

SEÑORES:

**JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.S.D.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

RADICADO: 760013333016-2020-00103-00

DEMANDANTES: BRIGITH ARROYO TENORIO y OTROS

DEMANDADOS: RED DE SALUD DEL ORIENTE E.S.E. Y OTROS

LLAMADO EN GARANTÍA: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA
S.A.

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA identificado con la 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 calidad de apoderado de la compañía **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, conforme con el certificado de existencia y representación legal adjunto. Encontrándome dentro del término legal, mediante el presente escrito presento **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**, previa las siguientes consideraciones:

I. OPORTUNIDAD

De conformidad con la audiencia de pruebas celebrada el 03 de septiembre de 2024 este despacho, con fundamento en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, ordenó dar traslado a las partes por el término de 10 días para presentar alegatos de conclusión, los cuales corren los días 04, 05, 06, 09, 10, 11, 12, 13, 16 y **17 de septiembre de 2024**. Por lo anterior, este escrito es presentando en oportunidad.

II. ALEGATOS DE CONSLUSIÓN

1. SE ENCUENTRA PLENAMENTE PROBADA LA FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI.

En el caso sub examine, se encuentra probada la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA del Distrito Especial de Santiago de Cali, en cuanto no tuvo ninguna relación o injerencia en la atención médica prestada al neonato y a su madre ni ostenta ninguna relación legal o contractual con la E.S.E. donde fue atendida. Por lo tanto, los hechos donde falleció el neonato, bajo ninguna circunstancia son imputables a Distrito Especial de Santiago de Cali.

La legitimación en la causa ha sido entendida como la relación sustancial que debe existir entre las partes y el interés sustancial que se discute en el proceso. Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que *“consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones.”*

Según la narrativa de los hechos de la demanda y sus fundamentos jurídicos, los accionantes atribuyen como causa eficiente del fallecimiento del bebé a la presunta atención inadecuada del servicio médico, por no contar con suficiente personal médico y asistencial y los equipos para realizar los monitoreos al bebé. Así las cosas, el error de los accionantes radica en atribuir la causa del presunto daño al Distrito Especial de Santiago de Cali, cuando no tuvo ninguna relación con la atención medica brindada al neonato y su madre, ni ostenta ninguna relación legal o contractual con el centro médico donde fue atendida.

Sobre el particular es necesario precisar que la parte actora lo que pretende es que se declare la responsabilidad de las entidades demandadas por la presunta falla en el servicio médico prestado por la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E. durante el desarrollo del embarazo y parto de la señora BRIGITH ARROYO TENORIO, sin embargo, no existe ninguna relación legal o contractual entre dichas entidades.

Por su parte, debe señalarse que, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1876 de 1994 *“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 ese sentido, no se encuentra ajustado a derecho pretender que el Distrito Especial de Santiago de Cali responda por actos que no están a su cargo, máxime cuando está demostrado que la E.S.E. es una entidad con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, susceptible de comparecer como entidad demandada de manera directa.

Por otra parte, el extremo activo, teniendo la carga probatoria, no demuestra, al menos sumariamente, que Distrito Especial de Santiago de Cali tuvo alguna intervención o injerencia en la atención medica brindada a la señora BRIGITH ARROYO TENORIO y su bebé, de la cual se pudiera inferir que incumplió su deber institucional, que conlleve a una falla en el servicio.

En conclusión, en ninguno de los eventos señalados es posible imputar responsabilidad con fundamento en la falla del servicio por omisión, pues resulta evidente que el Distrito Especial de Santiago de Cali no tuvo ninguna relación ni injerencia en la atención medica brindadas a la demanda y su bebé, ni tienen ningún vínculo legal o contractual con la E.S.E. donde fue atendida. Adicionalmente, no se aportó ninguna prueba que acredite que Distrito Especial de Santiago de Cali tenía un deber de vigilancia o control sobre la actuación médica brindada por los galenos de la E.S.E.

Por lo anterior, solicito declarar PROBADA la falta de legitimación en la causa del Distrito Especial de Santiago de Cali.

2. EN TODO CASO SE ENCUENTRA PROBADA LA INEXISTENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO MEDICO PRESTADO POR LA RED DE SALUD ORIENTE E.S.E. - LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL PROCESO ACREDITAN QUE ACTUÓ DE MANERA PERITA, OPORTUNA Y DILIGENTE.

En el caso sub examine, se encuentra probada la inexistencia de una falla en la prestación del servicio médico brindado por la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E., por ende, es inviable imputarle fáctica y jurídicamente el hecho dañoso. Lo anterior, conforme a las pruebas

aportadas y practicadas dentro del proceso, mediante las cuales se puede establecer ciertamente que los galenos de la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E. obraron en atención a los principios de la *lex artis*, de manera oportuna, adecuada y diligente durante la atención médica prestada a la señora BRIGITH ARROYO TENORIO y su bebé, en cuanto una vez ingresó al hospital de manera inmediata se le brindó la atención médica, se realizó el debido seguimiento a la evolución de su trabajo de parto y se tomó la frecuencia cardíaca del feto a través de la toma de Doppler fetal el cual cumple la misma función del monitoreo fetal. Sin embargo, al nacer el bebé presentó circular de cordón apretada, lo cual no era previsible para los galenos pues solo era posible visualizarlo al momento del nacimiento. Por otro lado, la parte demandante no aportó ninguna prueba que desvirtuó la atención adecuada y diligente brindada por los galenos de la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E. y/o que estas hubieran sido la causa determinante del deceso del bebé.

Lo primero que se debe señalar es que la imputación que realiza la parte actora a la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E., es por presuntamente no haber realizado un procedimiento adecuado y oportuno, falta de personal médico y asistencial suficiente, así como tampoco contar con los equipos médicos necesarios para realizar los monitoreos fetales. Sin embargo, como ha quedado acreditado dentro del plenario, los galenos de la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E. mostraron una debida diligencia en su actuar médico al atender de manera inmediata a la señora BRIGITH ARROYO TENORIO una vez ingresó al hospital, así como realizar seguimiento constante a la evolución del trabajo de parto y realización de monitoreo fetal.

A efectos de aclarar lo antes expuesto, se puede observar en la historia clínica que la señora BRIGITH ARROYO TENORIO ingresó a la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E. el día 22 de julio de 2018 a las 17:48:46 horas con motivo de consulta "TENGO MUCHO DOLOR" y se consignó "PACIENTE DE 23 AÑOS RHO+, G1P0 NO CONFIABLE, EN GESTACION DE 37.4 SEMANAS SS X ECOGRAFIA DEL 04/01/18 QUE REPORTA 9.1. SS, CP # 6 NORMALES (AMISALUD) //// PACIENTE QUE CONSULTA POR CUADRO CLINICO DE 12 HORAS DE EVOLUCION CONSISTENTE EN DOLOR EN REGION PERVICA QUE SE IRRADIA A ESPALDA TIPO CONTRACCION ASOCIADO A SALIDA DE TAPON MUCOSO, NIEGA MANIORREGA, NIEGA GENITORRAGA, NIEGA EMESIS, FIEBRE O DIARRERA, NO AUTOMEDICADA, NIEGA CEFALEA O SINTOMAS PREMONITORIOS, PERCIBE MOVIMIENTO FETAL, RIFIERE CONSULTO A CLINICA DE LOS REMEDIOS

EN HORAS DE LA MAÑANA, REFIEREN SALA DE PARTOS SE ENCUENTRA CERRADA EN EL MOMENTO, ENCUENTRAN DILATADA EN 1 CM". De igual manera, se observa que la paciente fue clasificada en Triage II y se ordenó plan de manejo.

Atención: 201807220215 - [760010395701] HOSPITAL				
Ingreso				
Fecha: 22/07/2018	Hora: 17:48:46	Usuario: Contributivo	Poliza:	Autorización: 3576556
Servicio: URGENCIAS PARTOS		Administradora: COOSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE		
Edad del Paciente: 23 Año(s)				
Acompañante				
Tipo: Solo				
Egreso				
Fecha: 23/07/2018	Hora: 16:01:10	Servicio: HOSP PARTOS Y MATERNAS	Cama: PARTOS CAM	Estado: VIVO
Hospitalización				
Fecha: 22/07/2018	Hora: 18:29:17	Servicio Destino: HOSP PARTOS Y MATERNAS		

Urgencias

• Triage

Fecha y Hora: 22/07/2018 - 18:10:07 **Profesional:** CALDAS ZUÑIGA DIANA NOHELIA
Motivo: "TENGO MUCHO DOLORES"
Signos Vitales: Peso: 63.20 Kg Talla: 157 cm MC: 25.64 Kg/m² FC: 78 Min, FR: 18 Min, Temp: 36.20 °C PA: 120/61
 Saturación: 98.00 %
Hallazgos Clínicos: PACIENTE DE 23 AÑOS, RH O+, G1P0, FUR NO CONFIABLE, EN GESTACION DE 37.4 SS X ECOGRAFIA DEL 04/01/18 QUE REPORTA 9.1 SS, CP # 6 NORMALES (AMISALUD)!!!! PACIENTE QUE CONSULTA POR CUADRO CLINICO DE 12 HORAS DE EVOLUCION CONSISTENTE EN DOLOR EN REGION PELVICA QUE SE IRRADIA A ESPALDA TIPO CONTRACCION ASOCIADO A SALIDA DE TAPON MUCOSO, NIEGA MANIORREGA, NIEGA GENITORRAGIA, NIEGA SINTOMAS URINARIOS IRRITATIVOS, NIEGA TOMA DE ABORTIVOS, NIEGA TRAUMA, NIEGA EMESIS, FIEBRE O DIARREA, NO AUTOMEDICADA, NIEGA CEFALEA O SINTOMAS PREMONITORIOS, PERCIBE MOVIMIENTO FETAL. REFIERE CONSULTO A CLINICA DE LOS REMEDIOS EN HORAS DE LA MAÑANA, REFIEREN SALA DE PARTOS SE ENCUENTRA CERRADA EN EL MOMENTO, ENCUENTRAN DILATADA EN 1CM, ENVIA A LA CASA CON RECOMENDACIONES Y SIGNOS DE ALARMA
Impresión Diag:
Clasificación: Triage II
Conducta: Urgencias.

