite las erogaciones estimadas en trescientos cuarenta y cinco mil pesos (\$345,000) en que supuestamente incurrieron los demandantes con ocasión al accidente. Puesto que de las pruebas que se encuentran en el plenario no se acredita tal suma. En efecto, la consecuencia jurídica a la falta al deber probatorio en cabeza del Demandante es sin lugar a dudas la negación de la pretensión.

Ruego señor Juez declarar probada esta excepción.

IV. ANALISIS PROBATORIO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

A. INCUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA – ARTÍCULO 1061 CÓDIGO DE COMERCIO.

En primer lugar, debe decirse que la Compañía Aseguradora pactó expresamente con el Hospital San Rafael de Cáqueza E.S.E. unas obligaciones que se encontrarían a su cargo, como asegurado, respecto de las que pende el derecho a la indemnización de un siniestro. Estas obligaciones en cabeza del asegurado, deben cumplirse a cabalidad so pena de la terminación automática del contrato de seguro por el incumplimiento de las garantías.

En ese sentido, se advierte que en el condicionado general de la póliza, en el capítulo denominado GARANTÍAS, se pactó: “1. *Mantener los bienes asegurados en buenestado de funcionamiento*”. Lo anterior, implicaría que en el remoto y eventual caso de queresulte probado en el proceso que el Hospital incumplió con esta garantía, deberá necesariamente operar la consecuencia jurídica consagrada en el artículo 1061 del Código de Comercio.

En términos generales, existe uniformidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales que establecen que la consecuencia jurídica por el incumplimiento de la cláusula de garantía contenida en la póliza de seguro, no es otra distinta que la terminación automática de dicho contrato de seguro. En otras palabras, no existe duda alguna que ante el incumplimiento de la cláusula de garantía contenida en la póliza, el contrato de seguro termina de pleno derecho sin necesidad de notificación o carga adicional en cabeza de la compañía aseguradora.

Así entonces, el artículo 1061 del Código de Comercio reza de la siguiente forma:

*“ARTÍCULO 1061. <DEFINICIÓN DE GARANTÍA>. **Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia,** o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación dehecho.*

La garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla.

*La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. **Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción.**” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Así mismo lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en fallo del 27 de febrero de 2012, el cual expuso que la inobservancia de la cláusula de garantía se constituye *per se* en un incumplimiento contractual que genera consecuencias a la parte incumplida. Esto es, que no podrá pretender

indemnización por siniestro alguno, toda vez que operó la consecuencia jurídica de la terminación por incumplimiento. El tenor literal de la sentencia es el siguiente:

“Sin embargo, incumplida la garantía, desde luego, se incumple el contrato, y esta conducta genera consecuencias a la parte incumplida, según entendió con acierto el ad quem. En particular, no puede pretenderse indemnización alguna por el siniestro ocurrido durante o por causa del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud del seguro.

De este modo, la inobservancia de la garantía concede derecho al asegurador para terminar el contrato por decisión suya, y también al margen de esta posibilidad, desencadena efectos nocivos al incumplido”⁶ (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Tan cierto es que la consecuencia jurídica de incumplir las garantías pactadas en la póliza acarrea como consecuencia la terminación automática del contrato, sin que para esto sea necesario que la aseguradora envíe comunicación alguna, que en distintos pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia hace alusión a doctrina específica del Dr. Efrén Ossa, quien ha sido claro al exponer el funcionamiento de esta institución jurídica de la siguiente manera:

“En punto de las denominadas garantías de conducta, la misma doctrina indica que ellas están llamadas a “proyectarse durante la vida del contrato” y que constituyen una “promesa”. vale decir, la obligación que contrae el asegurado de hacer o no hacer (conducta positiva o conducta negativa) o de cumplir determinada exigencia, que, como hemos dicho, debe ser objeto de estricta observancia y cuya infracción faculta al asegurador para dar por terminado el contrato”⁷ (Subrayado y negrilla fuera del texto)

En ese orden de ideas es importante que el Despacho tenga presente que podría operar la terminación automática del contrato de seguro contenido en la Póliza No. 376-83-994000000020 al probarse que el parque infantil del Hospital San Rafael de Cáqueza no se encontraba en buen estado de funcionamiento, pues en ese remoto evento el asegurado habría incurrido en un incumplimiento de la primera garantía pactada en el condicionado general de la póliza, en las que se indicó expresamente que el asegurado se comprometía a: “1. Mantener los bienes asegurados en buen estado de funcionamiento”, como se observa:

