

Honorable

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA (VALLE DEL CAUCA) SALA CIVIL FAMILIA

Attn. M.P. Dra. María Patricia Balanta Medina

sscivfabuga@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.S.D.

PROCESO: ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXCONTRACTUAL
DEMANDANTE: BERNARD EUGENE MITCHEL JR Y OTRA
DEMANDADO: COMFENALCO VALLE DE LA GENTE y otros
RADICACIÓN: 76-109-31-03-002-2018-00012-01

REFERENCIA: **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO EN CONTRA DE LA SENTENCIA No. 006 DEL 01 DE MARZO DE 2024.**

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor y vecino de Cali, 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 del C.S. de la J., obrando en calidad de Apoderado Especial de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, conforme se encuentra acreditado en el expediente, comedidamente procedo a **REASUMIR** el poder a mí conferido, y acto seguido, procedo a presentar **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** formulado en contra la Sentencia de primera instancia No. 006 emitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buenaventura de manera escrita el 01 de marzo de 2024 que fue notificada por estado el día 04 de marzo de 2024, la cual fue desfavorable a los intereses de mi procurada, solicitando desde ya, que sean **REVOCADOS** los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto¹, 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. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD DEL RECURSO

El recurso de apelación propuesto por esta representación fue admitido por el H. Tribunal Superior de Buga mediante auto del 16 de abril de 2024 y notificado en estado del 17 del mismo mes y año. Así las cosas, es válido citar el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022:

“(…) 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

¹ Enumeración corregida mediante auto de sustanciación No. 052 del 07 de marzo de 2024.

de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se preferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto (...)"

En el caso en concreto, los términos corren así: el 18, 19 y 22 de abril de 2024 se contabilizan los 3 días de ejecutoria del auto que admitió el recurso de apelación y los días 23, 24, 25, 26 y 29 de abril de 2024 corren los 5 días para sustentar la alzada. Por ende, este escrito se encuentra dentro del término de ley.

Para efectos de sustentar el recurso, a continuación, se desarrollará cada uno de los reparos formulados ante el juez de primera instancia:

II. SUSTENTACIÓN A LOS REPAROS

1. EL A QUO NO TUVO EN CUENTA LA INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE ALLIANZ SEGUROS S.A., EN RAZÓN A LA AUSENCIA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICAS Y HOSPITALES No. 022263111/0 POR CUANTO DICHO CONTRATO DE SEGURO NO CUBRE OPERACIONES EN LA CIUDAD DE BUENAVENTURA

En gracia de discusión y sin que la presente constituya el reconocimiento de obligación alguna de mi representada, consideramos con todo respeto que erró el A quo al condenar a la compañía aseguradora Allianz Seguros S.A. En primer lugar, ni siquiera se especificó con base en qué póliza (se recuerda que mi mandante fue vinculada en virtud de tres aseguramientos distintos), se estaba condenando a mi mandante a realizar al pago de los montos a los que fue obligado el llamante GRUPO OPERADOR CLÍNICO HOSPITALARIO POR OUTSOURCING. En segundo lugar, en todo caso, se omitió tener en cuenta que, la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Hospitales No. 022263111/0 vigente entre el 01/04/2018 al 31/03/2019** no podría resultar afectada por ausencia de cobertura material en relación con los hechos que aquí se ventilan.

En efecto, en el presente caso se busca el reconocimiento de perjuicios derivados de la atención médica dada a IDANNA SOFÍA MITCHELL MENA el pasado 01 de abril de 2016 en la Clínica Comfamar **con sede en la ciudad de BUENAVENTURA**, esto significa claramente que la presunta falla médica atribuida al asegurado tuvo lugar en esta sede ubicada en Buenaventura. Consecuentemente, ordenar a mi prohijada la afectación de ese contrato de seguro, transgrede los límites territoriales que fueron dispuestos y contratados con mi representada, dado que, esta póliza, únicamente tiene el fin de cubrir los daños o perjuicios que ocasione el asegurado, derivados de la operación y/o servicios presentados en las ciudades de Cali, Popayán, Santander de Quilichao, Pereira, Armenia, Manizales, Ibagué y Barranquilla; es decir, dentro de sus límites territoriales NO

se incluye la sede de Buenaventura, por lo que no hay cobertura para los actos médicos y demás adelantados en Buenaventura. que eventualmente generen la responsabilidad civil profesional de GRUPO OPERADOR CLÍNICO HOSPITALARIO POR OUTSOURCING.

Siendo de establecer que, desde los hechos de la demanda, como los interrogatorios de parte, como el desarrollo de los testimonios realizados se permite concluir que los hechos se basan en el núcleo central de que la menor IDANNA SOFÍA MITCHELL MENA **fue atendida en la Clínica Comfamar con sede en la ciudad de BUENAVENTURA** de manera que, la mentada Póliza no puede resultar afectada por cuanto no ofrece cobertura para los actos médicos desarrollados por el asegurado en Buenaventura, esto, sumado a que en todo caso, no se ha configurado ningún siniestro, y por ende, es inexistente la obligación indemnizatoria por parte de Allianz Seguros S.A.

