

PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN- LA PREVISORA S.A. //
PROCESO: MARIA PATRICIA CANO Y OTROS RAD. 201800191

HECTOR JAIME GIRALDO DUQUE <hectorjaimegiralddoduquegdp@gmail.com>

Lun 30/01/2023 13:45

Para: Despacho 01 Tribunal Administrativo - Risaralda - Pereira <des01tadmper@cendoj.ramajudicial.gov.co>
CC: HECTOR.GIRALDO <HECTOR.GIRALDO@GIRALDODUQUEANDPARTNERS.COM>; trianajaramillo@yahoo.es
<trianajaramillo@yahoo.es>; judiciales@husj.gov.co <judiciales@husj.gov.co>; juridica@husj.gov.co
<juridica@husj.gov.co>; sandrahernandez80@hotmail.com
<sandrahernandez80@hotmail.com>; notificaciones.judiciales@hospisantarosadecabal.gov.co
<notificaciones.judiciales@hospisantarosadecabal.gov.co>; notificaciones@gha.com.co
<notificaciones@gha.com.co>; jorgemarioaristizabal <jorgemarioaristizabal@hotmail.com>

Honorables Magistrados,

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA

Pereira, Risaralda.

E. S. D.

HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE, obrando en mi calidad de apoderado judicial de la llamada en garantía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, dentro del proceso de la referencia, con el debido respeto y en el término legal me permito presentar **PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la parte demandante, el cual me permito adjuntar en formato PDF y con copia a las demás partes intervinientes.

Por favor acusar recibido.

Sls. Cordiales,

Honorables Magistrados,
TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA
Pereira, Risaralda.
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES:	MARÍA PATRICIA CANO GARCÍA Y OTROS.
DEMANDADAS:	E.S.E HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE SANTA ROSA DE CABAL Y OTROS.
RADICADO:	66001-33-33-005-2018-00191-01
LLAMANTE EN GARANTÍA:	E.S.E HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE SANTA ROSA DE CABAL
LLAMADA EN GARANTÍA:	LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
ASUNTO:	PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN

HECTOR JAIME GIRALDO DUQUE, actuando en calidad de Apoderado Judicial de la llamada en garantía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, con el debido respeto y en el término legal, presento **PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN** presentado por la parte actora vencida, dentro del proceso de la referencia, y en los siguientes términos:

CUESTIÓN PRELIMINAR RESPECTO AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Adicionalmente, y si bien no intervenimos en esta instancia dentro del trámite referenciado como recurrentes, se deberá poner nuevamente bajo análisis lo esgrimido ante el *a-quo*. En virtud del principio de congruencia.

"ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en

su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.¹
(Negrilla y Subrayado fuera del texto original)

La decisión que se adopte en segunda instancia se proferirá de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas, por lo tanto, no es dable proferir sentencia bajo lineamientos de facultades extra petita y/o ultra petita, así pues, es menester referir que el fallo de segunda instancia deberá ceñirse a los reparos deprecados por la parte recurrente, aclarando que los mismos, no podían alejarse de la órbita enmarcada en el desarrollo del litigio y de acuerdo a lo probado, que para el caso en concreto, no guardan relación en su totalidad, pues insiste de forma enunciativa y con falencias argumentativas sobre hechos de omisión a los deberes que corresponden a las accionadas, y que según insiste el recurrente, traen consigo la configuración de una falla en el servicio que ya fue desestimada de manera amplia dentro del fallo de primera instancia.

INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LA E.S.E SAN VICENTE DE PAÚL DE SANTA ROSA DE CABAL POR AUSENCIA DE NEXO CAUSAL.

Conforme quedó plasmado en el fallo de primer grado, en el presente asunto, por demás que *per se*, yace clarividente la inexistencia del nexo causal pretendido, pero que adicionalmente el mismo NO fue acreditado por la parte actora, quien ostenta la carga de acreditar todo y cada uno de los elementos de la responsabilidad administrativa que persigue, lo cierto es que, brilla por su ausencia cualquier elemento si quiera indiciario que pudiese atribuir responsabilidad respecto del fallecimiento del señor Raúl Ulises Cardona.