SECCIÓN QUINTA. GARANTÍAS

QUEDA EXPRESAMENTE CONVENIDO QUE ESTE SEGURO SE REALIZA EN VIRTUD DE LA GARANTÍA DADA POR EL ASEGURADO QUE DURANTE SU VIGENCIA SE COMPROMETE A:

1. MANTENER LOS BIENES ASEGURADOS EN BUEN ESTADO DE FUNCIONAMIENTO

Por todo lo anterior, dado que el contrato de Seguro No. 376-83-994000000020 se terminaría automáticamente ante el eventual incumplimiento de la garantía pactada en las condiciones de la póliza, relativa al compromiso de mantener los predios en buen estado de funcionamiento. Es claro entonces que mi representada no tendría la obligación de realizar pago alguno derivado del

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Referencia 11001-3103-002-2003-14027-01 M.P. William Namén Vargas
⁷ OSSA G. Efrén. “Teoría General del Seguro” Bogotá, Temis, 1984. Pág. 322.

contrato de seguro, en el evento en que se llegue a probar que el parque infantil del Hospital asegurado no se encontraba en óptimas condiciones de funcionamiento, pues habría operado la consecuencia jurídica de la terminación establecida en el artículo 1061 del Código de Comercio.

B. NO EXISTE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE ASEGURADORA SOLIDARIA TODA VEZ QUE NO SE HA REALIZADO EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA TODO RIESGO DAÑOS MATERIALES ENTIDADES ESTATALES N. 376-83-994000000020.

Debe decirse que no existe obligación indemnizatoria a cargo de mi prohilada, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, con fundamento en la Póliza Todo Riesgo Daños Materiales Entidades Estatales N. 376-83-994000000020; por cuanto no se ha realizado el riesgo asegurado en ella, esto es, la realización del hecho dañoso imputable al asegurado, acaecido dentro de la vigencia de la póliza o dentro del periodo de retroactividad, derivado del acto médico ejercido por el asegurado. Lo anterior en concordancia con las condiciones generales y particulares de las pólizas en cuestión, que menciona como amparo principal:

CLAUSULA PRIMERA – OBJETO DE LA COBERTURA
ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA SE OBLIGA, BAJO LAS CONDICIONES DE ESTA PÓLIZA, A INDEMNIZAR LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES POR RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN QUE INCURRA EL ASEGURADO DE ACUERDO CON LA LEY COLOMBIANA, DERIVADA DE DAÑOS A LOS BIENES Y LESIONES CORPORALES A TERCEROS, OCURRIDAS EN EL DESARROLLO NORMAL DE LAS ACTIVIDADES INHERENTES AL ASEGURADO, DENTRO DE LOS PREDIOS DESCRITOS EN LA PÓLIZA DE ACUERDO CON LOS RIESGOS QUE A CONTINUACIÓN SE RELACIONAN:

En consonancia con lo anterior el artículo 1072 del Código de Comercio define como siniestro:

“ARTÍCULO 1072. DEFINICIÓN DE SINIESTRO. *Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”.*

En tal virtud, Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. se comprometió mediante la Póliza Todo Riesgo Daños Materiales Entidades Estatales N. 376-83-994000000020 a amparar la responsabilidad civil atribuible al Hospital San Rafael de Cáqueza E.S.E, cuando deba asumir un perjuicio que cause a un tercero como consecuencia del desarrollo de una actividad inherente al asegurado dentro de sus predios.

Ahora bien, en el presente caso dicha situación no se ha originado, puesto que de conformidad con las pruebas obrantes en el litigio que nos atañe, se demuestra que no se reúnen los presupuestos fácticos y jurídicos exigidos para la declaración de responsabilidad en cabeza del Hospital San Rafael de Cáqueza. Lo que quiere decir, que tampoco ha nacido la obligación indemnizatoria en cabeza de la Compañía de Seguros, al no haberse realizado el riesgo contractualmente asegurado. Se reitera que en este caso se configuró la causal exonerativa de responsabilidad por el actuar negligente e imprudente de los cuidadores de la víctima, por lo que se rompió cualquier nexo causal que se pretendiera demostrar en el caso concreto. En ese orden de ideas, claramente no existe responsabilidad en cabeza del Hospital San Rafael de Cáqueza,

lo que por sustracción de materia significa, que tampoco puede hacerse efectiva la póliza de seguro por la que fue convocada mi prohijada.

