

RV: RAD 2022 00195 // SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA // DTE CONSUELO MOLANO DE MOSQUERA Y OTROS DDO VANESA PEREZ SARDY Y OTROS // JDVM

Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Valle del Cauca - Cali <sscivcali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 12/04/2024 16:19

Para: Despacho 07 Sala Civil - Valle del Cauca - Cali <des07sctscali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: David Chicangana Melo <dchicanm@cendoj.ramajudicial.gov.co>; notificaciones@gha.com.co <notificaciones@gha.com.co>; Maria Eugenia Garcia Contreras <mgarciacon@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Edgar Lizandro Diagama Pinzon <ediagamp@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (718 KB)

RAD 2022-00195-SUSTENTACION RECURSO APELACION - DTE CONSUELO MOLANO DE MOSQUERA Y OTROS.pdf;

Doctor (a)

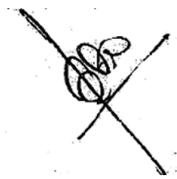
Julian Alberto Villegas Perea

Cordial saludo.

Remito la comunicación adjunta, con copia a:

- Edgar Lisandro empleado de secretaría encargado de carpeta digital
- a DAVID CHICANGANA para estados
- a Dra. MARIA EUGENIA para control de términos procesales
- a _____ con fines informativos.
- Al remitente como acuso de recibo.

Atte,



GUILLERMO EDUARDO VILLA RUIZ

ESCRIBIENTE NOMINADO

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI

De: Notificaciones GHA <notificaciones@gha.com.co>

Enviado: viernes, 12 de abril de 2024 4:13 p. m.

Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Valle del Cauca - Cali <sscivcali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: srojas@gha.com.co <srojas@gha.com.co>; joseorios@ilexgrupoconsultor.com <joseorios@ilexgrupoconsultor.com>; Darlyn Marcela Muñoz Nieves <dmunoz@gha.com.co>; Ana María Barón Mendoza <abaron@gha.com.co>; liliana.toro@grupoemi.com <liliana.toro@grupoemi.com>; Juzgado 01 Civil Circuito - Valle del Cauca - Cali <j01cccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>; benitezquinteroabogado <benitezquinteroabogado@gmail.com>; diego.caicedo@outlook.com <diego.caicedo@outlook.com>; notificacionesjudiciales@suramericana.com.co <notificacionesjudiciales@suramericana.com.co>; ladybermudez210@gmail.com <ladybermudez210@gmail.com>

Asunto: RAD 2022 00195 // SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA // DTE CONSUELO MOLANO DE MOSQUERA Y OTROS DDO VANESA PEREZ SARDY Y OTROS // JDVM

Honorable,

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE JUDICIAL DE CALI, VALLE.

M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea

sscivcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

PROCESO: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
RADICADO: 760013103001-2022-00195-01
DEMANDANTES: CONSUELO MOLANO DE MOSQUERA Y OTROS.
DEMANDADOS: VANESA PEREZ SARDY Y OTROS.

REFERENCIA: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Cali, e identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 expedida del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición apoderado general de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, mediante el presente acto procedo a presentar **SUSTENTACIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN** presentado contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, el día 30 de enero del 2024 y notificada el día 01 de febrero del 2024, la cual fue desfavorable a los intereses de mi procurada, solicitando desde este momento, que sea **REVOCADA** en su integridad, y en su lugar se nieguen las pretensiones propuestas por la parte actora, con fundamento en los argumentos que concretaré en el archivo en pdf adjunto.

Adjunto archivo en pdf.

Nota: Por favor acusar recibido el archivo entregado.

Cordialmente,

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



Aviso de Confidencialidad: La reproducción, copia, publicación, revelación y/o distribución, así como cualquier uso comercial o no comercial de la información contenida en este Correo Electrónico y sus adjuntos se encuentra proscrito por la Ley. Al ser destinatario del presente correo y no devolverlo acepta que el manejo de la información aquí contenida debe manejarse de manera confidencial y reservada. Si usted no es destinatario por favor contacte al remitente y elimine copia del correo, así como de sus adjuntos.

Confidentiality Notice: The reproduction, copying, publication, disclosure and/or distribution, as well as any commercial or non-commercial use of the information contained in this Email and its attached files are prohibited by law. If you are the intended recipient you agree that the information contained herein must be used and managed in both, confidential and reserved manner. If you are not the intended recipient please contact the sender and delete a copy of the mail as well as its attachments

Honorable,

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE JUDICIAL DE CALI, VALLE.

M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea

sscivcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

PROCESO: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
RADICADO 760013103001-2022-00195-01
DEMANDANTES: CONSUELO MOLANO DE MOSQUERA Y OTROS.
DEMANDADOS: VANESA PEREZ SARDY Y OTROS.

REFERENCIA: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Cali, e identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 expedida del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición apoderado general de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, mediante el presente acto procedo a presentar **SUSTENTACIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN** presentado contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, el día 30 de enero del 2024 y notificada el día 01 de febrero del 2024, la cual fue desfavorable a los intereses de mi procurada, solicitando desde este momento, que sea **REVOCADA** en su integridad, y en su lugar se nieguen las pretensiones propuestas por la parte actora, con fundamento en los argumentos que concretaré en los acápites siguientes:

I. OPORTUNIDAD PROCESAL Y PROCEDENCIA

Como lo dispone el artículo 12 de la ley 2213 del 2022, presento la sustentación del recurso de apelación dentro del término de cinco (05) días hábiles siguientes a la notificación de la providencia:

“(...) Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. (...)”

En el caso concreto, el H. Tribunal del Distrito Judicial de Cali – Sala Civil, mediante auto proferido el día 02 de abril del 2024, notificado el día 04 de abril del 2024, resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto, y conceder una vez en firme la decisión, el término de cinco (05) días para presentar la debida sustentación. Por lo que la sustentación se presenta en el término procesal correspondiente.

II. REPAROS CONCRETOS CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA REALIZADA POR EL A QUO DEBIDO A QUE DIO POR PROBADO SIN FUNDAMENTO ALGUNO LA COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 2917220000673.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali resolvió que Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. debe reembolsar a la llamante lo que llegará a pagar en razón a la condena dispuesta en este trámite, de acuerdo con los montos, coberturas, amparos especiales, valor asegurado y deducible pactados en el contrato de seguro con el cual se vinculó al proceso. Lo anterior en virtud de que el A quo consideró que la Póliza No. 2917220000673 ofrece una cobertura PLO (predios laboral y operaciones), la cual según su equívoca postura, es aplicable al caso en concreto conforme lo dispuesto dentro del

clausulado del negocio asegurativo. No obstante, el fallador de primera instancia incurrió en un pleno desconocimiento del contrato de seguro, atribuyendo consecuencias jurídicas sobre fundamentos normativos que no están establecidos en el mismo. La génesis del presente litigio y así como fue fijado en audiencia inicial, está enmarcada a partir de una imputabilidad de responsabilidad médica reprochada a EMI. No obstante, en el hipotético y remoto caso en que el Tribunal consideré que efectivamente existió tal responsabilidad profesional; es fundamental poner de presente a la H. colegiatura que dicha responsabilidad NO está amparada en la Póliza No. 2917220000673, y de contera, su cobertura tampoco puede derivarse del yerro interpretativo en que incurrió el Juez de primera instancia al extraerla del amparo de PLO. Lo anterior, es razón suficiente para que el despacho revoque los puntos sexto y séptimo de la sentencia objeto de asunto, y en su lugar niegue la pretensión el llamamiento en garantía.

