

Señores:

JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO DE CALI

E. S. D.

REFERENCIA: **REPARACIÓN DIRECTA**
DEMANDANTE: **JESSICA YURANI GARCÍA SALDARRIAGA Y OTROS**
DEMANDADOS: **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTRO**
RADICACIÓN: **76001-33-33-019-2017-00242-00**

GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. y sucursal en Cali, conforme se acredita con el poder que obra en el expediente, encontrándome dentro del término concedido procedo a pronunciarme frente a la demanda impetrada por la señora Jessica Yurani García Saldarriaga y otros en contra del Municipio de Cali y otros, para que en el momento en que corresponda definir el litigio se tengan en cuenta los hechos y precisiones que se hacen a continuación, anticipando que me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda en los términos que se explicarán en los acápites siguientes.

CAPITULO I: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

AL HECHO PRIMERO: No me consta nada de lo manifestado en este hecho por ser situaciones ajenas a las que debió conocer mi representada.

AL HECHO SEGUNDO: No me consta nada de lo manifestado en este hecho por ser situaciones ajenas a las que debió conocer mi representada.

La historia clínica de la Asociación Mutual EMSANNAR E.S.E. – Nivel 1, registró la atención que se le brindó al menor Carlos Antonio Vera García el día 16 de agosto de 2016. En el motivo de consulta se registró:

MOTIVO DE CONSULTA

"JUGANDO FUTBOL SE RESBALA EN UNA CASCARA QUE HABÍA EN EL SUELO Y CAE SUFRIENDO TRAUMA EN TOBILLO DERECHO"

La parte actora omitió referir en el hecho que el menor estaba jugando fútbol, lo cual pudo incidir en una eventual conducta propia al omitir el cuidado necesario al momento de desarrollar esta actividad. Se dice en la demanda que el menor se encontraba en el patio del colegio, pero en la historia clínica no hacer referencia a que el menor se encontraba en esa institución educativa, por lo que no se tiene certeza sobre las condiciones en que presuntamente se dio la caída.

No se acredita con certeza que la caída obedeciera a una supuesta cascara de sandía. No se tiene prueba de un informe técnico que certifique la forma en que ocurrió la caída, ni de alguien que corrobore haber presenciado el momento exacto de la caída, diferente al propio menor lesionado. Al respecto se precisa que una declaración de la propia víctima tiene el carácter técnico – objetivo para estructurar la causa de una situación como la descrita en la demanda.

AL HECHO TERCERO: No me consta nada de lo manifestado en este hecho por ser situaciones ajenas a las que debió conocer mi representada.

Reposa en el expediente la historia clínica de la Asociación Mutual EMSANNAR E.S.E. – Nivel 1, en donde se registró la atención que se le brindó al menor Carlos Antonio Vera García el día 16 de agosto de 2016. Allí se estableció como diagnóstico esguince y torcedura de tobillo:

Principal de consulta: [S934] ESGUINCES Y TORCEDURAS DEL TOBILLO -

También se estableció la consulta que se realizó con ortopedia, y en la evolución se indicó que, una vez realizada la radiografía, no se había observado fractura. También se recomendó ordenó control con médico general en 20 días:

EVOLUCIÓN

PACIENTE MASCULINO CON CUADRO DE TRAUMA EN TOBILLO DERECHO ACUDE CON DOLOR EDEMA NO PERMITE EXAMEN FISICO POR DOLOR INTENSO. SE ORDENA RADIOGRAFIA DE TOBILLO EN LA QUE NO SE OBSERVA TRAZO DE FRACTURA, SE INMOVILIZA CON FERULA DE YESO PARA MANEJO DEL DOLOR Y DEL EDEMA. DICLOFENACO 75 MG IM AHORA SALIDA CON ACETAMINOFEN 500 MG CADA 8 HORAS EXPLICO SIGNOS DE ALARMA RECOMENDACIONES GENERALES CONTROL CON MEDICO GENERAL EN 20 DIAS.

La siguiente consulta fue el día 13 de octubre de 2016, es decir, dos meses después de ocurrida la presunta caída:

EVOLUCIÓN

PACIENTE MASCULINO DE 11 AÑOS DE EDAD CON ANTECEDENTES DE ESGUINCE DE TOBILLO DERECHO HACE 2 MESES APROXIMADAMENTE. CONSULTÓ SE INMOVILIZÓ CON FERULA DE YESO Y SE CITÓ A CONSULTA DE CONTROL PARA RE-EVALUACIÓN PERO LA MADRE NO ACUDIÓ AL CONTROL Y RETIRO FERULA EN LA CASA. AHORA ACUDE YA QUE DESDE EL RETIRO DE LA FERULA PACIENE CONTINUA CON DOLOR EN TOBILLO DERECHO AL APOYO Y A LA MARCHA, ADEMÁS DE EDEMA Y CAMBIOS DE COLORACION DE PIEL DEL TOBILLO. NO OTRA SINTOMATOLOGIA. AL EXAMEN FISICO CON DOLOR A LA PALPACION DEL MISMO LIGERO EDEMA Y EQUIMOSIS EN RESOLUCIÓN DEL TOBILLO DERECHO. POR LO QUE SE DECIDE ENVIAR PARA VALORACION POR ORTOPEDIA PARA DESCARTAR LESIONES DE LIGAMENTOS EN EL TOBILLO DERECHO. SE INMOVILIZA CON VENDAJE ELASTICO PARA MANEJO DEL DOLOR Y DEL EDEMA. DOY SALIDA

La madre del menor desatendió la orden del profesional de la salud, de concurrir a cita de control 20 días después. Contrario a eso, acudió nuevamente al servicio médico dos meses después, lo cual infiere varias cosas:

- i) Incumplió la madre con el deber de mitigar el daño, pues desatendió la orden médica que pudo haber comprometido la salud del menor Carlos Antonio Vera García.
- ii) La visita médica pudo haberse dado por una causa diferente a la caída que presuntamente originó la atención inicial. El transcurrir del tiempo sin acudir al servicio médico infiere que el estado de salud del paciente ya se había recuperado, y además permite que ocurran una infinidad de hipótesis que pueden generar una nueva consulta médica, sin que esté necesariamente relacionada con el hecho materia de demanda.

