

Señores,

JUZGADO SEXTO (6º) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE PEREIRA

adm06per@cendoj.ramajudicial.gov.co

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 1ª INSTANCIA
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES: LUZ ADRIANA GRANADA MEJIA Y OTROS
DEMANDADO: HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA Y OTRO
LL. EN GARANTÍA: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y ALLIANZ SEGUROS S.A.
RADICACIÓN: 66001-33-33-006-2020-00201-00

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, 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, actuando en mi calidad de apoderado especial de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, manifiesto que **REASUMO** el poder a mi conferido y encontrándome dentro del término legal, presento los respectivos **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del proceso de la referencia, solicitando desde ya que se profiera **SENTENCIA FAVORABLE PARA MI REPRESENTADA**, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas al momento de contestar la demanda y el llamamiento en garantía.

I. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR ALEGATOS

El Juzgado Sexto (6º) Administrativo del Circuito de Pereira mediante auto proferido en la audiencia de pruebas celebrada el 17 de septiembre de 2024 resolvió, entre otras, lo siguiente:

*“3. Finalmente, teniendo en cuenta que no existen más pruebas por practicar y que las que reposan en el expediente resultan suficientes para determinar lo que en derecho corresponda frente al fondo del asunto litigado, atendiendo las voces del inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al considerar el Despacho que no se hace necesario llevar a cabo la audiencia de alegación y juzgamiento de que trata el artículo 182 de la misma disposición legal, se ordena la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, **dentro de los diez (10) días siguientes a las celebración de esta audiencia.** Dentro de la misma oportunidad podrá el Ministerio Público emitir concepto si a bien lo tiene.*

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS. Sin recursos.

(...)” (subrayado y negritas propias).

En ese sentido, los diez (10) días de traslado para alegar de conclusión transcurrieron de la siguiente forma: 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 27 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 2024. Teniendo en cuenta lo anterior, se presentan los alegatos de conclusión del proceso de la referencia de manera oportuna dentro del término legalmente conferido.

II. PROBLEMA JURÍDICO

El Juzgado Sexto (6º) Administrativo del Circuito de Pereira, mediante auto proferido en audiencia inicial del 12 de julio de 2024 llevada a cabo de manera virtual, fijó el litigio dentro del proceso de la siguiente manera:

“4. FIJACIÓN DEL LITIGIO.

(...)

En este estado de la diligencia la suscrita Juez de acuerdo con la demanda y sus contestaciones, así como lo acabado de precisar por las partes, determina que el objeto del litigio se circunscribe a establecer la responsabilidad solidaria, patrimonial y administrativa de las entidades accionadas con respecto a los perjuicios ocasionados a los demandantes con ocasión de la falla en la prestación del servicio médico obstétrico prodigado a la señora Luz Adriana Granada Mejía que conllevó a la muerte del nasciturus el día 21 de mayo de 2018 o en su defecto la pérdida de la oportunidad, con la consecuente indemnización de perjuicios; o si como lo afirman las demandadas y las llamadas en garantía, el insuceso se produjo por factores que no le son imputables a ellas. Y en el evento de encontrarse la responsabilidad de las entidades demandadas se establecerá lo correspondiente a la responsabilidad de las llamadas en garantía.”

No sobra advertir desde ya que los problemas jurídicos planteados por el despacho deben ser resueltos de manera negativa, es decir, no le asiste ningún tipo de responsabilidad a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SAN JORGE PEREIRA por los hechos que han sido objeto de juzgamiento y, por ende, tampoco le asiste ningún tipo de responsabilidad a mi representada, por el supuesto daño que de manera injustificada se le pretende endilgar al asegurado, siendo entonces necesario negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda ante la inexistencia de los elementos y presupuestos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado y/o la pérdida de una oportunidad.

III. TESIS DE ALLIANZ SEGUROS S.A.

Las tesis que sostendrá Allianz Seguros S.A. a lo largo de los presentes alegatos de conclusión serán las siguientes:

1. Hecho exclusivo de la víctima – inobservancia de los deberes y obligaciones cargo de los pacientes.
2. Riesgos inherentes a la condición de la paciente.
3. Falta de acreditación de la falla del servicio como título jurídico de imputación dentro del régimen de responsabilidad aplicable frente a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SAN JORGE PEREIRA.

4. Falta de acreditación de los elementos para considerar una pérdida de oportunidad o de sobrevida del “*nasciturus*” – la teoría de la pérdida de la oportunidad no está concebida para subsanar las falencias de imputación jurídica y causal que presente la demanda.
5. Inexistencia de nexo de causalidad entre la presunta falla y el daño que se pretende endilgar.
6. Inimputabilidad de los perjuicios morales solicitados.

En subsidio de lo anterior, y en el remoto e hipotético caso en que el despacho acceda a las infundadas pretensiones de la demanda, Allianz Seguros S.A. sostendrá las siguientes tesis frente a su vinculación como llamada en garantía:

7. Ausencia de cobertura temporal debido a la modalidad “*Claims Made*” pactada en el contrato de seguro documentado en la Póliza No. 022222063/0 – la primera reclamación escrita presentada por las víctimas al asegurado se formuló por fuera de la vigencia pactada.
8. No se demostró la realización del riesgo asegurado en la Póliza No. 022222063/0 y, por tanto, no existe obligación alguna a cargo de Allianz Seguros S.A.
9. Exclusiones pactadas en la Póliza No. 022222063/0.
10. Límite de cobertura pactado en la Póliza No. 022222063/0.
11. Deducible pactado en la Póliza No. 022222063/0.
12. Pago por reembolso.

IV. ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

4.1. TESTIMONIOS DE LAS DOCTORAS VIVIANA TRINIDAD VALLEJO VALDÉS, LUZ ADRIANA ZAPATA UREÑA Y LUISA FERNANDA SIERRA GARZÓN

El día 16 de septiembre de 2024 en audiencia de pruebas llevada a cabo ante el Juzgado Sexto (6º) Administrativo del Circuito de Pereira, comparecieron las doctoras Viviana Trinidad Vallejo Valdés, Luz Adriana Zapata Ureña y Luisa Fernanda Sierra Garzón, las cuales fueron coincidentes en afirmar lo siguiente sobre el caso *sub examine*:

La doctora **Viviana Trinidad Vallejo Valdés** puso de presente lo siguiente: la paciente se presentó con un cuello en estado permeable lo cual significa que podía tener un aborto completo o incompleto. En el caso de la paciente, debido a que se encontraba hemo-dinámicamente estable la recomendación es el reposo; en el 62% de los sangrados en el primer trimestre del embarazo terminan en aborto y el tratamiento es el reposo y no la hospitalización; la única diferencia entre los días en que se realizó la ecografía, hubiese sido que el legrado se practicara antes, pero de ninguna forma hubiese variado el desenlace que tuvo el feto, es decir, **si se hubiera hospitalizado a la paciente, no hubiera variado de ninguna forma el desenlace final que tuvo el feto**; el protocolo consagra que el manejo puede ser ambulatorio si la paciente se encontraba estable, como ocurrió

en el caso en concreto; el manejo de una amenaza de aborto es el reposo; debido a que la paciente se encontraba estable, se le ordenó la ecografía de forma ambulatoria; y, la ecografía no podía modificar el desenlace de la paciente ni de su embarazo, esto es, no habría cambiado de ninguna forma el resultado del aborto.

Por su parte, la doctora **Luz Adriana Zapata Ureña** declaró lo siguiente: la paciente llevaba veinticuatro (24) horas de sangrado cuando fue atendida por primera vez; el 80% de los abortos es por genética, los médicos no tienen otro medio para tratar un aborto, simplemente no se puede modificar, el tratamiento es el reposo; en una amenaza de aborto no se puede realizar un procedimiento para evitarlo; en hospitalización sólo se deja a la paciente que se encuentra inestable y sangrando abundantemente, pero para las pacientes que están estables el tratamiento es ambulatorio, no hay nada más que hacer; la presencia de sangrado y de un cuello abierto significa inevitablemente un aborto; la paciente debió realizar una consulta pregestacional en el momento inmediato en que tuvo conocimiento su embarazo, eso era lo ideal; debido a que la paciente tenía treinta y cinco (35) años de edad, era obesa, hipertensa y con un periodo intergenésico de quince (15) años, implicaba que la paciente fuese de alto riesgo, circunstancia que indicaba la consulta pregestacional para las recomendaciones necesarias desde ginecología, circunstancia que no sucedió para el caso en concreto; el 80% de los embarazos de alto riesgo terminan en aborto; la condición de embarazo de alto riesgo no cambia el tratamiento o la conducta cuando existe amenaza de aborto, sigue siendo el mismo, tratamiento ambulatorio y reposo; las atenciones brindadas a la paciente se realizaron conforme a los protocolos existentes; indica, como su última intervención en juicio, que lamentablemente en estos casos la medicina no ha avanzado lo suficiente para modificar la genética y evitar los abortos.

Por último, la doctora **Luisa Fernanda Sierra Garzón** precisó lo siguiente: se realizó un rastreo ecográfico, donde se vio un útero heterogéneo, pero no se visualizó embrión o saco; lo más probable dadas las condiciones de sangrado es que se hubiese presentado un aborto incompleto o completo; el procedimiento cuando ingresa una paciente de las características de la demandante es que se debe hacer una prueba de embarazo cualitativa y luego los exámenes posteriores; se siguieron los protocolos indicados.

Como se observa, los testimonios de las médicas tratantes de la demandante fueron coincidentes y coherentes en indicar que la paciente ya había presentado un aborto cuando acudió tanto a la E.S.E. Salud Pereira, como a la E.S.E. Hospital San Jorge de Pereira, resaltando que, según la opinión de las testigos expertas, la realización de la ecografía no hubiese cambiado en nada el desenlace del feto, en otras palabras, la realización de las conductas que la parte actora reprocha como omitidas en nada hubieran cambiado el transcurso causal del aborto, circunstancia que debe desterrar por completo la idea de una pérdida de la oportunidad de sobrevida en el caso en concreto, conforme se pasará a explicar al momento de desarrollar los presentes alegatos de conclusión.

4.2. INSUFICIENCIA PROBATORIA DEL DICTAMEN PERICIAL RENDIDO POR EL MÉDICO CIRUJANO VÍCTOR HUGO LIZARAZO YEPES – AUSENCIA DE CLARIDAD EN LOS MÉTODOS, PROCEDIMIENTOS Y FUENTES UTILIZADAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA PERICIA

El día 16 de septiembre de 2024, se realizó la contradicción del dictamen pericial realizado por el médico cirujano Víctor Hugo Lizarazo Yepes, de conformidad con el artículo 228 del Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En dicha audiencia se le realizaron una serie de preguntas al perito tanto por parte del despacho como de los apoderados de las partes e intervinientes, resaltándose que en el interrogatorio realizado al médico cirujano Víctor Hugo Lizarazo Yepes **NO** se explicó por parte del perito el método y/o métodos utilizados para la realización del dictamen pericial, no estableció ni las guías ni los protocolos que en su opinión recomendaba la hospitalización y/o atención intrahospitalaria de la paciente, no precisó los protocolos en los cuales fundamentaba su dictamen pericial y **ante la pregunta realizada por el despacho respecto del porcentaje efectivo que existía en el caso en concreto de evitar el aborto, el perito simplemente no logró responder dicha pregunta.**

Por la ausencia de claridad que presenta el dictamen pericial en comento, así como las deficiencias e incertidumbre respecto de los métodos utilizados para su realización y la omisión a la hora de referenciar las guías y/o protocolos presuntamente vulnerados por las demandadas, se tiene que el despacho debe restarle toda eficacia probatoria a dicha experticia.

Sobre la valoración del dictamen pericial de parte, conviene traer a colación lo dicho por el Consejero de Estado Martín Bermúdez Muñoz en su obra “*Del dictamen judicial al dictamen de parte. Su regulación en el CPACA y en el CGP*”. En concreto, el profesor Bermúdez menciona lo siguiente:

“V. LA VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL DE PARTE

A. La valoración externa del dictamen a partir de su discusión dialéctica y bajo las reglas de la carga de la prueba

*1. El papel del juez es totalmente distinto cuando, en vez de elaborar una opinión técnica auxiliado por el perito judicial, debe valorar el dictamen presentado por una parte para confirmar sus afirmaciones. Aquí – fundamentalmente – no tiene que construir una opinión técnica sino valorar la que le presenta la parte y **determinar si ella es suficiente para demostrar o confirmar su afirmación.** En este contexto nos referimos a una valoración externa, a un examen crítico de una opinión técnica o científica, expuesta por un tercero que posee conocimientos especializados que el juez no tiene.*

*En tales condiciones, el valor que el juez le otorgará al dictamen presentado por la parte dependerá de factores tales **como la verificación del procedimiento adoptado por el perito para rendirlo, su fundamentación, su coherencia y su exhaustividad.** Y particularmente, dependerá de su resistencia a la contradicción que la contraparte ejercerá, bien sea interrogando al perito en la audiencia, o mediante la aportación de un contradictamen.*

(...)

4. Si el demandante afirma que el médico demandado incurrió en culpa médica o que la entidad incumplió el contrato porque los diseños entregados eran técnicamente inadecuados, el juez abordará el análisis de la prueba pericial sabiendo que al demandante le corresponde confirmar o acreditar dicha afirmación.