Debe tomarse en cuenta que, el asegurador según el artículo 1056 del Código de Comercio podrá a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés asegurado. Por lo tanto, es en el conjunto de las condiciones que contiene el respectivo contrato donde se determinan o delimitan contractualmente los riesgos, su alcance o extensión, el ámbito temporal y geográfico en el que el amparo opera, las causales de exclusión, o en general, las de exoneración. Por tanto, son esos los parámetros a los que se tiene que sujetarse el sentenciador al resolver cualquier pretensión que se base en la correspondiente póliza. Luego, obviamente el asegurador tiene la facultad de delimitar contractualmente los riesgos que asume, conforme a lo normado en el artículo 1056 Código de Comercio que dicta.

En relación con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC487-2022 del magistrado ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo estableció que el asegurador puede delimitar el riesgo de manera territorial, del siguiente modo:

*“(...) Se reconoce plena autonomía al asegurador, a quien el artículo 1056 ejusdem, aplicable a los seguros de daños y de personas, **le otorgó la potestad de delimitar espacial, temporal, causal y objetivamente los eventos por cuya ocurrencia se obligaría condicionalmente a indemnizar al beneficiario,** pues estatuyó que podía asumir, con las restricciones legales (...)” (subraya y negrita fuera del texto)*

En este caso debe tenerse en cuenta que la prestación del servicio dada el pasado 01 de abril de 2016 en la Clínica Comfamar que reprochan los familiares de la paciente, ocurrió en una sede ubicada en la ciudad de BUENAVENTURA, por lo que es claro que la póliza no podría afectarse, por cuanto estableció como ámbito territorial de cobertura las siguientes:

14. AMBITO TERRITORIAL

Están amparados todos los siniestros ocurridos en el territorio delimitado en los datos identificativos de esta póliza "Ambito Territorial"

La presente póliza otorga cobertura para las operaciones en las siguientes ciudades:

- Cali
- Popayán
- Santander de Quilichao
- Pereira
- Armenia
- Manizales
- Ibagué
- Barranquilla

Lo que permite concluir que, a pesar de que en el asunto que nos ocupa no se han configurado los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, aun así no habría cobertura para los hechos que son materia del presente litigio, toda vez que, como se explicó anteriormente, mi representada, a través de la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Hospitales No. 022263111/0 vigente entre el 01/04/2018 al 31/03/2019**, únicamente ampara los perjuicios derivados de la responsabilidad civil extracontractual en la que incurra el asegurado derivados de la operación y/o servicios presentados en las ciudades de Cali, Popayán, Santander de Quilichao, Pereira, Armenia, Manizales, Ibagué y Barranquilla; de manera que, **NO SE INCLUYÓ LA CIUDAD DE BUENAVENTURA**.

Ahora bien, conforme fue manifestado y aclarado por la Doctora María Claudia Romero en su calidad de representante legal de la compañía aseguradora en la audiencia que trata el artículo 372 del Código General del Proceso llevada a cabo el pasado 05 de mayo de 2022 NINGUNA de las pólizas con las cuales se ordenó la vinculación de mi representada presentaban cobertura en el presente proceso judicial, por cuanto, tal y como fue advertido esta la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Hospitales No. 022263111/0 NO cubre operaciones y/o prestación del servicio médico en la ciudad de BUENAVENTURA así quedó establecido de manera clara y concisa en la grabación de la audiencia prevista en el documento denominado "43. Audiencia 372 Segunda Parte" del expediente digital a partir del minuto 3:00:16.

De este modo, es claro que no puede afectarse la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Hospitales No. 022263111/0, pues a pesar de haber ocurrido el hecho que dio base a la acción durante el periodo de retroactividad del contrato y tener cobertura temporal por haberse presentado la reclamación dentro de la vigencia del contrato de seguro, lo cierto es que

dentro de los límites contractuales de mi representada NO se aseguró la prestación del servicio en la ciudad de Buenaventura y por ende, no tiene cobertura material.

2. EL A QUO NO TUVO EN CUENTA LA INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE ALLIANZ SEGUROS S.A., EN RAZÓN A LA AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICAS Y HOSPITALES No. 021896152/0 POR CUANTO NO SE CUMPLEN DE MANERA SIMULTANEA LOS PRESUPUESTOS DE LA MODALIDAD DE COBERTURA CLAIMS MADE PACTADA

En gracia de discusión y sin que la presente constituya el reconocimiento de obligación alguna de mi representada, consideramos con todo respeto que erró el A quo al condenar a la compañía aseguradora Allianz Seguros S.A. En primer lugar, ni siquiera se especificó con base en qué póliza (se recuerda que mi mandante fue vinculada en virtud de tres aseguramientos distintos), se estaba condenando a mi mandante a realizar al pago de los montos a los que fue obligado el llamante GRUPO OPERADOR CLÍNICO HOSPITALARIO POR OUTSOURCING. En segundo lugar, en todo caso, se omitió tener en cuenta la ausencia de cobertura temporal de la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Hospitales No. 021896152/0 vigente entre el 23/02/2016 al 22/02/2017**, por cuanto, de conformidad con el condicionado de dicho aseguramiento, la modalidad de cobertura pactada fue *Claims Made*, y que en este caso, de acuerdo con los hechos concretos y la vigencia concertada y su retroactividad, esta póliza no prestaría cobertura temporal. En efecto, este contrato no estaba vigente para la fecha en la que se realizó la reclamación extrajudicial al asegurado, esto es, el 18 de diciembre del 2018, cuando se celebra la audiencia de conciliación prejudicial ante el Centro de Conciliación Casa de Justicia de Popayán, por lo que, se reitera, no cumple con los presupuestos de la modalidad de cobertura temporal CLAIMS MADE.