Lo anterior, si se tiene en cuenta principalmente que, el señor Raúl Ulises consulta de manera tardía, fallando a su deber de autocuidado respecto de sus dolencias; adicionalmente, las atenciones que fueron prodigadas en la ESE San Vicente de Santa Rosa de Cabal, fueron eminentemente diagnósticas y de las cuales se derivó una remisión oportuna a un mayor nivel de atención; finalmente, porque la praxis médica se desató en la institución de nivel superior de manera adecuada, y fue con ocasión a complicaciones postquirúrgicas y propias del deterioro de su estado de salud que el paciente fallece, de allí, que en el análisis de eventos anteriores a la concreción del daño, no existe ningún elemento de juicio ni racionalmente que pueda ser ligado a la ESE San Vicente de Paúl, pues ninguna intervención quirúrgica se le realizó allí.

Resulta necesario reiterar que frente a nuestra asegurada ninguna de las pruebas allegadas al proceso dan cuenta de algún incumplimiento, tardanza, negativa de atenciones u ordenes médicas, por el contrario dan cuenta de que todos los procedimientos y atenciones se dieron con oportunidad, respecto de la atención brindada no se vislumbra que los galenos hayan desatendido los protocolos médicos establecidos, por el contrario se percibe que fueron diligentes de conformidad con lo establecido por la *lex artis*.

Para que exista responsabilidad administrativa deben demostrarse tres elementos sin los cuales no puede predicarse responsabilidad alguna; a saber: (i) actuación o falla de la administración, (ii) daño o perjuicio y (iii) nexo causal entre el daño y la actuación. Para que la conducta pueda catalogarse como culposa, debe probarse que existió negligencia, impericia, imprudencia o violación de los reglamentos, lo que en el presente

¹ Ley 1564 de 2012

caso no ocurrió en lo que respecta a mi representada El profesor Javier Tamayo Jaramillo, al referirse al nexo causal, afirma:

*"... Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado teorías; las más importantes son: la "teoría de la equivalencia de las condiciones" y "la teoría de la causalidad adecuada". De acuerdo con la primera todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causante del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se la rechaza por su inaplicabilidad práctica, pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría absurdamente, buscar responsables hasta el infinito. **Para suavizar este criterio se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción de daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica de perjuicio; se considera que solamente causo el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño...**"*² (Negrilla fuera del texto original)

La demostración del Nexo de Causalidad corresponde a la parte que la alega, puesto que en nuestra legislación la relación de causalidad no se presume, sino que debe ser probada. Dicha responsabilidad de la prueba recae sobre la parte pretensora. Nuestro Código General del Proceso en su Artículo 167 sobre la carga de la prueba refiere que:

"ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

De igual manera se tiene que la situación fáctica debe ser analizada desde todos los ámbitos, lugares, y requieren ser estudiadas conforme a las circunstancias de tiempo, modo, lugar y la capacidad operativa funcional de la administración al momento del servicio

El Consejo de Estado se ha pronunciado así:

"El elemento de responsabilidad "nexo causal" se entiende como la relación necesaria y eficiente entre la conducta imputada y probada o presumida, según el caso, con el daño demostrado o presumido. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona como producto de su acción o de su omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista fáctico sino del jurídico. Sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías: la equivalencia de las condiciones que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo. Dicho de otro modo la primera teoría refiere a que todas las situaciones que anteceden a un resultado tienen la misma incidencia en su producción y, en consecuencia, todas son jurídicamente relevantes, pues "partiendo de un concepto de

² Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Temis, Bogotá D.C, 2009, Pág., 374 y ss.

causalidad natural, todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal". Y sobre la teoría de la causalidad adecuada la acción o la omisión que causa un resultado es aquella que normalmente lo produce. De estas teorías en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito³". (Negrilla fuera del texto original)

Al respecto, es menester traer a colación lo que la doctrina ha manifestado al respecto:

"Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado varias teorías; las más importantes son: la "teoría de la equivalencia de las condiciones" y "la teoría de la causalidad adecuada". De acuerdo con la primera, todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causantes del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se la rechaza por su inaplicabilidad práctica, pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría, absurdamente, buscar responsables hasta el infinito. Para suavizar este criterio, se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño.

"(...) Aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el juez considera que la causa externa ha sido el hecho que normalmente ha producido el daño, y, en consecuencia, el vínculo de causalidad debe romperse de tal modo, que el demandado no se considere jurídicamente como causante del daño..."⁴.