Frente al dictamen presentado, su labor consistirá en controlar los requisitos externos que son determinantes para que sus conclusiones puedan convencerlo **(el procedimiento seguido por el perito, la fundamentación en pruebas, la coherencia, la exhaustividad)** y en ese convencimiento será determinante considerar la contradicción ejercida por la contraparte, con la presentación del contradictamen y el interrogatorio al perito.

(...)

Lo ideal en el análisis del dictamen de los expertos es determinar de qué forma llegan los peritos a la conclusión, para poder valorar los argumentos que la sustentan, punto en el cual, también resulta útil, tener en cuenta que los argumentos deben tener una justificación interna y una justificación externa: la primera, que tiene que ver con el desarrollo lógico y coherente de las premisas y la segunda con la solidez y fundamentación de las misas o con el proceso seguido para formularlas.

(...)

B. La carga de claridad en el dictamen de parte

1. A diferencia de lo que ocurre en el dictamen judicial donde consideramos que al juez le incumbe explicar en el fallo, en términos inteligibles para las partes, el fundamento técnico con base en el cual valora los hechos, en el dictamen de parte quienes deben explicar con claridad la opinión que pretenden que el juez acoja, son las propias partes.

2. La carga de claridad en la explicación del dictamen se traslada a la parte que lo aporta y es evidente que su cumplimiento será esencial para la decisión del litigio, pues, solo en la medida en que la explicación técnica se haga con claridad, la parte logrará confirmar sus afirmaciones; logrará convencer al juez de que la opinión del perito, que ella presenta, es la adecuada.

(...)

D. Los aspectos del dictamen de parte que deben ser valorados por el juez

1. En relación con los aspectos que deben valorarse objetivamente en el dictamen pericial de parte, nos parece adecuado transcribir la siguiente opinión de la misma

doctrina, donde se muestra, con toda claridad, que esa labor es distinta a intentar adquirir conocimientos científicos, técnicos o artísticos que no se poseen, para sustituir a quien sí los tiene:

“Los criterios de valoración que a continuación estudiamos no reflejan un examen científico ni especializado, sino el método lógico y crítico a través del cual puede el tribunal aproximarse a la credibilidad y fuerza de convicción del dictamen. Al tribunal, como señala acertadamente Denti, no se le puede pedir que posea una ciencia superior a la del perito, que le permita rehacer por su cuenta efectuado por el mismo; **se le debe pedir que controle el grado de aceptabilidad, conforme al del conocimiento común, de los nuevos métodos científicos, o bien la racionalidad del procedimiento seguido por el perito.**

“Tres son en realidad, sigue afirmando el autor italiano, los modos de control que posee la opinión pública frente a la labor del experto: a) la valoración de su autoridad científica; b) la incorporación al patrimonio científico comúnmente aceptado de los métodos por él empleados; c) la coherencia lógica de su argumentación [...].

“En la pericia tan importante es la conclusión o resultado como el camino que se ha seguido para llegar hasta él; por ello no es posible en el dictamen pericial la conclusión o el juicio omitiendo información sobre los presupuestos – máximas de experiencia especializadas – , los procedimientos empleados y el razonamiento lógico que sostiene la conclusión. Menor credibilidad cabrá otorgar todavía al dictamen cuando el perito ha omitido no la descripción sino la misma utilización de procedimientos de análisis necesarios para llegar a conclusiones coherentes y fiables [...].

“[...] En segundo lugar, la rigurosidad del dictamen depende en buena medida de la inmediatez en el examen de la fuente de prueba. En la medida de lo posible, el perito debe analizar directamente y de propia mano el objeto, cosa, estado o persona objeto de pericia, ya que es máxima de experiencia común que la intermediación en la percepción propicia más el error que la inmediación. No obstante, es posible atribuir credibilidad al dictamen cuando el perito ha realizado el dictamen sobre un objeto ‘equivalente’ a aquel que es en el proceso el cuerpo u objeto de pericia, por resultar este indisponible para la parte que aporta el dictamen [...].

“[...] Sin embargo, el mérito probatorio de la pericia depende no tanto de que el perito haya contado con los datos mínimos, sino con el mayor número de datos posibles que permitan un análisis completo y exhaustivo [...].

[...] En definitiva, el tribunal debe prestar atención al sentido crítico del perito, a su celo en la averiguación objetiva y a la exhaustividad en la utilización de conocimientos y datos que permitan sostener la certeza de sus conclusiones. **La**

pobreza de datos tenidos en cuenta por el perito incide, como señala la jurisprudencia, en la falta de credibilidad del dictamen [...]

2. En relación con el examen del método o procedimiento seguido por el perito para rendir el dictamen y para hacer las indagaciones previas que determinaron sus conclusiones, advierte la doctrina:

[...] Es preciso que el perito haya descrito pormenorizadamente el procedimiento de análisis que llevó a cabo [...]

[...] Con ello, el perito enseña las entrañas de su dictamen, de manera que expone las herramientas que utilizó y cómo fueron usadas. De esa forma es posible contrastar su dictamen con el de otro perito. Sobre todo se posibilita de ese modo la práctica útil de un segundo dictamen pericial para comprobar el primero. El segundo perito podrá así valorar críticamente las conclusiones de su compañero con conocimiento de causa. Y es que es posible que con la técnica llevada a cabo por el primer perito se obtengan unos resultados, y en cambio con otra alternativa los resultados sean distintos. **Si los peritos no explican sus procedimientos e instrumentos, los resultados que expongan quedarán en el vacío [...]**¹. (subrayado y negritas propias).

Visto todo lo anterior, se tiene que resulta imposible otorgarle credibilidad alguna al dictamen pericial realizado por médico cirujano Víctor Hugo Lizarazo Yepes cuando lo cierto es que dicho experto **NO** explicó los procedimientos a través de los cuales llegó a la conclusión expuesta en la audiencia de pruebas y mucho menos basó su experticia en los protocolos y guías vigentes en el país sobre el aborto, sino en meras suposiciones y afirmaciones que no cuentan con un fundamento científico y técnico que haya sido adjuntado con su pericia escrita.

En suma, se le solicita al despacho negar toda eficacia probatoria al dictamen pericial aludido por las razones que se han expuesto.

4.3. DOCUMENTALES – GUÍAS DE LA E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA SOBRE “POLÍTICA DE SEGURIDAD PARA LA ATENCION DEL NEONATO Y LA PACIENTE OBSTETRICA EN EL HUSJ”, “PROTOCOLO CODIGO ROJO-HEMORRAGIA POSTPARTO” “ABORTO” Y “TRIAGE”

La E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira aportó al proceso la guía de aborto de dicha institución hospitalaria cuyo objetivo general consiste en: “Unificar criterios de diagnóstico, manejo e intervención adecuada de los pacientes de la Institución”, y que tiene por objetivos específicos: “Evaluar la presencia de rasgos asociados y métodos utilizados para enfrentar este procedimiento”; “Comprender las características y la sintomatología de las mujeres que ingresan a la institución y que están cursando por este proceso.”; “Establecer un diagnóstico diferencial conociendo los principales instrumentos de evaluación, y técnicas para un tratamiento adecuado.”; y, “Divulgar lineamientos que garanticen una atención integral, oportuna y humanizada.”.

¹ Bermúdez Muñoz, M. (2016). *Del dictamen judicial al dictamen de parte: su regulación en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el Código General del Proceso*. Legis Editores. Pág. 60 y siguientes.

En dicha guía se establece el siguiente manejo frente al aborto:

“Desde el punto de vista clínico el aborto se clasifica de la siguiente forma:

AMENAZA DE ABORTO

Se presenta como sangrado genital o una hemorragia escasa de varios días de evolución, con dolor hipogástrico leve o moderado y cérvix cerrado, es decir, ausencia de modificaciones cervicales y presencia de un embrión vivo dentro de la cavidad intrauterina. Hasta el 50% de las amenazas de aborto pueden seguir su curso hacia aborto a pesar de las medidas terapéuticas que se establezcan.

MANEJO:

- **Ambulatorio**
- **Ultrasonografía para definir el pronóstico del embarazo (evidenciar la vitalidad embrionaria, la implantación del saco o la presencia de sangrado)**
- *Determinación de b-hCG*

Si se demuestra vida embrionaria

- *Reposo absoluto por 48 horas.*
- *Administrar analgésicos parenterales. (AINES Ej. ibuprofeno 400-800mg)*
- *Administrar sedantes uterinos si persisten las contracciones dolorosas*
- *Evitar la actividad sexual (mínimo 3 semanas)*
- *Tratamiento médico de la causa y las enfermedades asociadas.*
- *Control clínico a las 48 horas o antes si aumentan los signos o síntomas.*

Si no se detecta vida embrionaria

- *Debe darse tratamiento médico o quirúrgico. (Descrito en aborto en curso página 5- 7)*
- (...)" (subrayado y negritas propias).

Como se podrá observar, el manejo realizado por la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira fue el adecuado, pues partió del primer paso básico que era comprobar si se detectaba o no vida embrionaria, todo ello para determinar si el manejo debía ser ambulatorio o de hospitalización inmediata de la paciente.

Frente esto último, debe tenerse en cuenta que el manejo ambulatorio o de hospitalización, se tomaba una vez se pudiesen realizar las tomas diagnósticas que confirmaran la vida embrionaria, circunstancia hasta la cual no pudo llegar la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira, pues lo cierto es que la demandante Luz Adriana Granada Mejía interrumpió abruptamente el procedimiento decidiendo abandonar las instalaciones de la demandada, hecho por el cual no se pudo seguir por el manejo recomendado por las guías.

En todo caso, se tiene que la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira actuó de manera correcta, pues lo primero que se debía realizar era la verificación de vida embrionaria, para lo cual se habían ordenado la toma de una ecografía y paraclínicos, y después de dicha etapa se debía tomar la decisión si se ingresaba o no para hospitalización a la paciente, circunstancia que, se reitera, no se pudo llevar a cabo debido a la misma conducta de la demandante.

De igual forma, debe ponerse de presente, que no le asiste ninguna responsabilidad a la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira, pues lo cierto es que la señora Luz Adriana Granada Mejía acudió a la instalaciones hospitalarias cuando ya había presentado un aborto, momento para el cual sólo quedaba realizar la verificación de vida embrionaria y, aun así en el hipotético evento de que hubiese existido, aspecto que tampoco está demostrado dentro del proceso, el manejo también hubiese sido el indicado en la guía: reposo absoluto por 48 horas.

4.4. DOCUMENTAL – ABANDONO DE LUZ ADRIANA GRANADA MEJÍA DE LAS INSTALACIONES HOSPITALARIAS DE LA E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE PEREIRA

Número de identificación:	29159525
Descripción: usuaria que interpone queja por deficiencias en la atención médica recibida en hospital san jorge, paciente ingresa el 19 de mayo de 2018 con embarazo de 6 semanas y presentaba sangrado abundante, manifiesta la usuaria que no recibió la atención adecuada, ya que al parecer y según diagnóstico de la doctora que le atendió debía ser hospitalizada, y que se acercara a facturación para reclamar los insumos y hacer la hospitalización, en facturación le dijeron que no la podían hospitalizar por el triage que tenía que el medico debería cambiarlo, ante ello la medico manifestó que no lo podía cambiar, así las cosas el esposo de la paciente pregunto que cual era el procedimiento para que la atendieran, dijeron que entonces no la podían hospitalizar, ante esto el esposo de la paciente manifestó que si lo que querían era hacerle el paseo de la muerte, ante lo cual la medico dijo que eso era un irrespeto hacia los estudiantes y que eso no lo permitía. manifiesta el usuario que en fin de cuentas la doctora se negó a prestar la atención requerida por la paciente, en el área administrativa estuvieron comunicándose con la e.p.s donde le informaron que debería ser atendida, lo cual no fue posible, despues de aproximadane 40 minutos la paciente en compañía de su esposo deciden abandonar el hospital. se solicita se realice investigación debido a la deficiencia en la atención y negación del servicio por parte de la medico que vio a la paciente.	

Transcripción esencial: “(...) despues (sic) de aproximadamente 40 minutos la paciente en compañía de su esposo deciden abandonar el hospital (...)”

Como se observa de la prueba documental traída a colación, en la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira no se pudo continuar con el procedimiento establecido en las guías y protocolos para el aborto por la misma causa originada en la paciente Luz Adriana Granada Mejía que abandonó voluntariamente las instalaciones del Hospital, todo ello sin que fuese la recomendación de los galenos de dicha institución, pues lo cierto es que se estaba verificando mediante ayudas diagnósticas si existía vida embrionaria y así poder tomar las decisiones pertinentes del caso.

V. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

Con los argumentos que se pasaran a exponer, es posible responder los problemas jurídicos propuestos por el despacho de la siguiente manera:

“(…) el objeto del litigio se circunscribe a establecer la responsabilidad solidaria, patrimonial y administrativa de las entidades accionadas con respecto a los perjuicios ocasionados a los demandantes con ocasión de la falla en la prestación del servicio médico obstétrico prodigado a la señora Luz Adriana Granada Mejía que conllevó a la muerte del nasciturus el día 21 de mayo de 2018 o en su defecto la pérdida de la oportunidad, con la consecuente indemnización de perjuicios; o si como lo afirman las demandadas y las llamadas en garantía, el insuceso se produjo por factores que no le son imputables a ellas.”