De conformidad con lo señalado anteriormente, es importante exponer que la Compañía Aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que, al suscribir el contrato de seguro respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo. De tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

*“(…) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento **“de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual se otorga al asegurador la facultad***

de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado” [Negrilla fuera de texto original].¹

Por otro lado, una vez sentada la potestad que tienen las compañías de asumir determinados riesgos y con el fin de tener claridad acerca del objeto del litigio, específicamente de la responsabilidad de la compañía de seguros derivada del contrato de seguro; se hace necesario explicar el amparo de PLO (Predios, labores y operaciones). Además, para derruir totalmente la posición del A quo en esta materia, y en búsqueda de que el H. Tribunal comprenda la posición mantenida por este extremo procesal la discusión jurídica no se agotará en este punto. Es dable poner de presente los fundamentos de la responsabilidad profesional para dilucidar al Despacho que efectivamente dicha responsabilidad no se encuentra amparada dentro de la Póliza mencionada.

El Despacho afectó la Póliza objeto de estudio al considerar que en la Póliza se ofreció la cobertura P.L.O. (Predios Labores y Operaciones) ampliadas en las condiciones especiales en las que se dispuso “*El seguro cubrirá lesiones corporales*”, entendida esta, según texto literal del cuerpo del contrato de seguro como “*las lesiones corporales se produjeron en el momento en que el reclamante consulta a su médico de cabecera por primera vez con respecto a los síntomas de dicha lesión, aunque la causa directa de la misma no se determina hasta más adelante*”. De esta forma, la *ratio decidendi* para imputar responsabilidad a mi representada quedó delimitada en los siguientes términos:

*“De manera que al constatarse que conforme al contrato de seguro blandido existe intereses asegurable en favor del llamante en garantía, **aunado a que se extendió cobertura y amparo frente al siniestro acaecido, concernido a lesiones corporales**, y que el mismo se presentó en vigencia del negocio aseguraticio, y al **no concurrir exclusión expresa ninguna de las descritas en el cuerpo del contrato**, está llamada a prosperar la acción reversica traída y planteada por*

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia STC-12625-2015 del 17 de septiembre de 2015. MP.: Ariel Salazar Ramírez

*Empresa de Medicina Integral S.A.S. (EMI) frente a la compañía aseguradora llamada en garantía*².

De lo anterior debo resaltar dos puntos centrales respecto de los cuales el Juez falló en su apreciación probatoria: i) En primer lugar, como se ha mencionado, dar por probada la cobertura a partir de lo pactado en el contrato de seguro por entender que las lesiones personales dentro del amparo de PLO debe cubrir la responsabilidad profesional reprochada en la demanda, cuando dicha cobertura no puede ser afectada en virtud de dicho amparo conforme será expuesto; y así mismo, ii) dar por probado que no está pactada ninguna exclusión que sea aplicable al caso en concreto, cuando efectivamente se pactaron varias disposiciones que excluyen la cobertura pretendida. Analicemos entonces el primer punto anteriormente mencionado.

El profesor Juan Manuel Diaz Granados Ortiz, ubica el amparo de PLO dentro de la responsabilidad civil general de las empresas y afirma lo siguiente:

*“La actividad empresarial genera riesgos derivados de la tenencia de predios, así como del desarrollo mismo de las labores y operaciones empresariales. La industria de los seguros emplea una póliza de responsabilidad civil extracontractual que cubre la responsabilidad por dichas actividades, **pero excluyendo una serie de eventos; algunos de ellos pueden ser materia de cobertura mediante un amparo especial anexo a dicha póliza o por la contratación de una póliza independiente.**”³*

De esta manera, así como generalmente es pactado en los contratos de seguro, dentro de esta cobertura se incluyen los riesgos que razonablemente forman parte de la actividad (operación) de la empresa asegurada, tales como:

- *Posesión o uso de ascensores y escaleras automáticas.*
- *Posesión o uso de máquinas y equipos de trabajo, de cargue, descargue y de transporte dentro de los predios asegurados.*
- *Operaciones de cargue y descargue.*

² Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, 30 de enero 2024.

³ Díaz – Granados Ortiz, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad, Editorial Universidad del Rosario, 2006.

- *Posesión o uso de avisos y vallas publicitarias en el territorio nacional.*
- *Posesión o uso de instalaciones sociales, culturales y deportivas y los eventos que el asegurado realice en ellas.*
- *Realización de eventos sociales, culturales y deportivos organizados por el asegurado.*
- *Viajes de funcionarios del asegurado dentro del territorio nacional.*
- *Participación del asegurado en ferias y exposiciones nacionales.*
- *Vigilancia de los predios asegurados por personal del asegurado, incluyendo el uso de armas y de perros guardianes para tales propósitos.*
- *Posesión o uso de depósitos, tanques y tuberías dentro de los predios asegurados.*
- *Posesión o uso de cafeterías, casinos y restaurantes para uso de sus empleados y/o invitados.*
- *Incendio y/o explosión producidos dentro de los predios asegurados.*

Por otra parte, el mismo tratadista, como criterio diferenciador, con respecto a las pólizas de responsabilidad de responsabilidad profesional establece:

“Recordemos que la póliza de responsabilidad civil general excluye toda responsabilidad contractual y también la responsabilidad civil profesional, la cual es materia mediante pólizas independientes. En consecuencia, la responsabilidad civil profesional se maneja con criterio de especialidad y en el mercado se han estructurado productos orientados a distintas profesiones o actividades consideradas como profesionales

Una de las actividades profesionales más expuestas a generar daños a las personas es la médica, clínica y afines. Inicialmente, se estimaba que el médico no podía ser considerado responsable, pues se decía que no incurría en culpa. Esta posición cambió con el tiempo y hoy en día existen claros principios de responsabilidad, lo cual coloca a profesionales a instituciones de salud en la necesidad de proteger su

patrimonio vía seguros. En el mercado se han diseñado pólizas dirigidas a los médicos y profesionales de la salud y también a las instituciones clínicas y hospitalarias”.

De lo citado anteriormente es fundamental poner de presente que, en primer lugar, la póliza de responsabilidad civil general (como el contrato de seguro No. 2917220000673) excluye toda responsabilidad contractual y civil profesional. Así mismo, la responsabilidad civil profesional se maneja con criterio de especialidad y en el mercado se han estructurado productos orientados a distintas profesiones, v.g. la médica. En consecuencia, la responsabilidad civil profesional es materia de pólizas independientes.

Entonces, es cierta la diferenciación que existe entre un amparo y el otro, pues mientras el primero (PLO) se refiere a aquellas actividades en las que una persona jurídica puede incurrir en el desarrollo de sus actividades de las cuales se excluye la responsabilidad profesional, la segunda tiene un carácter especial, y ha tomado dentro del mercado una posición que supone la realización de productos asegurativos independientes que protejan la responsabilidad del personal médico en ejecución de sus funciones.

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones en las cuales asumen los mismos. En este orden de ideas y como se ha venido exponiendo de forma transversal en el documento, Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. NO asumió el riesgo derivado de la actividad profesional, puntualmente de las atenciones médicas que pudiese brindar EMI al demandante. Esta situación implica necesariamente que los hechos ocurridos el día 12 de septiembre del 2021, que se encuentran fincados en el ejercicio profesional de EMI, no encuentran cobertura en la póliza base del llamamiento en garantía, motivo suficiente para que el despacho se abstenga de imponer condena alguna a cargo de la compañía de seguros.

Es importante exponer los siguientes puntos que se encuentran incluido en el contrato de seguros No. 2917220000673. En primer lugar, la ÚNICA cobertura que se ofrece dentro del contrato de seguro es de “predios, labores y operaciones”, tal como se puede observar:



En línea con lo anterior, resulta necesario y pertinente exponer el funcionamiento y la posible afectación que tendría el amparo antes expuesto, para el caso la póliza de RCE por la cual se vincula a Mapfre Seguros Generales S.A. ampara los perjuicios ocasionados a un tercero en instalaciones del asegurado o por hechos no relacionados propiamente con la actividad profesional. A manera de ejemplo, si en las instalaciones de EMI ocurre una falla en los elevadores y que aquello cause lesiones a un tercero, pues efectivamente la póliza cubriría dicho evento, pero no cubre los perjuicios derivados de la actividad profesional, pues aquel riesgo requiere necesariamente una póliza particular o autónoma en donde se traslade ese riesgo.

