

Señores

JUZGADO PRIMERO (01) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MOCOA (PUTUMAYO)

E.

S.

D.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
RADICACIÓN: 86-001-33-31-001-2020-00029
DEMANDANTES: MERCEDES CABEZAS MURCIA Y OTROS
DEMANDADOS: ESE HOSPITAL JOSÉ MARÍA HERNANDEZ
LLAMADA EN GARANTÍA: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. Y OTROS

REFERENCIA: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PARA DICTAR SENTENCIA ANTICIPADA

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado especial de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, sociedad legalmente constituida e identificada con el NIT 860.524.654-6, encontrándome dentro del término legal oportuno, mediante el presente escrito me permito presentar los correspondientes **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**, solicitando que, en atención a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por la Ley 2080 de 2021, y considerando que se encuentra probada la caducidad del medio de control, se dicte **SENTENCIA ANTICIPADA**, de acuerdo a las consideraciones que se procederán a exponer:

I. OPORTUNIDAD

En primer término, debe advertirse que el presente escrito se presenta dentro de la oportunidad correspondiente, en consideración a que por estado del 19 de abril de 2023 se notificó el auto del 18 de abril de 2023, mediante el cual se estuvo a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Nariño, a efectos de que se surta el trámite correspondiente para que se dicte sentencia anticipada, de manera que ordenó correr traslado común a las partes por el término de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión, los cuales comenzaron a correr a partir del día 20 de abril de 2023 y se extienden hasta el día 4 de mayo de 2023, fecha en la que fenece el término concedido, de manera que el presente escrito se radica en la oportunidad procesal respectiva.

CAPITULO I

FRENTE A LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL

Sea lo primero advertir que este extremo procesal ratifica el razonamiento expuesto en la contestación de la demanda y el llamamiento en garantía, acogido por el Despacho en audiencia inicial celebrada el 10 de marzo de 2022, en la cual se declaró probada la caducidad del medio de

control, comoquiera que la contabilización de términos se realizó a partir del nacimiento de la menor MARIANGEL LÓPEZ CABEZAS, sin embargo, en el caso que nos ocupa, esto es, presunta falla en el servicio al momento de practicar la cirugía de Pomeroy o ligadura de trompas; el término de caducidad debe contarse a partir del momento en que se conoció del estado de gravidez y, en la práctica del interrogatorio de parte, los demandantes manifestaron que conocieron del embarazo en el mes de mayo de 2017, así las cosas, considerando que la solicitud de conciliación se presentó el 13 de enero de 2020, es evidente la configuración de la caducidad del medio de control de reparación directa, por desconocerse el término contemplado en el literal i) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

En primer lugar, es necesario recordar que en la contestación de la demanda y el llamamiento en garantía se planteó la excepción previa de caducidad del medio de control, toda vez que desde ese momento se advertía un claro desconocimiento del término contemplado en el literal i) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, el cual dispone:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

*i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, **contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia**”.*

Así las cosas, a partir de dicha disposición normativa, se esgrimió que el término de caducidad debe contarse desde el momento en que se tuvo o debió tener conocimiento del hecho dañoso y, de conformidad con el fundamento fáctico de la demanda, el hecho dañoso lo constituye: “(...) *el error médico cometido por parte de los galenos por una ineficiente intervención quirúrgica (POMEROY)*”¹. Bajo esta óptica, el término señalado debe contabilizarse a partir de que los demandantes tuvieron conocimiento de la presunta falla médica en la intervención quirúrgica denominada Pomeroy o ligadura de trompas, que por evidentes razones tuvo que ser antes del nacimiento de la menor MARIANGEL LÓPEZ CABEZAS, lo que torna clara la configuración del término de caducidad.

A tal conclusión se llegó, considerando que la parte actora contabilizó el término de caducidad a partir del momento del nacimiento de la menor MARIANGEL LÓPEZ CABEZAS el día 26 de diciembre de 2017 y, bajo esta lógica, el medio de control caducaba en dos (2) años contados a

¹ Hecho décimo segundo de la demanda a folio 3 del documento denominado “1. EXPEDIENTE” del expediente digital.

partir del día siguiente, es decir, el 27 de diciembre de 2019; sin embargo, atendiendo a que para esta época la rama judicial se encontraba en vacancia, los demandantes radicaron la respectiva solicitud de conciliación el primer día hábil siguiente que correspondió al día 13 de enero de 2020, pretendiendo así suspender el término de caducidad con fundamento en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001. En este sentido, la demanda se radicó el día en que se realizó la respectiva audiencia de conciliación, es decir, el 2 de marzo de 2020, como se evidencia en el acta individual de reparto obrante a folio 47 del documento “1. *EXPEDIENTE*” del expediente digital.