Adviértase que la modalidad aseguradora pactada correspondió a la prevista en el numeral 4 de la ley 389 de 1997, en la cual se consagra:

“(...) En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.»

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato (...)

De cara a esta disposición, se consagró la posibilidad de que, por un pacto expreso entre los contratantes del seguro, se limite temporalmente la cobertura, o incluso, se extienda a hechos anteriores a su vigencia, siempre que en ambos casos se cumpla con la exigencia de que la reclamación se haga dentro del lapso de vigencia de la convención que es objeto de convocatoria de la Aseguradora. Entonces, se encuentra autorizado el asegurador para pactar la mentada condición temporal, la cual se cimienta en que el amparo únicamente se activa si, durante la vigencia del seguro, se efectúa el reclamo, de manera que, una vez se termina o extingue el término de vigencia del contrato, cesa el deber indemnizatorio del asegurador.

La concertación de esta modalidad de cobertura obedece a que, al conceder al asegurado un amparo limitado temporalmente, se evita que se descubra y le sea exigida al asegurador, la indemnización de perjuicios causados después de finalizada la vigencia del contrato, o por fuera de él; considerándose procedente sólo aquel reclamo que le haya sido efectuado al asegurado dentro del periodo de vigencia concertado en la póliza. Este particular ha sido ampliamente abordado por la H. Corte Suprema de Justicia quien explicó:

*“(...) En esa medida ha de entenderse, acorde con el artículo 4º de la ley 389 de 1997, que, como efecto de la incorporación al ordenamiento jurídico patrio de estos pactos, **la ausencia de un requerimiento tempestivo, hace inane el daño originado en la actuación de los administradores o equivalentes, pues impide el surgimiento de la obligación indemnizatoria a cargo de la empresa aseguradora.***

*Luego, con independencia de los elementos requeridos para la configuración del siniestro -concebido en el precepto 1072 del estatuto mercantil como la realización del riesgo asegurado-, **lo cierto es que se consagró una formalidad adicional, a efectos de que la aseguradora quede obligada a su pago, itérese, la radicación de la reclamación dentro del espacio temporal de cobertura.***

*Entonces, la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 ejusdem es suficiente para la configuración del siniestro, **empero, si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (claims made), también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste (...)**²*

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia SC10300-2017 del 18 de julio del 2017. M.P.: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Los dos presupuestos bajo los cuales opera esta modalidad de cobertura establecidos en virtud de la ley 389 de 1997; son los siguientes: **(i) que el hecho que se reprocha haya sucedido dentro de la vigencia o retroactividad pactada en el contrato y; (ii) que la reclamación haya sido efectuada dentro del término específico de vigencia de la póliza.** Estas son exigencias *sine qua non* para efectos de que nazca la obligación resarcitoria del asegurador, aunado, evidentemente, a la plena demostración del acaecimiento del riesgo asegurado. Así lo reitera la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia precitada:

“(…) las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso (...)”³

En esa medida, es claro que la obligación indemnizatoria que se exige en contra de mi mandante con fundamento en la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Hospitales No. 021896152/0** es inexistente, porque una interpretación ajustada a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, impone que la reclamación se surta dentro de la vigencia de la póliza que rige entre el **23/02/2016 y el 22/02/2017**, lo cual no ocurrió en este caso. Ciertamente, es claro que la reclamación efectuada al asegurado en el presente caso se llevó a cabo el 18 de diciembre de 2018 cuando se llevó a cabo la audiencia de conciliación prejudicial en el centro de conciliación Casa de Justicia de Popayán, es decir NO tuvo lugar dentro de la vigencia de este aseguramiento. Eescenario que significa que, aun en el hipotético evento que se demuestre la responsabilidad civil extracontractual del asegurado y se acredite que los hechos ocurrieron dentro del periodo de retroactividad convenido en el contrato, no hay lugar a su pago por parte de la Aseguradora, por haberse incumplido con la estipulación contractual expresa de modalidad CLAIMS MADE.