Así pues, esta conducta desprevenida frente al servicio médico, traslada la culpa en la eventual agravación del estado de salud por no haber mitigado el daño, pero además, aumenta la incertidumbre con respecto a la causa, pues aparecen una infinidad de hipótesis para estructurar el perjuicio, por ejemplo, una nueva caída.

AL HECHO CUARTO: No es cierto. El hecho refiere una caída por una semilla de sandía, sin embargo, las pruebas que relaciona no certifican esto.

Si eventualmente se considerara la cascara de sandía causa de la caída, tal evento no se atribuye a un acción u omisión de las demandadas, pues corresponde a una situación que evidentemente no se desprende de la operación sino más bien a un hecho de un tercero. De probarse la existencia de tal cascara, la misma habría sido puesta ahí por un tercero indeterminado, sin que de esta manera se pueda imputar ese evento a la actuación de las entidades demandadas.

AL HECHO QUINTO: No es cierto. El hecho refiere una caída por una semilla de sandía, sin embargo, las pruebas que relaciona no certifican esto.

Si eventualmente se considerara la cascara de sandía causa de la caída, tal evento no se atribuye a un acción u omisión de las demandadas, pues corresponde a una situación que evidentemente no se desprende de la operación sino más bien a un hecho de un tercero. De probarse la existencia de tal cascara, la misma habría sido puesta ahí por un tercero indeterminado, sin que de esta manera se pueda imputar ese evento a la actuación de las entidades demandadas.

AL HECHO SEXTO: Es cierto.

II. PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL ACÁPITE DE PRETENSIONES

Me opongo a la totalidad de las peticiones relacionadas en este acápite por cuanto carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad. La petición declaratoria parte del hecho de que existe responsabilidad y que la misma es atribuible a las entidades demandadas, sin embargo, no ha logrado acreditar los elementos estructurales que permiten

que confluya este tipo de declaración. En materia administrativa, el Consejo de Estado ha desarrollado un grueso trabajo jurisprudencial tendiente a definir los elementos estructurales de la responsabilidad, que con apoyo doctrinal¹, ha consolidado en los siguientes: el daño y la imputación.

Sin ahondar al respecto sobre cada uno de estos elementos, debe tenerse en cuenta por las partes y por el juzgador que independientemente del régimen de responsabilidad aplicable para el caso, corresponde a la parte demandante probar que existe un daño y que el mismo es atribuible a quién esté llamado a responder. En este sentido, la labor procesal no puede ceñirse a la interposición de la demanda para trasladar el trabajo probatorio al juez o a la contraparte, es el demandante quién debe probar la estructuración causal que permite concluir la atribución de una eventual condena a los demandados. Esta situación brilla por su ausencia, pues no existen fundamentos fácticos y jurídicos que permitan la prosperidad de las declaraciones y condenas que se materializan en las pretensiones, lo que lleva a oponerse a cada una de las solicitudes realizadas en este acápite.

A LA PRETENSIÓN 1: No existen criterios para declarar la responsabilidad de las entidades demandadas. No existe prueba de una acción u omisión administrativa que haya causado el daño reclamado.

La historia clínica de la Asociación Mutual EMSANNAR E.S.E. – Nivel 1, registró la atención que se le brindó al menor Carlos Antonio Vera García el día 16 de agosto de 2016. En el motivo de consulta se registró:

MOTIVO DE CONSULTA
"JUGANDO FUTBOL SE RESBALA EN UNA CASCARA QUE HABÍA EN EL
SUELO Y CAE SUFRIENDO TRAUMA EN TOBILLO DERECHO"

La parte actora omitió referir en el hecho que el menor estaba jugando fútbol, lo cual pudo incidir en una eventual conducta propia al omitir el cuidado necesario al momento de desarrollar esta actividad. Se dice en la demanda que el menor se encontraba en el patio del colegio, pero en la historia clínica no hacer referencia a que el menor se encontraba en esa institución educativa, por lo que no se tiene certeza sobre las condiciones en que presuntamente se dio la caída.

No se acredita con certeza que la caída obedeciera a una supuesta cascara de sandía. No se tiene prueba de un informe técnico que certifique la forma en que ocurrió la caída, ni de alguien que corrobore haber presenciado el momento exacto de la caída, diferente al propio menor lesionado. Al respecto se precisa que una declaración de la propia víctima tiene el carácter técnico – objetivo para estructurar la causa de una situación como la descrita en la demanda.

¹ Patiño, H. (2015). El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad. En J. C. Henao y A. F. Ospina Garzón (Edits.), La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Si eventualmente se considerara la cascara de sandía causa de la caída, tal evento no se atribuye a un acción u omisión de las demandadas, pues corresponde a una situación que evidentemente no se desprende de la operación sino más bien a un hecho de un tercero. De probarse la existencia de tal cascara, la misma habría sido puesta ahí por un tercero indeterminado, sin que de esta manera se pueda imputar ese evento a la actuación de las entidades demandadas.

