**Señores:**

**JUZGADO NOVENO (9) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

ASUNTO: **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 1° INSTANCIA**

MEDIO DE CONTROL: **REPARACIÓN DIRECTA**

DEMANDANTES: **ELIZABETH REYES LOZANO Y OTROS**

DEMANDADOS: **E.S.E. HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO**

RADICACIÓN : 76001-33-33-009-**2019-00190**-00

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA,** mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado principal de la compañía **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, manifiesto que, **REASUMO** el poder a mi conferido y encontrándome dentro del término legal, presento los respectivos **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**, solicitando desde ya, que se profiera **SENTENCIA FAVORABLE** a los intereses de 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:

1. **OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR ALEGATOS.**

En la audiencia de pruebas llevada a cabo el día 12 de junio de 2024, se dio por concluido el periodo probatorio y se corrió traslado por el término común de diez (10) días hábiles a las partes para alegar de conclusión por escrito, los cuales se computan de la siguiente forma: 13 de junio de 2024 (primer día), 14 de junio de 2024 (segundo día), 17 de junio de 2024 (tercer día), 18 de junio de 2024 (cuarto día), 19 de junio de 2024 (quinto día), 20 de junio de 2024 (sexto día), 21 de junio de 2024 (séptimo día), 24 de junio de 2024 (octavo día), 25 de junio de 2024 (noveno día) y 26 de junio de 2024 (décimo y último día). En tal virtud, se concluye que el presente escrito de alegatos es radicado dentro del término previsto para el efecto.

1. **DE LA FIJACIÓN DEL LITIGIO PLANTEADA POR EL DESPACHO.**

En un juicioso y detallado análisis de los hechos de la demanda y de la oposición a los mismos por parte del extremo pasivo y las llamadas en garantía, el despacho procedió a fijar el litigio en la audiencia inicial, en los siguientes términos:

*“Determinar si el Hospital Raúl Orejuela Bueno es administrativa y patrimonialmente responsable por el presunto daño causado a los demandantes con ocasión de la intervención quirúrgica (histerectomía abdominal) efectuada a la señora Elizabeth Reyes Lozano el 13 de junio de 2017.*

*En caso de que la respuesta al anterior cuestionamiento resulte afirmativa, el Despacho deberá determinar con base en las pruebas allegadas si es posible acceder a la reparación solicitada en la demanda y si la llamada en garantía debe ser condenada al reembolso.”*

1. **ALEGATOS FRENTE A LA EVENTUAL DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD EN CONTRA DE LA E.S.E. HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO.**

**A). CON EL DEBATE PROBATORIO QUEDÓ DEMOSTRADA LA INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LA E.S.E. HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO EN LAS ATENCIONES BRINDADAS A LA SEÑORA ELIZABETH REYES LOZANO.**

Para partir de la base de atribuir responsabilidad, el demandante debió determinar desde la perspectiva causal qué conducta, acción u omisión, fue la que produjo el daño. Se reitera que en este caso el demandante se refirió a la responsabilidad de la demandada**,** al manifestar queexistía una relación de causalidad entre la atención brindada a la paciente y el presunto daño causado como consecuencia de la práctica de una *“histerectomía total abdominal, más sou izquierda y liberación de adherencias, previa asepsia y antisepsia y colocación de campos estériles”.* Sin embargo, **estas son apreciaciones subjetivas de las que no hay prueba suficientemente conducente**, ya quela demandante no logra acreditar con suficiencia que producto de la intervención quirúrgica se hubiese generado el presunto daño.