Como segundo punto, como se abordará dentro del siguiente reparo, es tan cierto que el amparo de riesgos, labores y operaciones no cubre los hechos base de la demanda que incluso en las exclusiones de cobertura se especificó que las reclamaciones derivadas de la actividad profesional no se encuentran cubiertas por el seguro, veamos:

2. EXCLUSIONES

2.1 La cobertura de esta póliza en ningún caso ampara ni se refiere a reclamaciones que sean directa o indirectamente consecuencia de:

- 2.1.1. La responsabilidad civil proveniente de dolo o culpa grave, del asegurado.
- 2.1.2. Relaciones contractuales entre el asegurado y un tercero; en particular las reclamaciones:

- 2.1.5. Actividades u operaciones de guerra declarada o no hostilidades, invasión de enemigo extranjero, guerra interna, revolución, rebelión, insurrección, asonada, conmoción civil, poder militar o usurpado, requisición, decomiso o destrucción de bienes por cualquier autoridad o regional, huelgas, disturbios políticos y sabotajes, actividades guerrilleras.
- 2.1.6. Daños ocasionados por reacción nuclear, radiación nuclear o contaminación radioactiva o por riesgos atómicos nucleares.
- 2.1.7. Daños ocasionados por aeronaves o embarcaciones.
- 2.1.8. Daños originados por una contaminación paulatina del medio ambiente u otras variaciones perjudiciales del agua, aire, suelo, subsuelo o bien por ruidos, que no sean consecuencia de un acontecimiento accidental, repentino e imprevisto.
- 2.1.9. Daños ocasionados a la persona o los bienes: del asegurado, de las personas a quienes se extiende la cobertura del presente seguro así como de los parientes de los antes mencionados. Se entiende por parientes: el cónyuge o compañero (a) permanente, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil.
- 2.1.10. Daños personales ocasionados por una infección o enfermedad padecida por el asegurado.
- 2.1.11. Multas o cualquier clase de acciones penales.
- 2.1.12. Daños a causa de la inobservancia de disposiciones legales y de la autoridad o de instrucciones y estipulaciones contractuales, a no ser que ni el asegurado ni personas con funciones directivas hayan

- actuado dolosamente ni haya permitido una actuación dolosa de los demás empleados.
- 2.1.13. Daños por asbesto en estado natural o por sus productos así como daños en relación con operaciones y actividades expuestas a polvo que contengan fibras de amianto.
 - 2.1.14. Daños genéticos a personas o animales.
 - 2.1.15. Responsabilidad civil derivada de operaciones portuarias y aeroportuarias, incluyendo actividades como mantenimiento y limpieza.
 - 2.1.16. Responsabilidad civil derivada de fabricación, almacenamiento y transporte de explosivos.
 - 2.1.17. Responsabilidad civil derivada de riesgos de extracción, refinamiento, almacenamiento y transporte de petróleo crudo y gas natural.

- 2.2 Salvo que se convenga la cobertura mediante acuerdo previo, quedan excluidas de la cobertura.
 - 2.2.1 Las reclamaciones por daños ocasionados a terceros por los productos fabricados, entregados o suministrados por el asegurado, o bien por los trabajos ejecutados.
 - 2.2.2 Las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado.
 - 2.2.3 Las reclamaciones por daños ocasionados a terceros durante la vida privada o familiar.
 - 2.2.4 Las reclamaciones imputables al asegurado según el art. 216 del código sustantivo del trabajo u otras normas del régimen laboral.
 - 2.2.5 Las reclamaciones derivadas del uso, propiedad o posesión de vehículos automotores, que requieren de placa para su empleo en lugares públicos.
 - 2.2.6 Las reclamaciones relacionadas con siniestros ocurridos fuera del territorio de la República de Colombia.

Así las cosas, y como se expuso, bajo la libertad contractual, y la libre asunción de riesgos en cabeza de la compañía aseguradora, la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 2917220000673 NO presta cobertura material a los hechos objeto del litigio, comoquiera que los supuestos fácticos reprochados por los demandantes, se relacionan con el ejercicio profesional de EMI, situación que no se encuentra amparada por mi representada dentro de la póliza por la cual fue llamada en garantía, circunstancia que llevaría a que Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., no pueda ser condenada en ninguna medida a efectuar erogación económica alguna. Por tal motivo, se solicita al despacho revoque los puntos sexto y séptimo de la sentencia objeto de asunto, y en su lugar niegue la pretensión del llamamiento en garantía.

2. EL A QUO PASÓ POR ALTO LA AUSENCIA DE COBERTURA DEL SEGURO POR TRATARSE DE RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL NO. 2917220000673

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que existen riesgos excluidos que son una serie de eventos que se excluyen de amparo, así en caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Para el caso concreto se ha configurado una falta de cobertura material debido a que se encuentran probados los supuestos de la exclusión No. 2.2.2.

correspondiente a las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado. Es decir que, como en este caso se endilga una declaratoria de responsabilidad por error de diagnóstico, lo que en efecto se circunscribe a la actividad profesional del asegurado, resulta claro que la póliza no presta cobertura para los hechos objeto de este litigio y en esa medida a mi mandante no podía imponérsele obligación indemnizatoria alguna.

En tal sentido, la H. Corte Suprema de Justicia definió la inexistencia de responsabilidad del *asegurador cuando el riesgo se encuentra expresamente excluido, así:*

“Este principio de la universalidad que informa al seguro de transporte, entre otros más, justifica las precisas diferencias que, en lo pertinente, existen con las demás clases de seguros. Así, por vía de ejemplo, en lo tocante con la delimitación del riesgo, mientras el artículo 1056 del Código de Comercio permite que el asegurador, a su arbitrio, asuma “todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”, el art. 1120 ib. preceptúa que el seguro de transporte “comprende todos los riesgos inherentes al transporte, salvo el deterioro por el simple transcurso del tiempo y los riesgos expresamente excluidos” (Se subraya, luego, en este último negocio asegurativo, el asegurador es responsable cuando la pérdida sea ocasionada por uno de los “riesgos inherentes al transporte”, salvo que el riesgo se encuentre expresa e inequívocamente excluido por las partes.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)⁴

Bajo esa misma interpretativa, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de diciembre 13 de 2018, indicó que las exclusiones de tipo convencional estipuladas en los contratos de seguro, no comprometen la responsabilidad del asegurador, en virtud de la facultad prevista en el artículo 1056 del Código de Comercio:

“Las exclusiones de tipo convencional deben entenderse, como es apenas obvio, como aquellas pactadas por las partes o, cuando menos, en las que existe

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de enero de 2007. Rad 2000-5492-01. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

consentimiento respecto de las indicadas en el clausulado preestablecido, en los denominados acuerdos de adhesión y que, siendo origen del siniestro o consecuencia del mismo, no comprometen la responsabilidad del asegurador.

Esas cláusulas son válidas, inicialmente, en tanto se sustentan en el principio de la libre autonomía de las partes, cuyos límites son el orden público y las buenas costumbres; de ahí que el artículo 1056 consagre la posibilidad del asegurador de, «a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado»¹⁹ (Negrilla y resaltado por fuera del texto original).