R//: El despacho debe llegar a la segunda conclusión planteada al momento de fijar el litigio dentro de la controversia que ahora ocupa su atención, es decir, el insuceso se produjo por factores que no eran imputables a ninguna de las demandadas. Debe recordarse que la señora Luz Adriana Granada Mejía arribó a las instalaciones de la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira cuando ya se había verificado el aborto y en dicha institución hospitalaria recibió la adecuada atención y el correcto tratamiento, pues además de que se le clasificó en debida forma dentro del *triage* al encontrarse hemo-dinámicamente estable, se tiene de igual forma que se le ordenaron las ayudas diagnósticas y los paraclínicos necesarios para determinar la vida embrionaria, procedimientos que no pudieron llegar a buen término porque la paciente, ahora demandante, decidió abandonar la instalación pasados apenas escasos cuarenta (40) minutos, circunstancia que rompió todo nexo causal entre la conducta diligente y cuidadosa de la demandada y la conducta imprudente de la demandante.

De igual forma, debe decirse que la pérdida de la oportunidad solicitada en la demanda no puede ser considerada por el despacho, pues, de la práctica probatoria surtida, se tiene que la parte demandante no logró establecer siquiera cuál era el porcentaje desde un aspecto clínico de la sobrevivida del feto; situación que, por el contrario, sí fue establecida por las doctoras Luz Adriana Zapata Ureña, Luisa Fernanda Sierra Garzón y Viviana Trinidad Vallejo Valdés quienes declararon al unísono que la sobrevivida del feto era un **imposible desde el aspecto clínico**, pues una vez iniciado el aborto y verificada la existencia de un saco gestacional **sin** embrión implicaba que, por más esfuerzos que se realizaran como la supuesta hospitalización que la parte actora reprochó, el desenlace del feto fuese el mismo: el aborto.

“(…) Y en el evento de encontrarse la responsabilidad de las entidades demandadas se establecerá lo correspondiente a la responsabilidad de las llamadas en garantía”

R//: De igual forma, en lo que atañe a la responsabilidad de las llamadas en garantía, en especial, frente a mi representada, debe decirse que resulta imposible que surja la responsabilidad para Allianz Seguros S.A. por dos sencillas razones: la primera, porque no se ha realizado el riesgo asegurado, esto es, no se ha comprobado la responsabilidad civil de la asegurada E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira; y, en segundo lugar, porque la Póliza No. 022222063/0 en virtud de la cual fue vinculada mi representada se pactó su cobertura bajo la modalidad *Claims Made* o por reclamación, es decir, que dicho contrato de seguro sólo cubría los siniestros que se presentaran durante su vigencia y/o periodo de retroactividad y que además fueran reclamados por primera vez al asegurado o a la compañía aseguradora durante la vigencia pactada, como se alegó desde el

momento en que se contestó la demanda, la última circunstancia no ocurrió pues la primera reclamación escrita que recibió la asegurada por parte de las víctimas se formuló por fuera de la vigencia pactada, por lo cual es razonable concluir que no se puede afectar la póliza en cuestión.

VI. ARGUMENTOS QUE DESARROLLAN LAS RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

6.1. HECHO EXCLUSIVO DE LA VÍCTIMA – INOBSERVANCIA DE LOS DEBERES Y OBLIGACIONES CARGO DE LOS PACIENTES

Las pretensiones de la demanda se encuentran condenadas al fracaso, pues lo cierto es que el supuesto daño experimentado por la señora Luz Adriana Granada Mejía obedece a la ausencia de cuidados prenatales, inasistencia a las consultas pregestacionales y a la falta de adherencia al tratamiento, todo ello como lo indica la historia clínica de la paciente donde se puede observar que la demandante en cuestión no había asistido a ningún control prenatal y una vez estaba siendo atendida en la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira decidió abandonar dicha institución hospitalaria de manera voluntaria transcurridos escasos cuarenta (40) minutos, circunstancia que interrumpió de manera abrupta el tratamiento y los procedimientos que ya habían iniciado los galenos de dicha institución según las guías y protocolos para tales efectos.

Para sustentar el presente argumento conclusivo debe recordarse, de la mano de la doctrina nacional, que, a la par de las obligaciones de los médicos, los pacientes también tienen deberes y obligaciones dentro de la relación médico-paciente. En concreto, frente al deber de cooperación respecto del tratamiento recomendado, el profesor Carlos Ignacio Jaramillo menciona lo siguiente:

“1. Debe de cooperación respecto del tratamiento recomendado

Este deber, de gran valía en el campo de la medicina, atañe a la conducta responsable del paciente, quien en sintonía con el tratamiento trazado por su médico, debe ceñirse a él lo más rigurosa y estrictamente posible, habida consideración que su recuperación o mejoría, según el caso, en gran parte dependen de ello. Es lo mínimo que debe hacer: seguir sus pautas e instrucciones (deber de seguimiento de las instrucciones y recomendaciones galénicas).

Por tanto, si no se coopera con el galeno, los resultados deseados, muy seguramente no se producirán, en clara muestra de rebeldía, desinterés, o negligencia, de lo que habría que colegir que frente a esta eventualidad, no podría pretender responsabilizarse – con éxito – al médico tratante, el que diseñó el tratamiento y sugirió su cabal seguimiento. Hasta ahí, ciertamente, puede llegar el facultativo, puesto que no le resulta viable controlar – al centímetro – su ejecución. Además, esa no es su tarea, ni su responsabilidad, sino la del paciente, o la de sus familiares y allegados, conforme a cada situación, hecho que debe valorar en conjunto el juzgador, en orden a escrutar la conducta asumida por ambas partes, en especial por su destinatario.

Piénsese, por vía de ilustración, en la hipótesis de que se prescriban sendos medicamentos que deben ser ingeridos en determinadas horas, recomendación

en punto a la cual el paciente decide: o no tomarlos, o hacerlo pero en deshoras, dando al traste con los lineamientos y bondades del tratamiento aconsejado y, de suyo, con la razonable esperanza de una recuperación patológica.

Queda claro, pues, que el paciente debe cooperar a lo largo del tratamiento, so pena de que el médico, por una parte, no devenga responsable del desenlace derivado de su quiebre y, por la otra, que aquél no alcance a beneficiarse del mismo, con graves consecuencias, muy probablemente, para su salud.²

Visto lo anterior, se tiene que los efectos adversos que presentó el parto de Luz Adriana Granada Mejía tiene su origen en su poca y/o nula adherencia al tratamiento, pues como se observa en la historia clínica de la paciente, la misma no asistía siquiera los controles prenatales y el día en que fue atendida por la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira no esperó las determinaciones y el procedimiento que pretendían seguir los galenos de dicha institución hospitalaria, pues decidió abandonar la misma transcurridos escasos cuarenta (40) minutos desde su ingreso.

En la historia clínica de la paciente se observa lo siguiente:

800231235

Hospital Universitario
San Jorge
Fecha Actual : sábado, 19 mayo 2018
Pagina 1/1
COPIA DEL ORIGINAL

19/05/2018 04:02

REPORTE DE TRIAGE

<input type="checkbox"/> Confirmado	<input type="checkbox"/> Paciente Ausente	<input type="checkbox"/> Pte. Remitido	Fecha Turno	19/05/2018 16:02:16	Turno	G7
Centro Atención:		N° Triage:		126426	Fecha del Triage:	
Documento:	29159525	Paciente:	LUZ ADRIANA GRANADA MEJIA			
Edad:	36 Años	Años	Entidad:			
Municipio:		NARIÑO	Departamento:		ANTIOQUIA	
Especialidad:		MEDICINA GENERAL				
Conducta:		Ninguna		Clasificación:		
		URGENCIA III				

SIGNOS VITALES

Tensión Arterial:		Frecuencia Cardíaca:	89	Frecuencia Respiratoria:	20	SuO ₂ :	99
Temperatura:	36.5	Estado de Conciencia:	Alerta		Peso (kg):	0,0000	<input type="checkbox"/> Aliento a Alcool

Motivo Consulta:

PACIENTE DE 36 AÑOS, G2P1V1A0C0, CON EMBARAZO DE 6 SEMANAS POR TUM DEL 07/04/18 CONTINUA. HEMOCLASIFICACION A+, CONSULTA DE MANERA ESPONTANEA POR CUADRO CLINICO DE 2 DIAS DE EVOLUCION CONSISTENTE EN SANGRAJO ROJO RUTILANTE ABUNDANTE CON COAGULOS ASOCIADO A DOLOR TIPO COLICO QUE SE IRRADIA A REGION LUMBAR. , NIEGA FIEBRE, NIEGA SINTOMAS PREMONITORES, NI OXIA SIN TOMAR GINABRIOS, TRAE PRUEBA DE EMBARAZO CUALITATIVA POSITIVA. NO HABIA ASISTIDO A NINGUN CONTROL PRENATAL. NO TRAE PARACLINICOS. ANTECEDENTES PERSONALES: HEMATOLOGICOS: NIEGA ANEMIA, LEUCOCITOSIS, LEUCOPENIA. GINECOLOGICOS: NIEGA NIEGA ANTECEDENTES GINECOOBSTETRICOS: FÓRMULA OBSTETRICA : G2P1V1A0C0 PUP 15/09/02 FUM:07/04/18 MENARCA: 15 AÑOS CICLOS:REGULARS 28/3 IRS:18 AÑOS ITS: NIEGA PLANIFICACIÓN DIU HACE 4 AÑOS CITOLOGIA: HACE 4 MESES "NORMAL." NO TRAE REPORTE

Observaciones:

Transcripción esencial: “(...) NO HABIA ASISTIDO A NINGUN CONTROL PRENATAL (...)”

La inasistencia a controles prenatales por parte de la señora Luz Adriana Granada Mejía, además de constituir un indicio de la falta de adherencia al tratamiento, también puede evidenciar que el insuceso que ahora se demanda también devino por la falta de cuidado que tuvo la paciente durante su embarazo de alto riesgo. Para arribar a la conclusión que se expone, debe recordarse que en el testimonio rendido por la **DOCTORA LUZ ADRIANA ZAPATA UREÑA** se manifestó, entre otras cosas, que la paciente debió haber realizado una consulta pregestacional, pues eso era lo ideal

² Jaramillo Jaramillo, C. I. (2011). *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente* (Segunda ed.). Grupo Editorial Ibañez - Pontificia Universidad Javeriana. Págs. 304-306.

debido al riesgo de la paciente: una mujer de 35 años de edad, obesa, hipertensa y con un periodo intergenésico de quince (15) años.

Además de lo anterior, también se tiene que la señora Luz Adriana Granada Mejía fue renuente al tratamiento iniciado en la E.S.E Hospital Universitario San Jorge Pereira pues, transcurridos escasos cuarenta (40) minutos desde su ingreso, la paciente decidió abandonar las instalaciones de dicha institución hospitalaria, interrumpiendo de manera abrupta el procedimiento que adelantaban los galenos de dicha entidad. Prueba de lo anterior, es la misma documental aportada junto con la demanda:

Número de Identificación:	29159525
Descripción: usuaria que interpone queja por deficiencias en la atención medica recibida en hospital san jorge, paciente ingresa el 19 de mayo de 2018 con embarazo de 6 semanas y presentaba sangrado abundante, manifiesta la usuaria que no recibió la atención adecuada, ya que al parecer y según diagnostico de la doctora que le atendió debía ser hospitalizada, y que se acercara a facturación para reclamar los insumos y hacer la hospitalización, en facturación le dijeron que no la podían hospitalizar por el triage que tenia que el medico debería cambiarlo, ante ello la medico manifestó que no lo podía cambiar, así las cosas el esposo de la paciente pregunto que cual era el procedimiento para que la atendieran, dijeron que entonces no la podían hospitalizar, ante esto el esposo de la paciente manifestó que si lo que querían era hacerle el paseo de la muerte, ante lo cual la medico dijo que eso era un irrespeto hacia los estudiantes y que eso no lo permitía. manifiesta el usuario que en fin de cuentas la doctora se negó a prestar la atención requerida por la paciente, en el área administrativa estuvieron comunicándose con la e.p.s donde le informaron que debería ser atendida, lo cual no fue posible, despues de aproximadane 40 minutos la paciente en compañía de su esposo deciden abandonar el hospital, se solicita se realice investigación debido a la deficiencia en la atención y negación del servicio por parte de la medico que vio a la paciente.	

Transcripción esencial: “(...) despues (sic) de aproximadamente 40 minutos la paciente en compañía de su esposo deciden abandonar el hospital (...)”

Visto lo anterior, debe recordarse, como se hizo al momento de contestar la demanda, que la supuesta falla atribuida al Hospital Universitario San Jorge de Pereira es inexistente, en primer lugar, porque al momento de la valoración en el triage no se evidenció la existencia de un saco y mucho menos de un embrión, y en segundo, porque la paciente Luz Adriana Granada se rehusó a recibir un tratamiento integral, pues abandonó las instalaciones del Ente Hospitalario, cuando ni siquiera había transcurrido un término excesivo o inoportuno para brindarle una atención adecuada.

En otras palabras, la paciente no se adhirió al tratamiento, no cuidó su estado de salud y no acató las órdenes e instrucciones dadas por los Galenos; situaciones que a todas luces constituían un

riesgo para ella y que trae como consecuencia una ruptura de la relación médico-paciente, ya que se le imposibilitó al profesional de la salud continuar con un procedimiento idóneo y eficiente. Sobre el particular, el artículo 3°, numeral 3.17 de la Ley 1438 de 2011 “*POR MEDIO DE LA CUAL SE REFORMA EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES*” y el Acta Médica denominada “Adherencia al Tratamiento. Implicaciones de la No Adherencia”, elaborada por la Asociación Colombiana de Medicina Interna, nos enseñan lo siguiente:

“3.17 CORRESPONSABILIDAD. Toda persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los recursos el Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplir con los deberes de solidaridad, participación y colaboración. Las instituciones públicas y privadas promoverán la apropiación y el cumplimiento de este principio.”