En ese sentido, aún en el evento de que se llegase a acreditar fehacientemente que los hechos tuvieron su origen, desarrollo y génesis de la manera como como ha sido narrada por la actora, entonces, de cara a que haber ocurrido el hecho que dio base a la acción durante la vigencia del contrato, esto es, durante el 23 de febrero de 2016 y el 22 de febrero de 2017, como la reclamación ocurrió el 18 de diciembre de 2018, es decir, por fuera de la vigencia de la póliza, se convertiría este en un escenario que haría inoperante el negocio asegurativo indicado; por lo que, ruego al Despacho una vez más que, de demostrarse los hechos objeto de la demanda, se proceda de

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, ibídem.

conformidad y se excluya de toda responsabilidad indemnizatoria a mi mandante dado que el presente contrato de seguro NO presta cobertura temporal.

3. EL A QUO NO TUVO EN CUENTA LA INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE ALLIANZ SEGUROS S.A., EN RAZÓN A LA AUSENCIA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE NEGOCIO EMPRESARIAL No. 022060387/0 POR CUANTO LA MISMA EXCLUYE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL DEL GRUPO OPERADOR CLÍNICO HOSPITALARIO POR OUTSOURCING S.A.S., QUE ES LO QUE SE REPROCHA EN ESTE PROCESO

En gracia de discusión y sin que la presente constituya el reconocimiento de obligación alguna de mi representada, consideramos con todo respeto que erró el A quo al condenar a la compañía aseguradora Allianz Seguros S.A. En primer lugar, ni siquiera se especificó con base en qué póliza (se recuerda que mi mandante fue vinculada en virtud de tres aseguramientos distintos), se estaba condenando a mi mandante a realizar al pago de los montos a los que fue obligado el llamante GRUPO OPERADOR CLÍNICO HOSPITALARIO POR OUTSOURCING. En segundo lugar, en todo caso, se omitió tener en cuenta la ausencia de cobertura material de la **póliza de negocio empresarial No. 022060387/0 vigente entre el 23/02/2017 al 22/02/2018,** habida cuenta de que no amparó la responsabilidad civil profesional invocada en el supuesto fáctico del escrito demandatorio, de hecho, se excluyó expresamente; razón por la cual, ruego no perder de vista las condiciones que rodean el vínculo asegurativo entre mi prohijada y GRUPO OPERADOR CLÍNICA HOSPITALARIO POR OUTSOURCING S.A.S., puesto que a partir de las mismas queda evidenciado que en el remoto caso en que se probara el hecho alegado por el extremo actor, el mismo no fue amparado por la mencionada Póliza, de modo que, en cualquier evento, la realización de aquél no puede comprometerla.

Ahora bien, tal como lo señala el Artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador puede, a su arbitrio, delimitar los riesgos que asume: “(...) Art. 1056.- *Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, 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 (...)*”. En virtud de la facultad citada en el referido artículo, el asegurador decidió otorgar determinados amparos, siempre supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, e incorpora en la póliza determinadas barreras cualitativas que eximen al asegurador a la prestación señalada en el contrato, las cuales se conocen generalmente como exclusiones de la cobertura, como ya fue explicado en líneas anteriores en el análisis de la causal de exclusión aplicable en este caso.

En ese orden de ideas, se plantea este reparo para efectos de que, se tenga en cuenta la causal de exclusión consignada en el literal A de las condiciones de la póliza de negocio empresarial No. 022060387/0 vigente entre el 23/02/2017 al 22/02/2018, y que lleva a la conclusión de que no hay

lugar a indemnización de ningún tipo por parte de mi representada con base en dicho negocio jurídico, y en ese sentido, ruego al Despacho que, una vez advertida la causal, se le de aplicación, con miras a proteger los derechos e intereses que le atañen a mi procurada.

Ciertamente, en las condiciones generales del contrato se pactó la siguiente exclusión:

EXCLUSIONES.

A. Esta póliza excluye la pérdida y cualquier tipo de siniestro, daño, costo o gasto de cualquier naturaleza éste fuese, que haya sido causado directa o indirectamente por las siguientes causas:

- **Errores u omisiones del asegurado en el ejercicio de su actividad profesional. Responsabilidad civil profesional.**

Corolario de lo expuesto, aun en el evento de resultar probadas todas y cada una de las circunstancias fácticas narradas por la parte actora, estas no tienen vocación para que nazca responsabilidad de mi procurada, comoquiera que, como resulta palmario, la póliza no ofreció amparo para la Responsabilidad Civil Profesional del asegurado, de hecho, esta fue excluida expresamente.

En ese sentido, aún en el evento de que se llegase a acreditar fehacientemente que los hechos tuvieron su origen, desarrollo y génesis de la manera como como ha sido narrada por la actora, no pueden descargarse sobre Allianz Seguros S.A. ninguna de las pretensiones del escrito de demanda, con fundamento en la Póliza No. 022060387/0; por lo que, ruego al Despacho una vez más que, de demostrarse los hechos objeto de la demanda, se proceda de conformidad y se excluya de toda responsabilidad indemnizatoria a mi mandante dado que el presente contrato de seguro NO presta cobertura material.