Plan de Manejo y Recomendaciones

Destino: AMBULATORIO
Recomendaciones: DX 1. TRABAJO DE PARTO 2. G1P0 3. GESTACION DE 37.4 SEMANAS POR ECOGRAFIA PACIENTE CON DIAGNOSTICOS ANOTADOS, EN EL MOMENTO HEMODINAMICAMENTE ESTABLE, SIN SIGNOS DE ALARMA, CONSULTA POR DOLOR TIPO CONTRACCION ASOCIADO A SALIDA DE TAPON MUCOSO, AL EXAMEN FISICO CIFRAS TENSIONALES EN RANGO DE NORMALIDAD, MOVIMIENTOS FETALES PRESENTES, FETOCARDIA POSITIVA, CON ACTIVIDAD UTERINA PALPABLE, CERVIX ANTERIOR, CON CAMBIOS DE LABOR DE PARTO FASE ACTIVA, SIN SANGRADO, SIN AMNIOREA, POR LO CUAL SE INGRESA A SALA DE PARTOS PARA VIGILANCIA DE TRABAJO DE PARTO Y ATENCION MATERNO-FETAL INTEGRAL. SE LE EXPLICA A LA PACIENTE Y FAMILIAR LA CONDUCTA QUIENES REFIERE ENTENDER Y ACEPTAR ORDENES MEDICAS 1- HOSPITALIZAR EN TRABAJO DE PARTO 2- DIETA LIQUIDA 3- LEV SSN AL 0.9% PASAR A 60 CC/HRS 4- SS HEMOGRAMA, SEROLOGIA Y VIH 5- SS MONITORIA FETAL 6- SE INICIA GRAFICACION DEL PTOGRAMA 7- VIGILANCIA DEL TRABAJO DE PARTO CONTROL DE FCF, CONTRACTILIDAD UTERINA Y PROGRESION EN LA DILATACION 8- CONTROL DE SV DE RUTINA 9. AVISAR CAMBIOS

Seguidamente, se observa que en la nota de evolución No. 1 de las 20:03:00 se registra el seguimiento realizado a la materna "EVOLUCION TRABAJO DE PARTO **G1P1 EG 37.4 SS.S: PACIENTE REFIERE CONTRACTILIDAD UTERINA QUE AUMENTA DE

INTENSIDAD, PERCIBE MOVIMIENTOS FETALES, NIEGA PERDIDAS VAGINALES, NIEGA OTRA SINTOMATOLOGIA”.

• Evolucion

Evolución N°. 1

Fecha: 22/07/2018

Hora: 20:03:00

Digitó: OCHOA BERRIO MONICA.(MEDICINA .)

Subjetivo: **EVOLUCION TRABAJO DE PARTO** G1P1 EG 37.4 SS S: PACIENTE REFIERE CONTRACTILIDAD UTERINA QUE AUMENTA DE INTENSIDAD, PERCIBE MOVIMIENTOS FETALES, NIEGA PERDIDAS VAGINALES, NIEGA OTRA SINTOMATOLOGIA.

Objetivo: O: ENCUENTRO PACIENTE ACOSTADA, ALERTA, HIDRATADA, HEMODINAMICAMENTE ESTABLE, NO SIGNOS DE DIFICULTAD RESPIRATORIA. CON SV DE TA 116/76 MMHG, FC 88 LPM, FR 16 RPM, TEMPERATURA 36. SATURACION 99% O2 AMBIENTE. FCF: 141 LPM, CONTRACTILIDAD UTERINA 3X10X20. G/U: TV: D: 9 CM, B: 100% ESTACION 0, MEMBRANAS INTEGRAS

Peso: Talla: MC: FC: 88 Min FR: 17 Min Temperat: 36.00 °C PA: 116/76 FetoCard: 141 Saturaci: 99.00 %

En este punto es menester precisar que la paciente y el feto presentaban signos normales y estables, es decir, no se evidenciaba que el parto presentara ningún tipo de riesgo. Al respecto, se trae a colación lo manifestado por la médica DIANA NOELIA CALDAS ZUÑIGA en audiencia de pruebas, en la cual explicó que la paciente no presentaba factores de riesgo y que tenía una fetocardia positiva en valores de rango de normalidad:

“A las 6:10 que la paciente ingresa a Triage que es la primera atención que se le brinda, la paciente trae unos signos vitales estables, no presentaba alteración de su presión arterial ni de la frecuencia cardíaca, tenía una fetocardia positivo en valores de rango de normalidad, o sea, entre 110 y 160, latidos por minuto del menor y al examen físico se encontraba un cuello dilatado corto, anterior, con dilatación entre 4 y 5 que para las guías de práctica clínica es una paciente que se encuentra en trabajo de parto, fase activa, con un borramiento de 4% y una estación de menos 2, entonces se le realiza toda la atención, paraclínicos, carpeta de control prenatal, se evidencia que la paciente no presenta factores de riesgo para una atención del parto en un nivel superior, debido a que la paciente no era gestante menor de 15 años ni mayor de 38 años, tenía un embarazo mayor de 37 semanas, en ese momento tenía 37.4 semana, no tenía patologías asociadas que se evidenciara durante su atención del trabajo de parto, no era una madre hipertensa, no era una madre diabética, no tenía patologías a nivel uterino que le dificultara su trabajo de parto, había hecho sus respectivos controles y tenía sus ecografías, de acuerdo con el estudio que se hizo, la paciente no presentaba factores de riesgo...”

Por otra parte, en las notas de enfermería se registró como diagnostico principal “O479 FALSO TRABAJO DE PARTO SIN OTRA ESPECIFICACION”, y que la paciente

“...CONTINUA EN VIGILANCIA MATERNO FETAL DE SU TRABAJO DE PARTO...”

Controles Especiales: Signos Vitales: _ Líquidos _
Diagnósticos
Principal: 0479 FALSO TRABAJO DE PARTO SIN OTRA ESPECIFICACION

Análisis: PACIENTE EN TRABAJO DE PARTO FASE ACTIVA, CONTINUA EN VIGILANCIA MATERNO FETAL DE SU TRABAJO DE PARTO, PACIENTE SE BENEFICIARIA DE TOMA DE MONITORIA FETAL SIN EMBARGO NO HAY PERSONAL EN EL TURNO (JEFE DE ENFERMERIA) PARA SU TOMA, Y HAY UN SOLO MEDICO PARA ATENDER 4 SERVICIOS: OBSERVACION, HOSPITALIZACION, URGENCIAS Y ATENCION DEL PARTO. CONTINUA VIGILANCIA CLINICA

Ahora, si bien en dicha nota de enfermería se consignó “...PACIENTE SE BENEFICIARIA DE TOMA DE MONITORIA FETAL SIN EMBARGO NO HAY PERSONAL EN EL TURNO (JEFE DE ENFERMERIA) PARA SU TOMA, Y HAY UN SOLO MEDICO PARA ATENDER 4 SERVICIOS: OBSERVACION, HOSPITALIZACION, URGENCIAS Y ATENCION DEL PARTO CONTINUA VIGILANCIA CLINICA”. Lo cierto es que a la paciente si se le hizo el seguimiento de la frecuencia fetal, no a través de la monitoria como sugiere la parte actora que debía realizarse, sino a través de la toma de Doppler cada 30 minutos.