“Adherencia a la terapia

Definición

La adherencia se ha definido como el contexto en el cual el comportamiento de la persona coincide con las recomendaciones relacionadas con la salud e incluyen la capacidad del paciente para:

- *Asistir a las consultas programadas (consultorio/hospital)*
- *Tomar los medicamentos como se prescribieron*
- *Realizar los cambios de estilo de vida recomendados*
- *Completar los análisis o pruebas solicitados.*

No-adherencia a la terapia

Definición

Se define como “no-adherencia” la falla en el cumplimiento de instrucciones terapéuticas, ya sea de forma voluntaria o inadvertida Implicaciones de la no-adherencia a la terapia

Las consecuencias de la no-adherencia al tratamiento están relacionadas con las condiciones específicas del paciente y su patología y transitan en un amplio rango de aspectos que van desde pérdida en la calidad de vida del paciente y su familia e incremento en los costos para el paciente y el sistema de salud, hasta casos de reconocida gravedad que comprometen la vida del paciente.”

Con todo lo anterior, se puede evidenciar que:

i) Que la señora Luz Adriana Granada renunció a su autocuidado, toda vez que, habiendo presentado signos de sangrado y dolor abdominal, decidió abandonar por voluntad propia y por un

afán inconcebible, el Hospital Universitario San Jorge de Pereira el 19 de mayo de 2018, para acudir dos (2) días después (21 de mayo de 2018) a la E.S.E. SALUD PEREIRA a que le fuera practicado un legrado, lo cual, pudo haber ocurrido desde el mismo 19 de mayo de 2018 de no haber abandonado el aludido Ente Hospitalario, pues desde esta fecha ya se tenía conocimiento de la existencia del aborto.

ii) Que la no-adherencia al tratamiento, esto es, la práctica de la Ecografía y Estudios Paraclínicos, irrumpió por completo la conducta a seguir, pues a partir del resultado de dicha ayuda diagnóstica y de los referidos paraclínicos, se podía haber practicado, insisto, el legrado desde el 19 de mayo de 2018 para extraer o eliminar el tejido y/o restos del útero y, con ello, determinar si requería o no ser Hospitalizada.

iii) La falta de consultas pregestacionales y controles prenatales evito que se pudiera adoptar una conducta preventiva, circunstancia que aunada a los factores de riesgo que presentaba la paciente pudo haber incidido en el desenlace que ahora pretende atribuírsele de manera injustificada a las demandadas.

Por todo lo anterior, se le solicita respetuosamente al despacho negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda en la medida en que la causa del daño sufrido por los accionantes se encuentra, entre otras, en su propia negligencia para seguir el tratamiento indicado y en la falta de cuidados previos de la paciente como, por ejemplo, asistir a consultas pregestacionales y/o cuidados prenatales.

6.2. RIESGOS INHERENTES A LA CONDICIÓN DE LA PACIENTE

Como quedó acreditado con la mayoría de las pruebas testimoniales practicadas, los efectos adversos experimentados por la señora Luz Adriana Granada se deben más a sus antecedentes clínicos, como el sobrepeso y la hipertensión, y falta de cuidado en su parto como la inasistencia a consultas pregestacionales y cuidados prenatales, que a la atención diligente y perita brindada por la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira, por lo que, no existiendo ningún nexo de causalidad entre el aborto presentado por la paciente y la conducta de las demandadas, se tiene que el insuceso presentado corresponde a riesgos inherentes de la condición médica de la demandante que no pueden constituir de ninguna manera responsabilidad patrimonial del Estado, según se pasa a explicar.

Para sustentar el argumento conclusivo que ahora se propone, debe recordarse que la complejidad del cuerpo humano y de los fenómenos que lo afectan han ocasionado que dentro de la disciplina propia de la responsabilidad civil médica y del Derecho Médico se hable de riesgos médicos como los originados en la actividad médico sanitaria, los riesgos de seguridad dentro de los establecimientos clínicos y los riesgos propios al acto médico. Sobre estos últimos riesgos, llamados también por un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia como “riesgos inherentes”, se ha dicho que se caracterizan principalmente por lo siguiente:

“El riesgo inherente es aquella complicación que se puede presentar por la sola realización del acto médico como tal, y que tiene por causas la complejidad o dificultad del mismo, las condiciones del paciente o la naturaleza propia del procedimiento o de los instrumentos que se utilizan

para llevarlo a cabo, el cual, una vez materializado o realizado, produce un daño físico o psíquico en el paciente, sin que lo anterior implique una negligencia, impericia, imprudencia o violación de reglamento.

(...)

Al hablar de riesgo inherente se habla de una complicación justificada, y en ocasiones necesaria para poder efectuar el tratamiento invocado en aras de recuperar a salud del paciente. Dicha complicación hace parte del procedimiento mismo, y no hay posibilidad de impedirla aunque la misma sea completamente previsible.

La materialización del riesgo inherente, es la realización en el paciente de un efecto nocivo que puede presentarse como una complicación o como un accidente propio del proceso médico o quirúrgico que se está efectuando. Este efecto nocivo se traduce en un daño a la integridad física o psíquica, la cual se ve lesionada aunque no exista un error en la práctica médica.

*No podemos desconocer que el riesgo inherente es un riesgo en potencia, y que el mismo no necesariamente se tiene que manifestar en la práctica de todos los procedimientos que lo conllevan. **Es decir, es un fenómeno que puede darse como no darse, y su realización dependerá exclusivamente de circunstancias ajenas a la práctica misma del procedimiento médico.***

Lo anterior significa que estos riesgos no solamente se presentan en aquellos casos donde la conducta es culposa, sino también en aquellos procedimientos donde no ha existido una imprudencia o negligencia. Sostener que los riesgos inherentes sólo aparecen en procedimientos practicados de forma incorrecta, deslegitimaría por completo la realidad científica, la cual aclara que los mismos son propios a todo procedimiento (diligente o culposo) que los conlleve.

Así las cosas, hay un buen componente del azar para establecer en qué casos y en cuáles pacientes un riesgo se puede llegar a materializar a pesar de haber sido previsto. En efecto, no es el riesgo en si mismo lo que constituye la imprevisibilidad del fenómeno, sino su ocurrencia efectiva durante la atención del paciente.

Dicho accidente o riesgo terapéutico, como también se le denomina a este fenómeno, es un concepto de difícil entendimiento pues se encuentra en el límite entre la actuación científica del médico y la intervención del aleas propio de la naturaleza humana. En efecto, este término se indica la probabilidad que un paciente dado experimente una episodio adverso o falezca como consecuencia de un tratamiento médico específico.

Lo anterior justifica el carácter eventual y excepcional del riesgo inherente, perteneciendo a la esfera de aquello que será incierto para el médico por ser causado en ausencia de todo acto imputable al mismo.³ (énfasis añadido).

El concepto que se trae a colación también ha sido adoptado por nuestra jurisprudencia nacional. Así, en sentencias como las del 17 de septiembre de 2020 de la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha dicho lo siguiente sobre el riesgo inherente:

*“como lo recalcó la Sala recientemente⁴, **resulta cuestionable que haya lugar a responsabilidad civil derivada del acto médico, cuando se materializa un riesgo que es propio, natural o inherente al procedimiento ofrecido.** En estos casos, el daño causado no tiene el carácter de indemnizable, al no estar precedido de un comportamiento culposos.*

Frecuentemente el médico se encuentra con los riesgos inherentes al acto médico, sea de ejecución o de planeamiento, los cuales son inseparables de la actividad médica, por cuanto no puede predicarse que la medicina sea una ciencia exacta y acabada, sino en constante dinámica y evolución.

*Al respecto, la literatura sobre responsabilidad médica, como la reiterada jurisprudencia de esta Sala, es pacífica en sostener y reconocer que **la Medicina es una ciencia en construcción, y por tanto, apareja la existencia de ciertos riesgos inherentes a la realización de procedimientos médicos, los cuales hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa.***

*La expresión riesgo inherente, se compone de dos términos. El primero arriba definido y el segundo, también según el RAE, es entendido como aquello: «Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello»⁵. Por esto, **dentro del marco de la responsabilidad médica, debe juzgarse que los riesgos inherentes son las complicaciones, contingencias o peligros que se pueden presentar en la ejecución de un acto médico e íntimamente ligados con éste, sea por causa de las condiciones especiales del paciente, de la naturaleza del procedimiento, la técnicas o instrumentos utilizados en su realización, del medio o de las circunstancias externas, que eventualmente pueden generar daños somáticos o a la persona, no provenientes propiamente de la ineptitud, negligencia, descuido o de la violación de los deberes legales o reglamentarios tocantes con la lex artis.**⁶ (énfasis añadido).*

Otro tanto, ha dicho la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en sentencias como la del 25 de enero de 2017:

³ Villegas García, A. F. (2008, noviembre). La materialización del riesgo inherente y su diferenciación con la culpa médica. Responsabilidad Civil y del Estado, (24).

⁴ CSJ. Civil. Vid. Sentencia de 24 de mayo de 2017, expediente 00234.

⁵ RAE. Diccionario esencial de la lengua española. 22 edición, Madrid: Espasa, 2006, p. 824.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de septiembre de 2020. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. Radicado No. 05001-31-03-011-2007-00403-02.

*“...se debe precisar que si bien es cierto **la actividad médica hospitalaria -como resulta natural- implica riesgos inherentes a su ejercicio (vgr. intervenciones quirúrgicas o exámenes clínicos, etc.), los cuales dependen en gran medida de la complejidad de la afectación de la salud del paciente**, también es cierto que para evaluar la responsabilidad de los profesionales de la salud, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha precisado que su análisis debe realizarse a partir de la verificación, en cada caso concreto, del cumplimiento de los reglamentos y protocolos a los que se encuentre sometido cada procedimiento.”⁷ (énfasis añadido).*

Visto lo anterior, es claro o a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacional, que el riesgo inherente dentro de la responsabilidad civil médica no es un daño indemnizable en la medida en que es un alea o circunstancia propia de la medicina.

Para el caso en concreto, además de las circunstancias de riesgo que presentaba la paciente, se debe poner en presente una declaración que fue recurrente y univoca entra las **DOCTORAS VIVIANA TRINIDAD VALLEJO VALDÉS, LUZ ADRIANA ZAPATA UREÑA Y LUISA FERNANDA SIERRA GARZÓN** respecto de la circunstancia de que la hospitalización de la paciente y/o la toma de una ecografía no hubiese revertido su proceso de aborto espontáneo.

Sobre el particular, se ha dicho lo siguiente:

“No existe ningún tratamiento que pueda detener un aborto espontáneo una vez que ha comenzado. La meta del tratamiento es prevenir una infección y la pérdida de demasiada sangre. Es más probable que estos problemas ocurran cuando el útero no se vacía por completo. (Esto se llama aborto espontáneo incompleto).

En muchas mujeres, el cuerpo completa el aborto espontáneo por sí solo. Si decide no tratar su aborto espontáneo, consulte a su médico. El médico la observará de cerca mientras usted espera que se complete el aborto espontáneo.

Si tiene sangrado intenso o una infección durante el aborto espontáneo, es probable que necesite cirugía para vaciar el útero.

Los medicamentos hacen que el útero se contraiga y se vacíe. Los medicamentos tardan más que un procedimiento en vaciar el útero y pueden causar dolor y efectos secundarios.

La cirugía tiene riesgos, incluyendo riesgos de infección y un posible agujero (perforación) o cicatriz en el útero.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 25 de enero de 2017. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Radicado No. 25000-23-26-000-2003-02133-01(36816)A

Usar medicamentos o esperar a que el útero se vacíe por sí solo no siempre dan resultado. Si los medicamentos, la espera, o ambos no hacen que el útero se vacíe después de varias semanas, es posible que tengan que operarla.”⁸ (subrayado y negritas propias).

*“Amenaza de aborto. Se presenta como sangrado genital o una hemorragia escasa de varios días de evolución, con dolor hipogástrico leve o moderado y cérvix cerrado, es decir, ausencia de modificaciones cervicales y presencia de un embrión vivo dentro de la cavidad intrauterina. **Hasta el 50% de las amenazas de aborto pueden seguir su curso hacia aborto a pesar de las medidas terapéuticas que se establezcan. Su manejo puede ser ambulatorio, para lo cual se deben realizar las siguientes actividades: reposo absoluto por 48 horas**, manejo analgésico, evitar la actividad sexual, hacer tratamiento médico de la causa y las enfermedades asociadas. Sin embargo, debe definirse el pronóstico del embarazo, y para esto se utiliza el ultrasonido, con el fin de evidenciar la vitalidad embrionaria, la implantación del saco o la presencia de sangrado y se debe realizar control clínico a las 48 horas o antes si aumentan los signos o síntomas. Si tras el seguimiento clínico y por ultrasonido no se detecta un embrión vivo intrauterino, debe darse tratamiento, ya sea médico o quirúrgico.”⁹ (subrayado y negritas propias).*

De la doctrina médica traída a colación junto con los testimonios recepcionados por el despacho, se puede decir, sin temor a equivocaciones, que el tratamiento brindado por la E.S.E. Hospital San Jorge Pereira a la paciente fue el adecuado, pues lo cierto es que el aborto que presentaba la paciente era irreversible por más medidas terapéuticas que se tomaran.