En conclusión, no se ha realizado el riesgo asegurado en el presente asunto, teniendo en cuenta que no ha nacido la obligación condicional, esto es, la responsabilidad por parte del Hospital San Rafael de Cáqueza. Así mismo, es necesario tener en consideración que en este caso se configuró la causal exonerativa de responsabilidad por el actuar negligente e imprudente de la víctima, por lo que se rompió cualquier nexo causal que se pretendiera demostrar en el caso concreto y de ese modo, es imposible acreditar la existencia de responsabilidad civil extracontractual a cargo del Hospital asegurado. Lo quiere decir, que no hay obligación a cargo de Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., como quiera que el riesgo asegurado no se ha realizado. Por todo lo anterior, solicito comedidamente al Despacho declarar probada la presente excepción.

C. RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA TODO RIESGO DAÑOS MATERIALES ENTIDADES ESTATALES N. 376-83-994000000020.

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que se excluyen de amparo, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la Póliza con la que se aceptó el llamamiento en garantía.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“En efecto, no en vano los artículos 1056 y 1120 del Código de Comercio, permiten al asegurador, con las restricciones legales, escogerlos riesgos que a su arbitrio tenga a bien en amparar y estipular las exclusiones expresas de riesgos inherentes a dicha actividad.

Por lo demás, debe la empresa de seguros tener presentes que, en la delimitación del riesgo, no debe vaciar de contenido ese que asume puestal postura conllevaría a un remedo de amparo sin traslación efectiva de riesgos, sucesos que originan pérdidas y, en suma, desembolsos económicos”.⁸

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. De forma que, en el caso de la ocurrencia de riesgos excluidos, no nace a la vida jurídica la obligación indemnizatoria del asegurador y en ese orden de ideas, no hay lugar a que su responsabilidad se vea comprometida.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC4527-2020. Magistrado Ponente: Francisco Ternera Barrios.

Así entonces, es necesario señalar que la Póliza Todo Riesgo Daños Materiales Entidades Estatales N. 376-83-994000000020, en sus condiciones generales señala una serie de exclusiones, las cuales enuncio a continuación:

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DEL ASEGURADO.
2. LAS LESIONES PERSONALES O DAÑOS MATERIALES CAUSADOS A TERCERAS PERSONAS CON CULPA GRAVE O DOLO DEL ASEGURADO.
3. LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES CAUSADOS AL ASEGURADO MISMO, SU CÓNYUGE O SUS PARIENTES HASTA EL CUARTO GRADO DE CONSANGUINIDAD, SEGUNDO GRADO DE AFINIDAD O PRIMERO CIVIL. LA MISMA EXCLUSIÓN OPERA CON RESPECTO A LOS SOCIOS DEL ASEGURADO, DIRECTORES, REPRESENTANTES LEGALES O TRABAJADORES AL SERVICIO DE LA PERSONA JURÍDICA ASEGURADA. TAMPOCO AMPARA LOS ACCIDENTES DE TRABAJO, SALVO LO CONSIGNADO PARA RESPONSABILIDAD CIVIL PATRONAL.
4. EL EXTRAÍDO O PÉRDIDA DE BIENES DEL ASEGURADO.
5. CUALQUIER EVENTO AMPARADO POR ESTE SEGURO CUANDO OCURRA FUERA DEL TERRITORIO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.
6. LOS DAÑOS QUE EL ASEGURADO O PERSONA ENCARGADA POR EL, HAYA OCASIONADO MEDIANTE EL USO DE UN VEHÍCULO AUTOMOTOR, UNA EMBARCACIÓN O UNA AERONAVE, EN SU CALIDAD DE PROPIETARIO TENEDOR POSEEDOR DE DICHOS VEHÍCULOS. ASÍ MISMO, SE EXCLUYEN LOS DAÑOS CAUSADOS A NAVES O AERONAVES.
7. LOS DAÑOS OCASIONADOS POR PRODUCTOS FABRICADOS, ENTREGADOS O SUMINISTRADOS POR EL ASEGURADO, O BIEN POR LOS TRABAJOS EJECUTADOS O POR CUALQUIER OTRA CLASE DE SERVICIOS PRESTADOS, SI LOS DAÑOS SE PRODUCIEREN DESPUÉS DE LA ENTREGA, DEL SUMINISTRO, DE LA EJECUCIÓN DEL TRABAJO O DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO. (RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL PRODUCTOS U OPERACIONES TERMINADAS).
8. MUERTE, LESIONES PERSONALES O DAÑOS MATERIALES CAUSADOS DIRECTA O INDIRECTAMENTE POR GUERRAS, INVASIÓN, HUELGA, MOTINES, CONMOCIÓN CIVIL, PERTURBACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO, COACCIÓN, MANIFESTACIONES PÚBLICAS, TUMULTOS, DECOMISO O DESTRUCCIÓN DE BIENES POR PARTE DE LAS AUTORIDADES, DISTURBIOS POLÍTICOS Y SABOTAJES CON EXPLOSIVOS O ACTIVIDADES GUERRILLERAS, ACTOS MALINTENCIONADOS DE TERCEROS (AMIT) Y TERRORISMO.
9. LESIONES PERSONALES O DAÑOS MATERIALES CAUSADOS POR OPERACIONES EN LAS QUE SE EMPLEEN PROCESOS DE FUSIÓN NUCLEAR DE MATERIALES RADIOACTIVOS.
10. LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL ASEGURADO PROVENIENTES DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO LABORAL, Y AQUELLAS QUE SEAN A CONSECUENCIA DE RECLAMACIONES BASADAS EN EL ARTÍCULO 216 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.
11. RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL.
12. DAÑOS CAUSADOS POR DESLIZAMIENTOS DE TIERRAS, FALLAS GEOLÓGICAS, ASENTAMIENTOS, CAMBIOS EN LOS NIVELES DE TEMPERATURA O AGUA, INCONSISTENCIA DEL SUELO O SUBSUELO, LLUVIAS, INUNDACIONES, CUALQUIER OTRA PERTURBACIÓN ATMOSFÉRICA O DE LA NATURALEZA, INCLUYENDO TERREMOTO,