Véase que, según lo señalado por la médica DIANA NOELIA CALDAS ZUÑIGA en audiencia de pruebas, efectivamente si se hizo un seguimiento a la frecuencia cardiaca del feto a través de la toma de Doppler fetal, la cual cumple y es igual de viable que realizar una monitoria fetal. Así las cosas, la testigo señaló:

Preguntado: *¿Hay alguna diferencia entre una monitoria fetal y la toma de frecuencia fetal por doppler?*

Contestó: *“No, las guías de práctica clínica dicen que no hay ninguna diferencia, dicen que es tanto viable la toma de la monitoria fetal como la toma de doppler fetal cada 30 minutos que no va a hacer diferencia siempre y cuando se tengan valores normales.”*

Preguntado: *¿Eso qué quiere decir?*

Contestó: *“Que es tanto normal tomar una monitoria fetal como tomar una fetocardia, si yo no cuento con un monitor, entonces no va a hacer la diferencia.”*

Preguntado: *¿En ese caso se tomaron esas frecuencias cardiacas?*

Contestó: *“Si, se tomaron las fetocardias, tanto a su ingreso que se hace la evaluación general como durante el trabajo de parto. Por lo que se evidencia en la historia clínica se tomaron porque las reportan”.*

De lo anterior, se puede evidenciar que una vez la paciente ingresó al servicio de urgencias fue atendida de manera inmediata por los galenos, se le realizó el seguimiento de la evolución tanto a la madre como al feto, así como la toma de la frecuencia cardiaca fetal a través de toma de Doppler cada 30 minutos. De igual manera, tanto la historia clínica como los testimonios practicados dan cuenta que la paciente no presentaba ningún riesgo y que durante su trabajo de parto la fetocardia se mostraba en valores normales. Luego entonces la paciente no presentaba ninguna circunstancias o patología que hicieran sospechar un estado de riesgo en el parto y que en consecuencia ameritara una atención de mayor nivel o incluso que requiera de una monitoria especial para tomar la frecuencia cardiaca del feto, pues como lo indicó la testigo no hacía ninguna diferencia realizar una monitoría o un Doppler fetal.

Por otro lado, no se puede perder de vista que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le imponen los estamentos legales para demostrar el supuesto de hecho por los cuales se imputa responsabilidad a la entidad demandada, especialmente encontrándonos frente a un régimen de responsabilidad de falla en el servicio probada. Sobre el punto se destaca que, el extremo actor no aportó prueba pericial ni de otra índole que acredite que la atención medica prestada por la E.S.E. fue inadecuada, imperita o inoportuna o que hubiere requerido un mayor nivel de atención durante el trabajo de parto, que el personal médico que atendió a la paciente fue insuficiente o que no se hubieran utilizados los instrumentos necesarios para el adecuado diagnóstico, por el contrario, las pruebas que obran en el plenario dan cuenta que el bebé nació con circular de cordón umbilical, lo que no era previsible para el personal médico y que la madre del bebé se mostró reacia a pujar lo que complicó su parto configurándose la causa extraña o culpa exclusiva de la víctima en el resultado dañoso.

En conclusión, en contra de la tesis abordada por la parte actora en su demanda, se encuentra probado que los profesionales médicos de la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E. que atendieron a la señora BRIGITH ARROYO TENORIO y su bebé cumplieron con todos los parámetros médicos y *lex artis* para prestar una adecuación atención, sin embargo, por

ser un riesgo inherente a todo trabajo de parto, de manera imprevisible, el bebé nació con circular de cordón umbilical, aunado a que durante el parto la madre no pujó adecuadamente, debió ser reanimado y posteriormente remitido a un centro médico de mayor nivel. Adicionalmente, la parte actora no acreditó que la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E. hubiere actuado de manera negligente, inoportuna e imperita y/o que esta hubiere sido la causa del fallecimiento. Por lo tanto, es clara la inexistencia de la falla en el servicio que el extremo activo pretende imputar a la E.S.E.

Por lo anterior, solicito al honorable juez declarar probada esta excepción.

3. SE ENCUENTRA PROBADA LA INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL FALLECIMIENTO DEL FETO Y LA ATENCIÓN MEDICA PRESTADA POR LA RED DE SALUD ORIENTE E.S.E.

En el presente caso la parte actora no probó el nexo de causalidad entre el fallecimiento del bebé y el acto médico de los galenos de la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E., teniendo en cuenta principalmente que no se acreditó la existencia de una falla en la prestación del servicio, pues en todo momento actuaron de manera diligente, oportuna, perita y con apego a los principios que impone la *lex artis* al atender de manera inmediata a la madre del neonato, se realizó el seguimiento a su evolución y se tomaron los signos vitales y frecuencia cardiaca del feto los cuales presentaron valores normales. Pese a ello, por ser un riesgo inherente al trabajo de parto, al nacer se evidenció que el bebé nació con circular de cordón umbilical lo que no era previsible para los galenos.

El nexo de causalidad se ha definido como la determinación de que una conducta antijurídica es la causa eficiente de un daño. Así lo ha entendido en profusa jurisprudencia el Honorable Consejo de Estado, para lo cual valga traer a colación la siguiente consideración emanada de dicha Corporación: *“El nexo causal es la determinación de que un hecho es la causa de un daño. En esa medida, en aras de establecer la existencia del nexo causal es necesario determinar si la conducta imputada a la Administración fue la causa eficiente y determinante del daño que dicen haber sufrido quienes deciden acudir ante el juez con miras a que les sean restablecidos los derechos conculcados”*

Ahora bien, es preciso reiterar que, en el régimen de la falla en el servicio, corresponde al demandante amén de probar el daño antijurídico ocasionado, demostrar la relación de

causalidad entre éste y la conducta dañosa imputada, debiendo ser la segunda su causa eficiente, es decir, le corresponde a la parte demandante acreditar el nexo causal. Sin embargo, en el caso concreto, es evidente la carencia probatoria de los elementos que constituye la responsabilidad estatal.

En primer lugar, porque la atención dispensada por los galenos de la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E. se realizó de manera diligente, oportuna y fundamentada en los principios de la *lex artis*, lo cual deja desprovista cualquier falla en el servicio médico que se le pretenda imputar y por ende la existencia de cualquier nexo de causalidad entre dicha actuación y el fallecimiento del bebé.

Sobre el particular, se reitera que la señora BRIGITH ARROYO TENORIO ingresó a la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E. el día 22 de julio de 2018 a las 17:48:46 y de manera inmediata fue atendida en urgencias, se dejó en observación y se realizó el seguimiento a la evolución de la paciente, se tomó fetocardia la cual se encontró en valores normales, tiempo durante el cual no se evidenció ningún factor que implicara riesgo para el binomio: madre y feto. Con fundamento en ello los galenos de la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E. procedieron a continuar con el parto natural.

En concordancia con lo anterior, también debe señalarse que la parte actora no probó que la paciente debía ser remitida a un centro de mayor nivel ni que requiriera de equipos médicos especializados. Sobre el punto, debe señalarse que al momento del nacimiento se evidenció que el bebé nació con circular de cordón umbilical, lo cual no era previsible para los galenos y tampoco era posible evidenciarla con una fetocardia e incluso ni siquiera con una ecografía era posible diagnosticarla con grado de certeza. Sobre el punto, la testigo DIANA NOELIA CALDAS ZUÑIGA indicó en audiencia de pruebas:

Preguntado: *¿Una fetocardia permite evidenciar una circular de cordón umbilical?*

Contestó: *“No, no permite evidenciar si hay o no circular de cordón, es más, hay menores que tienen monitorias fetales completamente normales y nacen con circular de cordón sin que esto implique que necesariamente nazcan con una asga menor de 4 o menor de 6, y también hay monitorias fetales que pueden evidenciarse alteradas sin que sea necesariamente por una circular de cordón.”*

Preguntado ¿es posible determinar con anticipación que un feto va a nacer con circular de cordón?

Contestó. “No, porque incluso, las ecografías que es lo que demuestran que un feto puede venir con una circular de cordón, hasta en un 10% no puede determinarme ni patologías ni circular de cordón, o sea que es improbable determinar que un recién nacido venga con circular de cordón.”

Consecuentemente manifestó que la circular de cordón es un riesgo inherente al trabajo de parto y que incluso un menor puede estar sin circular de cordón y durante el expulsivo hacer la circular, lo cual denota fehacientemente la imprevisibilidad de condición presentada por el feto al momento de nacer. Al respecto, la testigo manifestó:

Preguntado: ¿Esa circular de cordón es un riesgo inherente al trabajo de parto?

Contestó: “Sí, es un riesgo inherente al trabajo de parto, porque incluso un menor puede estar sin circular de cordón y durante el expulsivo hacer la circular de cordón, o sea, no se puede determinar que el menor estuvo todo el tiempo con la circular de cordón o que en su defecto en el expulsivo hizo la circular de cordón, no hay posibilidad de saberlo”

Es decir, no era posible para los galenos diagnosticar anticipadamente que el bebé iba a nacer con circular de cordón, pues tal como lo indicó la galena, es un riesgo inherente al trabajo de parto y no hay posibilidad de saber si se va a presentar dicho situación ni en qué momento.