Todo lo anterior, sin lugar a dudas, representa el desenlace natural y el riesgo inherente que se presenta en un aborto, por lo que ciertamente el resultado adverso obtenido por la demandante no puede ser imputado a las demandadas en la medida en que el fenómeno mismo del aborto no tiene posibilidad de ser revertido, según la doctrina médica y los testimonios practicados durante este proceso.

En suma, todas y cada una de las pretensiones de la demanda deben ser negadas, pues el daño que los demandantes pretenden endilgar de manera injustificada a las demandadas, constituye el desenlace natural de un aborto.

6.3. FALTA DE ACREDITACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO COMO TÍTULO JURÍDICO DE IMPUTACIÓN DENTRO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE FRENTE A LA E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SAN JORGE PEREIRA

Para el caso en concreto, los demandantes incumplieron con la carga de la prueba a su cargo, pues no probaron, como era su deber, el supuesto hecho de las normas que consagraban el efecto jurídico que perseguían con su demanda, esto es, no probaron una omisión o una acción negligente o irregular de las demandadas y como la presunta falla médica endilgada fue la causa eficiente del

⁸ <https://www.cigna.com/es-us/knowledge-center/hw/temas-de-salud/aborto-espontaneo-tn7433>

⁹ <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/76135/9789584476180.01.pdf?sequence=22&isAllowed=y>

daño sufrido, de hecho, contrario a lo expuesto en la demanda, quedó demostrado que el manejo de la patología presentada fue el correcto pues en casos de aborto, además de ser un fenómeno médico irreversible, el manejo indicado es el realizado por la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira y las omisiones reprochadas por la parte actora no hubiesen tenido ninguna modificación en el desenlace natural de dicho patología, es decir, la hospitalización o la remisión no hubiesen cambiado el hecho de que el aborto ya había iniciado desde antes del ingreso de la paciente a la institución hospitalaria y que su desenlace era el aborto completo.

Para sustentar la defensa que ahora se reitera, debe recordarse que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha abandonado, desde ya varios años atrás, la idea de cualquier presunción probatoria y/o culpabilística en el campo de la responsabilidad médico asistencial, como se puede observar claramente en Sentencias como la del 29 de julio de 2021¹⁰:

“8. La Sala reitera que la falla probada del servicio es el título de imputación aplicable a la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico asistencial. Luego de acudir a criterios como la “falla presunta” o la “teoría de las cargas dinámicas de la prueba”, la jurisprudencia retomó la regla probatoria del artículo 177 CPC, según el cual incumbe a las partes demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen.

El demandante debe, pues, demostrar el daño, la falla por una omisión o una acción negligente o irregular de la entidad estatal y el nexo de causalidad, es decir, que la falla médica fue la causa eficiente del daño sufrido. A pesar de que la carga probatoria es del demandante, la entidad estatal puede exonerar su responsabilidad si acredita la diligencia y cuidado, o que el daño sobrevino como consecuencia de una causa externa, como la culpa de la víctima o el hecho de un tercero, o que fue el desenlace natural de la patología del paciente.

Para acreditar la falla y el nexo causal, el demandante puede acudir a todos los medios de prueba, pero en materia médica cobra especial importancia el dictamen pericial y los indicios, los que, a su vez, pueden establecerse a partir de conductas procesales de las partes, como no aportar la historia clínica o hacerlo de forma incompleta, en los términos del artículo 249 CPC. No obstante, la existencia de indicios no es suficiente por sí misma para estructurar los elementos de la responsabilidad. Es necesario que estos sean coherentes con el resto del acervo probatorio, luego de una valoración bajo los criterios de la sana crítica y las reglas de la experiencia¹¹.” (subrayado y negritas propias).

De igual forma, la sentencia que se trae a colación precisa las formas en las que se puede presentar la falla del servicio en la prestación del servicio médico por error en el diagnóstico y

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE. Sentencia veintinueve (29) de julio de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 05001- 23-31-000-2007-03306-01(46672). Actor: DANIEL ESTEBAN DE LOS RÍOS Y OTROS. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA, POLICÍA NACIONAL. Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, Rad. 15.772, [fundamento jurídico 4], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 349-350, disponible en <https://bit.ly/3gjjduK>.

consecuentemente error en el tratamiento, sobre el particular dice lo siguiente el H. Consejo de Estado:

“9. Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico es el diagnóstico, pues sus resultados permiten elaborar toda la actividad que corresponde al tratamiento médico. El error de diagnóstico, que conlleva a un error en el tratamiento, ocurre (i) por indebida interpretación de los síntomas del paciente; (ii) por la omisión de practicar los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto; (iii) cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente; y (iv) por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento¹².”

Como se observa, en virtud de la falla del servicio médico invocada por los demandantes, estos debían probar que se habían interpretado de forma errónea los síntomas de la paciente, una omisión en la práctica de exámenes que resultaban indicados para el caso en concreto, que no se hubiesen agotado los recursos científicos y técnicos al alcance de la institución médica respectiva para determinar con precisión cuál era la enfermedad que sufría la paciente o no hacer el seguimiento que correspondía a la evolución de la enfermedad.

No obstante lo anterior, lo cierto es que los demandantes nunca aportaron pruebas que sustentara alguna de las hipótesis planteadas por la jurisprudencia como constitutivas de error en el diagnóstico o de tratamiento, pues la única actividad que se limitaron a ejercer fue realizar manifestaciones en su escrito de demanda sin probar por qué el diagnóstico y tratamiento brindado a la señora Luz Adriana Granada Mejía había sido erróneo o sin siquiera precisar cuál era el tratamiento que se debió haber llevado a cabo.

Valga la pena reiterar, una vez más, que como lo concluyeran las **DOCTORAS VIVIANA TRINIDAD VALLEJO VALDÉS, LUZ ADRIANA ZAPATA UREÑA Y LUISA FERNANDA SIERRA GARZÓN** en los testimonios practicados ante este despacho, el aborto presentado por la señora Luz Adriana Granada Mejía sólo tenía un tratamiento ambulatorio mientras se verificaba la vida embrionaria, circunstancia que se alargó en el tiempo debido a la conducta misma de la paciente que abandonó las instalaciones de la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira, circunstancia a la que se añade que las facultativas también concluyeron que por más que se hospitalizara la paciente el desenlace del aborto ya iniciado no iba a cambiar.

Frente a tal desatención probatoria por parte de los demandantes, debe tenerse presente que en procesos como el de marras surte plena aplicación la regla de la carga de la prueba, consistente en que la desatención de la misma implica la negatoria de las pretensiones para quien la tenía a su cargo. En efecto, sobre el particular el profesor Jairo Parra Quijano es claro en indicar lo siguiente:

“9. QUÉ ES CARGA DE LA PRUEBA Y PARA QUÉ SIRVE La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de

¹² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2011, Rad. n°. 19.846 [fundamento jurídico 2.2].

sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.

Utilizamos la palabra para significar que no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte. Por ello se dice: "La jurisprudencia española lo ha entendido correctamente al estimar que la doctrina de los onus probandi tiene el alcance principal de señalar las consecuencias de la falta de prueba".

La necesidad surge de la representación que hace la parte, de conseguir un resultado adverso si un determinado hecho no aparece probado. En la simulación, por ejemplo, el que demanda tiene interés que aparezca probado el no pago del precio. No es esa parte libre, porque tiene una necesidad de que el hecho aparezca probado, pero no que necesariamente ella tenga que probarlo como ya lo hemos indicado. Pero en todo caso no hay libertad, porque hay necesidad y ésta la niega.

Quien prepara la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad que aparezcan demostrados.

La carga de la prueba le permite al juez fallar, cuando el hecho no aparece demostrado, en contra de quien la incumplió.

(...)

La jurisprudencia ha dicho que si el interesado en suministrar la prueba no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida o equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones."¹³

En ese sentido, ante la ausencia de pruebas que acrediten las hipótesis planteadas por los actores en su demanda, los mismos deben correr con la suerte de la aplicación de la carga probatoria, esto es, se deben negar todas y cada una de sus pretensiones al no haber probado la falla del servicio médica en cabeza de las demandadas, ni las razones que, a su juicio, implicaban un error de diagnóstico o de tratamiento.

6.4. FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS PARA CONSIDERAR UNA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O DE SOBREVIDA DEL "NASCITURUS" – LA TEORÍA DE LA PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD NO ESTÁ CONCEBIDA PARA SUBSANAR LAS FALENCIAS DE IMPUTACIÓN JURÍDICA Y CAUSAL QUE PRESENTE LA DEMANDA

¹³ Parra Quijano, J. (2007). MANUAL DE DERECHO PROBATORIO (Décima sexta ed.). Librería Ediciones del Profesional LTDA. Págs. 249 a 250.

Para el caso en concreto tampoco hay lugar a reconocer una pérdida de oportunidad de sobrevivida del feto de la demandante, pues lo cierto es que el dictamen pericial aportado para tal efecto no fue capaz de dilucidar cuál era, a ciencia cierta, el porcentaje probabilístico de supervivencia, máxime cuando todas las pruebas obrantes en el expediente indican que el aborto presentado por la paciente, aun con todas las medidas terapéuticas posibles, hubiese tenido el mismo desenlace, esto es, la ausencia de vida embrionaria.

Con base a lo anterior, conviene reiterar lo dicho en la contestación a la demanda, es decir, que la institución de la pérdida de oportunidad no puede ser una especie de apuesta cuando existe duda sobre la imputación jurídica y causal que se realiza, máxime cuando en este caso existen pruebas dentro del expediente que acreditan que un proceso de aborto no se puede reversar a través de medidas terapéuticas que es precisamente lo que reproche la parte actora. Sobre el particular, el H. Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010, dentro del proceso con radicado No. 05001- 23-26-000-1995-00082-01 (18593) dijo lo siguiente:

“Ya la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho alusión a la exigencia de que para la reparación de la pérdida de una oportunidad se demuestre, de manera clara, cuál era la probabilidad que tenía el perjudicado de alcanzar el beneficio que anhelaba o de evitar el detrimento que le fuere irrogado, de modo que la “la determinación de la pérdida de oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica”.

Se trae a colación lo anterior, por cuanto lo cierto es que la formulación de una pérdida de oportunidad en el caso en concreto por parte de las demandantes parece más una especulación que una imputación seria, ello en la medida en que el perito de la parte demandante no pudo responder a las interrogantes planteadas por el despacho frente a la probabilidad de sobrevivida del feto y mucho menos fue capaz de explicar que protocolos hubiesen evitado el mismo, cuando lo cierto es que las testimoniales recibidas durante el proceso y la doctrina médica indican que una vez iniciado el proceso de aborto, sólo queda darle un manejo ambulatorio mediante el reposo y la comprobación de vida mediante ayudas diagnósticas.

Conforme a lo anterior, se tiene que no existe siquiera un mínimo de certeza sobre la probabilidad de sobrevivida del hijo por nacer de la señora Luz Adriana Granada, esto es, en otras palabras, ni la prueba pericial decretada a instancias de la parte demandante, ni los testimonios y mucho menos la doctrina médica establecen que un aborto pueda ser reversado, sino todo lo contrario, pues una vez iniciado sólo queda guardar reposo para verificar posteriormente que el mismo no se haya completado.

Ante el hecho de que la señora Luz Adriana Granada llegó a la E.S.E Hospital Universitario San Jorge Pereira con un aborto que ya había iniciado, teniendo una evolución de aproximadamente dos (2) días, resulta claro que para ese momento no se podía hacer nada distinto que darle un manejo ambulatorio y proseguir con lo establecido en las guías y protocolos clínicos como lo era el procedimiento de legrado.

Por todo lo anterior, y ante la inexistencia de siquiera un porcentaje mínimo de probabilidad de sobrevivencia del hijo por nacer de la señora Luz Adriana Granada, se tiene que las pretensiones de la demanda se encuentran condenadas al fracaso pues lo cierto es que en el caso en concreto no se encuentra reunidos los presupuestos necesarios para la aplicación de una pérdida de la oportunidad.

6.5. LA OBLIGACIÓN DE LA E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SAN JORGE PEREIRA ERA DE MEDIO Y NO DE RESULTADO

Como se ha venido explicando a lo largo de este proceso, la obligación médica de la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira es de medios más no de resultados, máxime si se tiene en cuenta los antecedentes de la paciente, la irreversibilidad de su aborto natural y su poca y/o nula adherencia al tratamiento indicado, circunstancias que superan la diligencia exigible a los facultativos de dicha entidad, pues lo cierto es que nadie está obligado a lo imposible y la obligación del galeno no se extiende hasta garantizar que el paciente cumpla con los deberes que están a su cargo.

Debido a lo anterior debe recordarse que en la actividad médica surgen una serie de obligaciones, llamadas por la doctrina y jurisprudencia, como de medios o de resultado, las primeras de ellas, que son la regla general en la profesión médica, se caracterizan, en opinión de la doctrina nacional, por lo siguiente:

“5.2.1. Significado de las obligaciones de medios

(...)

