

Señores

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA D.E.
E. S. D.

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO BUENAVENTURA - VALLE	
RECIBIDO	
FECHA:	10-02-2020
HORA:	1:14 PM
FIRMA:	[Firma]

RADICACIÓN:	76109-33-33-002-2012-00181-00
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES:	GRACIELA VICTORIA CARDENAS Y OTROS
DEMANDADO:	NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL
LLAMADO EN GTÍA:	LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

JHON ALEJANDRO HERRERA HERNÁNDEZ, obrando en este acto como apoderado sustituto de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, comedidamente manifiesto que encontrándome dentro del término previsto para el efecto, me permito presentar **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN** en nombre de la entidad que represento, solicitando desde ya se profiera **SENTENCIA FAVORABLE** en favor de mi representada, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas por mi defendida en su debida oportunidad; lo anterior, por cuanto no se demostró la responsabilidad administrativa que se pretendió endilgar al **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCIA" E.S.E.**, y mucho menos a mí prohijada, con fundamento en los argumentos que concretaré en los acápites siguientes.

Para el efecto señalado, procederé en primer lugar a referirme sobre la responsabilidad que pretendió endilgarse al extremo pasivo a la luz del material probatorio allegado al plenario, el cual, desde ya advierto, no logró acreditar la concurrencia de los elementos sobre los cuales sería posible erigir dicha responsabilidad; y en segundo, pasaré a pronunciarme frente a lo probado en cuanto al llamamiento en garantía formulado a mi procurada, arguyendo que en virtud del mismo, no es posible declararla responsable administrativamente.

1. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De conformidad con lo establecido en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y con el auto de sustanciación No. 35 del 6 de febrero de 2020, el término común para que las partes presenten los alegatos de conclusión es de diez (10) días. El término se surtiría los días 7, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19 y 20 de febrero de 2020, por lo que se concluye que este escrito es presentado dentro del término dispuesto para tal efecto.

2. ANÁLISIS PROBATORIO Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. Delimitación del régimen de responsabilidad aplicable

Pese a que no se determinó la causa eficiente en la producción del daño, se puede extraer que la parte demandante está cuestionando la prestación del servicio médico. Las diferentes atribuciones fácticas muestran que las pretensiones se fundamentan en cuestionar el

cumplimiento al contenido obligatorio que en abstracto fijan las normas. No obstante lo anterior, con la intención de realizar una aproximación al Despacho en lo relacionado con la debida escogencia del régimen de responsabilidad a aplicarse, se partirá de la base de que el inconformismo se deriva de la atención médica brindada por las demandadas.

Lo primero que debe anunciarse es que en materia médico asistencial la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado sostienen una tesis unánime desde el año 2008: aplicación de un régimen de culpa probada (en términos administrativos falla probada del servicio). Si bien el avance jurisprudencial fue dinámico, variando en reiteradas oportunidades entre falla presunta, probada y un régimen objetivo de responsabilidad, lo cierto es que a partir de las ponencias de la Dra. Ruth Stella Correa a lo largo del año 2006 y en adelante, se estableció que había suficientes mecanismos para proveer al demandante de herramientas para una buena defensa.

El título de falla presunta se había contemplado porque se trataba de equilibrar la supuesta disparidad que había entre el demandante y las clínicas o médicos, al enfrentarse en un litigio de responsabilidad médica. A pesar de pretender aligerar cargas probatorias, la estructura de la responsabilidad impone al demandante acreditar en todos los casos, régimen objetivo o subjetivo, la imputación. En términos prácticos, y fue uno de los argumentos que sostuvo el Consejo de Estado para consolidar la falla probada del servicio como título de imputación aplicable actualmente, siempre se iba a terminar probando la falla si se lograba estructurar la imputación.

Teniendo en cuenta que en el sistema procesal colombiano no existe tarifa legal y el demandante puede servirse de cualquier medio probatorio para acreditar lo que pretende; que no hay un fundamento legal que permita estructurar un título de imputación de falla presunta; y que existe la obligación de lealtad procesal frente a la aportación de material probatorio; se consolidó la tesis de que establecer un título de imputación diferente al de la falla probada era algo innecesario. Se refuerza esta postura con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, el cual establece que las partes en la contestación deben aportar todas las pruebas que tengan en su poder y la posibilidad de agotar las pruebas de oficio para llegar al proceso con el material recaudado.

En lo que refiere a la consolidación del título de falla probada, se ha pronunciado el Consejo de Estado, que en jurisprudencia reciente aclaró:

En cuanto al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, en casos como el presente la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, en la actualidad la posición consolidada de la Sala en esta materia la constituye aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.(...) Dicho título de imputación opera, como lo señala la jurisprudencia de la Sección Tercera no sólo

respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende: "... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz". Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la "lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz", se debe observar que está produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, (...)"¹.

De la posición jurisprudencial se concluye que el proceso debe ser tratado bajo un régimen subjetivo de responsabilidad, pues los daños reclamados parten de los presupuestos propios de un régimen de este tipo. Las pretensiones se fundamentan, según las circunstancias fácticas de la demanda, en cuestionar la prestación del servicio médico, aspecto que como se citó, es propio del régimen general de responsabilidad de falla probada del servicio.

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

Partiendo de este criterio, y según lo sostenido por el artículo 167 del Código General del Proceso, "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen". Así entonces, la parte demandante tiene la carga probatoria durante el proceso de acreditar los elementos estructurales de la responsabilidad que pretende atribuir a la entidad hospitalaria demandada, conducta que no ha cumplido hasta esta etapa.

Además, al momento de valorar los elementos probatorios disponibles en el proceso para acreditar la falla del servicio, debe realizarse también un análisis causal para que esa supuesta falla haya determinado el daño. No basta solamente acreditar una omisión administrativa en el cumplimiento de sus deberes, sino que el juicio de responsabilidad implica también la prueba

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (18 de mayo de 2017) Expediente 35613. [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

de los demás requisitos estructurales, por tanto, establecer el régimen de responsabilidad no supone por sí mismo la atribución de responsabilidad. Al respecto se ha precisado:

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

Así pues, el análisis que debe realizarse en la sentencia se debe dirigir a determinar que para que se configure la responsabilidad deberán confluir tres elementos, a saber:

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

2.2. Inexistencia de litisconsorcio necesario entre la parte pasiva del proceso y carencia de competencia del juez para vincular al Hospital Universitario del Valle

El artículo 1571 del Código Civil establece que ante la existencia de una obligación solidaria en cabeza de varios deudores, el acreedor puede a su arbitrio exigir el pago de cualquiera a cualquiera de ellos:

ARTICULO 1571. <SOLIDARIDAD PASIVA>. *El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.*