TEMBLOR Y ERUPCIÓN VOLCÁNICA.

13. *LA RESPONSABILIDAD QUE PUEDA RECLAMARSE ENTREASEGURADOS DE LA MISMA PÓLIZA.*
14. *LESIONES PRODUCIDAS POR EL CONTAGIO DE UNA ENFERMEDAD PADECIDA POR EL ASEGURADO, ASÍ COMO LOS DAÑOS DE CUALQUIER NATURALEZA CAUSADOS POR ENFERMEDADES DE ANIMALES PERTENECIENTES AL ASEGURADO VENDIDOS O SUMINISTRADOS POR EL MISMO; IGUALMENTE, QUEDAN, EXCLUIDOS LOS DAÑOS GENÉTICOS OCASIONADOS A PERSONAS O ANIMALES.*
15. *DAÑOS ORIGINADOS POR CONTAMINACIÓN U OTRAS VARIACIONES PERJUDICIALES DEL AGUA, AIRE, SUELO, SUBSUELO O BIEN POR RUIDOS QUE NO SEAN CONSECUENCIA DE UN ACONTECIMIENTO ACCIDENTAL, REPENTINO O IMPREVISTO.*
16. *MULTAS Y CUALQUIER CLASE DE ACCIONES O SANCIONES PENALES Y POLICIVAS. 17. DAÑOS A CAUSA DE LA INOBSERVANCIA DE DISPOSICIONES LEGALES, DE ÓRDENES IMPARTIDAS POR LA AUTORIDAD COMPETENTE O DE INSTRUCCIONES Y ESTIPULACIONES CONTRACTUALES. 18. RECLAMACIONES POR DAÑOS A TERCEROS A CONSECUENCIA DE ACTOS DE LA VIDA PRIVADA O FAMILIAR DEL ASEGURADO. 19. RECLAMACIONES A CAUSA DE DAÑOS OCASIONADOS A BIENES AJENOS, QUE HAYAN SIDO ENTREGADOS AL ASEGURADO EN ARRENDAMIENTO, COMODATO, DEPÓSITO O CUSTODIA”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester señalar que la ocurrencia de alguna de las exclusiones arriba señaladas o cualquiera de las que constan en las condiciones generales, la póliza no podrá ser afectada. En tanto la situación se encontraría inmersa en una exclusión. Así las cosas, de configurarse alguna de ellas no podrá existir responsabilidad en cabeza de Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., por cuanto el juez no podrá ordenar la afectación de la Póliza, pues las partes acordaron pactar tales exclusiones.

D. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.

Sin perjuicio de los medios de defensa expuestos previamente y sin que constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada en el remoto e improbable evento en que el Despacho considere que la Póliza que hoy no ocupan, sí prestan cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de Aseguradora Solidaria de Colombia, exclusivamente bajo esta hipótesis, el ente de control deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores.

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

conurrencia de la suma asegurada.