De tal manera que, no existe una presunción de nexo de causalidad, el mismo debe ser probado plenamente por la parte pretensora, esto es, demostrar en el proceso que definitivamente fue la conducta de la **E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE SANTA ROSA DE CABAL**, la causante del lamentable fallecimiento del paciente, valga decir, sin que implique confesión alguna, que hipotéticamente puede resultar probado en el proceso un error de conducta en cabeza de la llamante en garantía, pero si esa no fue la conducta que causó el daño, no estaremos frente a un evento de responsabilidad, dado que el nexo de causalidad no se presume.

Según vemos entonces que la E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE SANTA ROSA DE CABAL, funge como receptora, del paciente, sin que esta interviniera en las actividades y situaciones previas del paciente a tratar, además de ello esta es recibido con dolencias longevas y no tratadas ni consultas por el mismo, como lo demarca su historia clínica.

En tal sentido, es claro para el presente caso que no le asiste el derecho de la reclamación de supuestos perjuicios que indica la parte actora, por cuanto no está establecido ni de manera sumaria el supuesto daño que pretende acreditar en este juicio en contra de

³ Sentencia proferida el día 25 de julio de 2002. Sección Tercera del Consejo de Estado. Expediente 13.680.

⁴ Nota original de la providencia citada: TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Edit. Temis, 2ª edición. Tomo I, vol 2., Santafé de Bogotá, 1996. pp. 245, 246.

nuestra asegurada, lo que evidentemente si está demostrado es el actuar diligente de los galenos y las instituciones médicas que atendieron al paciente, los cuales como ya se ha indicado con anterioridad, propendieron por la mejoría de la referida, de conformidad con los protocolos médicos y las buenas prácticas dentro de lo que está determinado por la *lex artis*, en razón a ello las atenciones brindadas en el **E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE SANTA ROSA DE CABAL** fue idónea practicando los exámenes.

Se reitera que la causa de la muerte si así lo quieren ligar los demandantes, está relacionada con un proceso infeccioso hospitalario, que pese a que es cierto y quedó probado que no correspondió a una falla de las entidades que le prodigaron atenciones, también debe decirse, que no pudo haberse desatado en sede de nuestra llamante en garantía, por cuanto allí no se practicó acto médico distinto al diagnóstico, tratamiento inicial y posterior remisión, de lo cual no surge ninguna imputación ni reproche.

**INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR SEGUIMIENTO DE LA LEX ARTIS
POR PARTE DE LA E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE SANTA ROSA DE
CABAL.**

De lo que se percibe del material obrante en el proceso y de la practica probatoria surtida en el mismo, los galenos de la **E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE SANTA ROSA DE CABAL** atendieron correctamente al paciente por cuanto no se percibe un incumplimiento asistencial por parte de la institución, claramente aparece probado que no existe responsabilidad que pueda estructurarse e imputarse en razón a que no existió negligencia ni imprudencia en sus actos y procedimientos dentro de su componente obligacional, es claro que ninguna de las pruebas dieron cuenta de algún incumplimiento, tardanza, negativa de atenciones u ordenes médicas, por el contrario dan cuenta de que todos los procedimientos y atenciones se dieron con oportunidad, garantizando el acceso a la salud, por demás, el contenido obligacional una vez se diagnostica el paciente se limitaba a la remisión oportuna del paciente la cual tiene su límite hasta la solicitud de dicha remisión a través de su EPS a un centro de mayor nivel de atención, luego, el contenido obligacional para la prontitud de la atención se traslada a la EPS en la consecución del prestador del servicio que cumpla con la idoneidad, como en efecto ocurrió después.

Corresponde en este caso hacer énfasis en que la atención brindada por los galenos, debido a que se evidencia que actuaron con la diligencia, eficacia y oportunidad requerida al conocer el caso de RAUL ULISES CARDONA este fue atendido debidamente teniendo a disposición las ayudas diagnósticas y tratamientos que le fueran realizados se debían en atención a la sintomatología presentaa, y por tanto todo lo recurrido y aplicado por los galenos fue idóneo en aras de salvaguardar la integridad y la vida de la misma.

La doctrina ha explicado el punto de la siguiente manera:

"i) La presunción de responsabilidad por actividades peligrosas se explica de la siguiente manera: Cuando el hombre utiliza en su propia labor una fuerza extraña (máquinas, sustancias azarosas o nocivas) aumenta la suya y rompe el equilibrio natural frente a sus semejantes a quienes coloca en inminente peligro (estado de inseguridad) de recibir lesión, aunque desarrolle tal actividad observando toda la diligencia que ella exige. Parte del supuesto de que una persona ejercita una actividad que lo beneficia (de manera egoísta, si se quiere) aunque resulte socialmente útil; y que al hacerlo crea el riesgo de dañar a otra. Es el caso típico de la conducción de automotores."