De esta manera, bajo la interpretación de la parte actora, la demanda se radicó el último día antes de que venciera el término de caducidad del medio de control, no obstante, en atención a lo dispuesto en el artículo 164 antes transcrito, dicho término se cuenta a partir del conocimiento del hecho, por lo que resulta a penas lógico afirmar que los demandantes conocían del embarazo antes de que naciera la menor MARIANGEL LÓPEZ CABEZAS y, en consideración a ello, fue que se propuso la excepción previa de caducidad, pues al haber interpuesto el medio de control el último día hábil previo a su caducidad, era fácil concluir que ya habían transcurrido más de dos (2) años desde el conocimiento del hecho hasta la radicación de la demanda. En esta medida, también era evidente que la solicitud de conciliación no tuvo los efectos previstos en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, esto es, la suspensión de la caducidad, porque al momento en que se presentó, el medio de control ya había caducado.

Ahora, a efectos de verificar el momento exacto en que los demandantes tuvieron conocimiento del hecho dañoso, en la excepción previa se solicitó la práctica del interrogatorio de parte y exhibición de la historia clínica de la señora MERCEDES CABEZAS MURCIA, medios probatorios que confirmaron y acreditaron la caducidad del medio de control, como se describirá a continuación:

- **CON EL INTERROGATORIO DE PARTE PRACTICADO SE RATIFICÓ LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL**

Antes de evidenciar que con los interrogatorios practicados en la audiencia inicial se acreditó la configuración de la caducidad del medio de control, resulta imprescindible aclarar el concepto de daño en casos como el que nos ocupa, es decir, en aquellos donde se pretende la declaratoria de una falla en el servicio por una anticoncepción fallida, pues es a partir del conocimiento del hecho dañoso que se cuenta la caducidad, a luces del artículo 164 del CPACA.

De esta manera, partiendo de la concepción de daño antijurídico como una lesión a un derecho, bien jurídico o interés legítimo que no se está obligado a soportar², para el derecho de daños, es inconcebible considerar el nacimiento de un nuevo ser humano como una situación dañosa, de manera que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aclarado que, en estos casos, el interés

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 22592 del 23 de mayo de 2012, C.P. Enrique Gil Botero.

legítimo lesionado es el derecho a la libertad sexual y reproductiva, es decir, la decisión libre y voluntaria del número de hijos que se desea tener. En este sentido, se ha dicho:

*“Para abordar dicho análisis la Sala parte de una premisa esencial de acuerdo con la cual, haciendo abstracción de cualquier tipo de consideración o debate confesional, filosófico o ideológico, **desde el punto de vista jurídico la vida humana constituye un valor supremo que demanda del Estado su protección en los diferentes ámbitos, de tal modo que si esta no se garantiza carece de sentido el reconocimiento de otras prerrogativa subjetivas**. Sin embargo, no es posible desconocer el debate que se plantea si en algunos eventos el hecho mismo de la concepción de una nueva vida puede o no constituir un hecho dañoso, pues abordado el problema desde la perspectiva de la naturaleza humana y el reconocimiento de su dignidad tiene serias implicaciones tanto éticas como jurídicas.*

(...)

*En los casos de anticoncepción fallida, como el presente, **el fundamento de las pretensiones resarcitorias se sostiene en la concepción no deseada como daño y se dirige a la reparación de sus consecuencias lesivas, materiales e inmateriales**, por lo que una solución plausible, desde el punto de vista del derecho de daños para la determinación de la existencia de una verdadera lesión a una situación jurídica protegida, **tiene que ver con la existencia de la garantía a la libertad de decidir si se procrea o no y en qué medida**.*

(...)