*... lo que se debe en desarrollo de un contrato médico – ordinario – es la prestación eficiente de un servicio, o la ejecución diligente y cumplida de una conducta profesional, y **no el resultado, en sí mismo considerado, el cual escapa al control – y manejo – del responsable del débito – salvo pacto en contrario, de suyo válido –**, quien desplegará los medios, pero sin poder asegurar un específico logro. De allí que para algunos doctrinantes, sobre todo de nacionalidad francesa, **esta sea una típica ‘obligación de diligencia’, dado que se agota con la actuación prudente, al margen de lo que pueda acaecer ulteriormente, como respuesta a numerosos e imponderables factores que se anidan en la periferia del acto médico.** Con todo, en punto a actividades técnicas, y la medicina no lo es, no puede pretextarse cualquier despliegue o, mejor aún, cualquier esfuerzo efectuado por parte del galeno, puesto que se requerirá, como lo recuerda autorizada doctrina, “... la ejecución experta de la prestación”, habida cuenta de que no se trata simplemente de colocar los medios, sino de colocarlos debida y cabalmente, o sea en función de los dictados de la *lex artis*. No es un problema, pues, de comprobar la realización de un mero *facere*, sino de **hacer cabalmente las cosas: el acto médico, más allá del resultado obtenido** (*eventus adversus*).*

Lo anterior explica que al momento de desarrollar el tema de las obligaciones y deberes médicos, pusiéramos de presente que el deber de prestación céntrico o primario del galeno consiste en la asistencia médica – o ‘prestación de salud’ –, la

que comprende, in extenso, los cuidados médicos o sanitarios y, en estricto rigor, la auscultación previa y el diagnóstico profesional; el tratamiento ulterior y, a veces, la operatoria (intervención quirúrgica), grosso modo (...)"¹⁴ (énfasis añadido).

De igual forma, el H. Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia desde el año 1992 ha establecido que las obligaciones que surgen de la actividad médica son de medio más no de resultado:

"También pone de presente la sala que al revocar la decisión del a - quo no está partiendo del supuesto que la obligación médica implica una obligación de resultado. No, es una obligación medio, tal como ha tenido oportunidad de afirmarlo en varias sentencias y en especial en la de octubre 7 de 1991, en la cual esta misma sala anotó:

*"La sala al confirmar la decisión del a - quo quiere recalcar, para evitar equívocos, que cuando cuestiona el servicio médico oficial no parte del supuesto de que en éste va envuelta una obligación de resultado. No podría aceptar, entonces, vbgr. que en todo caso de muerte se presume la falla del servicio o la culpa personal del médico. No, **la obligación de este frente a su paciente es de medio - vale decir, que este cumple a cabalidad y no compromete su responsabilidad ni la del ente a que pertenece, cuando pone a disposición de aquél toda su ciencia y los medios adecuados, aconsejables y oportunos que la infraestructura del servicio debe poseer.** (Proceso No. 6367 Actor: Fabrio Buriticá Valencia Ponente: Carlos Betancur Jaramillo)." ¹⁵ (énfasis añadido).*

Posición jurisprudencial que ha sido reiterada en sentencias como la del 6 de diciembre de 2017:

*"En este punto de la providencia resulta oportuno señalar que la jurisprudencia ha sido reiterada en destacar que **la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, razón por la cual los galenos están en la obligación de realizar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que, como es natural, implican riesgos de complicaciones, que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina, de conformidad con la lex artis, a agotar todos los medios que estén a su alcance para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente**"^{16, 17} (énfasis añadido).*

¹⁴ Jaramillo Jaramillo, C. I. (2011). Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente (Segunda ed.). Grupo Editorial Ibañez - Pontificia Universidad Javeriana. Págs. 321-323.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de febrero de 1992. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Radicado No. CE-SEC3-EXP1992-N6477

¹⁶ Ver, entre otras, la sentencia del 27 de enero de 2016, proferida por esta Subsección, con ponencia del Magistrado Hernán Andrade Rincón, Expediente: 29.728.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 6 de diciembre de 2017. Consejera Ponente: Marta nubia Velásquez Rico. Radicado No. 08001-23-31-000-2002-02725-01(43847)

Y en sentencias como la del 9 de julio de 2018, donde el H. Consejo de Estado recordó lo siguiente:

*“En este sentido, es pertinente recordar que **las obligaciones derivadas de la actividad médica son de medio y no de resultado, razón por la que el deber que tienen los profesionales de la salud se circunscribe a “desplegar una actividad diligente, enderezada a satisfacer en lo posible, el interés primario de su [paciente] que dista de un resultado particular (...)”**³⁵, tal como se evidencia en el caso de autos, donde está probado que la entidad demandada y el personal médico, pusieron a disposición del paciente todos los medios humanos y científicos para garantizarle su derecho a la salud.”¹⁸ (énfasis añadido).*

Como se observa de la doctrina y jurisprudencia traída a colación, el juicio de responsabilidad médica exige por parte de las instituciones prestadoras del servicio el despliegue de una actividad diligente enderezada a satisfacer, en lo posible, el interés primario del paciente, más no el resultado. Para el caso en concreto, de la historia clínica de la señora Luz Adriana Granada Mejía, se observa que la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira actuó de manera diligente en el proceso de aborto presentado en la paciente, veamos:

Está documentado en Historia Clínica que la señora Luz Adriana Granada Mejía acudió al servicio de urgencias de la E.S.E. SALUD PEREIRA el día 19 de mayo de 2018, refiriendo que se encontraba en estado de embarazo (6 semanas), y que desde el día anterior estaba presentando un cuadro relacionado con sangrado y dolor abdominal muy fuerte.

El médico tratante de la E.S.E. SALUD PEREIRA al valorar a la paciente, consideró pertinente, para definir el manejo a seguir, ordenar la práctica de una prueba de embarazo. La prueba de embarazo dio positivo y se ordenó una “Ecografía Transvaginal” para determinar la existencia de un aborto espontáneo, dado el diagnóstico de “Amenaza de Aborto” que fue confirmado por el personal médico de la E.S.E. SALUD PEREIRA siendo las 09:46 AM del día 19 de mayo de 2018.

La Ecografía Transvaginal ordenada por la E.S.E. SALUD PEREIRA, por razones ajenas al suscrito y que no están consignadas en las Historias Clínicas y en ningún otro medio probatorio de carácter documental, no fue practicada en dicho Ente Hospitalario.

Posteriormente, luego de haber transcurrido más de cuatro (4) horas con respecto al egreso en la E.S.E. SALUD PEREIRA, la señora Luz Adriana Granada acudió al servicio de urgencias del HOSPITAL SAN JORGE DE PEREIRA siendo las 16:49 PM, describiendo un cuadro clínico: “DE 2 DÍAS DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN SANGRADO ROJO RUTILANTE ABUNDANTE CON COAGULOS ASOCIADOS A DOLOR TIPO COLICO QUE SE IRRADIA A REGIÓN LUMBAR, NIEGA FIEBRE, NIEGA SINTOMAS PREMONITORIOS, NIEGA SINTOMAS URINARIOS, TRAE PRUEBA DE EMBARAZO CUALITATIVA POSITIVA, NO HABIA ASISTIDO A NINGUN CONTROL PRENATAL, NO TRAE PARACLINICOS.”

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2018. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicado No. 08001-23-31-000-2000-01774-01(44961)

Al ser valorada la paciente en el Triage del Hospital Universitario San Jorge de Pereira se le dio clasificación III, lo cual implicaba un tiempo de espera en la atención de 1 a 3 horas, como bien lo refrendan los protocolos y el Ministerio de Salud, pues en estos eventos: “la condición clínica del paciente requiere de medidas diagnósticas y terapéuticas en urgencias. Son aquellos pacientes que necesitan un examen complementario o un tratamiento rápido, dado que se encuentran estables desde el punto de vista fisiológico aunque su situación puede empeorar si no se actúa.”

De la lectura del Reporte de Triage se establece que la paciente se encontraba en un adecuado estado general y que al momento de practicársele un rastreo ecográfico no se evidenció “saco ni embrión y un útero heterogéneo”, lo que indicaba y concluía que al momento de su consulta en el Hospital San Jorge de Pereira ya se había producido un aborto. Restando por establecerse si el mismo era incompleto como lo sospechaba el personal médico o por el contrario completo, de ahí que se haya decidido ordenar la toma de un examen ecográfico y diagnosticar un ABORTO ESPONTANEO INCOMPLETO, SIN COMPLICACIÓN

La toma del examen ecográfico ordenado con el propósito de establecer si el aborto había sido completo o incompleto no fue posible practicarse, habida cuenta que la paciente decidió abandonar el ente Hospitalario por voluntad propia, pasados 40 minutos desde su valoración por TRIAGE. Ello se desprende de la queja promovida ante la Secretaría de Salud de la Gobernación de Risaralda, aportada como prueba documental de la demanda. Veamos:

Número de identificación:	29159525
Descripción: usuaria que interpone queja por deficiencias en la atención medica recibida en hospital san jorge, paciente ingresa el 19 de mayo de 2018 con embarazo de 6 semanas y presentaba sangrado abundante, manifiesta la usuaria que no recibió la atención adecuada, ya que al parecer y según diagnostico de la doctora que le atendió debía ser hospitalizada, y que se acercara a facturación para reclamar los insumos y hacer la hospitalización, en facturación le dijeron que no la podían hospitalizar por el triage que tenia que el medico debería cambiarlo, ante ello la medico manifestó que no lo podía cambiar, así las cosas el esposo de la paciente pregunto que cual era el procedimiento para que la atendieran, dijeron que entonces no la podían hospitalizar, ante esto el esposo de la paciente manifestó que si lo que querían era hacerle el paseo de la muerte, ante lo cual la medico dijo que eso era un irrespeto hacia los estudiantes y que eso no lo permitía. manifiesta el usuario que en fin de cuentas la doctora se negó a prestar la atención requerida por la paciente, en el área administrativa estuvieron comunicándose con la e.p.s donde le informaron que debería ser atendida, lo cual no fue posible, despues de aproximadante 40 minutos la paciente en compañía de su esposo deciden abandonar el hospital. se solicita se realice investigación debido a la defienca en la atención y negación del servicio por parte de la medico que vio a la paciente.	

De lo hasta aquí expuesto se puede concluir, sin lugar a dudas, que la E.S.E Hospital Universitario San Jorge Pereira cumplió a cabalidad con los protocolos y guías indicadas para el manejo de la paciente, circunstancia que se vio únicamente interrumpida por la misma demandante quien decidió abandonar las instalaciones de dicho institución hospitalaria.

Por todo lo anterior, y ante la comprobada diligencia y cuidado de la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira, se deben negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

6.6. INIMPUTABILIDAD DE LOS PERJUICIOS MORALES SOLICITADOS

En la medida en que se ha demostrado con los argumentos aquí expuestos y las pruebas practicadas durante el proceso que, el proceso de aborto presentado por la demandante Luz Adriana Granada Mejía no fue de ninguna manera imputable a las demandadas, especialmente, no fue imputable a la E.S.E Hospital Universitario San Jorge Pereira, debido que dicha paciente llegó a la institución hospitalaria en cuestión cuando el fenómeno natural ya se había presentado, se tiene, por lógica, que las consecuencias del supuesto daño antijurídico sufrido por los demandantes, esto es, los perjuicios morales, tampoco resultan ser imputables a la conducta diligente y cuidadosa de las demandadas.

Por todo lo anterior, solicito respetuosamente negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

VII. ARGUMENTOS QUE DESARROLLAN LAS RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS FRENTE A LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL ASEGURADO (E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SAN JORGE PEREIRA) Y ALLIANZ SEGUROS S.A.

7.1. AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DEBIDO A LA MODALIDAD “CLAIMS MADE” PACTADA EN EL CONTRATO DE SEGURO DOCUMENTADO EN LA PÓLIZA No. 022222063/0 – LA PRIMERA RECLAMACIÓN ESCRITA PRESENTADA POR LAS VÍCTIMAS AL ASEGURADO SE FORMULÓ POR FUERA DE LA VIGENCIA PACTADA

Para el presente caso, resulta imposible proferir cualquier condena respecto de Allianz Seguros S.A., pues lo cierto es que la Póliza No. 022222063/0, en virtud de la cual fue llamada en garantía mi representada, **NO CUBRE LAS RECLAMACIONES FORMULADAS POR TERCEROS (VÍCTIMAS) POR FUERA DE SU VIGENCIA**, todo ello de conformidad con la libertad de la compañía aseguradora para asumir riesgos a su arbitrio (artículo 1056 C.Co.) y la modalidad de reclamación o Claims Made consagrada en el artículo 4º de la Ley 389 de 1997.

Para sustentar la presente excepción que resulta ser de suma importancia para las resultas de este proceso, pues, refleja que Allianz Seguros S.A. **no** ofreció cobertura frente a la reclamación que da origen a esta controversia y por el cual es llamada en garantía, se debe iniciar recordando que, junto con la modalidad de cobertura existente en el Código de Comercio denominada por ocurrencia u ocurrencia basis, existe también dentro de nuestro ordenamiento jurídico desde el año 1997, en virtud de la Ley 389 de dicho año, las modalidades de cobertura denominadas por reclamación o Claims Made y sunset, siendo para el presente caso importante entender la primera.