FRENTE A LA PRETENSIÓN SEGUNDA: Si bien el daño moral corresponde a uno contemplado en la tipología de perjuicios extrapatrimoniales, su reconocimiento no opera automáticamente, requiere de prueba y su tasación debe hacerse conforme a previsiones legales y jurisprudenciales. En las pretensiones, se solicita para la demandante el total de SETENYA Y CINCO (75) SMLMV.

Según el daño pretendido en la demanda y la carencia absoluta de pruebas que permitan estructurar de manera objetiva su extensión, la lesión no significó para el menor una pérdida funcional u orgánica permanente, permitiendo actualmente estar totalmente sin secuelas. Esto quiere decir que realmente no hay daño que subsista y la indemnización de los perjuicios, además de ser carente de prueba e indebidamente atribuida, es exageradamente cuantificada.

En este punto se manifiesta que el parámetro que tiene en cuenta la jurisprudencia para cuantificar este tipo de perjuicios es la calificación de pérdida de capacidad laboral elaborada por la Junta de Calificación de Invalidez, prueba que no se aportó ni se acreditó haber realizado alguna gestión para su práctica. Esta categoría de perjuicio ha sido desarrollada jurisprudencialmente, por tanto, su causación y cuantía también se sujeta a pruebas. No hay elementos que permitan inferir el mismo, por lo que se deberá probar. Se sirve traer a colación lo establecido por el Consejo de Estado en el Acta del 28 de agosto de 2014:

2.2 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES PERSONALES

La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima.

Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

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

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Debe advertirse que esta tabla de reparación está concebida para aquellos casos en que se acredite responsabilidad por una lesión y haya prueba objetiva de su cuantificación. Como la parte demandante refirió un daño por lesiones, debió acreditar la incidencia de esas supuestas lesiones en su rol ocupacional, sin embargo, ante la inexistencia de esa prueba, no hay parámetros que permitan fijar una liquidación en este sentido.

Si hipotéticamente se llegara a estructurar la responsabilidad y atribuirse al Municipio de Cali, la eventual condena por perjuicios morales deberá ajustarse a las pruebas que obran en el plenario, esto es, no podrá exceder del mínimo indemnizables, atendiendo el nivel de gravedad de la lesión. No obstante lo anterior, como no se probó ni se logró estructurar la responsabilidad, solicito respetuosamente la negación de la pretensión, y en caso subsidiario, solo si se lograra declarar la responsabilidad, la hipotética condena deberá disminuirse en el mínimo indemnizatorio ante la ausencia de prueba que establezca una indemnización mayor.

A LA PRETENSIÓN TERCERA: Igual a lo conceptuado en el acápite inmediatamente anterior respecto al daño moral, no existen elementos de prueba que permitan realizar una valoración frente a la existencia y extensión del daño. En ese sentido, no hay parámetros que establezcan la cuantía que merece ser objeto de resarcimiento ante un eventual fallo en contra. Por lo anterior, atendiendo el régimen de responsabilidad aplicable y la carga de la prueba impuesta

a partir del artículo 167 del Código General del Proceso, no debe proferirse condena alguna por concepto de daño a la salud.

A LA PRETENSIÓN CUARTA, QUINTA Y SEXTA: Me opongo porque la parte vencida en juicio será la parte actora.

III. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

Como punto de partida para identificar el régimen aplicable debe tenerse en cuenta la atribución que la parte demandante realizó a las demandadas. Tal y como puede extraerse de la demanda, se pretende atribuir responsabilidad por la supuesta defectuosa prestación del servicio de las demandas. Las diferentes atribuciones fácticas muestran que las pretensiones se fundamentan en cuestionar el cumplimiento al contenido obligacional que en abstracto fijan las normas para las entidades demandadas.

El proceso debe ser tratado bajo un régimen subjetivo de responsabilidad, pues los daños reclamados parten de los presupuestos propios de un régimen de este tipo. Las pretensiones se fundamentan, según las circunstancias fácticas de la demanda, en cuestionar el cumplimiento obligacional en lo referente al mantenimiento y señalización de las vías, aspecto que como se citó, es propio del régimen general de responsabilidad de falla probada del servicio. Como puede desprenderse de los hechos de la demanda, lo que se pretende atribuir es una conducta que supuestamente debió ejecutar en debida forma la parte demandada, análisis relacionado con el contenido obligacional y por tanto ajustado a un régimen subjetivo de responsabilidad.

La justificación de consagrar este título de imputación como régimen general de responsabilidad obedece a que el Juez puede motivar libremente sus decisiones de acuerdo a las pruebas allegadas al proceso para así establecer políticas de prevención de daños antijurídicos derivado del incumplimiento de obligaciones. De esta manera, es claro que existiendo para este régimen de responsabilidad un postulado general de libertad probatoria en el que el demandante puede servirse de cualquier medio probatorio disponible, no hay razón para que se supla esta carga cambiando el régimen de responsabilidad aplicable o configurando elementos estructurales de la responsabilidad que no están debidamente acreditados. Por todo esto, debe advertirse que el régimen aplicable es el de falla probada del servicio y que corresponde a la parte demandante probar el daño antijurídico, el incumplimiento obligacional que fundamente la falla en la prestación del servicio, y la imputación.