***Al respecto, precisa la Sala que el daño surge como consecuencia de la afectación de un querer legítimo individual, que modifica un proyecto de vida o lesiona la libre decisión en la conformación de la familia**, situación fáctica que no es susceptible de ser juzgada desde la óptica moral de un tercero, normalmente ajeno a las consideraciones personales del afectado”³.*

Como vemos, en los casos donde se aduce una falla en el servicio por un error médico al momento de realizar una cirugía de Pomeroy o una vasectomía, el daño no es el nacimiento de una nueva vida, sino la transgresión al derecho de la libertad sexual y reproductiva que se materializa en la concepción no deseada. Bajo esta óptica, si bien el hecho dañoso es la intervención quirúrgica mal practicada, el daño se concreta con la concepción no deseada, de modo tal que para contabilizar el término de caducidad del medio de control, se debe tener en cuenta el momento en que se tuvo conocimiento del daño y, consecuentemente, del hecho dañoso, es decir, cuando se conoció del embarazo, toda vez que, como se aclaró, el daño es la concepción no deseada, más no el nacimiento de un nuevo ser humano.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 41262 del 5 de diciembre de 2016, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Tal razonamiento ha sido reiterado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*“Con respecto al argumento de la caducidad de la acción de reparación directa, considera esta Sala que a pesar de que la ligadura de trompas se efectuó el 19 de mayo de 1995, sólo hasta el 18 de mayo de 1997 **los demandantes conocieron, en razón del estado de embarazo, las consecuencias de la operación efectuada, por lo que la base para contabilizar el término de caducidad de la acción de reparación directa es precisamente el momento en el que se enteraron que, en su consideración, la intervención quirúrgica -ligadura de trompas- había resultado fallida**, por lo que al haber sido presentada la demanda el 23 de octubre de 1997, ésta resultó en término”⁴.*

En otra oportunidad, se afirmó:

*“El presente caso se funda en la ocurrencia de unas presuntas fallas en la atención médica y en el servicio de planificación familiar, que determinaron, a juicio de la demandante, la concepción no deseada, **hecho del que tuvo conocimiento cierto y demostrado el 22 de diciembre de 2008 (fl. 64, c. 2), época en la que consta que le fue practicada una ecografía obstétrica que determinó que cursaba un embarazo de 22 semanas. Esta será la fecha a tenerse en cuenta para efectos del inicio del término de caducidad de la acción**, comoquiera que no se registra en la historia evento anterior que dé cuenta del conocimiento cierto e inequívoco del estado de gestación de la paciente. Por tal razón, como la demanda se promovió el 3 de noviembre de 2009 (fl. 28, c. 1), no hay duda de que lo fue dentro del término legal”.*

Así las cosas, el término de caducidad se cuenta a partir del momento en que se tuvo conocimiento de que la intervención quirúrgica de ligadura de trompas o vasectomía resultó fallida, momento que no puede ser diferente a cuando se conoció del embarazo, pues es el estado de gravidez el que demuestra que la cirugía no tuvo los resultados esperados, es decir, que se dejara de concebir.

Habiendo aclarado lo anterior, los interrogatorios de parte practicados en la audiencia inicial del 10 de marzo de 2022 dieron cuenta de la configuración de la caducidad del medio de control, por cuanto desde el momento en que se tuvo conocimiento del embarazo hasta la radicación de la solicitud de conciliación transcurrieron más de dos (2) años.

Por su parte, la señora MERCEDES CABEZA MURCIA afirmó:

“¿Cuándo asistió al centro hospitalario para que le hicieran la prueba de embarazo donde confirmó? R: Yo me la hice particular, que pena es que lo de la audiencia me enteré esta mañana, no tuve tiempo de organizar la carpeta donde tengo todos (...) si ustedes me

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 21157 del 2 de noviembre de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

dan un permisito yo voy y traigo la carpeta para mostrar bien las fechas y el laboratorio donde me hice la prueba (...) Que pena, no encuentro exactamente el examen de la prueba de embarazo, pero la verdad me acuerdo que fue como en mayo del 2017⁵.

(...)

“¿Y usted se enteró del embarazo para mayo del año 2017, verdad? R: 2016 (...) Sí, 2017, de todas manera ya tenía dos meses de embarazo cuando me hice la prueba”⁶.

(...)

“Bueno, pero entonces usted sí se enteró, o sea que usted sabía mucho antes de la fecha de nacimiento que estaba en embarazo. R: Sí señor, claro, por eso le digo, yo me sentí mal de salud y cuando pues yo sentía que eran síntomas de embarazo, porque como le digo ya había tenido otros embarazos, yo sentía que lo que yo sentían eran síntomas de embarazo, entonces ya fue que procedí a hacerme la prueba y pues ahí ya me salió la prueba que me hice primero fue en orina y luego me la hice en sangre”⁷.

Así pues, a pesar de que no se logró obtener la historia clínica de la señora MERCEDES CABEZAS MURCIA en las IPS particulares a las que asistió para los controles prenatales; la demandante afirmó que se enteró del embarazo mediante pruebas de orina y sangre alrededor de mayo de 2017 y que, en todo caso, tenía dos (2) meses de embarazo al momento de realizarse las pruebas.