El legislador, a través de la Ley 389 de 1997, dispuso lo siguiente sobre la modalidad Claims Made, lo cual traigo a colación:

“ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el

damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

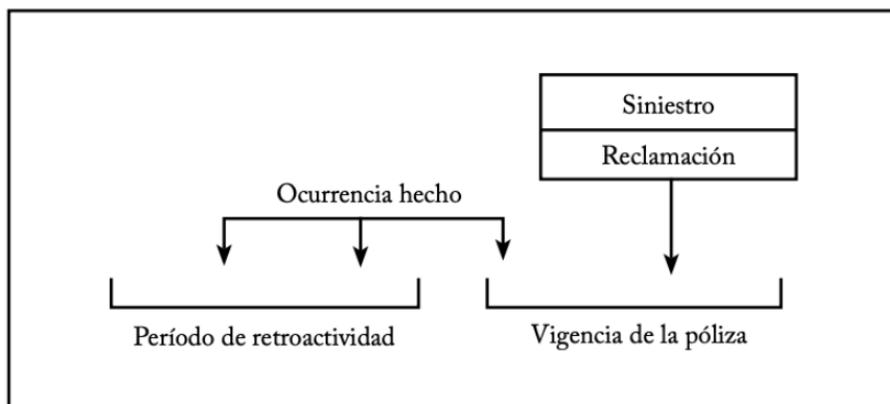
Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.” (subrayado y negritas propias).

Sobre esta modalidad de cobertura, es decir, por reclamación o Claims Made en el seguro de responsabilidad, la doctrina nacional se ha pronunciado al unísono indicando que la cobertura está caracterizada por lo siguiente:

“2.1. Modalidad de reclamación Este tipo de cobertura refleja la estructura internacional del sistema claims made, en la cual **la póliza cubre solamente las reclamaciones que se formulen al asegurado o al asegurador durante su vigencia.** La norma señala específicamente la reclamación tanto al asegurado como al asegurador, dado que desde la Ley 45 de 1990 la víctima tiene acción directa en contra del asegurador.

A estas hipótesis se restringe el riesgo asegurado. Esto significa que, en un contexto amplio, el riesgo asegurable es la responsabilidad civil; pero en forma específica, **para esta modalidad, la ley lo delimita a los reclamos formulados durante la vigencia,** así los hechos generadores de responsabilidad hayan ocurrido con anterioridad (véase ilustración 9.3).

Ilustración 9.3. Seguro RC Modalidad reclamación
Artículo 4, inciso 1 de la Ley 389 de 1997



En efecto, la misma ley permite a las partes circunscribir la cobertura del seguro a las reclamaciones formuladas por la víctima, estableciendo una noción distinta de riesgo asegurado en el seguro de responsabilidad civil cuando se aplica esta alternativa.

En este orden de ideas, puede existir un hecho constitutivo de responsabilidad, aunque no necesariamente un siniestro, ya que éste consiste en la reclamación judicial o extrajudicial, la cual puede no materializarse.

Si conforme al artículo 1072 del Código de Comercio siniestro es la realización del riesgo asegurado, **es necesario concluir que la Ley 389 de 1997 en su artículo 4, inciso 1, modificó el concepto de siniestro para esta modalidad en particular. En otros términos, si con base en esta ley los contratantes pactaron que el riesgo asegurado se refiere a las reclamaciones presentadas durante la vigencia, para estos efectos habrá que entender modificado el artículo 1131 del Código de Comercio y, en consecuencia, concluir que el siniestro se presenta en el momento de la reclamación y no cuando acaezca el hecho externo imputable al asegurado. El artículo 1131 citado mantiene su entera vigencia para la modalidad de ocurrencia.**

(...)

En síntesis, las características primordiales de la modalidad de reclamación son:

- **El siniestro es la reclamación judicial o extrajudicial de la víctima al asegurado o al asegurador.**
- **La reclamación tiene que presentarse durante la vigencia de la póliza.**
- Los hechos sobre los cuales se basa la reclamación deben ser desconocidos por el asegurado.
- Tales hechos deben ocurrir durante la vigencia del seguro o con anterioridad a su iniciación sin límite de tiempo o dentro del período de retroactividad que las partes acuerden.

(...)¹⁹ (subrayado y negritas propias).

Como se observa de lo explicado por el profesor Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz, en la modalidad por reclamación o Claims Made, es necesario que la reclamación se presente durante la vigencia de la Póliza.

De igual forma, otro sector de la doctrina nacional comenta lo siguiente:

“5.2. Claims Made

Por lo descrito, en Colombia, a partir de 1997, se permitió que **la cobertura del seguro de responsabilidad civil se pudiera circunscribir a las reclamaciones formuladas por la víctima al asegurado o al asegurador durante la vigencia del contrato de seguro**, aunque se tratara de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación (artículo 4 de la Ley 389 de 1997). Esta modalidad de cobertura es conocida como claims made. En esta, **la responsabilidad de la compañía de seguros no estará determinada por los daños que cause el asegurado durante la vigencia del contrato de seguro, sino que el evento relevante para que surja en cabeza de ella la obligación indemnizatoria es que la víctima**

¹⁹ Díaz-Granados Ortiz, J. M. (2012). El seguro de responsabilidad. Pontificia Universidad Javeriana. Págs. 178 – 182.

reclame por primera vez y dentro de la vigencia del seguro, al responsable asegurado o a la misma aseguradora, una indemnización de perjuicios encaminada a reparar un daño causado por aquel.

(...)²⁰ (subrayado y negritas propias).

“3.3.2 “Claims made”

*con retroactividad Bajo esta modalidad de “claims made” **se da cobertura a aquellas reclamaciones que se presenten en vigencia de la póliza** y que tengan su origen en hechos y circunstancias acaecidas durante la vigencia de la misma o incluso con anterioridad al inicio de su vigencia, siempre y cuando dichos hechos se hubieren producido con posterioridad a la fecha máxima de retroactividad establecida por el asegurador en las condiciones particulares del seguro. En otras palabras, se permite adicionalmente brindar amparo a reclamaciones generadas por hechos ocurridos con anterioridad, al inicio de la vigencia de la póliza, siempre y cuando los mismos se encuentren dentro del rango de tiempo pretérito otorgado.”²¹ (subrayado y negritas propias).*

En suma, para que un riesgo sea cubierto por un seguro pactado bajo la modalidad de reclamación o Claims Made, resulta absolutamente necesario que los hechos ocurran dentro de la vigencia de la póliza y/o dentro del periodo de retroactividad pactado, pero, además, y esto es lo más importante para el caso que ahora ocupa la atención del despacho, la reclamación judicial o extrajudicial que le formula la víctima al asegurado debe presentarse durante la vigencia del seguro, por lo que la concurrencia de ambas condiciones: hecho ocurrido durante la vigencia y/o el periodo de retroactividad y la reclamación presentada por la víctima durante la vigencia de la Póliza, se constituyen en factores *sin a qua non* para la efectivada del negocio jurídico en cuestión, o, en otras palabras, la ausencia de verificación de alguna de las dos impide que nazca la obligación indemnizatoria a cargo de la compañía aseguradora.

Para el caso en concreto, tenemos que la Póliza No. 022222063/0, se pactó bajo la modalidad de cobertura por reclamación o *Claims Made* con un periodo de retroactividad claro y definido, como se observa claramente en las condiciones particulares vertidas en la misma, como se pasa a exponer:

**Póliza y
duración:**

Póliza nº: 022222063 / 0
Duración: Desde las 00:00 horas del 31/01/2018 hasta las 24:00 horas del 30/01/2019.

Importes expresados en PESO COLOMBIANO.

²⁰

²¹ Uribe Lozada, N. (2016). Análisis Técnico-Jurídico de la modalidad de cobertura por reclamación o “Claims Made” en los seguros de responsabilidad civil a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 25(44). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris44.atjm>

Ambito Temporal

CLAIMS MADE

Bajo la presente póliza se amparan las indemnizaciones por las reclamaciones escritas presentadas por los terceros afectados y por primera vez al asegurado o a la aseguradora durante la vigencia de la póliza, siempre y cuando se trate de hechos ocurridos durante la misma vigencia o dentro de las vigencias anteriores contadas a partir de ENERO 31 DE 2013 y por los cuales el asegurado sea civilmente responsable.

En concordancia con lo anterior y teniendo claro que la reclamación debía realizarse durante la vigencia de la Póliza que iba desde el 31 de enero de 2018 hasta el 30 de enero de 2019, se tiene que la solicitud de indemnización extrajudicial realizada por los ahora demandantes al asegurado E.S.E. Hospital Universitario San Jorge Pereira se formuló **por fuera de la vigencia establecida**, veamos:

	PROCESO: INTERVENCIÓN	Fecha de Revisión	14/11/2018
	SUBPROCESO: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	Fecha de Aprobación	14/11/2018
	FORMATO CONSTANCIAS DE TRAMITE CONCILIATORIO EXTRAJUDICIAL ADMINISTRATIVO	Versión	1
	CÓDIGO: REG-IN-CE-006	Página	Página 1 de 3

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
PROCURADURÍA 157 JUDICIAL II PARA ASUNTOS DE CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA	
Radicación N.º 2020 – 088 de 18 de mayo del 2020	
Convocante (s):	LUZ ADRIANA GRANADA MEJIA Y EL SEÑOR LUIS EVER SOTO ZULUAGA EN NOMBRE PROPIO Y EN CALIDAD DE PADRES DEL NASCITURUS Y EN REPRESENTACIÓN LEGAL DEL MENOR JAIDER MATEO SOTO GRANADA Y MARIA CENEIDA MEJIA CASTAÑO
Convocado (s):	E.S.E. SALUD PEREIRA Y <u>E.S.E UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA</u>
VINCULADA:	PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.
Medio de Control:	REPARACION DIRECTA

3. El día de la audiencia celebrada el 29 de Julio del 2020, la conciliación se realizó de forma virtual y se declaró fallida ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo por no existir ánimo conciliatorio entre las partes.

4. De conformidad con lo anteriormente expuesto, se da por agotado el requisito de procedibilidad exigido para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 35 y 37 de la Ley 640 de 2001, en concordancia con lo establecido en el artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

5. No se ordena devolución de copia o documento alguno en la medida en que el trámite se surtió digitalmente y todas las partes poseen copias de estos. Sin embargo, en el momento en que cualquiera de las partes así lo solicite, se le suministrará copia magética de lo actuado.

Dada en Pereira, a los veintinueve (29) días del mes de Julio del año 2020.


HERNEY DE JESUS ORTIZ MORCADA
Procurador 157 Judicial II para asuntos de conciliación administrativa

Como se podrá observar, mientras que la vigencia de la Póliza iba desde el **31 de enero de 2018 hasta el 30 de enero de 2019**, la primera reclamación escrita presentada por los terceros afectados al asegurado E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira se formuló hasta el **18 de mayo de 2020** y la audiencia de conciliación extrajudicial se surtió hasta el día **29 de julio de 2020**, por lo que es absolutamente claro que para el caso *sub examine* **LA RECLAMACIÓN DE LAS VÍCTIMAS SE PRESENTÓ POR FUERA DE LA VIGENCIA PACTADA EN LA PÓLIZA No. 022222063/0.**

Visto todo lo anterior, se tiene que resulta imposible afectar la Póliza No. 022222063/0, en virtud de la cual fue llamada en garantía Allianz Seguros S.A., pues de su condicionado particular emerge con total claridad que dicho contrato de seguro se pactó bajo la modalidad de cobertura Claims Made, es decir, que solo se cubrían las reclamaciones formuladas durante la vigencia de la póliza y debido a que, como se vio, dicha reclamación ocurrió posteriormente a la vigencia pactada, debe concluirse que no existe cobertura temporal para los hechos que ahora se debaten ante este despacho y mi representada no tiene ninguna obligación legal y/o contractual de responder por las resultas de este proceso.

Por todo lo anterior, solicito respetuosamente al despacho declarar probada la excepción al no haberse formulado la reclamación de los ahora demandantes dentro de la vigencia pactada en la Póliza No. 022222063/0 y, en consecuencia, negar todas y cada una de las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira en contra de mi representada.

7.2. NO SE DEMOSTRÓ LA REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA No. 022222063/0 Y, POR TANTO, NO EXISTE OBLIGACIÓN ALGUNA A CARGO DE ALLIANZ SEGUROS S.A.

Se propone la anterior excepción, como consecuencia de los argumentos planteados anteriormente, pues al ser la reclamación judicial o extrajudicial de las víctimas el siniestro en los seguros de responsabilidad civil pactados bajo la modalidad Claims Made, se tiene que para el caso

en concreto no ha ocurrido lo dispuesto en el artículo 1072 del Código de Comercio, esto es, no se ha realizado el riesgo asegurado en la medida en que **durante la vigencia de la Póliza No. 022222063/0 no se formuló ninguna reclamación** ni contra el asegurado E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira ni mucho menos contra mi representada.

Para fundamentar la excepción que ahora se propone, debe tenerse en mente que en los seguros bajo la modalidad por reclamación o Claims Made, el siniestro es la reclamación misma, según lo ha expuesto la doctrina:

*“Con fundamento en los argumentos enunciados atrás se considera que la solución más sólida jurídicamente hablando, es la sostenida por la corriente mayoritaria, razón por la que se comparte sin salvedad alguna, que **en los seguros de responsabilidad bajo la modalidad por reclamación o claims made se modificó la configuración del siniestro, siendo ahora este, la reclamación misma** y no el acaecimiento del hecho dañoso, con todas las consecuencias, implicaciones jurídicas que de dicho señalamiento se desprenden.”²² (subrayado y negritas propias).*

En esa medida y articulando la forma en que opera la modalidad *Claims Made*, se tiene lo siguiente: si durante la vigencia de la Póliza No. 022222063/0 no se recibió ningún reclamo de terceros (víctimas), sencillamente no se produjo ningún siniestro y por ende el hecho futuro e incierto (reclamación) del cual pende la obligación indemnizatoria de mi representada **NUNCA** se verificó.