"ii) Nada resulta más contrario al ejercicio de la actividad médica. Porque si bien el médico puede prestar sus servicios directamente sobre el cuerpo humano y en su intento de curar al enfermo lo interviene y produce alteraciones, laceraciones y mutilaciones mediante el empleo de medicamentos, instrumentos y procedimientos quirúrgicos, lo hace precisamente para establecer la salud del paciente, para aliviar a los padecimientos en que consiste su dolencia, para curar el mal que lo aqueja, en fin para conjurar un estado de cosas perjudicial" (Felipe Vallejo, La responsabilidad civil médica, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, No 300 - 301, mayo - noviembre 1.993, p. 62.)

Como lo manifiesta el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección tercera Consejera ponente RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011) Actor: OSCAR RESTREPO CARDONA contra INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; en ACCION DE REPARACION DIRECTA lo siguiente:

"En relación con el acto médico propiamente dicho se señala que los resultados fallidos en la prestación del servicio médico, tanto en el diagnóstico, como en el tratamiento o en la cirugía no constituyen una falla del servicio, cuando esos resultados son atribuibles a causas naturales, como aquéllos eventos en los cuales el curso de la enfermedad no pudo ser interrumpido con la intervención médica, bien porque el organismo del paciente no respondió como era de esperarse a esos tratamientos, o porque en ese momento aún no se disponía de los conocimientos y elementos científicos necesarios para encontrar remedio o paliativo para esas enfermedades, o porque esos recursos no están al alcance de las instituciones médicas del Estado." Subrayado fuera de texto.

En consecuencia, no existe culpa o falta en la prestación del servicio ni relación de causalidad adecuada que permita imputar responsabilidad alguna. Es clara la ausencia de falla.

Con todo, sin que constituya de manera alguna confesión y pese a que no existe ni existió falta, culpa o dolo en la conducta de nuestra asegurada, es importante que, al evaluar los procedimientos médicos y los diferentes exámenes solicitados, a consideración del despacho, se haga desde la apreciación de la culpa en concreto y no desde la apreciación de la culpa en abstracto, para establecer si el comportamiento del galeno fue culposo o no se debe recurrir a la apreciación "a priori" y no "a posteriori" de la culpa y téngase en cuenta que en la primera se tiene a consideración las medidas razonables y no las necesarias, lo cual corresponde a un análisis ex ante, valga decir, el juez se coloca en la posición de un hombre prudente y normal, que, en el actuar de su vida prevé razonablemente como pueden suceder las cosas, sin exigirle tomar y proveer todas y cada una de las medidas necesarias para evitar el daño.

Aún con lo anterior, debe concluirse en este acápite que las actuaciones desplegadas por el personal médico asistencial de la ESE asegurada fue correspondida al consultar 9 días después del inicio de sus dolencias; luego, el diagnóstico conforme a ello, el tratamiento inicial y su remisión a un centro hospitalario de mayor nivel de atención como era mandatorio, se enmarcan justamente en el deber del galeno, en la lex artis ad hoc, y por tanto, no es una conducta reprochable por encontrarse ajustada a los protocolos, lo que implica la imposibilidad de imputar el daño a nuestra llamante en garantía.

LA OBLIGACIÓN QUE ASISTE A LOS PROFESIONALES DE LA SALUD ES DE MEDIO MÁS NO DE RESULTADO

Tal y como lo han reiterado nuestras altas cortes, la obligación del médico es de medios y no de resultado así:

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado en innumerables fallos que la obligación médica es de medios no de resultado:

"...La sala en el caso bajo estudio observa una ostensible insuficiencia probatoria para acreditar la falla del servicio y por el contrario el proceso deja ver que los servicios administrativo, médico y clínico fueron idóneos y que la intervención se desarrolló en condiciones normales y sin complicaciones. En tales condiciones, mal podría calificarse el procedimiento quirúrgico por los resultados del mismo, cuando, en principio, la obligación profesional del médico es de medio y no de resultado, y por consiguiente para comprometer su responsabilidad se hace necesaria la demostración de que dentro de un ámbito normal de conocimiento y en un medio quirúrgico igualmente normal, el profesional incurrió en grave error originado en una actuación negligente, irresponsable y descuidada. Ya se advirtió que en tal sentido no existe comprobación procesal..."⁵