De igual forma, la jurisprudencia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

*“(…) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.*

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan

sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...) (Subrayado y negrilla por fuera del texto original).⁵

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

En virtud de lo anterior, es menester señalar que la Póliza De Responsabilidad Civil Extracontractual señala una serie de exclusiones, que enmarcan el ámbito de cobertura del seguro, de tal suerte que al encontrarse probados los supuestos de hecho en los que aquellas se fincan no puede existir obligación alguna. Para el efecto en el apartado 2.2.2. de las condiciones aplicables al seguro se pactó la exclusión por reclamaciones de la actividad profesional, veamos:

- 2.2 Salvo que se convenga la cobertura mediante acuerdo previo, quedan excluidas de la cobertura.
- 2.2.1 Las reclamaciones por daños ocasionados a terceros por los productos fabricados, entregados o suministrados por el asegurado, o bien por los trabajos ejecutados.
- 2.2.2 Las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado.
- 2.2.3 Las reclamaciones por daños ocasionados a terceros durante la vida privada o familiar.
- 2.2.4 Las reclamaciones imputables al asegurado según el art. 216 del código sustantivo del trabajo u otras normas del régimen laboral.
- 2.2.5 Las reclamaciones derivadas del uso, propiedad o posesión de vehículos automotores, que requieren de placa para su empleo en lugares públicos.
- 2.2.6 Las reclamaciones relacionadas con siniestros ocurridos fuera del territorio de la República de Colombia.

Conforme a lo anterior honorable despacho se resalta la exclusión del numeral 2.2.2. en la medida en que la demanda promovida por la señora Molano y otros se finca en un presunto error de diagnóstico,

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00.

es decir envuelve la actividad profesional de EMI como se encuentra probado en el plenario y como declaró al momento de expedir la póliza, pues ahí se registró como actividad “consultorio médico”:

INFORMACION DE LA POLIZA														
FECHA DE EXPEDICION			VIGENCIA POLIZA					VIGENCIA CERTIFICADO						
DIA	MES	AÑO	INICIACION	TERMINACION	NO. DIAS	INICIACION	TERMINACION	NO. DIAS	INICIACION	TERMINACION	NO. DIAS	INICIACION	TERMINACION	NO. DIAS
28	10	2020	00:00	00:00	365	00:00	00:00	365	00:00	00:00	365	00:00	00:00	365
			1	1		1	1		1	1		1	1	
			10	10		10	10		10	10		10	10	
			2020	2021		2020	2021		2020	2021		2020	2021	
NOMBRE DEL PRODUCTOR					CLASE	CLAVE	TELEFONO	% PARTICIPACION						
ILLIS TOWERS WATSON COLOMBIA CORREDORES DE SEGUROS S					CORREDOR	3000	8930893	100,00						
ACTIVIDAD		CONSULTORIO MEDICO												
DIRECCION DEL RIESGO		CRA 48 # 14-49												
DEPARTAMENTO		ANTIOQUIA												
CIUDAD		MEDELLIN												

En conclusión, y de acuerdo con las exclusiones generales y particulares de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, se encontró la señalada bajo el numeral 2.2.2., la cual corresponde a “**las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado**”, lo que nos permite establecer que, como en este caso se configuró una declaratoria de responsabilidad por error de diagnóstico, relacionada con la actividad profesional del asegurado, resulta claro que la póliza NO presta cobertura para los hechos objeto de este litigio y en esa medida Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., no puede imponérsele obligación indemnizatoria alguna, por los hechos objeto del litigio.

3. LÍMITES MÁXIMOS DE RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR EN LO ATINENTE AL DEDUCIBLE EN LA PÓLIZA 2917220000673

Subsidiariamente a los argumentos precedentes, sin perjuicio de los fundamentos expuestos a lo largo del escrito y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada. En el improbable evento en el que el honorable Despacho considere que la Aseguradora sí tiene la obligación de pagar indemnización alguna, resulta fundamental que tenga en cuenta que de acuerdo con el fallo de primera instancia resolvió se obligó que Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. debe reembolsar a la llamante lo que llegará a pagar en razón a la condena dispuesta en este trámite, de acuerdo con los montos, coberturas, amparos especiales, valor asegurado y **deducible pactado**. Por lo cual, debe tenerse en cuenta así como se consideró dentro de la sentencia reprochada que el deducible pactado en el contrato de seguro, esto es, \$59000 USD, valor que absorbe totalmente la eventual condena que asumiría EMI en virtud de la condena solidaria impuesta.

*“En lo que respecta a la obligación de reembolso o reintegro frente a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., llamada en garantía de EMI S.A.S., se aportó la póliza Nro. 2917220000673 de responsabilidad civil extracontractual, vigente al tiempo del incidente materia de disputa (12 y 13 de septiembre de 2021), en la que aparece como asegurado, EMPRESA DE MEDICINA INTEGRAL EMI SAS, ofreciendo cobertura P.L.O.: PREDIOS LABORES Y OPERACIONES, ampliadas en las condiciones especiales, en la que se dispuso: “El seguro cubrirá lesiones corporales”, entendida esta, según texto literal del cuerpo del contrato de seguro, como “las lesiones corporales se produjeron en el momento en que el reclamante consulta a su médico de cabecera por primera vez con respecto a los síntomas de dicha lesión, aunque la causa directa de la misma no se determina hasta más adelante”; **valor asegurado por USD 1.756.000,00, y un deducible no inferior a 59000 USD**”*

Pese a la errónea interpretación efectuada por el A quo respecto a la afectación del amparo de PLO, es cierto que en el hipotético y remoto caso en que se afecte dicho amparo, éste tiene pactado un deducible por un valor mínimo de **59000 USD**, como se observa en la siguiente imagen:

COBERTURAS		VALOR ASEGURADO	DEDUCIBLE
P.L.O.: PREDIOS LABORES Y OPERACIONES	USD 1.756.000,00	USD 1.756.000,00	0% PERD Min 59000 (DOLARES EEUU) VAP No Inferior a 59000 USD

DEDUCIBLE
0% PERD Min 59000 (DOLARES EEUU) VAP No Inferior a 59000 USD

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.

En este orden de ideas, correspondería a las partes en el contrato de seguro determinar el porcentaje de la pérdida que sería asumido por el asegurado a título de deducible, condición que se enmarcaría dentro de las señaladas por el numeral 11 del artículo 1047 del Código de Comercio al referirse a “Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes”⁶ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada responsable en virtud de la aplicación del contrato de seguro. Es de suma importancia que el Honorable Juzgador descuenta del importe de la indemnización la suma pactada como deducible que, como se explicó, corresponde a **\$59000 USD**, suma que actualizada y convertida en pesos a la fecha (TRM del 12 de abril del 2014) corresponde al valor de **\$225'616.000 PESOS M/CTE**.

De lo anterior H Tribunal debe extraerse necesariamente que en el remoto caso en que se confirme la sentencia objeto de recurso, siendo la cuantía condenada la suma total de \$241'000.000 M/CTE, esta deberá liquidarse entre quienes fueron condenados **de manera solidaria** dentro del presente proceso, correspondiéndole a cada uno la suma de **\$80'333.333 PESOS M/CTE**. Por lo cual, el valor del deducible pactado dentro de la Póliza **\$225'616.000 PESOS M/CTE** absorbe totalmente el eventual pago que tuviese que efectuar la Empresa de Medicina Integral EMI S.A.S. En este sentido y teniendo en cuenta lo anterior se hace inane la condena impuesta a la compañía de seguros que represento debido a que no estaría obligada a reembolsar ninguna suma de dinero. En virtud de esto, solicito

⁶ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2016118318-001 del 29 de noviembre de 2016. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, DEDUCIBLE.

declare la aplicación del deducible impuesto y se absuelva a mi representada de algún pago conforme lo expuesto.

4. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA EN CABEZA DE MAPFRE SEGUROS GENERALES S.A. EN LA MEDIDA EN QUE NO AMPARÓ LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL.