Por todo lo anterior, respetuosamente solicito al despacho declarar probada la excepción propuesta a la hora de contestar la demanda y que aquí se reitera y en consecuencia negar todas y cada una de las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

7.3. EXCLUSIONES PACTADAS EN LA PÓLIZA No. 022222063/0

Las exclusiones en los contratos de seguros son definidas por la fundación Mapfre como: *“Decisión, que generalmente corresponde a la entidad asegurada, en virtud de la cual no están incluidos en las coberturas de la póliza determinados riesgos o, quedando incluidos estos, las garantías del contrato no surtirán efecto cuando concurren determinadas circunstancias o condiciones preestablecidas.”* (Negrita adrede).

En este entendido, encontramos que en el contrato de seguro que nos ocupa (Póliza No. 022222063/0), si bien dispuso extender su cobertura al caso específico del aborto, es decir, al hecho que motivó la demanda, lo delimitó al cumplimiento de la siguiente condición o circunstancia:

²² Uribe Lozada, N. (2016). Análisis Técnico-Jurídico de la modalidad de cobertura por reclamación o “Claims Made” en los seguros de responsabilidad civil a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 25(44). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris44.atjm>

5. Derivadas de la ineficacia de cualquier tratamiento cuyo objeto sea el impedimento o la provocación de un embarazo o de una procreación. Para el caso específico del aborto solo quedan amparados los daños a consecuencia de una intervención que corresponda al cumplimiento de una obligación legal.

Por tal razón, así se llegare a encontrar en un remoto evento responsable a nuestro asegurado, claro es que no se podrá afectar la póliza objeto de la presente convocatoria, toda vez que, como lo vimos en el pronunciamiento frente a la demanda, el daño que hoy se alega no fue a consecuencia de una intervención directa o indirecta del Hospital Universitario San Jorge de Pereira. Recordemos que para el momento en que la señora Luz Adriana Granada arribó al servicio de urgencias y fue valorada en el TRIAGE, ya no había presencia del saco gestacional y mucho menos del embrión. En otros términos, ya se había producido el aborto.

Por ello, la póliza no puede ofrecer garantía para el caso que nos atañe, pues no se cumplió con la condición o circunstancia a que estaba delimitado el amparo del aborto.

7.4. LÍMITE DE COBERTURA PACTADO EN LA PÓLIZA No. 022222063/0

De manera ilustrativa y sin aceptar responsabilidad alguna se informa que el contrato de seguro pactado tiene un monto máximo, tanto por evento como por vigencia del seguro. Respetuosamente se solicita tener en cuenta el clausulado, porque como lo indica el doctrinante Ossa, 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 la observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanar”*²³. En ese sentido, de acuerdo con el pacta sunt servanda, constituye ley para las partes los límites positivos (amparos) y los límites negativos (exclusiones) estipulados en el contrato de seguro.

Así, la póliza indicada contempla el siguiente tope máximo por vigencia y evento:

Coberturas contratadas		
Coberturas	Límite Asegurado Evento	Límite Asegurado Vigencia
1.Predios, Labores y Operaciones	2.200.000.000,00	2.200.000.000,00
10.RC. Profesional	2.200.000.000,00	2.200.000.000,00

El amparo cubierto tiene un tope máximo de \$2.200.000.000,00 de pesos por vigencia y/o evento. Este valor se encontrará disponible de acuerdo con los siniestros que se hayan materializado en la vigencia de la póliza. El valor máximo de \$2.200.000.000,00 se condiciona a que en la vigencia total

²³ Ossa G. J., Efrén. Teoría General del Seguro: El contrato. Editorial Temis. 1991.

de la póliza no se hubiera indemnizado por otras reclamaciones pagadas conforme a la Póliza 022222063/0. Lógicamente este valor se va reduciendo con cada siniestro pagado judicial o extrajudicialmente.

Lo anterior 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, salvo en el caso de los sublímites, en los cuales el mismo se encuentra disminuido para determinados amparos.

7.5. DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA No. 022222063/0

En la Póliza No. 022222063/0 se pactó como deducible el “10% sobre el valor de la pérdida, mínimo COP \$5.000.000”, por lo que, en el hipotético y remoto caso que se accedan a las infundadas pretensiones de la demanda, le corresponde al asegurado soportar las consecuencias económicas del siniestro en los porcentajes previamente indicados, siempre aplicando el porcentaje mayor de deducible.

La profesora María Cristina Isaza Posse refiriéndose a la jurisprudencia arbitral y a la doctrina nacional, define el concepto de deducible en el contrato de seguro de la siguiente forma:

“La jurisprudencia arbitral colombiana se ha referido al deducible de la siguiente manera.²⁴

*3.5.3. El deducible en el contrato de seguro El artículo 1079 del Código de Comercio establece que “el asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”. De allí se desprende que, en primer lugar, la responsabilidad del asegurador está limitada, cuantitativamente, al monto de la suma asegurada. Sin embargo, **en ejercicio de la autonomía privada, también es posible pactar que el asegurado asuma un porcentaje o una cuota del riesgo que pretende trasladar a la aseguradora.** Las convenciones en ese sentido se denominan “deducible” y se encuentran definidas en el artículo 1103 del Código de Comercio como las “cláusulas según las cuales el asegurado debe soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño”. **Se trata, entonces, de la participación del asegurado en la asunción de los efectos patrimoniales del siniestro, que puede pactarse como una suma fija o como un porcentaje del valor asegurado. Como su nombre lo indica tal importe será “deducido” de la suma que la aseguradora debe reconocerle al asegurado, puesto que está a cargo de este último.***

La doctrina ha definido el deducible como “la primera parte de la pérdida que el asegurado asume sobre el monto indemnizable de un siniestro. Puede consistir en una suma fija o en un porcentaje del quantum de la indemnización o en una

²⁴ Laudo Arbitral. Colpensiones contra AXA Colpatria Seguros S.A. Diciembre 22 de 2020. Árbitros: Arturo Solarte Rodríguez; Juan Carlos Esguerra Portocarrero; Alejandro Venegas Franco.

combinación de ambos”.²⁵ En este sentido opera como un mecanismo para compartir los riesgos entre la aseguradora y el asegurado, quien deberá soportar una porción de la pérdida. En consecuencia, en cada caso habrá que analizar el pacto de las partes para determinar el valor efectivo que la aseguradora debe pagar, luego de aplicar el deducible correspondiente.”²⁶ (subrayado y negritas propias).

Para el caso en concreto, se tiene que la Póliza No. 022222063/0 contempló el siguiente deducible:

DEDUCIBLES: (para toda y cada pérdida)

El deducible convenido se aplicará a cada reclamación presentada contra el asegurado, así como a los gastos de defensa que se generen, con independencia de la causa o de la razón de su presentación, o de la existencia de una sentencia ejecutoriada o no.

10% sobre el valor de la pérdida, mínimo COP\$5.000.000

Por ello, y en el hipotético y poco probable evento de que se emita sentencia condenatoria, se le solicita respetuosamente al despacho aplicar el deducible pactado, declarando que el asegurado tiene que soportar las consecuencias económicas del siniestro en los porcentajes previamente mencionados.

7.6. PAGO POR REEMBOLSO

Por último, debe precisarse que en el hipotético y remoto evento en el cual el despacho decida acceder a las infundadas pretensiones de la demanda, aun ante la prueba de la diligencia y cuidado de la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira, el pago que se le imponga mi representada deberá hacerse por reembolso.

Para sustentar el argumento propuesto debe tenerse presente que mi representada concurrió al presente proceso como llamada en garantía por parte de la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira, por lo que sólo tendría obligación, en el hipotético y muy remoto caso de que se le encontrase responsable, de reembolsarle total o parcialmente al demandado el pago de la condena impuesta, pero no debe quedar obligado a pagarle directamente a las víctimas. A la anterior conclusión arriba la doctrina, como lo expone el profesor Henry Sanabria Santos en su libro de derecho procesal:

“Mayoritariamente se ha entendido que el llamado en garantía solo tiene una obligación de reembolsarle total o parcialmente al demandado el pago de la condena impuesta o a indemnizarle el perjuicio sufrido al demandado, pero nunca directamente al demandante, puesto que las pretensiones de este solo tienen como sujeto pasivo al demandado y no al llamado en garantía. La responsabilidad

²⁵ Narváez Bonnet, Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero. Tercera edición. Bogotá: Ed. Grupo Editorial Ibáñez, 2014, p.373

²⁶ Isaza Posse, M. C. (2021). El deducible en el seguro de responsabilidad civil en Colombia. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 30(54). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris54.dsrc>

del llamado en garantía en este caso se limita a reembolsarle al demandado todo o parte de la condena que ha pagado.

Así pues, si la víctima promueve proceso de responsabilidad civil extracontractual en contra del causante del daño, que a su vez llama en garantía a una compañía aseguradora en virtud de un seguro de responsabilidad civil, solo podrá imponerse condena al demandado a favor del demandante y no podrá condenarse de forma directa a la aseguradora, precisamente porque el demandante no formuló las pretensiones en contra de esta, sino en contra del demandado, de suerte que a la llamada en garantía solo se le podrá imponer condena a restituir, es decir, a devolver o reintegrar al demandado lo que este deba pagar por la sentencia. Si la víctima no demandó a la aseguradora, mal podría el juez condenarla, de suerte que ella, como llamada en garantía, solo podría ser obligada a reembolsarle al demandado el importe pagado en virtud de la condena impuesta.

En este punto, desde hace mucho tiempo la jurisprudencia civil ha indicado que la responsabilidad del llamado en garantía se predica solo de cara al demandado condenado. Lo cual significa que en razón de la prosperidad de las pretensiones del demandante quien debe responder por la condena es el demandado, y el llamado en garantía solo podrá correr con la contingencia de que sea obligado a restituir o reembolsar total o parcialmente al demandado el monto de la condena. A propósito precisamente del seguro de responsabilidad civil, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte, de manera constante, ha señalado que la pretensión que formula el demandado en contra del llamado en garantía es una "pretensión revérsica" o "de regreso"; es decir, solo podrá obligarse al llamado en garantía a reembolsar, restituir o devolverle al demandado lo que resulte obligado a pagar, pero no podría ser obligado directamente a pagarle la indemnización al demandante, porque en su contra ninguna pretensión ha formulado el actor.

En conclusión, se ha dicho que a la compañía de seguros llamada en garantía por el demandado solo se le podrá ordenar que reembolse o pague a la parte que resultó condenada, pero nunca directamente al demandante, puesto que como se ha afirmado, si en su contra ninguna pretensión se ha formulado, mal puede resultar obligada frente al demandante. En este sentido, la jurisprudencia es clara en indicar que cuando el demandante formula sus pretensiones en contra del demandado, es este quien debe responderle, de suerte que el llamado en garantía —vinculado al proceso por iniciativa del demandado— solo debería restituirle o reembolsarle total o parcialmente al demandado el valor que hubo de pagar por la condena impuesta.²⁷

Visto lo anterior, y en la medida en que no se ejerció acción directa en contra de mi representada, en el hipotético y remoto pago que tuviese que hacer, puesto que no está acreditada la responsabilidad de la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira, deberá hacerse por reembolso y no directamente.

²⁷ 1 Santos, H. S. (2021). Derecho procesal civil general. Universidad Externado.

VIII. CONCLUSIONES

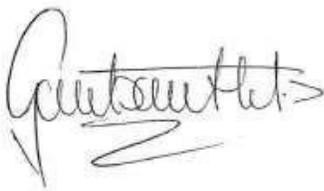
De las pruebas practicadas y los argumentos aquí expuestos se puede colegir fácilmente que no le asiste ningún tipo de responsabilidad a la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira pues lo cierto es que la señora Luz Adriana Granada Mejía acudió a dicha institución hospitalaria cuando había presentado un aborto y dicha situación era irremediable desde el aspecto médico, dejando en claro que tampoco existen razones y/o fundamentos para reconocer una pérdida de oportunidad pues como lo afirmaron las testigos que comparecieron ante este despacho, la realización de las conductas reprochadas como omitidas por la parte demandante en nada hubiesen cambiado el desenlace del feto, en otras palabras, la hospitalización de la paciente no hubiese garantizado la sobrevivencia del feto en cuestión.

IX. SOLICITUD

De conformidad con lo expuesto en procedencia, solicito al Honorable Juzgado Sexto (6º) Administrativo del Circuito de Pereira, se sirva denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda de reparación directa incoada por Luz Adriana Granada Mejía y Otros ante a desatención de la carga probatoria de la parte actora, la existencia de riesgos inherentes a la actividad médica desarrollada, la inexistencia de los elementos necesarios para declarar la responsabilidad extracontractual de las demandadas en el proceso de la referencia y la inexistencia de una pérdida de la oportunidad.

De manera subsidiaria, y en el remoto e hipotético caso que se considere acceder a las pretensiones de la demanda, solicito que se nieguen la totalidad de las pretensiones del llamamiento en garantía realizado por la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira a mi representada Allianz Seguros S.A. por cuanto la Póliza No. 022222063/0 no presta cobertura temporal debido al ser concertada bajo la modalidad por reclamación o *Claims Made*, esto es, que sólo cubre las reclamaciones escritas efectuadas al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro, circunstancia que no ocurrió en el presente caso pues se tiene demostrado que los demandantes presentaron solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación cuando ya había finalizado la vigencia de la respectiva póliza.

No siendo otro el motivo de la presente,
Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá
T.P. No. 39.116 del C. S. de la J.