Por otro lado, se evidencia que la madre del bebé estuvo reacia a pujar, incluso desatendió las indicaciones del personal médico, lo cual también pudo tener una injerencia en el resultado. Véase que en la historia clínica se registró que la paciente tenía “MAL PUJO, POCO COLABORADOR, SE DESESPERA GRITA Y NO SIGUE ORDENES MEDICAS”

• **Notas Medicas**

Fecha 22/07/2018 Hora 22:02:52 Profesional OCHOA BERRIO MONICA Especialidad MEDICINA GENERAL
Nota

PACIENTE SE TRASLADA A SALA DE PARTOS, PRIMIGESTANTE, CON MAL PUJO, POCO COLABORADOR, SE DESESPERA, GRITA Y NO SIGUE ORDENES MEDICAS. PACIENTE PRESENTA EXPULSIVO PROLONGADO. A LAS 21+24 HRS SE OBTIENE RECIEN NACIDO FEMENINO, CON CIRCULAR DE CORDON APRETADA, SE PINZA Y SE CORTA. RECIEN NACIDO HIPOTONICO. EN PARO RESPIRATORIO, CIANOTICO, PULSO DEBIL, SE ESTIMULA Y SE ASPIRAN SECRECIONES CON POBRE RESPUESTA. SE TRASLADA A MESA DE CALOR. SE INICIA RCP, SE REALIZA INTUBACION OROTRAQUEAL. SE VERIFICA A TUBO, SATURACION 70-77%. FCF 100 LPM, SE ADMINISTRA 1 CC DE ADRENALINA, SE CONTINUA CON VENTILACIONE S. SE LLAMA AMBULANCIA SICO PARA TRASLADO COMO URGENCIA VITAL SE DIRECCIONA RECIEN NACIDO HACIA FUND ND VALLE DEL LILI

Circunstancia que era de importancia para que el bebé mantuviera oxigenado todo el tiempo y no presentara ninguna complicación, de acuerdo a lo manifestado por la Dra. DIANA CALDAS. Además, indicó la galena que la causa de la muerte pudo estar relacionada con el mal trabajo de parto atribuible a la madre, de quien depende realizar un buen pujo y buena respiración, sin embargo, como se dejó consignado en la historia clínica la paciente no obedeció las indicaciones médicas, siendo esta una causal eximente de responsabilidad por culpa de la víctima.

En conclusión, se tiene que el acto por el cual se pretende la declaratoria de responsabilidad de la demandada es inexistente. Efectivamente no hay nexo de causalidad pues la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E., como se explicó, actuó conforme con la *lex artis* atendiendo de manera inmediata a la paciente, se hizo el seguimiento a su evolución, se tomaron los signos vitales y de frecuencia cardíaca al feto, sin embargo, al momento del nacimiento se evidenció la presencia de circular de cordón lo cual no era previsible para los galenos aunado al mal trabajo de parto que presentó la madre del neonato quien no atendió las indicaciones del personal médico, configurándose la eximente de responsabilidad la .E.S.E.. Todo lo anterior, permite evidenciar que no hay nexo de causalidad pues el daño reclamado por los demandantes no tiene relación ninguna con las actuaciones surtidas por los galenos de la RED DE SALUD ORIENTE E.S.E.

Por lo anteriormente expuesto, solicito declarar probada esta excepción.

4. SE ENCUENTRA PROBADA LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA

En el caso sub examine se encuentra acreditado que el fallecimiento del bebé tuvo como causa el mal trabajo de parto realizado por la madre del bebé, quien hizo mal pujo y desatendió las indicaciones del personal médico. Por lo tanto, al ser esta la causa del deceso del bebé, las entidades demandadas deben ser eximidas de responsabilidad frente al hecho dañoso, ante la ausencia evidente del nexo de causalidad.

La Sección Tercera de la subsección C del Consejo de Estado, en la Sentencia del 04 de abril de 2018, Radicado No. 54001-23-31-000-2010-00466-01 (42222). MP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se pronunció al respecto:

“(…) la culpa exclusiva de la víctima es entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, y tal situación releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que esta debe asumir las consecuencias de su proceder. La culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del C. Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita. Valga decir, que, de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones (…)” (Negrilla y resaltado por fuera del texto original).

Bajo este escenario, el H. Consejo de Estado ha sostenido que para que se erija la culpa exclusiva de la víctima es necesaria la concurrencia de dos elementos. En concreto se estableció lo siguiente:

“Desde esta perspectiva debe recordarse que para que se erija la culpa exclusiva de la víctima con la virtualidad de desestructurar la formulación de la imputatio facti, se requiere, (i) una conducta, bien positiva o negativa de quien padeció directa o indirectamente el daño, (ii) y que ésta haya sido determinante para el acontecer de las lesiones infligidas. Aserto bajo el cual queda inmediatamente enervado el juicio de imputación al haber quedado, prima facie, descartada la atribución del daño, a persona distinta de la víctima” (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Abordando el caso concreto, se evidencia en la historia clínica que la paciente hizo mal pujo y no atendió las indicaciones del personal médicos. Al respecto en la nota de enfermería del 22/07/2018 hora 22:02:52 lo siguiente:

• Notas Medicas

Fecha 22/07/2018 Hora 22:02:52 Profesional OCHOA BERRIO MONICA Especialidad MEDICINA GENERAL
Nota

PACIENTE SE TRASLADA A SALA DE PARTOS, PRIMIGESTANTE, CON MAL PUJO, POCO COLABORADOR, SE DESESPERA GRITA Y NO SIGUE ORDENES MEDICAS. PACIENTE PRESENTA EXPULSIVO PROLONGADO. A LAS 21+24 HRS SE OBTIENE RECEN NACIDO FEMENINO, CON CIRCULAR DE CORDON APRETADA, SE PINZA Y SE CORTA. RECEN NACIDO HIPOTONICO, EN PARO RESPIRATORIO, CIANOTICO, PULSO DEBIL, SE ESTIMULA Y SE ASPIRAN SECRECIONES CON POBRE RESPUESTA. SE TRASLADA A MESA DE CALOR, SE INICIA RCP, SE REALIZA INTUBACION OROTRAQUEAL, SE VERIFICA A TUBO, SATURACION 70-77%, FCF 100 LPM, SE ADMINISTRA 1 CC DE ADRENALINA, SE CONTINUA CON VENTILACIONES. SE LLAMA AMBULANCIA SICO PARA TRASLADO COMO URGENCIA VITAL SE DIRECCIONA RECEN NACIDO HACIA FUND VALLE DEL LILI

De acuerdo con la nota en enfermería citada, la paciente tenía “MAL PUJO, POCO COLABORADOR, SE DESESPERA GRITA Y NO SIGUE ORDENES MEDICAS”. Situación que, además fue confesada por la demandante BRIGITH ARROYO TENORIO en interrogatorio de parte y que coincide con lo manifestado por la testigo Dra. DIANA CALDAS en audiencia de pruebas.

En conclusión, se puede establecer que en el caso bajo estudio la causa eficiente del fallecimiento del bebé no tuvo como causa la supuesta falla en el servicio de las entidades demandadas, sino la culpa exclusiva y determinante de la víctima que desatendió su deber de acatar las órdenes médicas en el momento del trabajo de parto.

Por lo anteriormente expuesto, solicito respetuosamente a su señoría declarar probada la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad.

5. DE MANERA SUBSIDIARIA, SE DEBE REDUCIR LA CONDENA POR LA CONCURRENCIA DE CULPAS

Sin perjuicio de que en el caso bajo estudio se encuentra probada la culpa exclusiva de la víctima como causa determinante del resultado dañoso, y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, es posible establecer que la actuación culposa de la víctima tuvo una alta injerencia en la producción del resultado, por lo tanto, en el improbable caso que se llegare a proferir sentencia condenatoria y el despacho determine que mi representada debe responder con fundamento en el contrato de seguro, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, es menester disminuir el monto de la indemnización.

El artículo 2357 del Código Civil señala que *“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”*

En el mismo sentido, el Consejo de Estado mediante sentencia proferida dentro del expediente 19067, con ponencia del consejero Mauricio Fajardo Gómez, dijo lo siguiente:

Por otra parte, a efectos de que operen los mencionados eximentes de responsabilidad (hecho de la víctima o de un tercero), es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder activo u omisivo de aquellos tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que dichas causales eximentes de responsabilidad puedan tener plenos efectos liberadores respecto de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por la víctima o por un tercero sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada o determinante, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Abordando al caso concreto, no queda duda que la culpa de la víctima tuvo una alta injerencia en la producción del resultado dañoso. Lo anterior encuentra sustento en tanto que la madre del bebé desacató las órdenes médicas al momento del trabajo de parto, situación que influyó en las complicaciones que presentó el bebé al momento de nacer y que posteriormente generaron su fallecimiento.

Por lo anterior, de manera subsidiaria, y de conformidad con las normas y jurisprudencia antes citada, solicito declarar PROBADA la concurrencia de la culpa de la víctima en la producción del resultado dañoso, en consecuencia, se disminuya la indemnización que correspondiere asumir a las entidades demandadas y a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. ante una eventual y remota sentencia condenatoria.

6. EN EL CASO BAJO ESTUDIO, EL PERJUICIO NO ES INDEMNIZABLE PORQUE EL DAÑO PADECIDO DEL QUE DERIVA NO ES FACTICA NI JURIDICAMENTE IMPUTABLE A LA RED DE SALUD ORIENTE E.S.E.

Es de común conocimiento que es responsable del resarcimiento del daño que quien lo haya producido con su conducta omisiva o activa, en este caso la imputación fáctica del daño y la falla del servicio no pueden ser analizadas desde una perspectiva ideal, crítica o

abstracta del funcionamiento del servicio, sino que requieren ser estudiadas desde un ámbito real que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y la capacidad de la administración pública al momento de su producción y por los argumentos expuestos en anteriores párrafos es claro que el daño que se invoca irrogado por la actora no es imputable a las entidades demandadas, máxime cuando el actuar de la víctima contribuyó decisivamente a la concreción del riesgo.