Es evidente entonces que el acreedor ostenta la facultad de decidir de qué deudor reclama el pago de la obligación solidaria, de manera que legítimamente puede solicitar la satisfacción de la misma por parte de sólo uno de los deudores, sin que deba vincularse a los demás. **Al ser claro que cuando nos encontramos ante este tipo de obligaciones no existe el deber de vincular a todos los deudores, no puede entonces hablarse de la integración de un litisconsorcio necesario entre ellos.**

Ahora bien, es preciso indicar que en los procesos de responsabilidad médica, en los que se pretende la indemnización de presuntos perjuicios derivados de una supuesta culpa en la prestación del servicio médico, ha sido jurisprudencia reiterada por el Consejo de Estado que la

² Sección Tercera, sentencia de septiembre 11 de 1997, expediente: 11764. Posición reiterada en sentencias de 25 de abril de 2012, expediente: 22572 y 12 de agosto de 2013, expediente: 27475.

solidaridad se predica como sanción civil a una falta común que otorga una ventaja de reparación a la víctima. En efecto, al ser claro que entre las entidades médicas que prestaron el servicio puede surgir una obligación de carácter solidario frente a la indemnización de un perjuicio derivado de una responsabilidad médica, debe concluirse necesariamente que la parte actora de forma legítima puede seleccionar a su arbitrio de cuál de las instituciones demanda el pago o incluso exigirlo de forma conjunta a todas. De este modo, es claro que no puede hablarse en estos escenarios de la configuración de un litisconsorcio necesario, habida cuenta de que nuestro ordenamiento jurídico no exige que cada uno de los presuntos deudores de la indemnización deban ser vinculados al proceso.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido de forma reiterada que en los procesos de responsabilidad civil en los que surge una obligación solidaria a cargo de los deudores involucrados en la materialización de un daño, se configura un litisconsorcio voluntario o facultativo:

"4.2.2. La solidaridad pasiva comulga del litisconsorcio facultativo, pues demandados algunos de los obligados, es dable resolver de fondo sin la presencia de los otros. Por esto, según el artículo 1571 del Código Civil, el "(...) acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que pueda oponérsele el beneficio de división".³

[...]

Significa lo anterior que queda al talante de la víctima demandar a cada una de las personas naturales o jurídicas civilmente responsables, sólo una o todas ellas simultáneamente, por virtud de la comentada solidaridad legal; y que, por ende, sea lo que hiciere, respecto de cada una el ejercicio de la acción es autónomo e independiente, aún en el evento de que se involucren en la misma demanda por efectos del litisconsorcio voluntario por pasiva que eventualmente se integraría entre las mismas.⁴ (Subrayado fuera del texto original)"

En los mismos términos se ha pronunciado el Consejo de Estado para el caso como el presente, en el que el litisconsorcio es facultativo, agregando además que el Juez no es competente para conformar la relación procesal⁵, como en efectos se cita:

8.12.4. Respecto de la responsabilidad solidaria, la Sección Tercera en sentencia del 19 de julio de 2010⁶ señaló:

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 07 de septiembre del 2001. Expediente No. 617. M.P. SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de agosto de 2015. Radicación n.º 11001-02-03-000-2015-01546-00 M.P. MARGARITA CABELLO BLANCO

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (13 de noviembre de 2014) Expediente 31182. [C.P. Ramiro Pazos Guerrero].

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, rad. 38341. M.P Ruth Stella Correa Palacio.

[S]on aquellas en que existiendo pluralidad de acreedores (solidaridad activa)⁷ o de deudores (solidaridad pasiva), según el extremo del vínculo de que se trate, cada uno de éstos debe de manera íntegra y total la obligación a cada uno de aquéllos de forma que cualquiera de los acreedores puede exigir el total de la deuda a cada uno de los deudores y el pago realizado por uno de ellos a uno cualquiera de los acreedores, extingue la obligación de todos y para con todos.

En efecto, el inciso segundo del artículo 1568 del Código Civil dispuso que:

"...en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley..." (...).

Son varias las características que singularizan la obligación solidaria pasiva: a) pluralidad de sujetos, dada la naturaleza de esta clase de obligaciones; b) unidad de objeto, esto es, una prestación única y común (art. 1569 c.c.⁸), sin que resulte determinante que sea ella divisible o indivisible, pues en últimas la inejecución de la obligación transforma su objeto en el subrogado pecuniario, que por naturaleza es divisible; c) la pluralidad de vínculos entre el acreedor y los deudores; d) texto expreso de la ley o expresa voluntad de las partes que la establezca en el respectivo negocio jurídico (contrato o testamento), pues en el derecho civil la solidaridad no se presume; y e) exigencia del pago total de la obligación por parte de cada acreedor a cualquiera de los deudores, a varios de ellos o a todos ("tota in toto et tota in qualibet parte"). (...)

Ahora bien, como lo prevé el inciso tercero del artículo 1568 del Código Civil analizado, la solidaridad pasiva nace por disposición expresa de la ley, del testamento o la convención, razón por la cual es una excepción en el régimen civil; mientras, en contraste, en el régimen comercial, la solidaridad es la regla general, en tanto se presume de acuerdo con el artículo 825 del C. de Co., que cuando varias personas se han obligado a una misma prestación, todas ellas se han obligado solidariamente.

En este sentido, el artículo 2344 del Código Civil establece la solidaridad en la responsabilidad extracontractual, como sanción civil a una falta común que otorga una ventaja de reparación a la víctima, así:

⁷ Artículo 1570. Solidaridad activa. "El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante. "La condonación de la deuda, la compensación, la novación que intervenga entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago lo haría; con tal que uno de estos no haya demandado ya al deudor."

⁸ Artículo 1569: Identidad de la cosa debida: "La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma, aunque se deba de diversos modos; por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros."

“Artículo 2344. Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 [daños causados por la ruina de un edificio] y 2355 [daños causados por la cosa que se cae o arroja de la parte de superior de un edificio].

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.”

Finalmente, en el régimen penal también se ha consagrado esta responsabilidad solidaria por los daños que tienen por fuente el delito; así tanto en el Código Penal de 1980 (Decreto – ley 100, Art. 105), como en el actual previsto en la Ley 599 de 2000 se estableció que “[l]os daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder...” (Art. 96).

En conclusión, cuando existen obligaciones solidarias pasivas, es facultad del acreedor demandar a todos los deudores solidarios conjuntamente, o a uno de ellos a su arbitrio para exigir la totalidad de la deuda, lo cual implica que la solidaridad por pasiva no determina la conformación de un litisconsorcio necesario por pasiva dentro del proceso judicial, y que ni el juez tenga la competencia de conformar la relación procesal litis consorcial, así como tampoco el demandado la posibilidad jurídica de solicitarla.”