Partiendo de este criterio, y según lo sostenido por el artículo 167 del Código General del Proceso, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Así entonces, la parte demandante tiene la carga probatoria durante el proceso de acreditar los elementos estructurales de la responsabilidad que pretende atribuir a cada una de las entidades demandadas, conducta que no cumplió.

Además, al momento de valorar los elementos probatorios disponibles en el proceso para acreditar la falla del servicio, debe realizarse también un análisis causal para que esa supuesta falla haya determinado el daño. No basta solamente acreditar una omisión administrativa en el cumplimiento de sus deberes, sino que el juicio de responsabilidad implica también la prueba de los demás requisitos estructurales, por tanto, establecer el régimen de responsabilidad no supone por sí mismo la atribución de responsabilidad. Al respecto se ha precisado:

“La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como "anormalmente deficiente”²

Así pues, el análisis a realizarse en la sentencia debe estar encaminado en determinar que para que se configurara la responsabilidad debían confluír tres elementos, a saber:

1. La existencia de un daño antijurídico que configure la lesión o perturbación de un bien jurídicamente protegido,
2. La existencia de un hecho que configure una falla del servicio de la entidad, sea por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia del mismo y,
3. El nexo causal entre el hecho dañoso y la falla o la falta del servicio deprecada.

IV. EXCEPCIONES FRENTE A LA DEMANDA

1. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR LA FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA DE LA IMPUTACIÓN

Uno de las implicaciones más importantes al determinar el régimen de responsabilidad es el comportamiento probatorio de las partes. El régimen subjetivo de responsabilidad, además de ser el postulado general, le impone a la parte demandante la carga probatoria, por tanto, es ella quien debe tener un comportamiento activo en la aportación del material que soporta los supuestos de hecho registrados en la demanda. Como bien se puede revisar en el proceso, no hay prueba que permita estructurar los elementos de la responsabilidad que se pretende atribuir al Municipio de Cali.

Con respecto a las condiciones en que se presentó el supuesto accidente, no hay ninguna prueba que estructure la atribución del daño a alguna de las demandadas. Así pues, no se tiene certeza de que el incumplimiento obligacional que refiere la parte demandante haya

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (10 de noviembre de 2016) Expediente 35796. [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

determinado la causación del accidente y consecuentemente generado los perjuicios que pretende, por tanto, ante la inexistencia de estos elementos no se configura la responsabilidad patrimonial del Estado.

Las pruebas que obran se fundamentan en la acreditación del daño y no en la imputación. Por esto, ni siquiera indiciariamente se podría servir probatoriamente para realizar un juicio causal y así atribuir responsabilidad a la entidad demandada, pues como se sustentó en el acápite correspondiente, la ausencia de la causalidad impide que se estructuren los elementos de la responsabilidad para imputar el daño respecto a la entidad demandada.

Tampoco hay prueba de que haya una falla del servicio, pues no se indica en ningún momento cuál fue el incumplimiento obligacional por parte de alguna de las entidades demandadas que determinó el daño. No se prueba que se haya cumplido defectuosamente, tardíamente o simplemente incumplido con sus obligaciones administrativas, aterrizando al caso, no se probó que la supuesta indebida prestación del servicio fuera la causante de los daños reclamados.

Ahora, en el remoto evento en que el Despacho considere que sí estamos en presencia de un incumplimiento obligacional por parte de alguna de las demandadas, el juicio de responsabilidad de igual forma debe fracasar. Esto debido a que si hipotéticamente se acreditara cualquiera supuesto que conllevara al incumplimiento, falta la prueba de un elemento estructural de la responsabilidad, la imputación. Como se ha dicho, no hay elementos probatorios que acrediten que la supuesta falla fue la que determinó el daño reclamado.

Frente a la prueba de la causalidad en un régimen subjetivo, ha dicho el Consejo de Estado:

“Así, entonces, *la demostración del mal estado de la vía no es, por sí sola, suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de producirse un daño, pues esa prueba debe acompañarse de la acreditación del nexo causal entre éste y la acción u omisión en que pudo haber incurrido la Administración en su deber de mantenimiento de la malla vial.*”³

Lo anterior se debe a que sí existe material probatorio que sustente las excepciones formuladas por la demandada y las llamadas en garantía, particularmente frente a la causal de exoneración por inexistencia de causa. Está también debidamente acreditado que probablemente hay un sinnúmero de conductas culposas propias de la víctima, lo cual altera el juicio de imputación realizado por la supuesta falla del servicio y consolida como causa eficiente y determinante del daño esas conductas culposas de la víctima. La relación entre la prueba de la falla del servicio y la causalidad ha sido estudiada por la doctrina y la jurisprudencia, concluyendo que sin la última, la prueba de la falla del servicio serviría para establecer políticas de prevención de daños

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (8 de febrero de 2017) Expediente 38432. [C.P. Hernán Andrade Rincón].

pero no para atribuir responsabilidad.