4. EL A QUO REALIZÓ UNA INDEBIDA REFERENCIA DEL DEDUCIBLE CONTENIDO EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICAS Y HOSPITALES No. 022263111/0

Se plantea este reparo, sólo si en gracia de discusión se sostenga el fallo contrario a los intereses de mi representada, a fin de que se tenga en cuenta las condiciones particulares de la Póliza De Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Hospitales No. 022263111/0, específicamente la relacionada con el deducible pactado dado que la sentencia emitida el pasado 01 de marzo de 2024 por el Juzgado Segundo (2º) Civil del Circuito de Buenaventura (Valle del Cauca) por la que se presenta apelación, en la parte resolutive exactamente en el numeral primero establece que:

*“(...) Primero. DECLARAR civilmente responsable al GRUPO OPERADOR CLÍNICO HOSPITALARIO POR OUTSOURCING de los perjuicios sufridos por los demandantes señores MAIRA SOFIA MERA ÁLVAREZ y BERNARD EUGENE MITCHELL JR, mayores de edad, como consecuencia de la negligencia médica en la atención de la menor lactante realizada el día 01 de abril de 2016, en la Clínica COMFAMAR en Buenaventura Valle, en la cual falleció la menor IDANNA SOFIA MITCHELL MENA, declaración que por reflejo comprende a la empresa llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A, su cobertura es hasta \$1.500.000.000. por evento, **con un deducible del 15% con un mínimo de \$4.000.000.**, para cubrir gastos patrimoniales (...)”*

No obstante, en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Hospitales No. 022263111/0 expedida por mi representada se estableció un deducible del 15% de la pérdida con un mínimo de **\$5.000.000**, veamos:

DEDUCIBLES: (para toda y cada pérdida)
El deducible convenido se aplicará a cada reclamación presentada contra el asegurado, así como a los gastos de defensa que se generen, con independencia de la causa o de la razón de su presentación, o de la existencia de una sentencia ejecutoriada o no.
15% sobre el valor de la pérdida, mínimo COP\$5.000.000

Es de recordar que el deducible legalmente está permitido, luego que se encuentra consagrado en el artículo 1103 del Código de Comercio; este reza que:

“(...) Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original (...)”.

Por consiguiente, debe tenerse presente que, el A quo realizó una indebida referencia al deducible pactado en la póliza, por cuanto aludió que el mínimo era de \$4.000.000, cuando la realidad contractual indica que el valor mínimo corresponde a \$5.000.000, siendo necesario indicar que, en todo caso, el valor aplicable al deducible corresponde al 15% de la pérdida como monto correspondiente del deducible.

5. INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA DEL A QUO POR CUANTO NO SE PROBÓ EL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA ACTUACIÓN DEL GRUPO OPERADOR CLÍNICO HOSPITALARIO POR OUTSOURCING Y EL DAÑO DEPRECADO

La sentencia emitida el pasado 01 de marzo de 2024 por el Juzgado Segundo (2º) Civil del Circuito de Buenaventura (Valle del Cauca) por la que se presenta apelación, valoró incorrectamente la responsabilidad que en el presente proceso se persigue, por cuanto, no se acreditó por la activa una falla de servicio médico a partir de la cual se desprenda la relación de causalidad entre el daño alegado por la parte actora y la conducta desplegada por la pasiva, así las cosas, sea lo primero señalar al Despacho que la obligación de los profesionales encargados de la atención médica de la menor IDANNA SOFÍA MITCHELL MENA, era de medio y no de resultado, por lo cual, aun habiendo obrado de manera perita, cuidadosa y diligente, como en efecto aquí ocurrió, se obtuvo un resultado adverso al estado de salud de la nombrada, produciéndose finalmente su deceso, destacándose que lo que el extremo actor acusa de constituir una deficiencia en la atención médica, corresponde a una circunstancia que no se ocasionó ni se desarrolló con ocasión al acto médico ejecutado por la pasiva, por lo cual es necesario establecer que:

1. Se descartó por el *A quo* lo indicado en la historia clínica de la menor que obra en el expediente digital en el documento denominado “51. Historia Clínica PDF” desde la página 1 donde se alude que la menor tenía un cuadro clínico de un mes de evolución, a partir de la cual, se concluye la responsabilidad de los adultos que tenían a su cargo la custodia y cuidado de la menor, puesto que no resulta admisible desde ninguna perspectiva que solo después de un (1) mes de evolución de la sintomatología presentada, Mitchell Mena hubiera sido llevada a una Clínica, máxime cuando se trata de un lactante de apenas cuatro (4) meses de edad veamos:

ENFERMEDAD ACTUAL

LACTANTE MENOR CON CUADRO CLINICO DE 1 MES DE EVOLUCION CONSISTENTE EN SINDROME GRIPAL, CON RINORREA HIALINA, ACOMPAÑADO DE TOS NO PRODUCTIVA CON DIFICULTAD RESPIRATORIA. HOY LA TRAE A CONSULTA LA ABUELA POR DEPOSICIONES LIQUIDAS VERDOSA, MODERADA CANTIDAD, CON MOCO, SIN SANGRE DESDE HACE 1 DIA EN MULTIPLES OCASIONES, CONCOMITANTE A ESTO FIEBRE DE 38.5 GRADO.