Ante este panorama, se hace palmario que en estos escenarios solo la parte actora, a través de la demanda, se encuentra facultada para determinar de qué personas exigir la indemnización de los presuntos perjuicios reportados. En este sentido, solo ella puede establecer quiénes integraran la parte pasiva del litigio.

En el caso que nos ocupa, es evidente que nos encontramos en el escenario previamente planteado, habida cuenta de que se trata de un proceso de responsabilidad civil médica en el que se solicita la indemnización de unos presuntos perjuicios derivados de una supuesta falla médica, **de manera que le correspondía a la parte demandante determinar contra de quienes iba a pretender la referidas indemnización de perjuicios, al tratarse de un proceso en el que eventualmente podría existir obligaciones solidarias entre las pasivas.** En efecto, del escrito de demanda se desprende que a los únicos que la parte actora decidió involucrar en el litigio como parte pasiva fueron la NACIÓN – MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL y SELVASALUD.

Así las cosas, solicito comedidamente al Despacho que se desvincule del Hospital Universitario del Valle por no tener la calidad de litisconsorcio necesario ni haber sido vinculada al presente proceso judicial como demandado. En consecuencia, de ordenarse la desvinculación del

Hospital Universitario del Valle conforme a lo argumentos expuestos, solicitamos al Despacho que proceda igualmente a desvincular a mí representada del presente trámite judicial, habida cuenta de que éste última funge en calidad de llamada en garantía de la reseñada entidad y su intervención dentro del presente proceso solo es en virtud del reseñado llamamiento.

2.3. Caducidad del medio de control

Esta excepción se interpone de manera subsidiaria a lo dicho anteriormente, toda vez que ha quedado claro que el Hospital Universitario del Valle es un litisconsorte facultativo y que el Juez no tiene la competencia para vincularlo al proceso. En todo caso, si se siguiera considerando por el Despacho que el litisconsorte es necesario, opera la caducidad del medio de control que se explica.

El artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 dispone que el medio de control de reparación directa debe interponerse dentro del término de dos años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, como se cita a continuación:

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

- 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.”*

El daño que se reclama parte de la muerte de la muerte de la señora Deyluz Pretel Victoria, por tanto, si se cuenta el término de la caducidad desde ese momento, 24 de julio de 2010, al momento en que se integró al Hospital Universitario del Valle, ya había operado la caducidad del medio de control. Debe tenerse en cuenta que bajo la premisa del Juzgado, de que se trata de un litisconsorte necesario, el cómputo del término de la caducidad no se interrumpe con la presentación de la demanda, sino con la notificación a todas las partes que conforman el litisconsorte. Así dispone el artículo 94 del Código General del Proceso:

ARTÍCULO 94. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.

La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido.

*Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. **Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.***

El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez.

Entonces, como bien lo dice la norma, es indispensable la notificación de todas las partes que conforman el litisconsorcio necesario para que se interrumpa la caducidad. La notificación al Hospital Universitario del Valle se efectuó después de la decisión adoptada por el Despacho mediante auto interlocutorio No. 758 del 22 de agosto de 2017, notificado en estados el día 24 de agosto de 2017.

Entre la fecha de la muerte de la señora Pretel Victoria, que fue el 24 de julio de 2010, y la decisión de vincular al Hospital Universitario del Valle como litisconsorte necesario el día 24 de agosto de 2017, transcurrieron más de siete (7) años, por tanto, lógicamente al momento en que se notificó a esta entidad ya operó la caducidad.

Esta aplicación del Código General del Proceso, artículo 94 de la interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora, es aplicable en materia contencioso administrativa, pues la Ley 1437 de 2011 no regula nada al respecto y por remisión expresa del artículo 306, cuando no se contemple aspectos como este en el procedimiento administrativo, se remitirá al civil:

ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS. *En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

Entonces, si el Despacho sostiene la teoría de que se trata de un litisconsorte necesario, para la fecha de vinculación del Hospital Universitario del Valle ya habían transcurrido más de dos años, por lo que operó el fenómeno de la caducidad del medio de control. En todo caso, si se considerara que se trata de un litisconsorte facultativo, se aplicaría lo anteriormente dicho y de igual manera debería desvincularse a esta entidad.

2.4. Inexistencia de responsabilidad por la falta de acreditación probatoria de la imputación

Obedeciendo a los títulos de imputación vigentes y utilizados por la jurisdicción contencioso administrativa, al presente caso debe impartírsele el régimen general de falla probada del servicio, lo cual, al tratarse de un régimen subjetivo de responsabilidad, impone a la parte demandante el deber de probar los supuestos de hecho que sirven de sustento a sus pretensiones. La justificación de consagrar la falla probada del servicio como régimen general de responsabilidad obedece a que con este título el Juez puede motivar libremente sus decisiones de acuerdo a las pruebas allegadas al proceso, es decir, le permite establecer políticas de prevención de daños antijurídicos derivado del incumplimiento de obligaciones.

El apoderado actor debe probar los elementos estructurales de la responsabilidad, que como se anticipó en el acápite anterior, en materia administrativa son el daño y la imputación. Estos dos elementos estructurales nunca se presumen y deben estar debidamente acreditados por la parte actora.

De lo manifestado en los diferentes hechos y según lo manifestado en las pretensiones se puede inferir que la voluntad de la parte demandante es establecer el daño a partir de una pérdida de oportunidad. No obstante lo anterior, según la excesiva cuantificación de los perjuicios y algunas referencias de la demanda, la parte confunde el daño reclamado con la muerte. Se hace esta precisión porque el daño, como elemento axiológico de la responsabilidad civil, es el primer parámetro que tiene el Juez para concluir en la necesidad de realizar el juicio causal, es decir, de no probarse la concreción del daño, es inocuo estudiar la imputación. Entonces, de analizarse el daño a partir de la muerte o una pérdida de oportunidad, el esfuerzo probatorio debe ser diferente para poder acreditar la existencia del mismo.

En caso de tratarse el daño como la muerte, no estaría probado que daño sea antijurídico y que sea causalmente atribuido a alguna acción u omisión del Hospital Universitario del Valle. Consecuentemente con lo que se ha probado en el proceso, no está acreditada la conducta culposa del hospital que haya causado la muerte de la paciente, es más, ni siquiera existe en la demanda una atribución de responsabilidad.