En igual sentido la sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera:

"...La responsabilidad medica sigue siendo tratada, en la jurisprudencia de la corporación como de MEDIOS, o sea se PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención. A proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que, conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos que excusa su conducta."⁶

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria:

"... El facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este..."⁷

La medicina se basa en la evidencia, en síntomas sin preceptos o principios matemáticos, al profesional no se le puede exigir una conducta distinta, exacta, matemática, toda vez que el médico trabaja sobre pacientes, que son seres humanos.

Así mismo indicó el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo:

"...En realidad puede decirse que resulta relativamente fácil juzgar la conducta medica ex post, ya que no es fácil encontrar en la mayor parte de los casos, los signos que indicaban el diagnóstico correcto. Por esta razón, el fallador no debe perder de vista que, al momento de evaluar al paciente, el médico está ante un juicio incierto ya que la actividad de la medicina no puede asimilarse a una

⁵ Sentencia Sección Tercera del Consejo de Estado. 5 de junio de 1992, Consejero Ponente: Daniel Suarez Hernández. Expediente No. 6817.

⁶ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Tercera de fecha 18 de abril de 1994.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. sentencia del 5 de marzo de 1940.

operación matemática. Al respecto, el profesor Ataz López previene sobre la imposibilidad de imponer a los médicos el deber de acertar..."⁸

En este sentido se explica también de la siguiente manera:

"La asistencia médica se tipifica por la realización de un conjunto de acciones y procedimientos propios de la disciplina científica que la soporta y los comportamientos y actos personales e institucionales. Esta asistencia debe desenvolverse de manera oportuna y adecuada contando con instrumentos, equipos y personal competente que se corresponda a nivel de complejidad con el grado de atención requerido.

Si el objeto en sí de la asistencia médica consiste en implementar la conducta indicada para promover la salud, prevenir la enfermedad, intentar curar y rehabilitar al paciente, en correspondencia con esto nace una obligación de dar o hacer, o no hacer, siendo una OBLIGACION DE RESULTADO, garantizando no solo una conducta específica, sino también aquello que se pueda esperar, como por ejemplo las lecturas o las prácticas de ciertos exámenes de diagnóstico, un examen sanguíneo, en las que el resultado es objetivo, o en las situaciones que, por simple liberalidad de la parte deudora, se garantiza un resultado.

Si el objeto en sí de la asistencia médica es la creación de una obligación, consistente en implementar la conducta indicada para promover la salud, prevenir la enfermedad, intentar curar u rehabilitar al paciente, dicha conducta consiste en la realización del acto de asistencia acorde con la Lex Artis, lo que significa que el asistente se obliga a colocar unos medios y procedimientos en correspondencia al grado de complejidad de la atención brindada, acorde con los estándares típicos. Estamos, así, ante una OBLIGACIÓN DE MEDIO.

Ahora bien, podríamos deducir, por simple lógica, que si se realizan todos los actos circunscritos al cumplimiento de la conducta médica e institucional, estos serían los actos de la atención o la prestación del servicio en salud – en forma típica – el resultado no se podría garantizar dado a que depende de las condiciones inherentes a la respuesta del cuerpo humano, a las situaciones de salud y enfermedad del paciente acreedor, a la circunstancias aleatorias, que conllevan a limitar la expectativa del acreedor, reduciendo al alcance de la obligación del deudor, convirtiéndola tan solo es una obligación de medio.

EN LAS OBLIGACIONES DE MEDIO la sola falta del resultado deseado no basta para determinar responsabilidad en el deudor o deudora, pues, se requiere, además, una conducta culpable del el/la prestador/a del servicio en la generación del daño: estamos ante una responsabilidad subjetiva".⁹

De otro lado, como no nos encontramos frente a una obligación de resultado, la diligencia y cuidado se prueba con la demostración de haber utilizado los medios idóneos y oportunos, como se ha hecho en el presente caso, toda vez que, en el incidente que nos atañe se prestó y ofreció el mejor servicio médico al paciente en aras de diagnosticar, tratar inicialmente y posteriormente realizar el procedimiento de remisión del paciente a un centro de mayor nivel de atención, como le era requerido, en ningún momento con dicha atención se garantizó la sobrevida o expectativa de recuperación del paciente,

⁸ Sentencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, C.P ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, 10 de febrero de 2000.