2. Se descartó por el *A quo* que la sintomatología que tenía la paciente era completamente compatible con la patología de fiebre, diarrea y gastroenteritis que le fue diagnosticada, cuyo tratamiento era exactamente el brindado por los profesionales de la salud, ya que, con los registros clínicos se concluye que el medico al frente de la menor no encontró hallazgos de enfermedad pulmonar complicada.
3. No tuvo en cuenta el *A quo* que no es posible afirmar una relación directa entre la atención médica y el fallecimiento de la paciente, pues la menor ya contaba con un cuadro de compromiso

séptico de origen respiratorio severo adicionalmente un cuadro infeccioso de gastroenteritis lo cual representa un elevado riesgo de complicaciones posteriores e incluso su muerte, no se podía garantizar ni afirmar que de haberse ingresado la menor a hospitalización este 1 de abril de 2016, el desenlace hubiera sido diferente.

Lo que permite concluir que, dentro del presente caso NO es posible afirmar que se pudo evitar el resultado lesivo como fue el caso de la menor, incluso al haberse instaurado atención hospitalaria especializada el día 01 de abril dada la progresión rápida de la enfermedad y el desenlace fatal antes de 24 horas.

4. No tuvo valoración probatoria por el *A quo* que la menor falleció **al día siguiente de haber ingresado a la institución**, esto es, el 02 de abril de 2016, lo que con certeza permite concluir que muy a pesar de que los médicos hubiesen actuado de manera diligente y oportuna (como en efecto ocurrió), el lamentable suceso de todos modos hubiese ocurrido, por cuanto las patologías que de manera simultánea presentó la aludida ya habían evolucionado, sin que se hubiese tratado por un profesional, hecho que solo es atribuible a sus cuidadores.

Ante ese panorama, y sin perder de vista que la entonces paciente fue llevada a la institución de salud **después de un mes de evolución** de las patologías que presentaba, no puede constituir responsabilidad de los médicos encargados el lamentable deceso de Mitchell Mena, puesto que tales patologías no tuvieron origen ni desarrollo con ocasión a ningún acto médico que se hubiese desarrollado en las entidades demandadas, por el contrario, se encuentra acreditado con los documentos anexos al escrito demandatorio, que las mismas no solo se atendieron de forma rápida y diligente, sino que además, actuaron conforme los protocolos médicos establecidos para el fin.

En efecto, en este asunto no hay prueba en el plenario que demuestre que el lamentable deceso de Mitchell Mena se produjo como resultado de las decisiones médicas adoptadas por el personal del GRUPO OPERADOR CLÍNICO HOSPITALARIO POR OUTSOURCING; este fundamento de la demanda es simplemente una manifestación que es a todas luces subjetiva y sin medio de prueba técnico ni científico que la justifique; es claro que este tipo de aseveraciones deben ser acreditadas mediante los elementos de convicción legalmente autorizados para el efecto, comoquiera que, sin la justificación probatoria necesaria, estas no tendrían más sustento que la propia análisis subjetivo del actor frente a los hechos acaecidos.

De otro lado, contrario a lo que se asevera por el demandante, las pruebas allegadas permiten enervar cualquier responsabilidad que a cargo del GRUPO OPERADOR CLÍNICO HOSPITALARIO POR OUTSOURCING. En efecto, las consignas de la Historia Clínica que militan en el plenario, validan que la atención de salud que proporcionó la Clínica, se ajustó a los protocolos que rigen la *lex artis*; quedó demostrado con dicho documento que desde el instante en el que la menor ingresó a la Clínica, se prestó la atención inicial de urgencias correspondiente. Igualmente, debe indicarse

que, tampoco se allegó ningún medio de convicción que fehacientemente acredite que, en el evento de que la GRUPO OPERADOR CLÍNICO HOSPITALARIO POR OUTSOURCING hubiese continuando dando la atención a la paciente, se hubiera evitado el lamentable fallecimiento de aquella. Por lo que la parte demandante se encuentra sin medios de convicción que permitan determinar que de no haberse presentado la presunta omisión que alega la parte accionante se hubiese logrado salvaguardar su vida.

Con todo, en este caso específico, el nexo causal entre el hecho y el daño deprecado no se probó, toda vez que no es posible identificar de manera clara y precisa cómo es que el actuar de la demandada haya sido la causa única, determinante y eficiente para la producción del perjuicio. Por lo tanto, no existe base para pronunciar una sentencia que implique una responsabilidad de esta naturaleza.

Todos los errores señalados, conllevan ineludiblemente a determinar que el señor Juez realizó una equivocada valoración probatoria, lo que lo llevó a dictar una sentencia contraria a la realidad fáctica del asunto que correlativamente conlleva a una decisión equivocada que deba ser revocada en sede de apelación por el Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Cali.