En otro escenario, si el daño se fundara en la pérdida de oportunidad de obtener un provecho o evitar un perjuicio, debe indicarse que jurisprudencialmente se ha ido consolidando la aplicación de esta figura como un daño autónomo. A efectos de dar un poco de claridad, deber tenerse en

cuenta que la pérdida de oportunidad, concebida como daño autónomo, debe separarse del evento final que concretó el perjuicio padecido. Se cita parte del trabajo efectuado por el profesor Luis Felipe Giraldo, tesis acogida por el Consejo de Estado y de aplicación actual:

“Cuando este tipo de evento se presenta, el daño está representado en la pérdida de la posibilidad u oportunidad misma, y no en la frustración de la ventaja o beneficio esperado, o en la reparación del sufrimiento finalmente acaecido; en otras palabras, esa oportunidad con la que contaba el sujeto para obtener una ventaja o evitar un perjuicio constituye el objeto sobre el cual recae la acción nociva del tercero, de ahí que al haber sido borrada esa facultad del patrimonio de la víctima la indemnización deberá girar en torno a esa oportunidad perdida y dejar de lado la situación que finalmente pudo haberse presentado.”⁹

Según las circunstancias fácticas descritas en los hechos de la demanda y según lo pretendido, se podría pensar que la pérdida de oportunidad se materializa en la posibilidad de evitar un perjuicio. Si se tuviera en cuenta esta tesis y el proceso se dirigiera en probar o desestimar la misma, debe indicarse que el daño es inexistente porque nunca se probó técnicamente la existencia de la posibilidad pérdida. No existe certeza con respecto a una supuesta posibilidad pérdida derivada del hecho de no haber realizado lo que a juicio de la parte demandante se debió haber realizado oportunamente. Es decir, en ningún momento se probó que de haberse hecho lo que era correcto para la parte actora en la oportunidad que a su juicio debió hacerse, se hubiera podido evitar el supuesto perjuicio padecido, por tanto, ante la inexistencia de certeza respecto a la oportunidad que supuestamente se perdió, no se estructura el daño por adolecer de la certeza como elemento estructural.

Por otro lado, si se analizara el inexistente daño desde el fundamento del deber de reparar, de igual manera el mismo estaría improbadado por no ser antijurídico. Teniendo en cuenta la situación previa que presentaba la paciente al momento de requerir de la atención por parte del Hospital Universitario del Valle, existe una seria dificultad en probar las oportunidades que se tenían para contrarrestar los efectos nocivos del proceso causal, máxime si se tiene en cuenta que está debidamente acreditado que el personal médico contó con los elementos técnicos, científicos y de personal requeridos para la prestación del servicio médico. Al respecto ha precisado el Consejo de Estado:

“En todo caso, debe anotarse que el comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio de salud, sólo pueden ser juzgados teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos y las circunstancias específicas de cada enfermedad y de cada paciente en particular, de allí que no es dable exigir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro

⁹ La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil – Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica – 2da edición – Luis Felipe Giraldo Gómez – Universidad Externado de Colombia

miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad, pues de lo contrario, todas la complicaciones posibles que surjan dentro del vínculo médico-paciente serían imputables a los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino, si ese resultado es consecuencia de un acto negligente o descuidado que no se ciñó a las reglas o postulados de la profesión, teniendo en cuenta que, claro está, las circunstancias específicas de cada caso particular.”¹⁰

En este caso no se ha probado que el daño sea consecuencia de una conducta negligente de la entidad prestadora del servicio de salud. Por el contrario, desarrollar este tipo de evolución era un riesgo inherente a la condición sintomatológica propia del paciente. La situación médica particular para el caso llevó a establecer los diagnósticos que se realizaron en las diferentes atenciones, lo cual impide que se estructure un daño que desde el fundamento del deber de reparar, hace que el mismo no sea antijurídico.

Si se tratara el caso como en la determinación de un daño por pérdida de oportunidad, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha establecido ciertos requisitos estructurales, a saber:

(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes;

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás. Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. (16 de julio de 2008) Expediente 16.775. [C.P. Myriam Guerrero de Escobar].

probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenía—;

(iii) **La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado**, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”¹¹.

Partiendo de la concreción total de estos requisitos, no se cumple para este caso con el primero y el tercero. No se probó la existencia de la posibilidad que supuestamente se perdió, por lo que no se cumple con el requisito de certeza para estructurar el daño. Es una total incertidumbre determinar concretamente si haberse prestado la atención en los términos inferidos subjetivamente por el apoderado actor, hubiera incidido de manera diferente en el resultado, por lo tanto, se trata de un daño puramente eventual. De igual manera, no se acreditó que la víctima se encontrara en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, lo cual se agrava teniendo en cuenta la patología de base con la que ya se encontraba la paciente.

El estado de pre sanidad crítico de la paciente quedó probado con la historia clínica aportada en la demanda, lo cual se confirmó con la interpretación técnica que dio el doctor Juan Diego Vélez Londoño, médico internista, infectólogo y jefe del área de infectología de la Fundación Valle de Lili, quién además atendió a la señora Deylus Pretel Victoria. En la audiencia de pruebas surtida el pasado 6 de febrero de 2020, la apoderada de Allianz formuló unas preguntas que evidenciaron el estado clínico de la paciente y la gravedad de su diagnóstico:

Apoderada Allianz: En la medicina, estas dos patologías como son la toxoplasmosis cerebral y la tuberculosis, ¿tienen alta mortalidad?

Dr. Vélez: Las infecciones son enfermedades muy variables de una persona a otra, a una persona le puede dar una tuberculosis leve o una muy severa, o una toxoplasmosis asintomática o de características mortales, la gravedad de la enfermedad depende de la magnitud de la enfermedad y del estado inmune del individuo. Entonces dentro de la toxoplasmosis, la que se llama toxoplasmosis cerebral, es tal vez una de las formas peores de toxoplasmosis. Es una forma muy severa, con una gran mortalidad.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (31 de mayo de 2016) Expediente 38.267 [C.P. Danilo Rojas Betancourth].

Apoderada Allianz: O sea que la toxoplasmosis y la patología que tenía la paciente, ¿era de una manera agresiva?

Dr. Vélez: Claro. Pertenecen al listado de enfermedades que son todas graves, que son enfermedades definitorias de SIDA. Este listado está en cualquier cuestión que usted pueda leer sobre guías de manejo de HIV y de las diferentes sociedades, OMS. Eso se hizo en un momento dado en que muchos países o muchas zonas no disponían de una medición fácil y rápida de las cédulas CD4, entonces si uno sabía que tenía una enfermedad por HIV y tenía la ocurrencia de una de estas enfermedades, ya inmediatamente ese paciente se clasificaba en un estado avanzado de la enfermedad por VIH con una mortalidad muy elevada.

[...]

Como puede verse en el resumen de egreso, se observa en pésimas condiciones, pálida, caquética. Caquética es una palabra médica que usamos nosotros para decir que está en los huesos, que está como consumido. Las infecciones en el cuerpo causan un aumento del metabolismo, se consume mucha energía que podría ser utilizada en otras funciones del cuerpo, pero en la ocurrencia de una infección, la infección se roba la energía y el individuo rápidamente se desnutre.