Con todo, no hay material probatorio idóneo que permita acreditar la imputación como elemento estructural. La imputación se ha concebido jurisprudencialmente como la atribución jurídica del daño respecto de quien está llamado a responder. Para configurar este elemento, debe confluir una causalidad material, en el sentido de encontrar en el mundo fenomenológico la causa que sea determinante y eficiente en la producción del daño (teoría de la causalidad adecuada); y por otro lado, una causalidad jurídica que requiere de un análisis jurídico normativo establecido en los diferentes títulos de imputación aplicables en esta materia. Como se analizó, el juicio realizado por el demandante para atribuir la causa del daño fue indebido, pues en primer lugar, no soportó su argumento en las pruebas que debió haber aportado al proceso, y segundo, no es cierto que las demandadas hayan intervenido en la producción del daño. Al respecto se sirve citar lo sostenido por la doctrina, acogido en el amplio desarrollo jurisprudencial que ha desarrollado el Consejo de Estado sobre la materia:

“Salvo lo que se dirá más adelante, consideramos que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por quien ejerce el derecho de acción, independientemente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa o en alguna de las especies de responsabilidad objetiva. El nexo de causalidad a diferencia de la culpa, no admite, por norma general, ningún tipo de presunción. Esa es la razón por la cual es necesario quitarnos de la cabeza la sinonimia entre culpabilidad y causalidad; cierto, un hecho puede ser producto de muchos factores, entre ellos una culpa, lo que de suyo no implica un nexo causal que obligue a reparar a quien cometió culpa. Por fortuna, el Consejo de Estado ha superado la discusión sobre la presunción de culpabilidad, de causalidad y de responsabilidad en los regímenes objetivos y actualmente se tiene claro en la jurisprudencia del Alto Tribunal que cuando se está en presencia de un régimen objetivo de responsabilidad no se tiene por existente una presunción de culpabilidad ni de causalidad ni de responsabilidad, sino que es un régimen en el cual el actor deberá probar todos los elementos de la responsabilidad (incluida, por supuesto, la relación causal), mientras que el demandado deberá acreditar una causa extraña para exonerarse de responsabilidad, pues demostrar diligencia y cuidado no le será suficiente para liberarse.

El nexo de causalidad, como lo ha dicho el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, debe ser probado en todos los casos. Así, por ejemplo en sentencia del 2 de mayo de 2002 se dijo:

El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador

infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado.⁴

No hay ninguna prueba en el plenario que acredite la ocurrencia del supuesto accidente de tránsito aducido en los hechos de la demanda. La imputación, como elemento axiológico de la responsabilidad, debe probarse a partir de criterios técnicos objetivos que impidan trasladar la causalidad al ámbito de la incertidumbre. La parte actora pretende estructurar este requisito a través de su propio dicho, lo cual, además de no ser un medio probatorio idóneo, es totalmente desigual y contraría las reglas de contradicción y defensa. A partir de esta situación subjetiva, no hay ningún elemento probatorio objetivo que acredite la existencia de un accidente en el lugar indicado.

La historia clínica de la Asociación Mutual EMSANNAR E.S.E. – Nivel 1, registró la atención que se le brindó al menor Carlos Antonio Vera García el día 16 de agosto de 2016. En el motivo de consulta se registró:

MOTIVO DE CONSULTA

"JUGANDO FUTBOL SE RESBALA EN UNA CASCARA QUE HABÍA EN EL SUELO Y CAE SUFRIENDO TRAUMA EN TOBILLO DERECHO"

La parte actora omitió referir en el hecho que el menor estaba jugando fútbol, lo cual pudo incidir en una eventual conducta propia al omitir el cuidado necesario al momento de desarrollar esta actividad. Se dice en la demanda que el menor se encontraba en el patio del colegio, pero en la historia clínica no hacer referencia a que el menor se encontraba en esa institución educativa, por lo que no se tiene certeza sobre las condiciones en que presuntamente se dio la caída.

No se acredita con certeza que la caída obedeciera a una supuesta cascara de sandía. No se tiene prueba de un informe técnico que certifique la forma en que ocurrió la caída, ni de alguien que corrobore haber presenciado el momento exacto de la caída, diferente al propio menor lesionado. Al respecto se precisa que una declaración de la propia víctima tiene el carácter técnico – objetivo para estructurar la causa de una situación como la descrita en la demanda.

Si eventualmente se considerara la cascara de sandía causa de la caída, tal evento no se atribuye a un acción u omisión de las demandadas, pues corresponde a una situación que evidentemente no se desprende de la operación sino más bien a un hecho de un tercero. De probarse la existencia de tal cascara, la misma habría sido puesta ahí por un tercero

⁴ Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración – Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano*. *Revista de derecho privado, No. 14, Universidad Externado de Colombia.* 194.

indeterminado, sin que de esta manera se pueda imputar ese evento a la actuación de las entidades demandadas

Una vez acreditado que no existe causalidad material, menos puede concluirse que existe causalidad jurídica, pues atendiendo al régimen de imputación de falla probada del servicio, no hay prueba en el proceso del incumplimiento obligacional de la entidad demandada. Al no configurarse uno de los elementos estructurales de la responsabilidad, no hay fundamento para declarar la misma y condenar a la sociedad que represento a una condena por esta razón. Por lo anterior, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

2. AGRAVACIÓN DEL DAÑO ATRIBUIBLE A LA SEÑORA JESSIA YURANI GARCÍA SALDARRIAGA

Reposa en el expediente la historia clínica de la Asociación Mutual EMSANNAR E.S.E. – Nivel 1, en donde se registró la atención que se le brindó al menor Carlos Antonio Vera García el día 16 de agosto de 2016. Allí se estableció como diagnóstico esguince y torcedura de tobillo:

Principal de consulta: [S934] ESGUINCES Y TORCEDURAS DEL TOBILLO -

También se estableció la consulta que se realizó con ortopedia, y en la evolución se indicó que, una vez realizada la radiografía, no se había observado fractura. También se recomendó ordenó control con médico general en 20 días:

EVOLUCIÓN

PACIENTE MASCULINO CON CUADRO DE TRAUMA EN TOBILLO DERECHO ACUDE CON DOLOR EDEMA NO PERMITE EXAMEN FISICO POR DOLOR INTENSO. SE ORDENA RADIOGRAFIA DE TOBILLO EN LA QUE NO SE OBSERVA TRAZO DE FRACTURA, SE INMOVILIZA CON FERULA DE YESO PARA MANEJO DEL DOLOR Y DEL EDEMA. DICLOFENACO 75 MG IM AHORA SALIDA CON ACETAMINOFEN 500 MG CADA 8 HORAS EXPLICO SIGNOS DE ALARMA RECOMENDACIONES GENERALES CONTROL CON MEDICO GENERAL EN 20 DIAS.