Aunado a ello, y no menos importante, es que la demandante contaba con dos antecedentes previos, que complicaron sin dudas, el resultado de la intervención, sin la materialización de ningún riesgo previamente conocido. Los antecedentes, como quedó demostrado, son dos (2) cesáreas y la pre-existencia de bridas en la zona pélvica. En resumidas cuentas, como bien lo manifestaron los Dres. Aicardo Rodríguez Figueroa, Juan Carlos Echeverry y Orlando Arboleda en la audiencia de pruebas que tuvo lugar el 29 de mayo de 2024, lo ocurrido en la humanidad de la paciente (perforación de la vejiga) era un riesgo inherente y directo al procedimiento de histerectomía total abdominal, el cual ella entendió y aceptó, tal como se desprende la lectura de la historia clínica. Máxime, considerando sus antecedentes y condiciones físicas, ya ilustradas.

En tal virtud, aun si se considerara que producto de la intervención quirúrgica se produjo una fístula vesico-vaginal, esta es una circunstancia y/o padecimiento apenas común en este tipo de procedimientos, con alto grado de reversibilidad, tal como lo refrenda la literatura médica. Miremos:

“Una fístula vesicovaginal es la comunicación anormal entre el epitelio vaginal y vesical, resultando en fuga continua de orina a través de la vagina. Su reparación puede ser por abordaje vaginal, abdominal o laparoscópico. Métodos: Estudio descriptivo, retrospectivo y transversal que incluyó expedientes de pacientes con diagnóstico de fístula vesico-vaginal tratadas en la división de urología del Hospital General Dr. Manuel Gea González, SSA entre el primero de enero de 1990 y el 31 de julio de 2010. Resultados: Se revisaron 54 expedientes de pacientes con diagnóstico de fístula vesico-vaginal con una edad promedio de 48 años; 77.5% pertenecían a medio socioeconómico bajo. El número de hijos varió entre uno y 10 con un promedio de cuatro, el inicio de vida sexual activa fue en promedio de 18.8 años. Todas las pacientes se sometieron a algún tipo de cirugía gineco-obstétrica de las cuales cinco fueron sometidas a cesárea, 27 a histerectomía abdominal total, dos a cabestrillo suburetral transobturador, cuatro a colpoperineoplastía, cinco a reparación de desgarro vaginal, una a Burch mas cabestrillo suburetral transobturador, siete a cesárea más histerectomía y tres a histerectomía más Burch. Todas las pacientes acudieron por incontinencia urinaria total con salida de orina transvaginal. Las localizaciones fueron retrotrigonal en 30 pacientes, intertrigonal en nueve, piso vesical en tres, cuello vesical en una, parameatal derecho en dos, parameatal izquierdo en una, paracervical en una y fondo vesical en siete. El diámetro de la fístula varió entre 2 mm y 35 mm con un promedio de 7.5 mm, en cuatro pacientes se encontraron dos orificios fistulosos en la vejiga. El tiempo de presentación de la fístula varió entre uno y 60 días. Se realizó abordaje transvaginal en 16 pacientes, transvesical en 34 y laparoscópica en cuatro. Las pacientes que se abordaron por vía transvaginal tuvieron un promedio de estancia intrahospitalaria de 11 días, las que se abordaron por vía transvesical nueve días y las operadas por vía laparoscópica cuatro días. Sólo una paciente recidivó y se re intervino a los tres meses. Como complicaciones se presentó infección de sitio quirúrgico en tres pacientes. **Conclusiones: La fístula vésico-vaginal constituye un padecimiento que se presenta en pacientes con antecedente de cirugía gineco-obstétrica. En todos los casos se presentó incontinencia urinaria total con salida de orina transvaginal como primer síntoma y el diagnóstico se realizó en forma clínica con apoyo de estudios de imagen (urografía excretora y cistografía) y cistoscopia. Los tres abordajes empleados dieron buenos resultados optando en la mayoría de los casos por el abordaje transvesical**.”[[1]](#footnote-1) (Negrita adrede).

En conclusión, no queda duda que la fístula vésico-vaginal padecida por la paciente es resultado de sus antecedentes de cirugías gineco-obstetras (cesáreas), ya que según la literatura médica antes consultada, todas las mujeres con este tipo de antecedentes, son altamente propensas en todos los casos a que se materialice dicha complicación.