En correlación con los reparos 2 y 3, se concluye indudablemente que mi mandante no puede de manera alguna estar llamada a resistir las pretensiones porque los hechos base del litigio tal como se ha demostrado se excluyeron de cobertura, toda vez que Mapfre Seguros Generales S.A., emitió una póliza la cual presta amparo únicamente de predios, labores y operaciones, que no comprende la responsabilidad de la actividad profesional, es decir por el servicio médico. En ese sentido, erró el H. Despacho de primera instancia al considerar que la aseguradora está llamada a resistir las pretensiones de un llamamiento que en última instancia no podrá surtir sus efectos. En otras palabras, la ausencia de cobertura para los hechos materia de la litis así como la falta de legitimación del asegurado frente a la demanda principal acarrearán la falta de legitimación por pasiva del asegurador.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Jesús Vall de Rutén Ruiz, mediante Sentencia SC2642 del 10 de marzo de 2015, con respecto a la legitimación en la causa dispuso:

*“la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en cuanto concierne con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediablemente en sentencia desestimatoria debido a que quien reclama el derecho no es su titular **o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo**”⁷.(negrilla y subrayado fuera del texto original)*

⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Jesús Vall de Rutén Ruiz SC2642 del 10 de marzo de 2015

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia a través de sentencia del 14 de agosto de 1995 con respecto a la legitimación en la causa, se ha pronunciado de la siguiente manera:

*“Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)”. (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de ‘acción’ no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de ‘pretensión’, que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, **y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado**. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual **su ausencia** no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio sino **motivo para decidirlo en forma adversa al actor**. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor”⁸ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

De las anteriores precisiones conceptuales se destaca que el extremo pasivo debe ser aquel que este llamado a resistir la pretensión, de tal suerte que estando frente al llamamiento en garantía cabe recordar nuevamente el fin que persigue el llamamiento en garantía conforme se ha estipulado en el artículo 64 del CGP, veamos:

⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Expediente 4268) del 14 de agosto de 1995

*“Artículo 64 CGP: Quien afirme tener derecho legal o **contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva**, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.”(subrayado y negrilla fuera del texto original).*

De lo anterior claramente se desprende que no existe obligación por parte de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., pues el contexto factico que rodea el caso se enmarca dentro de las exclusiones de cobertura 2.2.2 - “Las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado” - del contrato de seguro. Es decir, no puede imponerse obligación al asegurador porque aquellos hechos no tienen cobertura y como no fueron cubiertos por mi mandante aquella no está llamada a resistir las pretensiones de este llamamiento en garantía.

5. INDEBIDA VALORACIÓN SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO, GENERANDO ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA EN FAVOR DE LA ACTIVA

Como se consagra en el artículo 1088 del Código de Comercio, establece que **jamás el seguro podrá constituir fuente de enriquecimiento**. Asimismo, el artículo 1127 ibidem, sólo obliga al asegurador a indemnizar los perjuicios que cause el asegurado con ocasión de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley, **siempre que no esté expresamente excluido en el contrato de seguro**. En ese sentido, el juzgado de origen omitió valorar que para el caso concreto se encuentra probados los supuestos de la **exclusión No. 2.2.2. correspondiente a las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado**. Por ello, como en este caso se endilga una declaratoria de responsabilidad por error de diagnóstico, lo que en efecto se circunscribe a la actividad profesional del asegurado, resulta claro que la póliza no presta cobertura para los hechos objeto de este litigio y en esa medida a mi mandante no podía imponérsele obligación indemnizatoria alguna.

Respecto al carácter indemnizatorio del contrato de seguro, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 22 de julio de 1999, se ha referido de la siguiente manera:

“(...) Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato (...)”⁹ (Negrita por fuera de texto).

Es importante mencionar que la materia propia del seguro que sirvió de fundamento a la presente acción, de acuerdo con la naturaleza del riesgo que se protege, es de contenido puramente indemnizatorio conforme a lo preceptuado en el artículo 1088 del Código de Comercio y sólo podrá ser afectado según lo reza el artículo 1127 Ibidem. En efecto, según lo normado en el referido precepto, este tipo de seguros es meramente indemnizatorio y jamás podrá constituir una fuente de enriquecimiento, por lo cual, la indemnización únicamente debe ceñirse a los perjuicios que efectivamente se logren acreditar por parte de quien los alega. Sumado al hecho del deber de acreditación, como es apenas, lógico del acaecimiento de alguno de los eventos asegurados en el contrato.

Ahora bien, como complemento de enunciado anteriormente, el fallo apelado yerra al violar las normas sustantivas del contrato de seguro, tanto del código de comercio, como las aplicables del código civil, por la remisión que a este último hace a aquel en el artículo 822; al desconocer la premisa según la cual el seguro es meramente indemnizatorio y nunca puede ser fuente de enriquecimiento, de ganancia o utilidad. Lo anterior, por cuanto se ordena a mi representada a “reembolsar a la llamante lo que llegare a pagar en razón de la condena dispuesta en este trámite”, sin tener en consideración que, para el caso concreto se ha configurado una falta de cobertura material debido a que se encuentra probados los supuestos de la exclusión No. 2.2.2. correspondiente a las reclamaciones derivadas de la actividad

⁹ Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065.

profesional del asegurado, por lo tanto los reconocimientos efectuados constituyen una violación al principio indemnizatorio.

Así pues, la Póliza De Responsabilidad Civil Extracontractual señala una serie de exclusiones, que enmarcan el ámbito de cobertura del seguro, de tal suerte que al encontrarse probados los supuestos de hecho en los que aquellas se fincan no puede existir obligación alguna. Para el efecto en el apartado 2.2.2. de las condiciones aplicables al seguro se pactó la exclusión por reclamaciones de la actividad profesional, veamos:

- 2.2 Salvo que se convenga la cobertura mediante acuerdo previo, quedan excluidas de la cobertura.
 - 2.2.1 Las reclamaciones por daños ocasionados a terceros por los productos fabricados, entregados o suministrados por el asegurado, o bien por los trabajos ejecutados.
 - 2.2.2 Las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado.
 - 2.2.3 Las reclamaciones por daños ocasionados a terceros durante la vida privada o familiar.
 - 2.2.4 Las reclamaciones imputables al asegurado según el art. 216 del código sustantivo del trabajo u otras normas del régimen laboral.
 - 2.2.5 Las reclamaciones derivadas del uso, propiedad o posesión de vehículos automotores, que requieren de placa para su empleo en lugares públicos.
 - 2.2.6 Las reclamaciones relacionadas con siniestros ocurridos fuera del territorio de la República de Colombia.

Conforme a lo anterior honorable despacho se resalta la exclusión del numeral 2.2.2. en la medida en que la demanda promovida por la señora Molano y otros se finca en un presunto error de diagnóstico, es decir envuelve la actividad profesional de EMI como se encuentra probado en el plenario y como declaró al momento de expedir la póliza, pues ahí se registró como actividad “consultorio médico”:

INFORMACION DE LA POLIZA														
FECHA DE EXPEDICION			VIGENCIA POLIZA					VIGENCIA CERTIFICADO						
DIA	MES	AÑO	INICIACION	HORA	DIA	MES	AÑO	No. DIAS	INICIACION	HORA	DIA	MES	AÑO	No. DIAS
28	10	2020	TERMINACION	00:00	1	10	2021	365	TERMINACION	00:00	1	10	2021	365
PARTICIPACION DE INTERMEDIARIOS														
NOMBRE DEL PRODUCTOR					CLASE		CLAVE		TELEFONO			% PARTICIPACION		
ILLIS TOWERS WATSON COLOMBIA CORREDORES DE SEGUROS S					CORREDOR		3000		8930893			100,00		
ACTIVIDAD : CONSULTORIO MEDICO DIRECCION DEL RIESGO : CRA 48 # 14-49 DEPARTAMENTO : ANTIQUIA CIUDAD : MEDELLIN														

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
 Centro Empresarial Chipchape
 +57 315 577 6200 - 602-6594075

Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69

En efecto, el Juzgado vulneró la regla en virtud de la cual el seguro no puede constituir sino una fuente de reparación y no de lucro. Como se señaló anteriormente la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 2917220000673 no presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, lo que lleva consecuentemente a generar un enriquecimiento en cabeza de la parte actora.