*“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder **si no hasta concurrencia de la suma asegurada**, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.*

Se debe manifestar que en la Póliza Todo Riesgo Daños Materiales Entidades Estatales N. 376-83-994000000020, se indicaron los límites para el amparo pactado, de la siguiente manera:

AMPAROS	SUMA ASEGURADA
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	100,000,000.00

Así entonces, solicito que en el remoto evento de que se llegará a hacer efectivo el llamamiento en garantía, se apliquen todas y cada una de las cláusulas y condiciones de la Póliza Todo Riesgo Daños Materiales Entidades Estatales N. 376-83-994000000020.

Por todo lo anterior, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

E. EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL NO. 1002117 SE PACTÓ UN DEDUCIBLE QUE ESTA A CARGO DEL ASEGURADO E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE CÁQUEZA.

Subsidiariamente a los argumentos precedentes, sin perjuicio de los fundamentos expuestos a lo largo del presente escrito; en el remoto caso que se encuentre razón para hacer efectivas la póliza referida, debe tener presente el despacho que al momento de convenir los amparos en la póliza que no ocupa, se impuso una carga al asegurado, en virtud de la cual, éste asumirá una parte del mismo. Esto es lo que se denomina deducible, entendido como una suma de dinero que hace parte del valor del siniestro, que debe asumir como coparticipación en el mismo. Razón por la cual, en las carátulas de las pólizas expedidas por mi representada, se concertaron los deducibles que están a cargo única y exclusivamente del asegurado.

Así las cosas, en el hipotético y remoto evento que se establezca algún tipo de condena en cabeza del Hospital San Rafael de Cáqueza, debe tenerse en cuenta el deducible pactado en Póliza Todo Riesgo Daños Materiales Entidades Estatales N. 376-83-994000000020, **asciende al 10% de toda o cada pérdida, mínimo 2 SMMLV**, que es la porción que debe asumir el asegurado, así:

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
DEDUCIBLES: 10.00 % DEL VALOR DE LA PERDIDA - Mínimo: 2.00 SMMLV

De acuerdo con lo anterior, solicito a su señoría que en remoto e improbable caso que se establezca la responsabilidad del Hospital San Rafael y se condene por algún concepto, se tenga en cuenta que el contrato asegurativo estableció y se pactó el mencionado del deducible, el cual debe ser pagado en su totalidad por el asegurado por 10% del valor total de la pérdida, con un mínimo de 2 SMMLV.

E. PAGO POR REEMBOLSO.

Sin que se constituya aceptación de responsabilidad por parte del asegurado o la compañía aseguradora que represento, de manera respetuosa solicitamos al honorable juez que, en el remoto evento que se demuestre de alguna manera la responsabilidad del asegurado y se obligue a mi representada a realizar algún pago, se indique que este debe realizarse únicamente por reembolso.

V. SOLICITUD

De conformidad con lo expuesto en precedencia, solicito al Juzgado treinta y ocho (38) Administrativo de Bogotá, se sirva denegar la totalidad de las pretensiones del medio de control de reparación directa incoado por CÉSAR AMADEO BETANCOURTH TORRES, MAGDA LILIANA GUTIÉRREZ ROJAS, SAMUEL DAVID BETANCOURTH, MARÍA SOFÍA BETANCOURTH Y ROSALBA ROJAS TORRES. en contra de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE CAQUEZA, dada la inexistencia de responsabilidad y/o de obligación a cargo de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE CAQUEZA por cuanto se tiene ausencia de pruebas que permitan deducir al juez que se dio una falla del servicio en este caso, así como la inexistencia de responsabilidad por configuración de la causal eximente de responsabilidad relativa al hecho exclusivo de los cuidadores de la víctima, la reducción de la indemnización como consecuencia de la conducta de los cuidadores de la víctima en la producción del daño y improcedencia del reconocimiento del daño emergente.

De manera subsidiaria, y en el remoto e hipotético caso que se considere acceder a las pretensiones de la demanda, ruego se tomen en consideración todas y cada una de las excepciones y argumentos planteados frente al llamamiento en garantía realizado por la E.S.E Hospital San Rafael de Cáqueza a mi representada ASEGURADORA SOLIDARIA DE

COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA declarando probadas las exclusiones pactadas en la Póliza Todo Riesgo Daños Materiales Entidades Estatales N. 376-83-994000000020 y, por ende, la inexistencia de obligación legal o contractual alguna en cabeza de mi representada de asumir las consecuencias de una eventual sentencia condenatoria proferida por este despacho.

No siendo otro el motivo de la presente,

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 de Bogotá D.C.

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