Si bien está acreditado que el juicio de la responsabilidad no debería prosperar desde el análisis del daño antijurídico, en el eventual caso de requerir estudiar la imputación, de igual manera la pretensión declarativa debe ser negada. No existe prueba de una falla en la prestación del servicio médico atribuible al Hospital Universitario del Valle, lo cual traduce una ausencia causal y por tanto la inexistencia de estructuración de la imputación.

Frene a la imputación, para partir de la base de atribuir responsabilidad, la parte demandante debió determinar desde la perspectiva causal qué conducta fue la que produjo el daño, sin embargo, en ningún acápite se puede si quiera inferir cual fue la acción u omisión culposa del Hospital Universitario del Valle que condujo a la producción del daño.

En el proceso, basados en la teoría de equivalencia de las condiciones, se tomó toda intervención de cualquier sujeto participante en la cadena causal para pretender la atribución jurídica del daño. Se intentó vincular al Hospital del Valle por una supuesta indebida prestación del servicio, a pesar de no indicar a qué hace referencia y de estar debidamente soportado que no hubiera una conducta de este calibre. Pese a esta apreciación subjetiva, no obra prueba en el plenario de lo anterior, pues no se identificó ningún factor que permitiera suponer la participación causal de esta entidad en la producción del daño.

Para la determinación de la causa eficiente del daño no basta con suponer que una determinada

entidad prestó indebidamente el servicio, debe dilucidar entre las diferentes etapas que confirman el proceso causal para determinar de manera razonable cual es la verdadera causante el daño reclamado.

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

Como se adelantó en párrafos anteriores, la prueba de esa causa eficiente y determinante en la producción del resultado dañoso le corresponde acreditar a la parte demandante, y el trabajo argumentativo realizado en la demanda ha suprimido esa carga al pretender presumir la causalidad. En este punto, ni si quiera se ha identificado plenamente la supuesta conducta del Hospital Universitario del Valle que concretó un daño. No hay prueba alguna, si quiera indiciaria, que permita objetivizar la atribución causal a la entidad demandada, pues si no se configuró el argumento de que incidió en el resultado dañoso, desaparece la causa eficiente que para el Juez determine la responsabilidad.

Una vez acreditado que no existe causalidad material, menos puede concluirse que existe causalidad jurídica, pues atendiendo al régimen de imputación de falla probada del servicio, no hay prueba en el proceso del incumplimiento obligacional del Hospital, ni mucho menos, que ese incumplimiento haya ocasionado un daño en la parte demandante. Al no configurarse uno de los elementos estructurales de la responsabilidad, no hay fundamento para declarar la misma y condenar a la sociedad que represento a una condena por esta razón.

2.5. Cumplimiento a todos los reglamentos, *lex artis* y prestación del servicio médico asistencial en forma oportuna, perita y diligente

Tal como lo refieren los argumentos expuestos por los extremos procesales y las pruebas arrimadas al proceso, no se puede extraer de allí ninguna conducta activa u omisiva del Hospital Universitario del Valle que haya generado un daño. Debe enunciarse como primer punto que la intervención médica en esta entidad siempre se realizó atendiendo el cuadro sintomatológico que presentaba la paciente cuando requería de algún acto médico.

El procedimiento médico realizado en el Hospital mencionado siempre se adelantó con observancia de las normas exigidas en materia protocolaria para este tipo de situaciones

clínicas, y de acuerdo a las previsiones que impone la *lex artis*. El Hospital Universitario del Valle, quien de acuerdo al sustento material documentado en las historias clínicas, demostró haber brindado una atención médica exenta de culpa, atendiendo a los protocolos médicos, a las guías de servicio, en fin, a todas las previsiones técnicas y científicas exigidas para una adecuada prestación del servicio médico. Es importante advertir que todo acto médico tiene unos riesgos que son inherentes al procedimiento a realizarse, y como se extrae de la historia clínica, después de su intervención se adoptaron todas las medidas necesarias para el tratamiento.

Sin perjuicio de las conductas peritas y diligentes realizadas por el Hospital Universitario del Valle el momento de prestar el servicio médico, consta en el proceso la prueba de que la paciente tenía un estado de pre sanidad crítico, y además, que se cumplía con las obligaciones por parte de las entidades que la atendían. Así pues, en la audiencia de pruebas del pasado 6 de febrero de 2020, el doctor Vélez conceptuó sobre su estado de salud y sobre las condiciones particulares de la paciente que inferían que sí tomaba medicamentos, posición contraria a la que sostiene la demanda:

De. Vélez: [...] Esta paciente ingresó a la Fundación Valle de Lili en octubre 31 de 2008, con una enfermedad avanzada por HIV. ¿Qué quiere decir una enfermedad avanzada? Quiere decir que esta paciente previamente tenía un diagnóstico de toxoplasmosis cerebral que es una de las características para mencionar que un paciente tiene un estadio SIDA, una enfermedad avanzada. Ella en ese momento venía recibiendo un régimen antirretroviral, es decir, unos medicamentos para el control del virus, que, a juzgar por una carga viral, que es la cantidad de virus en la sangre que tiene una persona, y que es la medida que nosotros utilizamos para saber si un tratamiento es eficaz o no, es decir, era no detectable, lo que le estaban dando, de alguna manera, pues el virus, era para esa medición de ese momento, era no detectable. Hay que comprender que esa medición corresponde a julio 15 de 2008 y que es una medición realizada ese día, y que pues no sabría yo decir exactamente para los días subsiguientes a julio 15 de 2008 que tengo el dato de ese examen, como estaría. Pero, el hecho es que el tratamiento antirretroviral es un tratamiento eficaz en términos de que es capaz de frenar el virus en un buen porcentaje de personas si lo miramos por la carga viral, pero la contraposición a esta situación, es que la eficacia real de este régimen depende del momento en que se inicia en una persona. Esta persona, el diagnóstico de la enfermedad por HIV hasta donde entiendo, fue realizado en relación con la toxoplasmosis cerebral, es decir, fue realizado ya en un estado muy avanzado de la enfermedad, y por lo tanto, con un deterioro inmune muy severo. A pesar de un tratamiento apropiado, en término de que la carga viral sea no detectable, su sistema inmune no se alcanza a recuperar, es decir, la eficacia real del tratamiento antirretroviral no es igual en todas las personas y por eso hoy se dice que las personas deben iniciarlo muy pronto, para evitar iniciarlo cuando tenga un deterioro muy grande ya irrecuperable. Esta paciente, tenemos entonces que