A lo anterior, cabe adicionar que, como es sabido, la responsabilidad civil no puede constituirse en fuente de enriquecimiento para los hoy demandantes:

“(…) la responsabilidad civil es meramente resarcitoria, de modo que no puede convertirse en fuente de lucro para el damnificado ni en factor de expoliación para el dañador, como lo sostiene un autorizado expositor (…)”¹⁰.

Así las cosas, evidentemente no existen argumentos fácticos ni elementos probatorios suficientes que justifiquen la estimación que sobre tales perjuicios realizó la primera instancia, llevando a un enriquecimiento injustificado en cabeza de la parte actora.

6. EI A QUO DEBÍA TENER EN CUENTA LAS CONDICIONES PARTICULARES Y GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO, LÍMITES Y DEDUCIBLE EN LA QUE SE IDENTIFICA LA PÓLIZA 2917220000673, EL CLAUSULADO Y LOS AMPAROS.

El Juzgado de primera instancia pasó por alto que mi procurada no estaba llamada a responder por los perjuicios invocados por la parte accionante, en tanto que, de acuerdo con las condiciones en las que se emitió este contrato, no existe cobertura material respecto de las pretensiones que aquí se ventilan.

Ahora sin perjuicio de lo anterior, el H. Tribunal debe tener en cuenta que, en todo caso mi mandante no puede ser compulsada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

¹⁰ Pizarro, Ramón Daniel, daño moral, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1996, página 35

“(…) 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 (…).”¹¹ (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 debido a la porción de riesgo asumido.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

Por lo tanto, el Despacho de primera instancia pasó por alto que la obligación de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., se encuentra sujeta de acuerdo con el contrato de seguro materializado en la Póliza No. 2917220000673, y su clausulado, en la cual se encuentran contenidas las condiciones particulares de la póliza y por las condiciones generales, y que en virtud de las mismas, no le asistía ninguna obligación indemnizatoria de cara a los hechos demandados, por una evidente falta de cobertura material de la póliza.

7. EL A QUO PASÓ POR ALTO QUE LA OBLIGACIÓN MÉDICA ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO

El a quo fundamentó su decisión en el argumento de que existe una mala praxis en la atención en salud dada al paciente por parte de la médica VANESSA PÉREZ SARDY, perteneciente al GRUPO EMI SAS, toda vez que *“existe un error culposo en el diagnóstico emitido por aquella profesional (ORQUITIS, EPIDIDIMITIS y ORQUIEPIDIDIMITIS, SIN ABCESO), por cuanto el correcto que presentada el paciente era el de una TORSIÓN TESTICULAR”*. Sin embargo, las pruebas obrantes en el plenario acreditan sin lugar a duda que las entidades demandadas obraron con total diligencia y cuidado, enervando así la responsabilidad que el demandante busca declarar en contra suya. Lo anterior, toda vez que, al ser las obligaciones de los médicos obligaciones de medio, el hecho de demostrar debida diligencia en los servicios de salud suministrados, los exonera de cualquier pretensión indemnizatoria.

Así pues, en que las pruebas obrantes en el plenario acreditan sin lugar a duda que las entidades demandadas obraron con total diligencia, oportunidad, idoneidad y cuidado, apegándose en todo momento a los principios de la Lex Artis y procurando en su obligación de medios salvaguardar la salud del menor Samuel Velasco Mosquera, de las pruebas adosadas al expediente no se puede afirmar que para la fecha de la atención brindada por la Dra. Pérez el menor estuviera cursando por una torsión testicular, ello toda vez que al examen físico no se evidenció signos de necrosis, ni estrangulación y tampoco presencia de vomito o nauseas que hubiesen alertado sobre aquella situación. Por el contrario, es imposible afirmar que la Dra. Vanessa Pérez NO erro en el diagnostico pues si ello fuere así, el menor no hubiese podido soportar el dolor y la atención médica efectuada en la clínica Farallones hubiese sido incluso menor a las 12 horas transcurridas entre la atención domiciliaria del 12 de

septiembre del 2021 y el 13 de septiembre de la misma anualidad. Es decir, al momento de la atención no había signos de torsión testicular. Motivo por el cual, no existe culpa en el actuar de la profesional de la medicina a la que cual se le imputa infundadamente la comisión de un error de diagnóstico y, por ende, no se les puede endilgar ningún tipo de responsabilidad a los demandados.

En términos generales, la responsabilidad médica es una institución jurídica que le permite al paciente y/o a sus familiares reclamar el resarcimiento de perjuicios causados como consecuencia de un acto médico, culposo o doloso, producido por parte de una entidad prestadora de servicios de salud. Para obtener una declaratoria de responsabilidad de esta índole, resulta necesario que el demandante pruebe la existencia de un acto médico producido con culpa o dolo y la presencia de un daño que tenga un nexo causal con dicho acto médico. No obstante, se debe tener en cuenta que, en el régimen de responsabilidad, se le permite al presunto causante del daño enervar dicha pretensión que busca la declaratoria de responsabilidad, mediante la acreditación de un actuar diligente y cuidadoso durante los procedimientos suministrados a los pacientes. Es decir, si la entidad prestadora de servicios de salud logra probar en el curso de un proceso judicial que su actuar fue diligente, enervará la responsabilidad que el demandante busca declarar en contra suya.

El anterior argumento ha sido recogido en una diversidad de providencias provenientes de las altas Cortes. En este sentido, éstas han explicado en una multiplicidad de ocasiones que, al ser las obligaciones de los médicos obligaciones de medio, el hecho de demostrar debida diligencia en los servicios de salud suministrados, los exonera de cualquier pretensión indemnizatoria. Es importante tener en cuenta la siguiente sentencia de la H. Corte Constitucional, en donde se expone lo dicho de la siguiente forma:

*La comunicación de que **la obligación médica es de medio y no de resultado**, es jurídicamente evidente, luego no hay lugar a deducir que se atenta contra el derecho a la vida de la paciente al hacérsele saber cuál es la responsabilidad médica¹².”*
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

¹² Corte Constitucional, sentencia T-313 de 1996, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Otro pronunciamiento del más alto tribunal constitucional se refirió en el mismo sentido al decir:

“Si bien las intervenciones médicas son de medio y no de resultado, es necesario advertir que la responsabilidad respecto de actuaciones de medio, implica que se apoyen de toda la diligencia, prudencia y cuidado, so pena de poner en riesgo irresponsablemente derechos constitucionales fundamentales. Aquí indudablemente el derecho a la salud es fundamental en conexidad con el derecho a la vida”.
¹³(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Así mismo, la H. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de septiembre de 2016, se pronunció en de la siguiente forma:

*“(…) El médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que, en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación (…)*¹⁴

Ahora bien, resumiendo la jurisprudencia anteriormente expuesta, no queda duda que para el más alto tribunal constitucional y para el más importante juzgador de la Jurisdicción Civil, existe un criterio unánime que explica que la regla general es que las obligaciones de los médicos son de medio y no de resultado. Teniendo en cuenta lo anterior, resulta pertinente ilustrar cómo las más altas cortes de Colombia han explicado que una declaratoria de responsabilidad médica puede ser enervada a partir de la prueba de la debida diligencia del demandado. De este modo, la H. Corte Suprema de Justicia ha sido clara al establecer:

*“De esa manera, si el galeno fija un objetivo específico, cual ocurre con intervenciones estéticas, esto es, en un cuerpo sano, sin desconocer su grado de aleatoriedad, así sea mínimo o exiguo, se entiende que todo lo tiene bajo su control y por ello cumplirá pagando la prestación prometida. **Pero si el compromiso se reduce a entregar su sapiencia profesional y científica, dirigida a curar o a aminorar las dolencias del***