6. EL A QUO COMETIÓ UN DEFECTO SUSTANTIVO AL EQUIPARAR LA RESPONSABILIDAD MÉDICA CON LA RESPONSABILIDAD DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS

En las consideraciones de la sentencia emitida el pasado 01 de marzo de 2024 por el Juzgado Segundo (2º) Civil del Circuito de Buenaventura (Valle del Cauca) por la que se presenta apelación, aludió que: “(...) *en algunas ocasiones, incluso la jurisprudencia colombiana, trató de equipar dicha responsabilidad a la de las actividades peligrosas, buscando como efecto una inversión de la carga de la prueba, en beneficio de los pacientes (...)*”, lo cual conduce claramente a un yerro sustantivo, habida cuenta que, desconoció la naturaleza de la responsabilidad médica que se clasifica en el margen de las obligaciones de medio y no de resultado con el fin de emitir una sentencia que es adversa a la realidad fáctica y probatoria del proceso.

Por lo que es necesario indicar someramente que La Corte Suprema de Justicia ha explicado que el defecto sustantivo se configura por la vía directa cuando, en la aplicación normativa el juez: (i) no tuvo en cuenta las [normas] que gobernaban el caso, (ii) aplicó preceptos que le son completamente ajenos o, (iii) a pesar de haber acertado en su selección, les dio un alcance que no tienen⁴, tal y como ocurrió en el presente caso.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC5297 del 06 de diciembre de 2018, M.P. Arnoldo Wilson Quiroz Monsalvo

Es necesario indicar que, actualmente en Colombia la responsabilidad médica es de medio y no de resultado; es decir el galeno no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero sí de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría, así lo estableció la Ley 1438 de 2011 en su Artículo 104 que señala:

*“(…) **ARTÍCULO 104. AUTORREGULACIÓN PROFESIONAL.** Modificase el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, el cual quedará así:*

“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 (…)”

Así entonces, recordando que la obligación que asume un médico al tratar a un paciente es meramente de medios y no de resultados, solo puede configurarse una conducta reprochable a aquel si se prueba que no hizo uso de los medios que se encontraban a su alcance y/o que debía emplear para tratar al paciente:

“(…) En conclusión y para ser coherentes en el estudio del tema, se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa (…)”⁵

En el presente caso, resulta evidente a partir de las propias historias clínicas que fueron adjuntas con la demanda, que las instituciones de la pasiva sí ordenaron la práctica de exámenes médicos

⁵ Radicado No. 5507, sentencia del 30 de enero de 2001, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

tendientes a conocer y evaluar la situación médica de IDANNA SOFIA MITCHELL MENA, por lo cual resulta inadmisibile que se afirme desatención alguna a los “*protocolos y las mínimas atenciones médicas*”, por lo contrario las entidades demandadas no solo atendieron de manera cuidadosa, perita y diligente a la paciente, suministrando los medicamentos adecuados y necesarios, conforme la *lex artis*, manteniendo en observación y estudio su situación médica y ordenando de forma oportuna el respectivo tratamiento, sino que además, no puede perderse de vista que IDANNA SOFIA MITCHELL MENA ingresó a la institución de salud cuando su patología llevaba **un mes de evolución**, por tanto, muy a pesar de haberse actuado de forma adecuada, es claro que el resultado adverso no es producto de la conducta desplegada por la pasiva, y por tanto, con ocasión a él no puede hacer responsabilidad ni obligación resarcitoria alguna.

Este yerro señalado, conllevan ineludiblemente a determinar que el señor Juez cometió un defecto sustantivo, lo que lo llevó a dictar una sentencia contraria a la realidad fáctica y probatoria del asunto que correlativamente conlleva a una decisión equivocada que deba ser revocada en sede de apelación por el Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Cali.

7. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA NO ES CLARA EN EL RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS Y EN TODO CASO LOS VALORÓ EXCESIVAMENTE EN LA PARTE RESOLUTIVA EN EL NUMERAL SEGUNDO

Sin perjuicio a lo anteriormente referenciado, se indica este reparo toda vez que, el Juez de primera instancia indica en la parte resolutive de la sentencia en el numeral segundo el valor de los perjuicios a los que fue condenada la parte pasiva del proceso, sin indicar que tipología de daño se estaba reconociendo a los señores Maira Sofía Mera Álvarez y al señor Bernard Eugene Mitchell Jr, pues solo se limitó a indicar los valores del siguiente modo:

(...) Segundo. CONDENAR, como consecuencia de lo anterior, a la llamada en garantía el GRUPO OPERADOR CLÍNICO HOSPITALARIO POR OUTSOURCING pagar a favor de cada una los demandantes, por concepto de perjuicios, las siguientes sumas:

MAIRA SOFIA MERA ÁLVAREZ, madre \$ 130.000.000.00
BERNARD EUGENE MITCHELL JR, padre \$ 169.969.921.00

Condena en la cual debe participar la aseguradora llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A., como afianzadora del GRUPO OPERADOR CLÍNICO HOSPITALARIO POR OUTSOURCING, en las proporciones y condiciones indicadas en el artículo primero de la presente decisión. Ocupando el lugar del grupo médico condenado (...)

Siendo necesario indicar que si el Juez de primera instancia establece el reconocimiento de los perjuicios morales en favor de la parte demandante del proceso en 100 SMLMV se debe indicar que este valor que es exorbitante sin que se halle acreditada la materialización de tal perjuicio y desconociendo los rubros tasados y adjudicados por la Corte Suprema de Justicia.