de julio 15 de 2008, tenía un recuento de células CD4, que son las células que marcan el daño inmune por enfermedad de HIV en 243, es decir, un valor bajo, porque el valor normal de esto es 700 – 800, digamos que nosotros aceptamos más o menos hasta 500, pero 243 es un valor bajo. Entonces, a pesar de recibir un régimen antirretroviral, probablemente por su deterioro inmune previo, su estado inmune no era adecuado y por esta razón la paciente se deteriora, ingresa a la fundación en octubre 31 de 2008, con un cuadro que, como puede verse en la historia, pésimas condiciones generales, deterioro marcado de su estado global y tenía unos ganglios en el cuello. Ante esta circunstancia, pues lo primero que yo hago, pues obtener exámenes, y decirle al cirujano que hay que sacar un ganglio para evaluarlo. El cirujano procede a sacar el ganglio y en el ganglio se encuentra tuberculosis, una condición, claramente asociada a su enfermedad y a este estado inmune muy frecuente en este contexto, y ese momento decidimos iniciar un tratamiento para la tuberculosis, ordenamos unas pruebas de sensibilidad. Las pruebas de sensibilidad son unas pruebas que se obtienen para saber si los medicamentos que le damos para la tuberculosis son los apropiados o no lo son, porque, nosotros usamos unos tratamientos basados en unas normas del Ministerio de Salud que son más o menos universales, y que se considera que casi en un 80-85%, pero hay un porcentaje donde puede haber resistencia, y Buenaventura, esta zona del país, es una zona con alta cantidad de tuberculosis y con una característica muy importante y es que un porcentaje muy grande de las tuberculosis que se diagnostican aquí son resistentes a algún medicamento. Estas pruebas, se pueden demorar fácilmente 2-3 meses, pero entonces es fundamental tenerlas, y nosotros iniciamos el tratamiento de esta condición con 4 medicamentos para cubrir esa posibilidad eventual de que pueda ser resistente a uno u otro, y en el momento en que pasamos a otra fase del tratamiento de la tuberculosis, que llamamos la segunda fase, podamos tener esos resultados y poder entonces tomar una decisión con certeza. Por otro lado, con estos pacientes, hay que tener mucho cuidado con la mezcla de medicamentos, entonces ella venía recibiendo una mezcla de medicamentos que es buena, y aún seguimos usando, se llama abacavir lamivudina kaletra, pero entonces, ya al introducir dentro de este contexto un tratamiento de la tuberculosis, ya el kaletra no es compatible con este tratamiento y entonces se debe variar y por eso el régimen fue variado. En ese momento, pues ella debe seguir su tratamiento, el cual es por un período muy largo de tiempo, y es incierto dos cosas: primero, las pruebas de susceptibilidad como darían finalmente en esta paciente, no lo conozco, y la segunda, pues de la misma forma que ocurrió la tuberculosis, mientras su sistema inmune no se recupere lo suficiente y a pesar de recibir un régimen antirretroviral su riesgo persiste de poder tener otras complicaciones, es decir, el hecho de que un individuo tome un régimen antirretroviral no lo exime de complicaciones y de problemas, esto dependerá, no solo de la eficacia del régimen en términos de ser capaz de frenar el virus, sino de la respuesta del individuo en términos de ser capaz de reconstituir el sistema inmune, circunstancia que depende

fundamentalmente de en qué momento se hizo el tratamiento, y esta paciente veíamos que ya tenía dos enfermedades definitorias de SIDA; la toxoplasmosis cerebral, que fue aparentemente el diagnóstico inicial, y la tuberculosis, dos enfermedades que son marcadoras de un estado inmune muy deteriorado y frágil. En ese momento entonces ya se hizo el diagnóstico, se estabilizó, se le dio educación a la paciente como consta en la historia clínica, nos llamaba mucho la atención de que tenía 31 años y tenía varios hijos, entonces la importancia de que esos hijos fueran evaluados, y bueno, la importancia de seguir el tratamiento apropiado. A esta paciente se le dio una nota para verla posteriormente 30 días por infectología, pero en la historia clínica de la fundación no consta que regresó, yo ya de ahí en adelante no sé qué pasó con esta paciente.

[...]

Apoderada Fundación Valle de Lili: Indique usted si en aquel documento, y constancia que reposa en la H.C de F.V.L a folio 14 y 15 del expediente, usted manifiesta que nunca la paciente recibió medicamentos:

Dr. Vélez: Bueno, como puede verse en el resumen de historia, hay una anotación en donde dice últimos exámenes, que figura una carga viral para HIV que dice 0 copias. Esto es una prueba que la paciente, por lo menos en el examen realizado a esa fecha, recibía un régimen antirretroviral eficaz, porque como les mencioné previamente, la medición o la prueba, o la forma, como nosotros sabemos que lo que un paciente recibe lo toma, o es adecuado o no, es finalmente cuanta cantidad de virus hay, y la paciente tenía una carga viral no detectable. La paciente también narraba, y la verdad no recuerdo si fue ella o su acompañante, porque pues son mucho años, pero que venía recibiendo abacavir lamivudina y kaletra. Yo realmente no puedo saber que tanto se lo daban o no se lo daban, o que tanto lo tomaba o no lo tomaba, pero creo que de alguna manera algo tomaba de esto, y a juzgar por el resultado de julio 15 de 2008, la carga viral era no detectable, por lo tanto, el régimen para esa fecha era eficaz. Pero, lo que no se puede pretender o pensar, es que porque tomo un régimen antirretroviral está exento de problema. Les decía previamente, eso no es cierto, usted está exento de problema cuando usted toma un régimen antirretroviral y cuando su cuerpo tiene la capacidad y el tiempo para recuperar el sistema inmune en un valor normal, y esta paciente para junio 15 de 2008 tenía una severa inmunosupresión con un recuento de células CD4 de 243. Prueba de ello es la ocurrencia de la tuberculosis de esa forma.

[...]

Esta paciente tiene la presencia de dos enfermedades definitorias de SIDA. En términos prácticos esta paciente hace muchos años se hubiera muerto de la toxoplasmosis cerebral. El hecho de que ella logró sobrevivir la toxoplasmosis cerebral, alcanzó a hacer otra enfermedad, y realmente quisiera saber cuándo esta paciente falleció y de qué, porque yo no conozco eso, ese dato es importante. Ella logró sobrevivir luego de un

diagnóstico de toxoplasmosis cerebral SIDA un tiempo largo, eso significa de alguna manera un soporte, un tratamiento, unas cosas que le proporcionaron. Ese espacio de vida bajo la ausencia de un régimen antirretroviral era inexistente, antes de un tratamiento con régimen antirretroviral la paciente hubiera muerto. Lo que vivió ella desde el diagnóstico de toxoplasmosis cerebral hasta que falleció, es una expresión de los cuidados que se le dieron.

Esto demuestra que todas las conductas desplegadas por el Hospital se ciñeron a los protocolos y guías para el manejo de estas patologías dispuestos por el Ministerio de Salud. Como se puede extraer el servicio se prestó en adecuados términos de accesibilidad, oportunidad, seguridad, pertinencia, continuidad y satisfacción, por lo tanto, se concluye un cumplimiento a las guías y a los protocolos, así como a la *lex artis*.