La siguiente consulta fue el día 13 de octubre de 2016, es decir, dos meses después de ocurrida la presunta caída:

EVOLUCIÓN

PACIENTE MASCULINO DE 11 AÑOS DE EDAD CON ANTECEDENTES DE ESGUINCE DE TOBILLO DERECHO HACE 2 MESES APROXIMADAMENTE. CONSULTÓ SE INMOVILIZÓ CON FERULA DE YESO Y SE CITÓ A CONSULTA DE CONTROL PARA REVALORACIÓN PERO LA MADRE NO ACUDIÓ AL CONTROL Y RETIRO FERULA EN LA CASA. AHORA ACUDE YA QUE DESDE EL RETIRO DE LA FERULA PACIENTE CONTINUA CON DOLOR EN TOBILLO DERECHO AL APOYO Y A LA MARCHA, ADEMÁS DE EDEMA Y CAMBIOS DE COLORACIÓN DE PIEL DEL TOBILLO. NO OTRA SINTOMATOLOGIA. AL EXAMEN FISICO CON DOLOR A LA PALPACION DEL MISMO LIGERO EDEMA Y EQUIMOSIS EN RESOLUCIÓN DEL TOBILLO DERECHO. POR LO QUE SE DECIDE ENVIAR PARA VALORACION POR ORTOPEdia PARA DESCARTAR LESIONES DE LIGAMENTOS EN EL TOBILLO DERECHO. SE INMOVILIZA CON VENDAJE ELASTICO PARA MANEJO DEL DOLOR Y DEL EDEMA. DOY SALIDA

La madre del menor desatendió la orden del profesional de la salud, de concurrir a cita de control 20 días después. Contrario a eso, acudió nuevamente al servicio médico dos meses después, lo cual infiere varias cosas:

- i) Incumplió la madre con el deber de mitigar el daño, pues desatendió la orden médica que pudo haber comprometido la salud del menor Carlos Antonio Vera García.
- ii) La visita médica pudo haberse dado por una causa diferente a la caída que presuntamente originó la atención inicial. El transcurrir del tiempo sin acudir al servicio médico infiere que el estado de salud del paciente ya se había recuperado, y además permite que ocurran una infinidad de hipótesis que pueden generar una nueva consulta médica, sin que esté necesariamente relacionada con el hecho materia de demanda.

Así pues, esta conducta desprevenida frente al servicio médico, traslada la culpa en la eventual agravación del estado de salud por no haber mitigado el daño, pero además, aumenta la incertidumbre con respecto a la causa, pues aparecen una infinidad de hipótesis para estructurar el perjuicio, por ejemplo, una nueva caída.

3. HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE UN TERCERO

Si eventualmente el Despacho considera que sí se estructuró un daño sobre el cual proceda una indemnización, necesariamente debe concluir que es atribuible a un sujeto diferente a alguna de las entidades demandadas. Ya se ha hablado sobre los problemas de interpretación para identificar la causa eficiente del daño, no obstante, en cualquier escenario queda totalmente claro que de configurarse una causa, esta no es atribuible a ninguna de las demandadas.

La situación que describe la parte actora en la demanda no está probada, pero si eventualmente se atendiera a esta versión de ocurrencia de los hechos, la cascara de sandía que supuestamente causó la caída del menor Carlos Antonio Vera García no se atribuye al Municipio de Cali ni a Metro Cali S.A. Esa situación en nada guarda relación con la operación de estas dos entidades, por lo que no se puede imputar una acción u omisión que funcionalmente se circunscriba a la prestación del servicio.

4. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

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

Por lo anterior, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

5. GENÉRICA O INNOMINADA

Solicito declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, ya sea frente a la demanda o ante el llamamiento en garantía, que se origine en la Ley o en el contrato que con el que se convocó a mi poderdante, incluida la de caducidad y prescripción.

CAPÍTULO II

CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

FRENTE A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Al momento de resolver lo concerniente a la relación sustancial que sirve de base a la convocatoria que se hizo a mi procurada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., como llamada en garantía por parte del Municipio de Santiago de Cali, ruego tener en cuenta, pese a la ausencia de responsabilidad de dicha entidad y de mi procurada en torno a los hechos en que se basa la demanda, que en el remoto caso que prosperaren una o algunas de las pretensiones del libelo de la parte actora, en gracia de discusión y sin que esta observación constituya aceptación de responsabilidad alguna, mi representada se opone a la prosperidad de las pretensiones del llamamiento en garantía en la medida que excedan los límites y coberturas acordadas, y/o desconozcan las condiciones particulares y generales de la póliza y las disposiciones que rigen el contrato de seguro, así como también, si exceden el ámbito amparado otorgado o no se demuestra la realización del riesgo asegurado o se comprueba una causa de exclusión.

1. INEFICACIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Mediante auto interlocutorio del 7 de marzo de 2019, el Juzgado Diecinueve Administrativo de Cali admitió el llamamiento en garantía formulado el Municipio de Santiago de Cali.

El artículo 66 del Código General del Proceso dispone:

ARTÍCULO 66. TRÁMITE. *Si el juez halla procedente el llamamiento, ordenará notificar personalmente al convocado y correrle traslado del escrito por el término de la demanda inicial. Si la notificación no se logra dentro de los seis (6) meses siguientes, el llamamiento será ineficaz. La misma regla se aplicará en el caso contemplado en el inciso segundo del artículo anterior.*

[...]

Tal como lo refiere la norma y parte subrayada, si la notificación no se logra dentro de los seis meses siguientes, **el llamamiento será ineficaz.** El conteo de términos concluye que desde el

momento en que se notificó por estados la admisión del llamamiento en garantía, esto es, 8 de marzo de 2019, hasta la fecha en que efectivamente se notificó a mi representada del llamamiento en garantía, esto es, 8 de septiembre de julio de 2021, transcurrieron más de dos (2) años, tiempo superior al establecido en la norma para poder notificar el llamamiento en garantía.

Tal situación se evidencia aún más con el contenido del Decreto 806 de 2020, el cual permite a la parte realizar la notificación personal a través de canales digitales, y siendo mi representada una sociedad legalmente constituida, perfectamente es de conocimiento público el canal de notificaciones judiciales para recibir este tipo de comunicaciones. Quiere decir esto que ni el Despacho ni la parte, siendo de esta última la carga de notificar, enviaron dentro del término que impone la ley la notificación del auto que admitió el llamamiento en garantía. La consecuencia de esta situación, como lo refiere la norma citada, es la declaración de ineficaz del llamamiento en garantía, por este motivo, ante la configuración de este escenario procesal, solicito respetuosamente se declare esta excepción y se tenga por ineficaz el llamamiento en garantía formulado a mi representada.

2. NO SE DEMOSTRÓ LA REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL NO. 1501216001931 Y, POR TANTO, NO EXISTE OBLIGACIÓN A CARGO DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

Respecto al llamamiento en garantía se debe destacar como primera medida, que la responsabilidad de mi prohijada solo puede verse comprometida ante el cumplimiento de la condición pactada, de la que pende el surgimiento de la obligación condicional, esto es la realización del riesgo asegurado.

Es decir que la responsabilidad de mi representada está supeditada al contenido de la póliza, sus diversas condiciones, al ámbito de amparo, a la definición contractual de su alcance o extensión, a los límites asegurados para cada riesgo tomado, a los riesgos asumidos por la convocada, a los valores asegurados para cada amparo, al deducible pactado etc., luego son esas condiciones las que enmarcan la obligación condicional que contrae el asegurador y por eso el juzgador debe sujetar el pronunciamiento respecto de la relación sustancial que sirve de base para el llamamiento en garantía, al contenido del contexto de la correspondiente póliza.

Ahora en el caso particular se observa que dicha condición nunca se cumplió, toda vez que la responsabilidad de la aseguradora está delimitada estrictamente por el amparo que otorgó al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, tal y como se estipuló en el contrato de seguro que enmarca la eventual obligación de mi representada y considerando que la responsabilidad del ente convocante no se estructuró por no existir falla alguna de su parte o del personal a su

servicio que haya originado algún perjuicio a los demandantes. Los hechos y pretensiones de la demanda carecen de cobertura bajo la póliza de seguro utilizada como fundamento del llamamiento en garantía, pues no se cumplió la condición a la que está sometida la obligación de la aseguradora, esto es, que se realice el riesgo asegurado en los términos de la póliza. 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 dimanar.

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.

De esta manera, el hecho de haberse pactado en las pólizas de seguro concretamente en las condiciones generales, algunas exclusiones de amparo, ellas deben considerarse al proferirse la respectiva sentencia, pues de presentarse o configurarse una de ellas se releva a la compañía de la obligación de pagar cualquier tipo de indemnización.

3. EN TODO CASO, LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA SE DEBE CEÑIR AL PORCENTAJE PACTADO EN EL COASEGURO.

Sin perjuicio de los argumentos arriba expuestos, debe manifestarse al Despacho, que solo si en gracia de discusión, si hipotéticamente naciera obligación de mi procurada, la misma deberá estar sujeta a todas y cada una de las condiciones estipuladas en las Pólizas que se discuten.

Puntualmente, ruego tener presente que dichos contratos fueron suscritos en coaseguro por Allianz Seguros S.A., Compañía de Seguros Colpatria, QBE, y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., cuya distribución corresponde a la siguiente:

| Compañía Aseguradora | Porcentaje |
|---|-------------------|
| Allianz Seguros S.A. | 23.00% |
| Compañía de Seguros Colpatria | 21.00% |
| QBE | 22.00% |
| Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. | 34.00% |

En consideración de lo expuesto, la eventual condena que llegará a proferirse en contra del extremo pasivo, deberá sujetarse, con relación a mi representada, a la participación que ella tiene en virtud del coaseguro, es decir, al treinta y cuatro por ciento (34.00%).