En resumidas cuentas, de una valoración integral del material probatorio recaudado, pero en especial de los testimonios practicados, es claro que la **E.S.E** **HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO**, actuó conforme a la *lex artis,* ya quellevó a cabo todos los procedimientos médicos con pericia, cuidado, responsabilidad y esfuerzo profesional para procurar el mejor resultado posible en lo que concierne a la señora **ELIZABETH REYES LOZANO** y un buen post-operatorio**,** sin que le resulte imputable el resultado final y/o la complicación padecida, ya que ésta solo se materializó debido a los antecedentes quirúrgicos de la paciente, no por otra circunstancia o razón imputable a la E.S.E. demandada a título de falla médica o mala praxis. Destacando en este punto, claro está, que la obligación de los galenos es de medios y no de resultados, de manera que la sola existencia del daño no puede hacer presumir de ninguna manera la falla en el servicio médico-asistencial.

De la lectura detenida de la historia clínica allegada al plenario, se desprende inequívocamente que todas las actuaciones que desplegó la **E.S.E. HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO** para con la señora **ELIZABETH REYES LOZANO** fueron serias, oportunas, aterrizadas y apegadas a la *lex artis,* conforme al nivel de complejidad de una institución de segundo (II) nivel.

Ahora, en superabundancia, en el remoto e hipotético evento en que el despacho considerase que por parte de los galenos adscritos a la E.S.E. demandada existió un **error de diagnóstico**, el honorable Consejo de Estado en un caso semejante al aquí discutido determinó que no existió falla médica alguna por un error de diagnóstico, pues no en todos los casos en que este no resultaba acertado se comprometía la responsabilidad por el acto médico, pues para ello deberían probarse algunas de las siguientes exigencias[[2]](#footnote-2):

* El médico no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria.
* El profesional omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente.
* El médico dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad.
* El galeno interpretó indebidamente los síntomas que presentó el paciente.
* Existe una omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso en concreto.

Sumado a lo anterior, es claro, conforme a la historia clínica que reposa en el expediente que los médicos tratantes sometieron a la demandante a una valoración física completa, utilizando todos los recursos técnicos y científicos para determinar el procedimiento a seguir, interpretaron oportunamente los síntomas de la paciente y sobre todo, realizaron oportunamente los exámenes indicados para atender a la actora de manera eficiente. Finalmente, resulta menester indicar que a través de la Sentencia antes referenciada[[3]](#footnote-3), se indicó lo siguiente:

“(…) En los casos en los cuales el actor cuestione la pertinencia o idoneidad de los procedimientos médicos efectuados, a su cargo estará la prueba de dichas falencias (…)”.

En suma, en el asunto que nos ocupa, se observa a lo largo del expediente que los hechos que fungieron de base para la acción interpuesta por los demandantes, no son imputables al demandado. Por ello, es imposible hacer viable la prosperidad de los perjuicios alegados, como quiera que el demandante pretende el pago de una indemnización, aduciendo como base la supuesta responsabilidad administrativa, sin que ello se hubiere presentado, por el contrario, se logró demostrar que la conducta y actuación desplegada por los galenos que atendieron a **ELIZABETH REYES LOZANO**, se ajustó siempre y en todo momento a los cánones de la *lex artis* para este tipo de intervenciones, y nunca hubo una mala práctica médica por su parte.

En mérito de lo expuesto ruego acceder a este alegato de defensa.