3. ANÁLISIS PROBATORIO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

3.1. Inexistencia de amparo y consecuentemente de obligación indemnizatoria en tanto no se realizó el riesgo asegurado

De acuerdo con las precisiones realizadas en los acápites anteriores, la responsabilidad que pretendió predicar la demandante hacia el Hospital Universitario del Valle es inexistente. Al no configurarse los presupuestos de responsabilidad, no se realizó el riesgo asegurado y por consiguiente hay una inexistencia de cobertura. Con el material probatorio que obra en el expediente quedó acreditado el alcance de la cobertura que ostenta el contrato de seguro documentado en póliza de responsabilidad extracontractual 1004370, lo que quiere decir que dicha cobertura se extiende con sujeción a las condiciones pactadas en la misma. Esto significa que mi mandante solo está obligada a responder por el siniestro expresamente estipulado en la póliza, y no puede comprometerse al asegurador por riesgos que no le fueron trasladados. Se reitera, no se acreditaron los elementos estructurales de la responsabilidad atribuida al ente territorial demandado, es decir, no se cumplió la condición de la que pende el nacimiento de la obligación indemnizatoria a cargo aseguradora y en esa medida, la póliza objeto de convocatoria de ninguna manera debe ser afectada.

Si no se acreditó la responsabilidad, tal situación no configura la ocurrencia del siniestro y por tanto es un riesgo que no ha sido trasladado a mi representada en virtud del contrato de seguros suscrito. El objeto del seguro, según lo concertado en la póliza, es amparar los perjuicios causados a terceros con motivo de la responsabilidad civil en que incurra el HUV, y como en este caso la responsabilidad del ente territorial no se configuró, resulta imposible la afectación del contrato de seguro.

Es preciso indicar que la posibilidad de que surja responsabilidad de la aseguradora depende estrictamente de las diversas estipulaciones contractuales, frente a los hechos que se prueben

en el proceso, ya que su cobertura exclusivamente se refiere a los riesgos asumidos, según lo pactado y no a cualquier riesgo no asumido o excluido de amparo.

Por lo tanto, la improbable obligación indemnizatoria de la aseguradora sólo nace si efectivamente se realiza el riesgo amparado en la póliza y no se configura ninguna de las causales de exclusión o de inoperancia del contrato de seguro, ya sea de origen convencional o legal. Esto significa que la responsabilidad del asegurador se podría predicar sólo cuando el suceso esté concebido en el ámbito de la cobertura del contrato, según su texto literal y por supuesto la obligación indemnizatoria o de reembolso a cargo de mi representada, en esa hipótesis, ha de sujetarse a la convenido en la póliza y está limitada contractualmente a la suma asegurada, sin perjuicio del deducible, que es la porción que de cualquier siniestro le corresponde asumir a la entidad asegurada, y sin detrimento de la aplicación de las causales de exoneración o exclusión pactadas en el seguro.

En gracia de discusión se aclara que no está comprometida la responsabilidad del Hospital Universitario del Valle como quiera que no obra en el plenario ningún elemento probatorio que permita realizar una atribución jurídica del daño que se pretender resarcir. En este orden de cosas, resulta diáfano para este extremo procesal que en el sub judice no se ha demostrado la ocurrencia del riesgo asegurado, conforme al régimen del contrato de seguro, es decir no se ha comprobado la ocurrencia del siniestro según el artículo 1072 del Código de Comercio, en armonía con el 1054 del mismo estatuto.

De conformidad con lo expuesto, respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

3.2. Límite temporal de la cobertura

En la póliza 1004370 se concertó una delimitación temporal de la cobertura, con fundamento en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997 que preceptúa que en lo seguros de responsabilidad civil, como los esgrimidos para convocar a mi representada, las partes pueden concertar, como efectivamente se hizo en este caso, coberturas bajo la modalidad mediante la cual delimitan temporalmente la cobertura y una de las maneras o modalidades es en la que según el inciso 1 del citado artículo 4 *"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 de trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación"*.

En este caso, en el mencionado contrato de seguro, las partes determinaron el ámbito temporal de la cobertura, concertando que la póliza opera bajo la modalidad claims made, es decir, que cubre hechos ocurridos durante la vigencia de la póliza o dentro del período de retroactividad contratado, siempre y cuando sea reclamados por primera vez al asegurado durante la vigencia de la póliza. Pero en este caso, la póliza No. 1004370, NO se encontraba vigente para el momento en el que se formuló el primer reclamo al Hospital Universitario del Valle, es decir,

para el 21 de septiembre de 2017, fecha en la que el juzgado notificó al HUV, vía electrónica, el contenido del Auto por medio del cual se ordenó su vinculación al proceso; por lo que NO cubre hechos como los que se reclaman judicialmente.

3.3. Límites máximos de responsabilidad del asegurador y condiciones de la póliza que enmarcan las obligaciones de las partes

En gracia de discusión y sin que esto signifique aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada, se formula esta excepción, pues en el improbable evento de que prosperaran una o algunas de las pretensiones del libelo inicial, se debe tomar en cuenta que en la Póliza de seguro que sirvió de base a la convocatoria de mi representada, se estipularon las condiciones, los límites, los amparos otorgados, las exclusiones, las sumas aseguradas, los deducibles pactados, etc., de manera que, conforme lo indica el Profesor Ossa¹², dichas estipulaciones *“están destinadas a delimitar, de una parte, la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro y, de otra, a regular las relaciones entre las partes vinculadas al contrato, definir la oportunidad y el modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanar.”* En ese sentido, las condiciones generales *secundum legem* o *praeter legem* tienen la virtualidad de ser un reglamento de los contratantes, atendiendo límites positivos (amparos) o límites negativos (exclusiones), y que debe ser observado conforme a las normas que regulan los contratos en general¹³, es decir, que constituye ley para las partes en virtud del acuerdo negocial el cual debe ser respetado y honrado por los sujetos contratantes.

En suma, las Condiciones Generales y Particulares de la Póliza son el resultado de la individualización de los riesgos asumidos por el asegurador en ejercicio de su objeto social de comercializar seguros, constituyéndose en la piedra angular del negocio jurídico aseguratorio en la medida en que delimita los riesgos bajo el principio de la liberalidad en la asunción de los mismos¹⁴, de tal suerte que, de no individualizarse los riesgos, el seguro no tendría sentido alguno puesto que no gozaría de viabilidad técnica, jurídica y económica. Es decir, no puede exigírsele a una Compañía de Seguros asumir, en términos generales, la asunción de riesgos de manera indiscriminada y a responder por la materialización de ellos cualquiera sea su fuente, objeto, lugar o momento en que acaezcan, de manera que las condiciones pactadas dentro del contrato de seguro y los amparos otorgados y visibles en la carátula de la póliza, son, exclusivamente, los parámetros que determinarían en un momento dado la posible responsabilidad que podría atribuirse a mi poderdante, en cuanto enmarcan la obligación condicional que contrajo y las diversas cláusulas del aseguramiento.