¹³ Corte Constitucional. Sentencia del 05 de abril de 2001. Expediente T-398862. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de septiembre de 2016. Radicado No. 2001-00339. M.P. Margarita Cabello Blanco.

paciente, basta para el efecto la diligencia y cuidado, pues al fin de cuentas, el resultado se encuentra supeditado a factores externos que, como tales, escapan a su dominio, verbi gratia, la etiología y gravedad de la enfermedad, la evolución de la misma o las condiciones propias del afectado, entre otros.”¹⁵ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En el mismo pronunciamiento indicó:

“El criterio de normalidad está ínsito en la lex artis, y permite inferir ese carácter antijurídico cuando supera ese criterio, cuando la lesión excede el parámetro de normalidad, en cuanto en todo momento el médico debe actuar con la diligencia debida. En consecuencia, se exige por parte del demandante o del paciente afectado que demuestre en definitiva, tanto la lesión, como la imprudencia del facultativo en la pericia, en tanto constituye infracción de la idoneidad ordinaria o del criterio de la normalidad previsto en la Lex Artis, las pautas de la ciencia, de la ley o del reglamento médico.”¹⁶

De forma similar, en pronunciamiento del 30 de septiembre de 2016, la H. Corte Suprema de Justicia expuso que:

“**La responsabilidad civil** derivada de los daños sufridos por los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en razón y con ocasión de la deficiente prestación del servicio –se reitera– **se desvirtúa de la misma manera para las EPS, las IPS o cada uno de sus agentes**, esto es mediante la demostración de una causa extraña como el caso fortuito, el hecho de un tercero que el demandado no tenía la obligación de evitar y la culpa exclusiva de la víctima; o la **debida diligencia y cuidado** de la organización o de sus elementos humanos al no infringir sus deberes objetivos de prudencia”⁸. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Sentencia del 24 de mayo de 2017. Radicado 110-2017 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona

¹⁶ Ibidem.

En ese sentido, es menester precisar el contenido obligatorio al que están sometidos los médicos y el régimen jurídico que de este se desprende. Esto es, la sujeción a una obligación de medios en la práctica de los actos médicos y el régimen subjetivo de responsabilidad que le es aplicable en consecuencia. Así se encuentra en el artículo 26 de la ley 1164 de 2007, el fundamento legal de la obligación de medios del médico en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 26. ACTO PROPIO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. **Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.**” (Subrayado y negrilla fuera del texto original*

Conforme a lo precitado, en el presente caso se vuelve obligatoria la acreditación de la falla o negligencia médica por la parte activa para configurar responsabilidad de las Instituciones médicas. Puesto que la obligación en la prestación del servicio de salud es de medios, en virtud de la norma precitada. Aunado a ello, la parte demandante debe demostrar la configuración de los tres elementos sine qua non para determinar la responsabilidad, esto es (i) La falla, (ii) El daño antijurídico y (iii) El nexo de causalidad entre la primera y la segunda. Sin embargo, lejos de probar el error médico y los tres aspectos anotados con anterioridad, de la documentación que conforma el expediente se puede observar que la atención médica brindada por EMI S.A.S. a través de la Dra. Vanesa Pérez Sardy se sujetaron a los más altos estándares médicos al momento de proporcionar un servicio de salud al menor Samuel Velasco Mosquera.

Resulta útil y pertinente resaltar lo contemplando dentro de los elementos probatorios adosados con la contestación de la demanda efectuada por la Dra. Pérez, la cual expone que:

que: La TT suele acompañarse de náuseas, vómitos y estos síntomas tienen un valor predictivo para TT de 96% y 98%, respectivamente, en todo paciente mayor de 12 años con EA. El niño con TT está agudamente comprometido, pálido, no deambula y difícilmente tolerar la palpación del testículo". No obstante los anteriores síntomas no fueron evidenciados por la médico al momento de la visita domiciliaria lo cual evidentemente descartaba la posibilidad de realizar un diagnóstico de escroto agudo, incluso la madre del paciente le refiere a la doctora que el día anterior habían consultado por dolor abdominal, sin embargo dicha consulta había sido hace 16 horas antes aproximadamente, tiempo en el cual si el niño hubiere presentado TORSIÓN TESTICULAR hubiere tenido que haber ya desarrollado necrosis en su tejido lo cual tampoco se evidenció.

Colindando con lo anterior, resulta importante resaltar la sintomatología asociado a una torsión testicular, entre las cuales se ha manifestado dentro de la literatura científica, que las náuseas y el vómito, presentan un valor importante a la hora de diagnosticar una torsión testicular. Adicionalmente, las condiciones generales del paciente no resultarían ser las más normales, pues el dolor agudo que acompaña la torsión testicular, impediría la palpación, y generaría irritación y cambios en el semblante en la persona que presentara síntomas relacionados con la torsión testicular.

Así mismo, es importante destacar del apartado anterior, que el tiempo en el cual se prolongue la torsión testicular influye evidentemente en la apariencia física del testículo afectado, comoquiera que la falta de circulación sanguínea generaría una necrosis en el tejido, inflamación notoria y otros síntomas evidentes en casos de TT.

Ahora bien, relacionando lo expuesto dentro del caso que se divulga, resulta importante destacar que el cuadro clínico presentado por el menor Samuel Velasco, no estaba relacionado con una torsión testicular, pues el mismo no presentaba vómito, náuseas, inflamación, o signos de necrosis o estrangulación, información que puede ser corroborada dentro de la historia clínica de Emi S.A.S. Si bien, dentro del escrito demandatorio se adoso historia clínica del día 11 de septiembre del 2021, es claro que el diagnóstico emitido en tal fecha fue de una "constipación", diagnóstico que de conformidad con la literatura científica, NO tiene relación con la torsión testicular, pues de haber sido el caso de una TT, es claro que desde la atención brindada el día 11 de septiembre del 2021 hasta el 12 de septiembre del 2021 a las 8: 30 de la noche aproximadamente, pudieron haber transcurrido alrededor de 24 horas, circunstancia que hubiera evidenciado de manera clara, una necrosis en el testículo del paciente,

acompañado con inflamación y dolor agudo intolerable, síntomas que NO presentaba el menor Velasco Mosquera, para el día 12 de septiembre del 2021, cuando fue atendido por la Dra. Vanessa Pérez.

En conclusión, en ninguna circunstancia la intervención quirúrgica a la que fue sometido el menor puede ser atribuida a las demandadas, pues por su parte se efectuaron todos los esfuerzos para procurar el bienestar del paciente. En ese orden de ideas, resulta claro que la causa de lo anteriormente dicho no se generó como consecuencia en el error de diagnóstico, puesto que al momento de la atención domiciliaria le menor no presentaba signos de una torsión testicular, no había signos de estrangulación ni vomito o nauseas que se pudieran asociar al diagnóstico que se echa de menos. Por ende, la actuación de la Dra. Pérez fue adecuada quien incluso recomendó que con cambios en la sintomatología el paciente debía ser atendido nuevamente con urgencia. De modo que, al demostrar debida diligencia en los servicios de salud suministrados, los exonera de cualquier pretensión indemnizatoria, y por lo tanto dicha declaratoria del Despacho debe ser revocada.

8. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA VALORÓ EXCESIVAMENTE LOS PERJUICIOS MORALES RECONOCIDOS A LA PARTE ACTORA

A pesar de que, conforme a los argumentos anteriores, no puede obligarse a mi prohijada a reconocer suma alguna, es preciso indicar que, en el hipotético caso en que se confirmara la sentencia recurrida, respecto a la supuesta responsabilidad de la parte pasiva, ponemos de presente que los perjuicios morales fueron valorados de forma excesiva y desproporcionada.