Aclarado lo anterior es importante reseñar de forma breve porque cada rubro tipológico pretendido en la demanda no solo no es indemnizable por no ser provocado por las entidades demandadas, sino porque en los mismos criterios del abogado actor hay imprecisiones:

6.1. NO SE PROBÓ EL DAÑO MORAL-EXCESIVA TASACIÓN DEL MISMO.

En el caso objeto de estudio es improcedente el reconocimiento de perjuicios por concepto de daño moral en cuanto la parte actora no logró demostrar un daño en cabeza de las entidades demandadas DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI y RED DE SALUD ORIENTE E.S.E. En todo caso, en cuanto a los demandantes JENNIFER ANDREA GRANADA SALAZAR (tía paterna), JUAN ESTEBAN CHACON SALAZAR (primo paterno), KIMBERLY SALAZAR GUAÑARITA (tía paterna), KIMBERLY CHACON SALAZAR (prima paterna), DARLY GONZALEZ CARABALI (tía materna), VERONICA ARROYO TENORIO (tía materna) y AURA ALEJANDRA GRANADA SALAZAR (tía paterna) no se probó el daño moral irrogado toda vez que no se aportó ninguna prueba que acredite el vínculo afectivo entre estos y la víctima directa, ello teniendo en cuenta que en las relaciones de parentesco del tercer nivel, la jurisprudencia del Consejo de Estado no admite presunciones del daño moral. Adicionalmente, están solicitando como indemnización por perjuicios morales una suma equivalente a 50 SMLMV para cada uno de los demandantes excediendo el tope máximo concedido por esta jurisdicción como reparación en caso de muerte. Ello teniendo en cuenta que, según la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo, en los casos de muerte, se reconoce, para las relaciones de parentesco del 1 nivel la suma de hasta 100 SMLMV, para las relaciones de parentesco del 2 nivel es de hasta 50 SMLMV y para las relaciones de parentesco del 3 nivel es de 35 SMLMV.

Así pues, frente a los perjuicios morales solicitados en el líbello de la demanda, es preciso señalar que el Honorable Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014, unificó jurisprudencia en torno a los montos del resarcimiento cuando se reclaman perjuicios inmateriales. El mencionado cuerpo colegiado estableció:

Así las cosas, tenemos que el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo. En consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio (...)

*Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. **Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva,** y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva. (Subrayado y negrilla fuera del texto)*

Según la jurisprudencia citada, es inviable el reconocimiento de los perjuicios morales para los demandantes JENNIFER ANDREA GRANADA SALAZAR (tía paterna), JUAN ESTEBAN CHACON SALAZAR (primo paterno), KIMBERLY SALAZAR GUAÑARITA (tía paterna), KIMBERLY CHACON SALAZAR (prima paterna), DARLY GONZALEZ CARABALI (tía materna), VERONICA ARROYO TENORIO (tía materna) y AURA ALEJANDRA GRANADA SALAZAR (tía paterna), considerando que la jurisprudencia antes citada ha

hecho hincapié en que solo se presume el daño moral correspondiente a las relaciones paterno filiales del nivel 1 y 2, mientras que para los niveles 3, 4, y 5 debe acreditarse la relación afectiva.

En el caso concreto, sin el ánimo de aceptar responsabilidad en cabeza de las demandadas, en virtud de las presunciones derivadas del parentesco, no es posible inferir prima-facie, que los demandantes JENNIFER ANDREA GRANADA SALAZAR (tía paterna), JUAN ESTEBAN CHACON SALAZAR (primo paterno), KIMBERLY SALAZAR GUAÑARITA (tía paterna), KIMBERLY CHACON SALAZAR (prima paterna), DARLY GONZALEZ CARABALI (tía materna), VERONICA ARROYO TENORIO (tía materna) y AURA ALEJANDRA GRANADA SALAZAR (tía paterna) sufrieron dolor y congoja a raíz del fallecimiento del bebé. Lo mencionado, ya que respecto a ellos la jurisprudencia no admite presunciones derivadas de parentesco por no pertenecer al primer y segundo grado de consanguinidad, por lo que la parte actora tenía la carga de probar el vínculo afectivo. Sin embargo, al proceso no se aportó ninguna prueba que acredite dicho vínculo, incluso los testimonios que fueron rendidos en audiencia, ninguno se refirió, siquiera someramente, a los demandantes ni su relación con la víctima directa, por lo que es claro que el daño moral alegado no se probó en cuanto no se acreditó que hubieran sufrido directamente un dolor de índole moral, por lo que la pretensión debe ser negada.

Por otra parte, se encuentra probada la excesiva tasación del daño moral en cuanto la parte actora está solicitando que se reconozca la suma de 50 SMLMV para cada uno de los demandantes, suma que resulta a todas luces exorbitante, puesto que el tope fijado por la sentencia de unificación del Consejo de Estado corresponde a sumas abiertamente inferiores de las solicitadas, lo que evidencia el ánimo especulativo de las pretensiones que no puede convalidar el despacho. Lo anterior, puesto que la jurisprudencia antes citada señala que, en los casos de muerte, se reconoce, para las relaciones de parentesco del 1 nivel la suma de hasta 100 SMLMV, para las relaciones de parentesco del 2 nivel es de hasta 50 SMLMV y para las relaciones de parentesco del 3 nivel es de 35 SMLMV.

En conclusión, es inviable el reconocimiento por daño moral porque no está probado y mucho menos en las sumas pretendidas por la parte demandante, por cuanto la tasación propuesta es equivocada. En tal sentido, no hay lugar al reconocimiento de suma alguna por concepto que supere los montos fijados a partir de la unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. De ese modo, el daño moral no está probado y las sumas solicitadas

en las pretensiones de la demandada desconocen los lineamientos establecidos por esa corporación, es decir, las mismas resultan exorbitantes, por lo que claramente la pretensión debe ser desestimada.

6.2. SE ENCUENTRA PROBADA LA IMPROCEDENCIA DEL LUCRO CESANTE

En gracia de discusión, debe indicarse que, en el proceso, la parte actora solicita el reconocimiento del perjuicio material por concepto de lucro cesante, sin que se aportara prueba alguna que lo sustente. Debe indicarse que no existe prueba del lucro cesante, pues con respecto de la víctima directa se trataba de un bebé que por razones obvias no se encontraba en edad productiva ni la parte actora acredita una expectativa real y cierta de acceder a dicho rubro una vez el menor entrara en edad productiva. Lo expuesto impide al juez de instancia para que, en el remoto e hipotético evento de una condena, pueda acceder a su reconocimiento.

En este sentido, resulta útil recordar los aspectos fundamentales que configuran el lucro cesante. Éste se ha entendido cómo una categoría de perjuicio material, de naturaleza económica y de contenido pecuniario. Es decir, que puede cuantificarse en una suma de dinero y que consiste en la afectación o menoscabo de un derecho material o patrimonial, reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir, o que no ingresará al patrimonio de la persona. Es decir, se deja de recibir cuando se sufre un daño y puede ser percibido a título de indemnización por las víctimas directas o indirectas cuando se imputa al causante del perjuicio la obligación de reparar.

No obstante, para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o futura, es decir que si no se hubiese producido el daño el ingreso debía percibirse, es necesaria su plena demostración en el proceso con elementos probatorios fidedignos e idóneos, como lo son aquellos medios permitidos en el ordenamiento jurídico. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente.

“El lucro cesante, de la manera como fue calculado por los peritos, no cumple con el requisito uniformemente exigido por la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se

considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño (...)”

Esto significa que el lucro cesante no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias. Por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso. De manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso, siempre que logre acreditarse que en efecto la víctima, al momento de la ocurrencia del daño, ejerciera alguna actividad productiva que le generara los ingresos dejados de percibir.

Ahora bien, se debe mencionar que el Consejo de Estado ha dejado sentado que, para que sea procedente el reconocimiento de indemnización en la modalidad de lucro cesante cuando se trata de menores de edad, no se presume. Advierte el Consejo de Estado que debe quedar probado que el infante iba a percibir con grado de certeza ingresos económicos a partir de su mayoría de edad y que una parte de estos fueran destinados a ayudar a sus padres o familiares. Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiunos (2021), MP. MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO, Radicación número: 70001-23-31-000-2008-00082-01(66010), dijo lo siguiente:

*“[E]l reconocimiento de una indemnización por lucro cesante, cuando se trata de menores de edad, **está supeditado a que haya prueba de que ese infante iba a percibir con grado de certeza unos ingresos a partir de su mayoría de edad y que estos fueran destinados a ayudar a sus padres**, de lo contrario, se trata de una situación hipotética y eventual no susceptible de ser indemnizada. (...) incluso en el caso de los mayores de 18 años, en ausencia de prueba que demuestre (i) que los hijos contribuyen económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque materialmente están en condiciones de hacerlo, es decir, porque ejercen una actividad productiva que les reporta algún ingreso, y (ii) que los padres son beneficiarios de la obligación alimentaria, porque no tienen los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad, no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres.”*

Este pronunciamiento entonces excluye posibilidad alguna de que se reconozca lucro cesante cuando se trata de un menor de edad, sin existir certeza de que el menor devengara algún ingreso económico, que contribuía económicamente al sostenimiento del hogar y que los padres fueran beneficiarios de conformidad con las previsiones de la jurisprudencia antes citada, siendo entonces una utilidad meramente hipotética o eventual.