Al respecto, es importante mencionar que si bien la cuantificación del perjuicio inmaterial está supeditada al arbitrio iudicis, ello no implica que el juzgador goce de un amplio margen de decisión que incluso pudiera desbordar en arbitrariedad, tal como ocurre en el caso de la sentencia apelada, en donde el señor Juez nunca justificó por qué, para imponer la condena por daño moral, acudió a los baremos indemnizatorios fijados por el Consejo de Estado cuando dicha corporación es el órgano de cierre de otra jurisdicción, y por qué no lo hizo respecto a los baremos de la Corte Suprema de Justicia siendo esta la autoridad de cierre en la jurisdicción ordinaria, la cual, si bien no ha elaborado unas tablas de indemnización, en sus sentencias ha perfilado los baremos indemnizatorios por este concepto. Veamos entonces como la misma Corte Suprema se ha referido frente a este particular:

“(…) La valoración del daño moral subjetivo, por su carácter inmaterial o extra patrimonial, se ha confiado al discreto arbitrio de los falladores judiciales. Esto, por sí, lejos de autorizar interpretaciones antojadizas, les impone el deber de actuar con prudencia, valiéndose de los elementos de convicción que obren en el plenario y atendiendo la naturaleza del derecho afectado y la magnitud del daño.

*(…) La reparación debe procurar una relativa satisfacción para no dejar incólume o impune la agresión; sin que represente una fuente de lucro injustificado que acabe desvirtuando la función asignada por la ley. Es posible establecer su quantum, sostuvo recientemente la Sala, «en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador . Al juez, por tanto, le corresponde fijar el perjuicio extrapatrimonial, **pero las bases de su razonamiento no deben ser arbitrarias. Se trata, sostuvo la Sala (…)**”⁶*

Es preciso recordar que la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos en lo que se han presentado casos de muerte, ha señalado lo siguiente: *“(…) Bajo ese contexto, la tasación realizada por esta Corte en algunos eventos donde se ha reclamado indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo(a) o compañero(a) permanente de la persona fallecida o*

⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia SC4703-2021, Radicación: 11001-31-03-037-2001-01048-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona

víctima directa del menoscabo, se ha **establecido regularmente en \$60.000.000**, lo cual implica prima facie que dicha cuantía podrá ser guía para su determinación (...)⁷.

Ahora bien, respecto del daño material reconocido en favor del señor Bernard Eugene Mitchell Jr que en la parte considerativa de la sentencia lo relacionan como “*por los gastos realizados como cuota de recuperación, responsabilidad del usuario*” al respecto de este perjuicio debe ser claro que, de conformidad con lo establecido con la Corte Suprema de Justicia⁸ en concordancia con el Código Civil en su artículo 164 esta tipología de perjuicios debe ser probada de forma clara, aportando las pruebas que lo acrediten y además que presenten relación directamente los hechos presentados en la demanda, no obstante, dentro del proceso judicial el extremo actor NO logró acreditar en forma cierta como se generó el presunto daño material además no aportó prueba siquiera sumaria de la razón de dichos gastos y el nexo de causalidad con el objeto del presente debate, por lo cual, no debieron ser reconocidos en la presente sentencia.

En conclusión, en este caso específico, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, es claro que el juez de primera instancia consideraba que en este caso existían fundamentos para conceder una mayor indemnización (que en efecto no lo hay) por lo que la carga argumentativa debió ser mayor y acompasarse con aquellos medios probatorios que respaldaban su decisión. Sin embargo, ello no ocurrió y se desconoció abierta y arbitrariamente los límites de indemnización que la Corte Suprema de Justicia a casos similares al de objeto de debate ha tasado, por lo que la decisión deberá ser revocada por el H. Tribunal.

III. PETICIONES

En virtud de todo lo expuesto, ruego al H. Tribunal Superior de Distrito Judicial De Buga (Valle del Cauca):

1. **REVOCAR** los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, de la Sentencia de primera instancia No. 006 emitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buenaventura de manera escrita el 01 de marzo de 2024 que fue notificada por estado el día 04 de marzo de 2024, mediante la cual resolvió declarar la responsabilidad de la parte demandada y condenar al pago de perjuicios inmateriales a favor de los demandantes.
2. De manera subsidiaria, solicito respetuosamente se **REVOQUE** el numeral segundo, tercero, cuarto y quinto de la Sentencia de primera instancia No. 006 emitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buenaventura de manera escrita el 01 de marzo de 2024 que fue notificada

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencias SC15996-2016 y SC9193-2017.

⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia SC1084-2021

por estado el día 04 de marzo de 2024, mediante los cuales se resolvió condenar a mi representada **ALLIANZ SEGUROS S.A.** con cargo a la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Hospitales No. 022263111/0 vigente entre el 01/04/2018 al 31/03/2019, toda vez que, conforme fue abordado precedentemente, dicho aseguramiento, así como ninguno de los otros contratos de seguro expedidos por mi mandante y que fueron vinculados a este proceso, prestan cobertura.

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.