En este punto es importante resaltar lo previsto en las condiciones generales del contrato de seguro en la cual se establece, como límite de la indemnización, que la responsabilidad de las

¹² Ossa G. J. Efrén. Teoría General del Seguro – El Contrato. Editorial Temis 1991.

¹³ Código Civil, Artículos 1618 y ss.

¹⁴ Código de Comercio, Artículo 1056.

compañías por todo concepto no excederá del valor indicado en la carátula de la póliza para la suma de todos los siniestros amparados durante la vigencia anual de la misma.

Como se probó con el clausulado del documento aportado, si se presentaran otras reclamaciones o demandas para obtener indemnizaciones que afecten la póliza de seguro, se entenderá como una sola pérdida y la obligación de mi representada está limitada a la suma asegurada, conforme a lo dispuesto en los Arts. 1079 y 1089 del Código de Comercio, es decir, el límite global del valor asegurado por vigencia anual se reducirá en la suma de los montos de las indemnizaciones pagadas.

La suma indicada en la carátula de esta póliza es el límite máximo de responsabilidad de la compañía por todos los daños y perjuicios causados por todos los siniestros ocurridos durante la vigencia anual del seguro. En ningún caso y por ningún motivo la responsabilidad de la compañía puede exceder éste límite durante la vigencia anual, aunque durante el mismo periodo ocurran uno o más siniestros. Para la póliza en comento, se pactó como valor asegurado el total de \$1.000.000.000. Debe también tenerse en cuenta que se pactó un sublímite de daños extrapatrimoniales por valor de \$50.000.000, condición a la que deberá sujetarse la decisión en caso de ser necesario.

En efecto, la obligación de la aseguradora sólo nace si efectivamente se realiza el riesgo amparado en la póliza y no se configura ninguna de las causales, convencionales o legales, de exclusión o de inoperancia del contrato de seguro. Esto significa que la responsabilidad se predicará, cuando el suceso esté concebido en el ámbito de la cobertura del contrato, según su texto literal y por supuesto la responsabilidad de la aseguradora se limita a la suma asegurada, siendo este el tope máximo, además de que son aplicables todos los preceptos que para los seguros de responsabilidad civil contiene el Código de Comercio. Ahora, cobran importancia esas condiciones convencionales y los límites máximos de responsabilidad que en la póliza se determinaron, incluyendo sus condiciones generales, las exclusiones y demás estipulaciones; teniendo presentes los límites o sumas aseguradas pertinentes y los deducibles que rigen.

Es pertinente entonces tener presente que entre los elementos esenciales del contrato de seguro, está el de la obligación condicional del asegurador (Art. 1045 C. Co.), cual es la de indemnizar y que ella sólo nace con el cumplimiento de esa condición suspensiva (Art. 1536 C.C.), al realizarse el riesgo asegurado que se ha estipulado, con las restricciones legales al tenor de lo dispuesto por el artículo 1054 del Código de Comercio. De lo expuesto se tiene que todo pronunciamiento se debe ceñir al condicionado particular y general del contrato de seguro, tal como lo señaló la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al sostener:

*“(...) son la columna vertebral de la relación asegurativa y junto con las condiciones o cláusulas particulares del contrato de seguros conforman el contenido de éste negocio jurídico, o sea el conjunto de disposiciones que integran y regulan la relación. **Esas cláusulas generales, como su propio nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a***

todos los contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aún por los aseguradores del mismo mercado y están destinadas a delimitar de una parte la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro y, de otra, a regular las relaciones entre las partes vinculadas al contrato, definir la oportunidad y modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanar¹⁵ (Subraya y negrilla ajenas al texto original).

Por lo tanto, son las condiciones de la póliza (particulares y generales) las que enmarcan las obligaciones del asegurador, por lo que el juzgador debe ceñirse a lo enunciado en tales condiciones del contrato de seguro. Vale la pena recordar al respecto que el contrato de seguro contiene una obligación condicional a cargo del asegurador -la de indemnizar- una vez ha ocurrido el riesgo que se ha asegurado (Arts. 1045, 1536 y 1054 del Código de Comercio).

Luego es claro que el contrato de seguro opera con estricta sujeción a las disposiciones que lo rigen y a las condiciones particulares y generales del mismo, las que delimitan su extensión y alcance. En ese orden de cosas, de comprobarse que se presentó cualquiera de las causales de exclusión contempladas en las condiciones de la póliza, debe exonerarse a mi representada de cualquier obligación, diferente al amparo pactado de responsabilidad civil extracontractual. Por lo tanto, siendo pertinente, de manera respetuosa solicito declarar probada esta excepción.

3.4. Deducible

En este caso, la póliza de responsabilidad extracontractual 1004370 contempla un deducible equivalente al 10% del valor de la pérdida, con un mínimo ascendente a \$15.000.000 por evento, de acuerdo al condicionado particular del contrato de seguro.

Así entonces, de acuerdo con lo señalado en líneas anteriores, y toda vez que el deducible pactado es la porción o fracción que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado, se deberá tomar en consideración las anteriores estipulaciones reseñadas al momento de proferir sentencia.

4. PETICIÓN

Ruego al juzgado que despache desfavorablemente las pretensiones alegadas por la parte actora, declare probadas las excepciones propuestas por la demandada, llamada en garantía, por las demás compañías aseguradoras y por mi defendida frente a la demanda y llamamiento en garantía; y consecuentemente, declare que LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. no está obligada a efectuar pago alguno por concepto de indemnización de los

¹⁵ Corte Suprema de Justicia -Sala Civil-, Sentencia del 2 de mayo de 2000. Ref. Expediente: 6291. M.P.: Jorge Santos Ballesteros.

supuestos perjuicios reclamados por la parte demandante, ni a responder ante el llamante en garantía.

No obstante lo anterior, respetuosamente solicito al despacho que en el remoto evento en que los argumentos esbozados en el presente escrito no fueren de su convencimiento, de manera subsidiaria solicito que en el evento en que se llegare a declarar responsable administrativamente al Hospital Universitario del Valle, tengan en cuenta todas y cada una de las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza que sirvió de base para el llamamiento en garantía efectuado en el presente proceso.

Cordialmente,



JHON ALEJANDRO HERRERA HERNÁNDEZ

C.C. No. 1.143.850.026 de Cali

T.P No. 274.779 del C.S. de la J.