Aterrizando al caso concreto, debe manifestarse que la parte demandante solicita el reconocimiento de lucro cesante, con ocasión del fallecimiento del bebé. Sin embargo, por tratarse de un menor de edad que no se encontraba en edad productiva es claro que no hay lugar a reconocer indemnización por este concepto. Por otro lado, no se aportó ninguna prueba que acredite que los demandantes tenían una expectativa real y cierta de ser beneficiarios de una ayuda económica por parte del menor una vez entrara en edad productiva, por lo que, de conformidad con la jurisprudencia citada, es improcedente su reconocimiento.

En conclusión, al no haberse aportado prueba siquiera sumaria que permita acreditar (i) que el menor se encontraba en edad productiva (ii) que percibía ingresos económicos y que los mismos los destinara a la ayuda del hogar y (iii) que los demandantes tuvieran una expectativa de ser beneficiarios de esa ayuda económica, no resulta procedente la pretensión impetrada en el libelo genitor, según la cual, debe reconocerse y pagarse en favor de la parte actora sumas de dinero por concepto de lucro cesante.

III. ANALISIS PROBATORIO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR EL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI.

Sin perjuicio que en el sub-lite no se encuentra probada la responsabilidad del Distrito Especial de Santiago de Cali, se procederá a realizar un análisis de lo probado frente a la relación sustancial entre la asegurada y mi representada MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., con ocasión del contrato de seguro, que sirvió de base para convocarla a este proceso, así:

1. SE ENCUENTRA PROBADA LA FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 1501216001931

En el caso sub examine, se encuentra probado que la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931 no ofrece cobertura temporal, teniendo en cuenta que esta fue suscrita por la delimitación de cobertura por ocurrencia, de manera que dicha reclamación debía hacerse en vigencia del contrato de seguro, lo cual no ocurrió. Así pues, se tiene que los hechos ocurrieron el día 22 de julio de 2018 mientras que la vigencia de la póliza está comprendida desde el **31 de marzo de 2017** hasta el **25 de mayo de 2018** según los anexos 3, 5 y 9 de la póliza, lo que evidencia que el hecho ocurrió con posterioridad y por fuera de la vigencia de la póliza.

Sobre el particular, se debe señalar que la cobertura de la póliza que sirvió de fundamento para el llamamiento en garantía se extiende, con sujeción a las condiciones pactadas en la misma a amparar la responsabilidad civil extracontractual del **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**. Dicha póliza fue pactada bajo la modalidad de cobertura por ocurrencia, la cual contempla que la obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora sólo puede surgir a partir de los hechos ocurridos dentro de la vigencia de la póliza, tal como se puede observar en el clausulado particular del contrato de seguro:

3. Modalidad de Cobertura

Ocurrencia: Se cubren todos los perjuicios que se generen durante la vigencia del seguro, sin tener en consideración la fecha en la cual sean reclamados por los terceros.

En consecuencia, en el contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, se concertó previamente el ámbito de cobertura temporal de la póliza, de la siguiente manera:

Vigencia anexo 3.

VIGENCIA POLIZA				
INICIACION TERMINACION	HORA	DIA	MES	AÑO
	00:00	31	3	2017
	00:00	1	1	2018

Vigencia Anexo 5.

VIGENCIA POLIZA				
INICIACION TERMINACION	HORA	DIA	MES	AÑO
	00:00	1	1	2018
	00:00	1	2	2018

Vigencia Anexo 9.

VIGENCIA POLIZA				
INICIACION TERMINACION	HORA	DIA	MES	AÑO
	00:00	1	2	2018
	00:00	25	5	2018

Abordando al caso concreto, se tiene que la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931 tiene una vigencia desde el **31 de marzo de 2017** hasta el **25 de mayo de 2018** (certificados 3, 5 y 9). Sin embargo, el hecho, esto es, el fallecimiento del bebé, ocurrió el día **22 de julio de 2018**. Es decir, con posterioridad y por fuera de la vigencia de la póliza.

En conclusión, al no haber ocurrido el hecho dañoso durante la vigencia de la vigencia de la póliza, no puede tomarse en cuenta, por parte del despacho, el contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, toda vez que incumple los términos de la modalidad de cobertura por ocurrencia, adoptada tanto legal como contractualmente.

Por lo anterior, solicito al honorable Juez declarar **PROBADA** esta excepción.

2. SE ENCUENTRA PROBADA LA FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL NO. 1501216001931 FRENTE A LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MEDICA DEL ASEGURADO.

En el caso sub examine, la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931 no ofrecen cobertura material frente a la responsabilidad profesional médica del asegurado, máxime cuando la misma no hace parte de su haber obligacional. Por lo tanto, en el remoto e hipotético evento que el despacho encuentre acreditado que el asegurado tuvo alguna injerencia en la atención medica brindada al neonato como causa de su fallecimiento, es claro que la póliza no ofrece cobertura.

Sobre el particular, se debe señalar que la cobertura de la póliza utilizada como fundamento del llamamiento en garantía, se extiende, con sujeción a las condiciones pactadas en la misma, a amparar la responsabilidad civil extracontractual del Distrito Especial de Santiago de Cali. En consecuencia, en el contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, el objeto se delimitó de la siguiente manera:

1. Objeto del Seguro

Amparar los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo los perjuicios morales y de vida en relación y el lucro cesante , que cause a terceros el asegurado, con motivo de la responsabilidad civil en que incurra o le sea imputable de acuerdo con la Ley colombiana , durante el giro normal de sus actividades.

Es decir, la póliza en cuestión, para el caso concreto, solo ofrece cobertura frente a la Responsabilidad Civil Extracontractual del Distrito Especial de Santiago de Cali de acuerdo con los amparos expresamente pactados en la póliza vinculada, pero en ningún caso, los amparos otorgados se extienden a amparar la responsabilidad civil profesional médica, especialmente teniendo en cuenta que dicha actividad no hace parte del objeto de dicha entidad.

Por otra parte, revisados los hechos objeto de discusión en el medio de control de reparación directa, se observó que según lo manifestado por la parte actora el presunto daño deriva de la presunta falla en el servicio médico brindados a la señora BRIGITH ARROYO TENORIO y a su bebé. Sin embargo, como se ha indicado, las pólizas por medio

de las cuales se vinculó a mi representada no se extienden a amparar la responsabilidad profesional médica del asegurado.

Así las cosas, se encuentra claro que la póliza no cubre los perjuicios derivados de la responsabilidad civil profesional medica sino la derivada del giro normal de las actividades del asegurado. Lo anterior, pues dentro de las actividades asignadas al Distrito Especial de Santiago de Cali no se encuentra la de brindar atenciones médicas. Tampoco tiene ninguna relación directa o indirecta con la E.S.E. donde se le prestó el servicio de salud a la paciente y a su bebé, ya que dicha E.S.E. cuenta con personería jurídica propia, autonomía administrativa y financiera, por lo que es claro que la misma no se puede afectar, pues no ofrece cobertura material.

Por lo anterior, solicito al honorable juez declarar probada esta excepción.

3. SE ENCUENTRA PROBADA LA INEXISTENCIA DE SINIESTRO POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL NO. 1501216001931 -NO ES EXIGIBLE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada respecto de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, toda vez que no se encuentra realizado el riesgo asegurado y amparado en la póliza, lo anterior, teniendo en cuenta que no se acreditó la responsabilidad del asegurado.

Sobre el particular se debe precisar que, al no encontrarse probado un hecho dañoso imputable al asegurado, tampoco surge obligación alguna de indemnizar por parte de la aseguradora, esto, en el entendido de que el contrato de seguro se encuentra sujeto a una obligación condicional que es la ocurrencia del siniestro contractualmente asegurado bajo las circunstancias pactadas en el contrato de seguro, que en este caso no se cumplió.

La Corte Constitucional, tratando sobre la naturaleza del contrato de seguro, señaló que *“la obligación condicional, es aquella en virtud de la cual “el asegurador asume el riesgo*

contratado por el tomador, mediante el pago de la prestación asegurada, sujeta a la condición de ocurrencia del siniestro” De lo que se extrae que sin la ocurrencia del siniestro no se puede hacer efectiva la póliza y, desde luego que, si su ocurrencia no ha sido atribuida al asegurado, la reclamación del seguro no tiene lugar.

Como se ha reiterado, se encuentra configurada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito Especial de Santiago de Cali en cuanto no tiene ninguna relación o injerencia en la atención médica brindada a la señora BRIGITH ARROYO TENORIO y a su bebé, ni tiene ninguna vinculo legal o contractual con la E.S.E. donde fue atendida. En todo caso, la parte actora no logró demostrar la existencia de una falla en el servicio médico en cabeza de las entidades demandadas ni el nexo de causalidad entre esta y el fallecimiento de bebé.