En la misma medida y en acreditación a la hipótesis inicialmente planteada por mi poderdante en la excepción previa, la señora MERCEDES CABEZAS MURCIA arguyó que supo del embarazo antes del nacimiento de la menor MARIANGELA LÓPEZ CABEZAS. En este sentido, en consideración a que se radicó el medio de control el último día antes de que operara la caducidad -habiendo contabilizado el término desde el nacimiento de la menor-, es evidente que bajo la tesis que viene de sostenerse hubo caducidad, pues si tuvo conocimiento del embarazo antes del nacimiento y el término se cuenta desde que tuvo conocimiento, habrían transcurrido más de dos (2) años desde aquel momento.

Lo anterior fue confirmado por el señor ANIBAL MONOLO LÓPEZ SÁNCHEZ, quien aseveró:

“Sírvese indicar al Despacho las circunstancias en las cuales conoció que la señora Mercedes se encontraba embarazada en el año 2017. R: Nos dimos cuenta un poquito tarde, ¿sí? Porque no tenía síntomas de nada, de embarazo, nada, y en una ocasión estábamos celebrando un día de la madre y se tomó una cervecita así como del día de la madre, pero después de que al otro día comenzó con vómito y llevaba 3,4 y 5 días

⁵ Min. 24:14 de la grabación de la audiencia inicial del 10 de marzo de 2022.

⁶ Min. 25:37 de la grabación de la audiencia inicial del 10 de marzo de 2022.

⁷ Min. 26:52 de la grabación de la audiencia inicial del 10 de marzo de 2022.

y siguió con el vómito, entonces yo tengo un amigo que es ginecólogo y le pedí el favor de que si eso era normal, le pregunté, entonces él me dijo pues no es normal, dijo, cómprate una pruebita de embarazo, pero no puede ser le dije yo, no puede ser que esté en embarazo porque ella le hicieron cirugía y pomey a la vez, no puede ser que esté en embarazo, entonces dijo pero descartemos, fui y compré la prueba y sí salió positivo y como es amigo el ginecólogo, le dije que había salido positivo, entonces él dijo que lo atendía, el me la atendió en el consultorio y en esos días, la NUEVA EPS COOMEVA, no nos atendía en ningún momento, más de un año y no nos atendió, me tocó todo particular”⁸.

(...)

“¿Usted me habla del día de la madre, o sea eso es para la fecha que la señora MERCEDES se realizó la prueba de orina, sería la segunda semana de mayo del 2017? R: Más o menos, no recuerdo la fecha, los papeles los tiene, están en la casa, tocaría verificar los papeles, ahí está la prueba”⁹.

Esta declaración confirmó lo dicho por la señora MERCEDES CABEZAS MURCIA, en la medida que se indicó que tuvieron conocimiento del embarazo pocos días después del día de la madre del año 2017 que, en Colombia, se celebró el 14 de mayo de 2017. Bajo esta lógica, aun cuando no se tiene certeza del día exacto en que se supo del embarazo, se logró acreditar que esto ocurrió en el mes de mayo de 2017, dado que: (i) la demandante afirmó que fue alrededor de este mes, (ii) el señor ANIBAL MONOLO LÓPEZ indicó que fue pocos días después del 14 de mayo de 2017 y, (iii) la señora MERCEDES CABEZAS MURCIA arguyó que cuando se hizo la prueba de embarazo le indicaron que tenía dos (2) meses de gravidez y, considerando que la menor nació en diciembre de 2017, el segundo mes correspondió a mayo de 2017.

Siendo así, es claro que operó la caducidad del medio de control de reparación directa a luces del artículo 164 del CPACA, comoquiera que si se conoció del estado de embarazo en mayo de 2017, el término de dos (2) años se extendía hasta el mes de mayo de 2019, sin embargo, no fue sino hasta enero de 2020 que se radicó el medio de control, esto es, ocho (8) meses después de que caducó el medio de control.

Conforme a lo anterior, considerando que los términos establecidos por el legislador permiten racionalizar el ejercicio de la acción, limitando el acceso a la justicia para darle estabilidad a las relaciones jurídicas entre la administración y sus administrados, es menester dictar sentencia anticipada, declarando probada la caducidad del medio control, de conformidad con el artículo 182A del CPACA.

⁸ Min. 32:41 de la grabación de la audiencia inicial del 10 de marzo de 2022.

⁹ Min. 34:46 de la grabación de la audiencia inicial del 10 de marzo de 2022.