Lo anterior encuentra sustento en lo preceptuado por el artículo 1092 del Código de Comercio, que reza en su tenor literal:

ARTÍCULO 1092. INDEMNIZACIÓN EN CASO DE COEXISTENCIA DE SEGUROS. *En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad.*

En concordancia, el artículo 1095 del mismo Estatuto expresa:

ARTÍCULO 1095. COASEGURO. *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.*

En virtud de lo expuesto, no existe solidaridad entre las demás Compañías Aseguradoras y mi representada, consecuencia de lo cual, como se explicó, su obligación indemnizatoria corresponde exclusivamente al porcentaje indicado, sin perjuicio del deducible pactado, arriba referido.

4. MARCO DE LOS AMPAROS OTORGADOS, LÍMITE MÁXIMO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA.

Sin perjuicio de lo anterior, y sin que se entienda comprometida mi representada, es necesario manifestar al Despacho, que bajo la hipótesis en que naciera obligación de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., la misma se sujetará a lo consignado al tenor literal de la póliza, y, por tanto, a las condiciones particulares de la misma, entre ellas, a la suma asegurada, el deducible y las exclusiones que se hayan pactado. Al respecto, el Código de Comercio en su artículo 1079, ha previsto: “*El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada (...)*”; siendo, así las cosas, en el improbable caso de

preferirse una condena a mi procurada, ésta se verá condicionada al tope máximo pactado en el clausulado:

| 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 | |

En orden de lo comentado, las condiciones pactadas en la Póliza No.1501216001931, indican el tope de la obligación indemnizatoria de la compañía aseguradora junto con el valor del deducible, en el remoto caso en que se profiera una sentencia en su contra.

5. EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No 1501216001931 EXISTE UN DEDUCIBLE QUE SE ENCUENTRA A CARGO DEL ASEGURADO

Adicionalmente, y sin perjuicio de las razones expuestas que indican que no hay cobertura bajo el seguro comentado, ni de los demás argumentos expuestos atrás, también debe tener presente que al momento de convenir los amparos en la póliza que nos ocupan, se impuso una carga al asegurado o al beneficiario en caso de siniestro, por virtud de la cual estos asumirán una parte del mismo. Esto es lo que se denomina deducible, una suma de dinero del valor del siniestro que asumirán como coparticipación en el mismo. Es por ello, que en las caratulas de la póliza expedida por mi representada, se concertó un deducible el cual corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado, y en este caso se pactó de manera específica un límite asegurado por evento equivalente a cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) y un deducible que corresponde al quince por ciento (15%) del valor de la pérdida, con un mínimo de cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales vigentes por evento.

Por otra parte, y de acuerdo con la normatividad vigente, la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto No. 2019098264 del 29 de agosto de 2019, ha sido clara en definir en qué consiste el deducible indicando lo siguiente:

...Sin embargo, es preciso señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición que obligue al asegurador a indemnizar conforme a determinado régimen específico, en consecuencia, sea que la incapacidad o la lesión se acredite en las formas mencionadas en su comunicación, la fijación del monto de la indemnización se rige por las estipulaciones que al respecto hubieren pactado el tomador y el asegurador.

Dicho esto, en una póliza donde se ampara la responsabilidad civil extracontractual el monto de la indemnización puede verse disminuido si las partes han pactado que un porcentaje de la pérdida se asumirá a título de deducible por el asegurado, convenio que resulta legalmente viable, de acuerdo con nuestro ordenamiento mercantil.

En efecto, la Sección I del Capítulo II, Título V, Libro Cuarto del Código de Comercio, en su artículo 1103, consagra dentro de los principios comunes a los seguros de daños la posibilidad de pactar, mediante cláusulas especiales, que el asegurado "...deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño".

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.

Por tanto, el valor del ofrecimiento extendido por la compañía aseguradora, podría variar en función de los perjuicios sufridos por el reclamante, así como los elementos probatorios que se hubieren allegado para acreditar el valor de la pérdida, conforme lo presupuestado en el artículo 1077 del código de comercio, aunado a las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza, como lo son el límite del valor asegurado, el deducible pactado con el asegurado, entre otros factores⁵.

Ruego al despacho tener en cuenta cada una de las condiciones establecidas en la póliza en comento, haciendo especial hincapié en la suma amparada mediante el contrato y al deducible pactado en el mismo. De igual manera, solicito que en el remoto evento de que se llegare a hacer efectivo el llamamiento en garantía se apliquen todas y cada una de las cláusulas y condiciones del contrato de seguro.

6. GENÉRICA O INNOMINADA

Solicito declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso ya sea frente a la demanda o incluso ante el llamamiento en garantía, incluida la de prescripción y caducidad.

PRUEBAS

• TESTIMONIALES

Ruego respetuosamente al Despacho se me permita tomar la declaración de los testigos que concurren al proceso, prueba que para su declaración se someterá a las reglas impuestas en la Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso.

• INTERROGATORIO DE PARTE

Solicito señor juez, citar a la parte demandante para realizar interrogatorio de parte sobre los hechos de la demanda, cuestionario que presentaré el día de la diligencia.

• DOCUMENTALES

⁵ Superfinaciera (2019). Concepto 2019098264. "Seguros, Pago de Indemnización, Seguro de Responsabilidad Civil". Agosto 29.

Solicito se tengan como tales las siguientes:

1. Copia de la Carátula y el Clausulado de la Póliza de Responsabilidad Extracontractual No. 1501216001931, con su respectivo clausulado particular y general.
2. Certificado de existencia y representación legal de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

NOTIFICACIONES

La parte convocante, en el lugar indicado en el escrito de Llamamiento en Garantía.

La suscrita en la Avenida 6A Bis N° 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212, de la ciudad de Cali, o en la Secretaría de su Despacho. Dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



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