Así las cosas, no existe obligación de mi mandante de indemnizar toda vez que, de las pruebas obrantes en el proceso se pudo establecer que la realización del daño no le es imputable al asegurado. Luego, al no realizarse el riesgo asegurado, o no existir amparo para el evento, el juzgador debe exonerar a mi representada de toda obligación. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, Sentencia del 2 de mayo de 2000. Ref. Expediente: 6291. M.P: Jorge Santos Ballesteros, indicó lo siguiente:

“Son la columna vertebral de la relación asegurativa y junto con las condiciones o cláusulas particulares del contrato de seguros conforman el contenido de este negocio jurídico, o sea el conjunto de disposiciones que integran y regulan la relación. Esas cláusulas generales, como su propio nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a todos los contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aún por los aseguradores del mismo mercado y están destinadas a delimitar de una parte la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro, definir la oportunidad y modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanen.”

Por lo tanto, son estas las manifestaciones las que enmarcan las condiciones que regulan las obligaciones del asegurador, por lo que el juzgador debe ceñirse a lo expresamente enunciado en el condicionado del contrato de seguro.

Vale la pena recordar al respecto, que el contrato de seguro contiene una obligación condicional a cargo del asegurador, (la de indemnizar), una vez ha ocurrido el riesgo que se ha asegurado (Arts. 1045, 1536 y 1054 del Código de Comercio). Por ello, el nacimiento de la indemnización pende, exclusivamente, de la realización del siniestro contractualmente asegurado, por lo cual, no cualquier acto o hecho tiene la propiedad de ser un acto asegurado, sino únicamente tienen esta característica aquellos actos y hechos que son expresamente pactados en la póliza del contrato de seguro.

En efecto, al no darse los elementos que permitan declarar la responsabilidad del asegurado, no hay fundamento para afectar la póliza en comento por ausencia de realización del riesgo asegurado, es decir, que en el presente asunto no se ha estructurado un siniestro, lo que deviene en que no se cumple la condición esencial para que surja la obligación contractual de resarcir a cargo de mi procurada.

Por lo anterior, solicito declarar **PROBADA** la presente excepción, al no haberse realizado el riesgo asegurado en la póliza en cuestión.

4. LA OBLIGACION DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. SE CIRCUNSCRIBE AL PORCENTAJE DE PARTICIPACION, TENIENDO EN CUENTA EL COASEGURO Y LA INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE LAS COASEGURADORAS.

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción a la cuantía de su participación porcentual, de acuerdo con el coaseguro concertado en la póliza.

Debe señalarse señor juez, que la relación sustancial entre el demandado Distrito Especial de Santiago de Cali y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. surge en el contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, fungiendo mi representada como coaseguradora líder.

Así las cosas, el llamamiento efectuado a mí defendida se basa en un contrato de seguro, el cual fue tomado en un tipo contractual denominado coaseguro, y que se presenta cuando el asegurado promueve o asiente la celebración de un acuerdo entre dos o más

aseguradoras, con el fin de distribuir entre ellas el interés y riesgos asegurados. Cuya formalización, además, está sometida a la obligatoria reunión de las condiciones establecidas en el artículo 1094 del Código de Comercio, aplicable por remisión expresa del mismo artículo 1095. Es decir, se requiere que concurren: "(...) 1. *Diversidad de aseguradores*, 2. *Identidad de asegurado*; 3. *Identidad de interés asegurado*, y 4. *Identidad de riesgo*".

En este orden de ideas, puede afirmarse que quienes participan en un coaseguro son un conjunto de compañías de seguros, entre las cuales no existen relaciones recíprocas de aseguramiento, pues tales aseguradoras asumen responsabilidades individuales frente a un mismo riesgo, cuya iniciativa nace del asegurado que quiere hacerlas partícipes o de una de estas con la aceptación del interesado, para efectos de hacer la repartición del riesgo.

Como usted podrá observar señor Juez en la carátula de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, mi prohijada Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., asumió el 34,00% de la participación en el negocio jurídico asegurador, de igual manera obsérvese el porcentaje que asumió cada compañía aseguradora:

PARTICIPACION DE COASEGURADORAS		
NOMBRE COMPAÑÍA COASEGURADORA	TIPO DE COASEGURO	%PARTICIPACION
ALLIANZ SEGUROS SA	CEDIDO	23,00%
COMPANIA DE SEGUROS COLPATRIA	CEDIDO	21,00%
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE CO	CEDIDO	34,00%
QBE	CEDIDO	22,00%

Dada la existencia del coaseguro, cada compañía de seguros asumió un porcentaje determinado, destacándose 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 les corresponde a las otras coaseguradoras. Se reitera, como quiera que en el coaseguro las aseguradoras no son responsables de forma solidaria, tal como se desprende de la lectura del artículo 1092 del Código de Comercio, pues cada una responderá por el porcentaje de participación en el contrato de seguro.

La figura del coaseguro, como se manifestó en el párrafo precedente, se encuentra regulada en el artículo 1092 del Código de Comercio, el cual establece: *“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 estipulado en la norma en cita se aplica al coaseguro, por estipulación expresa del artículo 1095 del mismo estatuto, 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).

El Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia precisó que no existe solidaridad entre las coaseguradoras, en los siguientes términos:

“(…)

18.1.- En atención al coaseguro existente, se precisa que la llamada en garantía reembolsará únicamente el 55% de lo que llegue a pagar el Municipio de Santiago de Cali, pues, en estos eventos, los distintos aseguradores deben responder con sujeción a la participación que asumieron al momento de la celebración del contrato sin que exista solidaridad de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio:

<<La jurisprudencia ha reconocido que en casos de coaseguro se responde en proporción a la cuantía que se asumió, sobre todo en el caso en que ello se pacte expresamente. De hecho, ha indicado que en casos de coaseguro <<el riesgo, entonces, es dividido en el número de coaseguradores que participan del contrato, en las proporciones que entre ellos dispongan, sin que se predique solidaridad entre ellos>>”. (Subrayado fuera de texto).

Se colige de la anterior cita, que en caso de una eventual condena en contra de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., frente a los riesgos cubiertos por la póliza, el juzgador deberá limitar la cuantía de la misma en contra de mi procurada al porcentaje de participación que ella tiene en virtud del coaseguro, que en el caso estudiado corresponde al 34,00%, por cuanto no existe solidaridad entre las coaseguradoras, debiendo responder cada una por el porcentaje de participación otorgado al asegurado.

Por lo anterior, solicito al honorable despacho declarar **PROBADA** esta excepción.

5. LIMITE DEL VALOR ASEGURADO

Conforme con lo expuesto a lo largo del presente escrito, ante un hipotético evento de responsabilidad en cabeza de mi representada, deberá tenerse en cuenta el valor asegurado en el contrato de seguro así como los sublímites pactados por evento, que fueron claramente determinados para la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, en su carátula y en su condicionado particular, que delimita el máximo de responsabilidad de la aseguradora frente a los eventuales siniestros.

En el remoto e improbable evento en que el Despacho considere que la Póliza que nos ocupa sí debe prestar cobertura para los hechos objeto de este litigio, que además se hayan acreditado los elementos de la responsabilidad y se haya determinado que la aseguradora es la que está llamada a indemnizar los perjuicios reclamados por los demandantes. El despacho deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi representada al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

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

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

*“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, **dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario**, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización” (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda exclusivamente por la porción del riesgo asumido. De conformidad con lo señalado, necesariamente debe tenerse en cuenta la suma global pactada en el contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, la cual asciende a **CINCO MIL MILLONES DE PESOS (\$5.000.000.000)** para el amparo que se pretende afectar, el cual se encuentra en las condiciones particulares de la póliza, de la siguiente forma:

COBERTURAS		VALOR ASEGURADO	
P.L.O.: PREDIOS LABORES Y OPERACIONES	\$ 5.000.000.000,00	\$ 5.000.000.000,00	
Responsabilidad Civil patronal	\$ 300.000.000,00	\$ 750.000.000,00	
Gastos medicos y hospitalarios	\$ 300.000.000,00	\$ 1.100.000.000,00	
Responsabilidad Civil parqueaderos	\$ 450.000.000,00	\$ 900.000.000,00	
Responsabilidad Civil para contratistas y subcontratistas	\$ 3.250.000.000,00	\$ 3.500.000.000,00	
Responsabilidad Civil Vehiculos propios y no propios	\$ 800.000.000,00	\$ 1.350.000.000,00	
Responsabilidad Civil productos	\$ 2.000.000.000,00	\$ 2.000.000.000,00	
Responsabilidad Civil cruzada	\$ 4.000.000.000,00	\$ 4.000.000.000,00	

Por ende, bajo el hipotético supuesto que se acaba de mencionar, se deberá tener en cuenta que la suma asegurada en la póliza representa el límite máximo amparado.

Se concluye entonces que, en el caso remoto de ordenar pagar alguna clase de condena con cargo al contrato de seguro, dicha condena se deberá ceñir a las disposiciones pactadas en el condicionado particular de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, relativas al límite del valor asegurado y los sublímites por amparos. Así las cosas, la eventual obligación indemnizatoria de mi representada, con

fundamento en el contrato de seguro, no podrá exceder el límite de \$5.000.000.000 Pesos M/cte, teniendo en cuenta, de igual manera, el deducible pactado en la póliza, y la participación por coaseguro de cada compañía aseguradora.