CAPÍTULO II
FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Teniendo en cuenta que en el presente proceso se pretende dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** conforme al artículo 182A de la Ley 1437 del 2011, adicionado por la Ley 2080 del 2021, de manera respetuosa, únicamente en gracia de discusión, me permito reiterar de manera concreta los reparos que se deberán tener en cuenta al resolver la relación sustancial entre mi defendida y el **HOSPITAL JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ**, con relación a la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Clínicas y Centros Médicos No. 436-88-400000007, así:

- Falta de cobertura temporal de la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Centros Médicos No. 456-88-9940000007, bajo el entendido que su modalidad de cobertura es de tipo *Claims Made*, lo que exige que la reclamación se realice en vigencia de la póliza, esto es, del 25 de julio de 2013 al 25 de julio de 2014, sin embargo, la solicitud de conciliación se presentó hasta el 13 de enero de 2020, es decir, por fuera de la vigencia de la póliza, lo cual pone en evidencia la ausencia de cobertura temporal.
- Falta de cobertura material por exclusión expresa en la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Centros Médicos No. 436-88-9940000007 sobre la ineficacia de tratamientos tendientes a impedir embarazos o procreaciones, en la medida que una de las exclusiones pactadas en la póliza fue “*CUALQUIER TRATAMIENTO O INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA PARA IMPEDIR O PROVOCAR LA PROCREACIÓN*” y, precisamente, esta es la falla en el servicio que se busca declarar.
- El carácter meramente indemnizatorio de los contratos de seguros, atendiendo a que no hay prueba de la ocurrencia del riesgo asegurado, resultando inviable reconocer suma alguna al demandante por la indemnización pretendida, además de que los perjuicios inmateriales pretendidos no se acogen a la jurisprudencia del Consejo de Estado.
- Límite máximo de responsabilidad de la compañía aseguradora, condiciones del seguro, disponibilidad del valor asegurado y deducible: Sin que se entienda comprometida mi representada, es necesario manifestar al Despacho que, bajo la hipótesis en que naciera obligación de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A.**, la misma se debe sujetar a lo consignado en el tenor literal de la póliza y, por tanto, a las condiciones particulares de la misma, entre ellas, la suma asegurada, el deducible y las exclusiones que se hayan pactado. Siendo así, en el improbable e hipotético caso de proferirse una condena a mi procurada, esta se verá condicionada al tope máximo pactado en el clausulado:

DESCRIPCION	AMPAROS	SUMA ASEGURADA	LIMITE POR EVENTO
DAÑO EMERGENTE POR EL SERVICIO MEDICO		\$ 1,500,000,000.00	
RESPONSABILIDAD CIVIL INSTITUCIONAL		1,500,000,000.00	
TRANSPORTE EN AMBULANCIA		1,500,000,000.00	0.00
RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DIRECTOR MEDICO		1,500,000,000.00	0.00
USO DE EQUIPOS DE DIAGNOSTICO O DE TERAPEUTICA		1,500,000,000.00	0.00
SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS		1,500,000,000.00	0.00
GASTOS DE DEFENSA		1,500,000,000.00	0.00
DEDUCIBLES: 5.00 % DEL VALOR DE LA PERDIDA - Mínimo: 5,000,000.00 \$ en RESPONSABILIDAD CIVIL INSTITUCIONAL/TRANSPORTE EN AMBULANCIA/RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DIRECTOR MEDICO/USO DE EQUIPOS DE DIAGNOSTICO O DE TERAPEUTICA/SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS			

Además, dentro de esta suma deben considerarse las indemnizaciones pagadas con ocasión a otros procesos judiciales o reclamaciones en donde se afecte la misma vigencia.

- Con los documentos allegados por mi procurada al expediente, se demostró que en la póliza se pactó un deducible a cargo del asegurado, que corresponde al 5% del valor de la pérdida, mínimo por \$5.000.000.

CAPÍTULO III


PETICIÓN

En orden de los argumentos anteriores, solicito al Despacho dictar **SENTENCIA ANTICIPADA**, conforme al numeral 3° del artículo 182A de la Ley 1437 del 2011, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 del 2021, por encontrarse probada la **CADUCIDAD** del medio de control de reparación directa, conforme a los argumentos ya expuestos.

NOTIFICACIONES

El suscrito recibirá notificaciones electrónicas en la dirección de correo electrónico notificaciones@gha.com.co y físicas en la calle 69 No. 4-48, Of. 502, Edificio Buró 69, de la ciudad de Bogotá.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D. C.

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