⁹ Revista Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado Número 20 Octubre de 2006, Artículo Obligación de Medio y Obligación de Resultado.

pues el límite obligacional en la relación médico-paciente es aunar esfuerzos para intentar brindarle mejoría en salud al último.

LEY 1438 DE 2011, que reglamenta el tema en sentido de que el ARTÍCULO 104, AUTORREGULACION PROFESIONAL, EL CUAL MODIFICA EL ARTICULO 26 DE LA LEY 1164 DE 2007, EL CUAL QUEDARA ASI:

*"Artículo 26. Acto propio de los profesionales en salud. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerla. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. **Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.** (Negrillas y subrayadas fuera de texto originas y nuestras).*

Para el caso de la referencia, no se prueba, siquiera indiciariamente, la falla o error de conductas en cabeza de los profesionales de la salud del **E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE SANTA ROSA DE CABAL**, contrario sensu, los galenos actuaron con toda la diligencia y el cuidado para el caso particular. De otro lado, como no nos encontramos frente a una obligación de resultado, la diligencia y cuidado se prueba con la demostración de haber utilizado los medios idóneos y oportunos, como se ha hecho en el presente caso, de esta manera, queda claro que la atención fue eficiente, oportuna, segura, adecuada e idónea; lo cual no implicaba garantizar que la paciente obtuviera un resultado determinado, pues como ya se refirió con suficiencia RAUL ULISES CARDONA MURILLO fue trasladado a un centro de mayor atención donde prosiguieron sus atenciones y donde posteriormente por cuestiones exógenas a la atención hospitalaria fallece debido a complicaciones inherentes a su patología presentada.

EN CUANTO A LA RELACIÓN ASEGURADO – ASEGURADOR

Si fuera necesario, para efectos de resolver la relación del asegurado y mí representada nos remitimos al contenido de las condiciones generales y particulares de la Póliza frente a las cuales se presenta y admite el llamamiento en garantía, esto es:

- Póliza Seguro de Responsabilidad Civil Profesional- Claims Made No. 1001440, vigente desde el 31 de enero de 2017 hasta el 31 de enero de 2019.

Insistimos que dentro del presente asunto, no se logró acreditar el NEXO DE CAUSALIDAD entre supuestas fallas y omisiones en cabeza del asegurado y los daños que se pretenden sean reparados, de tal suerte que **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, no está llamada a indemnizar suma alguna por los hechos en cuestión, dado que no son más que la teoría del caso que presenta la parte actora, la cual solamente está conformada por enunciados, carentes en cualquier caso de prueba idónea que permita determinar su responsabilidad.

INASEGURABILIDAD DE LA CULPA GRAVE Y/O EL DOLO

En evento de una declaración de condena frente al asegurado con fundamento en la culpa grave y/o el dolo, no habrá lugar a la obligación de reembolso que implica la pretensión revérsica, en razón a que este riesgo no fue asumido por el asegurador a su turno consagra el artículo 1055 del Código de Comercio establece:

*"El **dolo, la culpa grave** y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno..."*

Lo anterior de conformidad con lo establecido en el clausulado general aplicable a la presente póliza visible a pág. 3:

"2.11. LA PROVOCACIÓN INTENCIONAL DEL DAÑO (DOLO) Y/O CULPA GRAVE EN EL EJERCICIO DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD".

Si bien es cierto en el seguro de responsabilidad civil por regla excepcional el legislador permitió la asegurabilidad de la culpa grave, también lo es, que dicho aseguramiento requiere de manifestación expresa, y en este caso incluso está expresamente excluida la cobertura.

En consecuencia, si en este caso se llega a demostrar que hubo culpa grave o dolo del asegurado, y que tal actuar es la causa eficiente de la producción del resultado dañoso, el evento no está cubierto por el asegurador.

EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD PROPIA DE MÉDICOS Y/U ODONTÓLOGOS

Conforme puede observarse a Página 2 RCP-006-4 sección 2. EXCLUSIONES ABSOLUTAS, se tiene que se pactó la siguiente exclusión de cobertura:

"2.3 LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INDIVIDUAL PROPIA DE MÉDICOS Y/U ODONTÓLOGOS, O DE CUALQUIER PROFESIONAL DE LA SALUD.