En efecto, si bien el reconocimiento de esta tipología está sujeta al arbitrio del juez, lo cierto es que para su reconocimiento deben tenerse en cuenta todas las circunstancias que fueron realmente acreditadas en el expediente y que permiten evidenciar con certeza el verdadero alcance del daño, y en todo caso, no deben exceder injustificadamente los parámetros ya establecidos por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre este tipo de perjuicio, la Corte ha reseñado que el mismo no “(...) constituye un «regalo u obsequio» (...)” por el contrario se encuentra encaminado a “(...) reparar la congoja, impacto directo en

el estado anímico espiritual y en la estabilidad emocional de la persona que sufrió la lesión y de sus familiares (...)”³, con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa», sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia. En este orden de ideas, si bien es cierto que no existen criterios objetivos aplicables de manera mecánica a los casos en los que se deba reparar este daño, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia ha establecido unos parámetros para la cuantificación de este.

Para ilustrar de forma puntual la manera en que la que la Corte Suprema de Justicia ha cuantificado este perjuicio, es preciso traer a colación un caso particular. Así pues, en sentencia del 6 de mayo de 2016 con radicación No. 2004-00032-01, la Sala Civil de la Corte analizó el caso de una mujer de 17 años, que a raíz de las lesiones derivadas de un accidente de tránsito debió someterse a múltiples intervenciones quirúrgicas y verse obligada a usar un catéter que le atravesaba su cabeza, cuello y pecho, y que le “(...) restringía la posibilidad de concurrir a sitios controlados por detectores magnéticos, porque estos aparatos descontrolan la válvula; se obstaculiza bañarse en piscinas, realizar actividades deportivas, tener relaciones sentimentales (...)”⁴. En esta ocasión, la Corte reconoció por concepto de daño moral el monto de \$15.000.000:

“(...) resulta indudable la aflicción y congoja que a Diana Carolina Beltrán Toscano le produce la secuela dejada por el accidente de marras consistente en «perturbación psíquica de carácter permanente» y «deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanentes», pues es profundamente penoso, mucho más para una dama en la flor de su juventud, ver en su cuerpo cicatrices que antes del insuceso no estaban y ser consciente que sus funciones psicológicas se encuentran alteradas no transitoriamente sino por el resto de sus días, así la estética medica logre arrasarlos, lo cual conlleva al quebrantamiento indiscutible de caros derechos de la personalidad y de la autoestima [...]por tanto, es procedente fijar el monto de la condena por este aspecto en la suma de quince millones de pesos (\$15.000.000) para cada demandante (...)”

Aunado a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 15/10/2004 Exp. 6199 condenó a la tasación del daño moral a favor de víctima directa en quince millones de pesos (\$15.000.000), a causa de la amputación de su miembro inferior izquierdo.

Aterrizando al caso concreto, sin tener en cuenta los criterios jurisprudenciales, el a quo reconoció por concepto de daños morales la suma de \$40.000.000 de pesos a favor del menor S.V.M. (Víctima), para los padres, MARCELA MOSQUERA MOLANO (madre) y JORGE ANDRÉS VELASCO HERNÁNDEZ (padre), el monto de \$30.000.000 pesos para cada uno; para los abuelos, CONSUELO MOLANO DE MOSQUERA⁵⁹, YOLANDA MOLANO URRUTIA, JORGE ALBERTO VELASCO ARANGO y MARÍA DEL SOCORRO HERNÁNDEZ DE VELASCO, el guarismo de \$20.000.000 de pesos para cada uno; y finalmente, para los tíos, MARÍA PAULINA MOSQUERA MOLANO⁶³ y MAURICIO y LUISA FERNANDA VELASCO HERNÁNDEZ, el valor de \$15.000.000 de pesos para cada uno, sumas que superan a todas luces los valores reconocidos por la Corte Suprema de Justicia en casos cuya gravedad es evidentemente mayor.

Por lo dicho, debe advertirse que la tasación que realizó el despacho no sólo es desproporcionada frente a la víctima directa, sino con mayor razón frente a sus familiares. Así, es claro que en el presente caso no existen argumentos fácticos ni elementos probatorios suficientes que justifiquen la estimación que sobre tales perjuicios realizó la primera instancia.

9. IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE DAÑOS MATERIALES POR CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE

Ponemos de presente que los daños materiales solicitados y reconocidos mediante sentencia de primera instancia, corresponden a sumas de dinero que no tienen respaldo alguno, es decir hay una total incertidumbre sobre la causación de aquellos, situación que obsta para que estos no se reconozcan, máxime cuando se afirma haber incurrido en erogaciones por valor de 3 millones de pesos por consultas psicológicas, de las cuales ni siquiera se aportó la factura correspondiente ni la historia clínica de las supuestas atenciones. Igualmente, frente al valor de 10 millones de pesos para una prótesis testicular no hay soporte alguno de su erogación ni prueba de su necesidad médica ni valor de

adquisición.

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

Es claro que la parte demandante tenía entre sus mandatos como parte actora, toda la carga probatoria sobre los perjuicios deprecados en la demanda. Por lo tanto, la cuantía de los daños por los cuales se está exigiendo una indemnización deberán estar claramente probados a través de los medios idóneos que la ley consagra en estos casos. A efectos de entender la tipología de dichos perjuicios, vale la pena recordar lo indicado por la honorable H. Corte Suprema de Justicia con respecto a la definición del daño emergente en los siguientes términos:

“(...) De manera, que el daño emergente comprende la pérdida misma de elementos patrimoniales, las erogaciones que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales se trata de deducirse la responsabilidad. Dicho en forma breve y precisa, el daño emergente empobrece y disminuye el patrimonio, pues se trata de la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio del damnificado; en cambio, el lucro cesante tiende a aumentarlo, corresponde a nuevas utilidades que la víctima presumiblemente hubiera conseguido de no haber sucedido el hecho ilícito o el incumplimiento (...)”¹⁷

Con fundamento en lo anterior, podemos concluir que el daño emergente comprende la pérdida de elementos patrimoniales, causada por los hechos de los cuales se trata de deducirse la responsabilidad. En este caso, el supuesto daño emergente que pretende reclamar la demandante no

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 07 de diciembre de 2017. M.P. Margarita Cabello Blanco. SC20448-2017

se probó. Nótese que la parte activa del litigio simplemente relaciona dineros de lo que sin que allegue prueba que los acredite. Por otro lado, la parte activa solicita sin fundamento alguno valores y sumas de dinero sin que se pruebe efectivamente su causación, y sobre todo si los mismo efectivamente salieron del patrimonio de la activa, es decir, contrariando los fundamentos mismos del concepto indemnizatorio del daño emergente.

En ese orden de ideas, es claro que la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que, para la procedencia de reconocimiento de perjuicios a título de daño emergente, es necesario que el reclamante demuestre mediante prueba suficiente que se trata de perjuicios ciertos y no hipotéticos. Lo que no sucedió en el caso en concreto, en tanto que la parte demandante solicitó reconocimiento de sumas de dinero a título de daño emergente, sin que pruebe la causación de dichos perjuicios. Carga que le asiste por ser el reclamante del daño, según los términos jurisprudenciales de la Corte. Por lo tanto, cada uno de los daños por los cuales está exigiendo una indemnización deberán estar claramente probados a través de los medios idóneos que la Ley consagra en estos casos.

III. PETICIÓN

Con fundamento en los argumentos anteriores y en lo pertinente a cada reparo, solicito respetuosamente al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali **REVOCAR** en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, el día 30 de enero del 2024 y notificada el día 01 de febrero del 2024, para que en su lugar se NIEGUEN las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía propuestas en contra de mi representada.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.

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

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipchape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69

GHA
ABOGADOS & ASOCIADOS

Página 34 | 34