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

6. DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO

Seguidamente a los argumentos expuestos y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, en el remoto caso que se encuentre razón para hacer efectiva la póliza referida, debe tener presente el Despacho que al momento de convenir los amparos en la póliza que nos ocupa, se impuso una carga al asegurado, en virtud de la cual, este asumirá una parte del siniestro. Al respecto, el artículo 1103 de C.Co., con relación al deducible señala lo siguiente:

“Artículo 1103. Deducible. 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.”

Esto es lo que se denomina deducible, entendido como una suma de dinero que hace parte del valor del siniestro, que debe asumir el asegurado como co-participación en el mismo. En la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931 se pactaron unos deducibles que están a cargo única y exclusivamente del asegurado Distrito Especial de Santiago de Cali. En este orden de ideas, resulta de suma importancia que el Honorable Juzgador tome en consideración que, tanto la definición del deducible como su forma de aplicación, ha sido ampliamente desarrollada por la Superintendencia Financiera de Colombia en distintos conceptos, como el que se expone a continuación:

“Una de tales modalidades, la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en

una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.”

Así las cosas, en el hipotético y remoto evento que mi representada se obligare a indemnizar en virtud del contrato de seguro, debe tenerse en cuenta el deducible pactado en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931 a cargo del asegurado Distrito Especial de Santiago de Cali, para el amparo que se pretende afectar correspondiente a “*PREDIOS, LABORES Y OPERACIONES*”, y que es del **15% de la pérdida, mínimo 40 SMLMV**:

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 (SMLMV)
Responsabilidad Civil patronal	\$ 300.000.000,00	\$ 750.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMLMV)
Gastos medicos y hospitalarios	\$ 300.000.000,00	\$ 1.100.000.000,00	NO APLICA
Responsabilidad Civil parqueaderos	\$ 450.000.000,00	\$ 900.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMLMV)
Responsabilidad Civil para contratistas y subcontratistas	\$ 3.250.000.000,00	\$ 3.500.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMLMV)
Responsabilidad Civil Vehiculos propios y no propios	\$ 800.000.000,00	\$ 1.350.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMLMV)
Responsabilidad Civil productos	\$ 2.000.000.000,00	\$ 2.000.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMLMV)
Responsabilidad Civil cruzada	\$ 4.000.000.000,00	\$ 4.000.000.000,00	15% PERD Min 40 (SMLMV)

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada civilmente responsable en virtud de la aplicación del contrato de seguro, es de suma importancia que el Honorable Juzgador descuente del importe de la indemnización la suma pactada como deducible que, como se explicó, asciende a **15% de la pérdida, mínimo 40 SMLMV** para todas y cada una de las pérdidas. Por todos los argumentos fácticos y jurídicos anteriormente esbozados, solicito de manera respetuosa señor Juez, que se declare probada esta excepción.

7. RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA.

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro de la póliza y 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 del contrato aseguratorio. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”¹

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se exhorta a los jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los contratos de seguro. Razón por la cual, es menester señalar que la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, en su sección segunda señala una serie de exclusiones, las cuales de consumarse exoneran de toda responsabilidad a mi prohijada.

En conclusión, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse una o varias de las exclusiones que constan en las condiciones generales y particulares de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, 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.

8. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGUROS.

Es un principio que rige el contrato de seguro de daños, el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo. De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser fuente de enriquecimiento. Así las cosas, el carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización.

¹ 5 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.

Es decir, no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, respecto al carácter indemnizatorio del contrato de seguro, en sentencia del tres (3) de junio de dos mil quince (2015), expediente (28882), dispuso:

“No hay que dejar de lado, que el carácter de un contrato de seguro, es indemnizatorio, toda vez que está encaminado a reparar a favor del asegurado, los daños que ocurran cuando el siniestro se presente, hasta el monto del valor asegurado. Sobre este último aspecto, cabe centrar la atención de la Sala, pues la parte demandada aduce que la obligación del contrato se limitaba a la suscripción de las pólizas de seguro, afirmación que iría en contra de la esencia misma del contrato, pues no podría entenderse que la obligación de cancelar los daños cuando se presentara el siniestro, no se encontraba prevista en dicho contrato. (...) Se desprende que las pólizas expedidas por la demandada, hacen parte del contrato suscrito entre las partes, y no son contratos aparte, como se señaló.”

En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio establece lo siguiente:

“Artículo 1088. Carácter indemnizatorio del seguro. Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Lo anterior, guarda concordancia con el artículo 1127 ibídem, veamos:

Artículo 1127. Definición de seguro de responsabilidad. El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.

Así las cosas, no debe perderse de vista que las solicitudes deprecadas en el escrito de demanda por conceptos de: lucro cesante y perjuicios morales, no son de recibo por cuanto

su reconocimiento a cargo de la aseguradora correlativamente significaría una transgresión del principio indemnizatorio esencial del contrato de seguro contenido en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931. Lo anterior, puesto que se enriquecería la parte demandante recibiendo una indemnización por presuntos perjuicios no demostrados.

Efectivamente, no habría lugar al reconocimiento de estos conceptos, dado que no es procedente el reconocimiento de perjuicios materiales e inmateriales, por cuanto es claro que no existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada toda vez que no existe responsabilidad de Distrito Especial de Santiago de Cali por el accidente. Máxime si se tiene en cuenta que respecto de los perjuicios materiales e inmateriales no existe prueba alguna que permita su reconocimiento. Adicionalmente, porque la solicitud indemnizatoria sobrepasa los topes indemnizatorios establecidos en la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Conforme a ello, dado que los perjuicios solicitados en el petitum de la demanda presentan serias inconsistencias, reconocer el pago de suma alguna con cargo a la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, implicaría correlativamente transgredir el carácter meramente indemnizatorio que revisten los contratos de seguro. En efecto, se estaría supliendo la carga probatoria de la parte actora frente a los presupuestos de una responsabilidad patrimonial del Estado y eventualmente enriqueciendo a los accionantes.

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

9. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD POR PASIVA ENTRE EL ASEGURADO Y LA ASEGURADORA

Revisado el contrato de seguro no se vislumbra que se haya pactado cláusula de solidaridad entre las partes, por lo que, la relación entre el asegurado y mi representada en ningún momento comportará solidaridad.

Es importante resaltar que la obligación de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. es de carácter contractual, cuyo fundamento es el contrato de seguro, y no hace parte de este la responsabilidad civil extracontractual que se le llegare a atribuir al asegurado Distrito Especial de Santiago de Cali, siendo así, estas resultan ser independientes y no se constituyen como solidarias. Postura que encuentra asilo con lo dicho por la jurisprudencia de las altas cortes, así:

La Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil mediante ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez en sentencia SC20950-2017, Radicación N° 05001-31-03-005-2008-00497-0118, indicó lo siguiente:

“(…) 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 (…)” (Subrayas y negrilla fuera de texto).

También el art. 1568 del Código Civil Colombiano, al respecto, dispone:

“(…) 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. (…)” (subrayado fuera de texto).

Para terminar, se pone de presente que el artículo 1044 del Código de Comercio faculta a la aseguradora proponer al tercero beneficiario las excepciones y exclusiones que pudiere interponerle al asegurado o tomador del contrato de seguro, motivo por el cual puede alegar mi representada la ausencia de cobertura ante la falta de prueba de la ocurrencia y cuantía del siniestro y las exclusiones y demás condiciones que resultaren atribuibles al presente evento.

Por lo anterior, solicito declarar **PROBADA** la presente excepción.

10. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 C.Co., el valor asegurado 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 mismos hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha de la sentencia se ha agotado totalmente el valor asegurado no habrá lugar a cobertura alguna.

11. PAGO POR REEMBOLSO

En el remoto 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 a los demandantes, 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.

12. GENÉRICA O INNOMINADA Y OTRAS

Solicito al despacho declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, derivada de la Ley o del contrato de seguro, fundamento de la presente convocatoria, incluida la de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro (1081 C.Co).

Sin más consideraciones, elevo la siguiente:

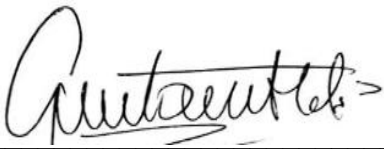
Sin más consideraciones, elevo la siguiente:

I. PETICIÓN

Ruego a la Jueza Quinto (5) Administrativo de Oralidad del Circuito de Popayán, que despache desfavorablemente las pretensiones alegadas por la parte actora, declarando probadas las excepciones propuestas por el demandado DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI y por mí defendida frente a la demanda y al llamamiento en garantía, y consecuentemente, declare que la Aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., no está obligada a efectuar pago alguno por concepto de indemnización de los supuestos perjuicios sufridos por los demandantes, ni a responder ante la llamante en garantía.

No obstante, lo anterior, respetuosamente solicito al despacho que en el remoto evento en que los argumentos esbozados en el presente escrito no fueren de su convencimiento, no pierda de vista las condiciones particulares y generales del contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 1501216001931, en especial la cobertura otorgada, la vigencia de las póliza, deducible y el límite del valor asegurado, con fundamento en los cuales el Distrito Especial de Santiago de Cali llamó en garantía a mí prohijada, esto, de conformidad con las consideraciones expuestas por mí defendida desde la contestación de la demanda y del llamamiento en garantía y reiteradas en esta oportunidad.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No.19.395.114 de Bogotá.

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