De lo anterior, que si en un escenario hipotético se llegare a atribuir responsabilidad al asegurado en virtud de que se comprobare que el daño alegado por los demandantes tiene su génesis en la responsabilidad individual de los galenos tratantes del mismo o que le prodigaron alguna atención, no habrá lugar a cobertura por tratarse de un evento expresamente excluido de cobertura.

EXCLUSIÓN POR RESPONSABILIDAD CON OCASIÓN DE ABANDONO O NEGATIVA DE ATENCIÓN AL PACIENTE

Conforme puede observarse a Página 4 RCP-006-4 sección 2. EXCLUSIONES ABSOLUTAS, se tiene que se pactó la siguiente exclusión de cobertura:

"2.26 TODA RESPONSABILIDAD CIVIL Y/O PENAL COMO CONSECUENCIA DE ABANDONO Y/O NEGATIVA DE ATENCIÓN AL "PACIENTE"

Por lo anterior, y al haberse convenido entre asegurado y asegurador excluir toda reclamación proveniente de abandono y/o negativa de atención al paciente, si en el presente proceso se llegare a determinar responsabilidad del asegurado en virtud de dicho escenario, no habrá lugar a cobertura por la póliza objeto de llamamiento en garantía.

EXCLUSIÓN POR ACTIVIDADES NETAMENTE ADMINISTRATIVAS

Conforme puede observarse en las condiciones particulares halladas en la carátula de la póliza se observa en el apartado de EXCLUSIONES, que se encuentra excluida toda responsabilidad del asegurado como consecuencia de:

"20. R.C. Profesional del área o actividades netamente administrativas.

Lo anterior, en el entendido en que se reprocha del asegurado en el presente asunto, una presunta remisión tardía del paciente a un centro de atención de nivel superior, correspondiendo dicha imputación a una circunstancia netamente administrativa o que correspondería a la naturaleza de funciones propias del área administrativa del asegurado, de allí que si se llegare a atribuir responsabilidad a la ESE asegurada en virtud de ello no habría lugar a obligación de reembolso por ser un evento expresamente excluido.

LIMITE DE VALOR ASEGURADO

De no prosperar las excepciones y exclusiones propuestas, sin que implique confesión alguna, es necesario que se tenga a consideración el límite a la suma asegurada, es decir, la suma máxima que **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** pagaría a manera de reembolso en razón de la responsabilidad civil extracontractual que eventualmente pudiere haberse causado durante la vigencia de la póliza, de tal suerte, que si antes de proferirse sentencia en este proceso, el asegurador hubiere tenido que reconocer condenas correspondientes a esta vigencia, dichos pagos afectarían el valor asegurado reduciéndolo en dicha proporción hasta concurrencia del valor asegurado.

La responsabilidad de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, respecto a cada amparo, no excederá, en ningún caso, la suma asegurada indicada en la carátula de la presente póliza para cada uno, los cuales son independientes uno de otro respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados. La empresa asegurada no podrá reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor de otros, los cuales no son acumulables, de hecho, son excluyentes entre sí.

De acuerdo con la póliza **Seguro De Responsabilidad Civil Póliza Responsabilidad Civil- Claims Made No. 1001440**, el límite máximo de valor asegurado por el amparo R.C. Clínicas Y Hospitales: \$2.500.000.000, **deducible 10.00%, mínimo \$30.000.000**, no obstante, al tratarse de pretensiones basadas netamente en la presunta causación de perjuicios inmateriales, corresponderá remitirnos al sublímite para "**daños extrapatrimoniales**", el cual se encuentra sublimitado a **\$100.000.000 POR EVENTO y \$400.000.000 POR VIGENCIA menos el deducible del 10% de la pérdida, mínimo \$30.000.000**

SUBLÍMITE PARA DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES

Pese a que en la caratula de la póliza se indica una suma asegurada para la Cobertura general de R.C. Clínicas y Hospitales, lo cierto es que, entre asegurado y asegurador convinieron la fijación de una suma sublimitada para los "**daños extrapatrimoniales**", el cual se encuentra sublimitado a **\$100.000.000 POR EVENTO y \$400.000.000 POR VIGENCIA menos el deducible del 10% de la pérdida, mínimo \$30.000.000**, por lo que en un remoto escenario en que se atribuyera responsabilidad al asegurado y en virtud de ello se generase una condena por concepto de perjuicios inmateriales, la obligación de reembolso de mi representada sólo podría alcanzar el valor de \$100.000.000 menos el deducible debidamente pactado para dicho sublímite.

INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL CONTRATO DE SEGURO

En el hipotético escenario en que el Despacho determine que llegare a existir una obligación solidaria entre el presunto responsable y la compañía de seguros, situación que no es cierta, por cuanto, la obligación de mí representada **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** emana de un contrato de seguro celebrado dentro de unos parámetros y límites propios de la autonomía de la voluntad privada y no de la existencia de la una responsabilidad contractual que se pudiese atribuir al asegurado. Así las cosas, la obligación de mí representada, no emana de la ley propiamente dicha, sino de la existencia de un contrato de seguro celebrado dentro de los parámetros dados por los artículos 1036 del Código de Comercio y S.S., encontrándose las obligaciones de mí representada debidamente delimitadas por las condiciones pactadas en el contrato de seguro celebrado, constituyéndose entonces las obligaciones del asegurado y de la aseguradora en obligaciones independientes y que no son solidarias.

En virtud de tal independencia en las obligaciones, se formula esta excepción por cuanto a que el artículo 1044 del Código de Comercio faculta a la aseguradora proponer al tercero beneficiario las excepciones y exclusiones que pudiese interponerle al asegurado o tomador del contrato de seguro, motivo por el cual puede alegar mí representada la ausencia de cobertura ante la falta de prueba de la ocurrencia y cuantía del siniestro y las exclusiones y demás condiciones que resultaren atribuibles al presente evento, tal como se indicará en las excepciones esbozadas.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado sin mayor disertación al respecto:

*"(...) En ese sentido, conforme lo dispone el artículo 1037 del Código de Comercio, **el asegurador es la persona que asume los riesgos del interés o la cosa asegurada, obligación muy diferente a la solidaridad derivada de un contrato o por ministerio de la ley, ya que es la realización del riesgo asegurado lo que da origen a la obligación del asegurador**, tal como lo dispone el artículo 1054 del Código de Comercio¹⁰(...)" (Subrayas y negrilla mías)*

Entendido lo anterior, es preciso indicar que la solidaridad de las obligaciones en Colombia solo se origina por pacto que expresamente la convenga entre los contrayentes, lo anterior según el art. 1568 del Código Civil Colombiano que reza:

*"(...) **En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda**, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.*

*Pero **en virtud de la convención**, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.*

***La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.** (...)"*

Por lo anterior, y en el remoto evento en que se deprecase responsabilidad en cabeza del asegurado, en ningún momento podrá predicarse solidaridad a cargo de la compañía

¹⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta CP. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ RAD: 25000-23-27-000-2012-00509-01 (19879) del 21 de mayo del 2014.

de seguros, teniendo en cuenta la disparidad de fuentes de las que emana sus obligaciones, para este caso, una es extracontractual y/o contractual en virtud de convenios que hubiere realizado con los demandantes, y sólo podrá emanar del contrato de seguro para el caso de mi representada.

SOLICITUD

Son los anteriores argumentos, premisas suficientes para solicitarle respetuosamente al Honorable Tribunal, se **CONFIRME** el fallo de primera instancia, puesto que en el recaudo probatorio ningún esfuerzo hizo la parte actora para acreditar la responsabilidad perseguida, y al contrario, fueron los esfuerzos probatorios del extremo pasivo que dan cuenta de que el fallecimiento del señor Raúl Ulises Cardona no proviene de una falla o error de conducta, sino a una circunstancia exógena y/o inherente a su patología, no bastaba sólo con señalamientos a las entidades demandadas para atribuir la responsabilidad del deceso del paciente a aquellas, sino, demostrar en qué radicaba la falla, lo cual NO ocurrió, pues todo lo contrario, se acreditó la diligencia y cuidado de las instituciones respecto al cuadro de salud presentado por el paciente.

Finalmente, y en caso de no ser de recibo los argumentos debidamente expuestos en relación a la entidad llamante en garantía, solicitamos respetuosamente no se imponga obligación de reembolso alguna frente a mi representada **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** con base en las excepciones planteadas y exclusiones que contiene el contrato de seguro suscrito aplicables al caso en concreto, descritas anteriormente.

De la Honorable Sala,



HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE

C.C. No. 9.870.052 de Pereira.

T.P. No. 142.328 del C.S.J.

hector.giraldo@giraldoduqueandpartners.com