**B). LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO NO ES DEMOSTRATIVA DE RESPONSABILIDAD.**

Es oportuno destacar, teniendo en cuenta lo argüido por la parte demandante y el médico Jesús Grajales Jiménez en la pasada audiencia de pruebas del 12 de junio de 2024, que la sola ausencia del requisito y/o documento titulado y comúnmente conocido como consentimiento informado, no es demostrativa de responsabilidad frente a una mala praxis médica como la que aquí se persigue por la parte actora, ya que la aludida responsabilidad no se edifica propiamente en la ausencia del consentimiento, sino en fallas de la cirugía realizada. Al respecto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena de Indias Sala Civil-Familia, en providencia del 24 de junio de 2021, proferida dentro del expediente con radicado 130013103001**201700447**01, con ponencia del magistrado sustanciador Marcos Román Guío Fonseca, apoyándose en otras fuentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia-Sala Civil, destacó lo siguiente:

“**AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO/ Su sola ausencia no es demostrativa de la responsabilidad frente a una mala praxis médica, la responsabilidad no se edifica propiamente en la ausencia del consentimiento, sino en fallas de la cirugía realizada, tal como señaló la Corte, la sola ausencia de dicho consentimiento, no puede ser considerada como prueba suficiente para determinar la responsabilidad de los galenos**.” (Negrita adrede).

En el *sub-examine***,** la parte demandante se jacta de manifestar que la paciente no diligenció el consentimiento informado antes de la práctica quirúrgica porque el personal médico de la E.S.E. demandada no se lo suministró, es más**,** el esfuerzo probatorio de la parte demandante siempre estuvo enfocado en este propósito, es decir, demostrar la inexistencia de un consentimiento informado físico y debidamente diligenciado por la paciente. Sin embargo, como bien lo refrenda la jurisprudencia antes vista, la responsabilidad en este tipo de eventos no se edifica propiamente en la ausencia del consentimiento, ya que el daño reclamado (fístula vésico-vaginal) no guarda relación directa con tal ausencia documental, sino con la aparente mala-praxis de la intervención quirúrgica “*histerectomía total abdominal, más sou izquierda y liberación de adherencias, previa asepsia y antisepsia y colocación de campos estériles”,* misma que en el caso de marras brilla por su ausencia, ya que el apoderado del extremo demandante, más allá de la ausencia o no del consentimiento informado, no demostró ningún tipo de falla en la cirugía realizada.

Por el contrario, las pruebas practicadas nos demuestran: **i)** que la intervención quirúrgica fue adecuada, oportuna, perita y necesaria, **ii)** que el hecho de que la paciente tuviera dos cesáreas previas son riesgos importantes, en razón a que el tejido cicatrizal hace que los órganos y estructuras tengan una mayor complejidad, porque es como si hubiera un pegamento y ello hace que la liberación no sea fácil**, iii)** que el traumatismo de la vejiga que presentó la paciente con el tiempo es común tras ese tipo de intervenciones, motivo por el cual fue remitida oportunamente a un hospital de mayor nivel de complejidad para que se ocupara de esta aflicción y **iv)** que el padecimiento padecido por la víctima es reversible, en la medida que se puede practicar una intervención quirúrgica para tratar la fístula que presentaba.

Estas cuatro (4) deducciones lógicas del caso para estructurar la defensa y argüir que no existe responsabilidad, están soportadas particularmente en la declaración rendida por el médico Jesús Grajales Jiménez en la pasada audiencia de pruebas del 12 de junio de 2024, quien lo único que cuestionó respecto de la atención brindada, fue la ausencia de consentimiento informado, porque de resto, de un análisis minucioso de sus argumentos, el juzgador podrá concluir, al igual que lo hace este extremo de la Litis, que la atención brindada a la paciente, en cuanto a la intervención quirúrgica practicada y sus posteriores consultas post-operatorias, fueron ajustadas a los cánones de la Lex-Artis, ya que lo padecido por la víctima fue la materialización de uno de los riesgos inherentes a esta intervención, los cuales puede que no obren por escrito, pero si fueron manifestados por el personal médico de manera verbal y, adicionalmente, encuentran soporte documental en la literatura médica, como lo vimos, pues según trabajos investigativos sobre el particular, ninguna mujer con los antecedentes previos como los de Elizabeth Reyes para la fecha de la intervención (dos cesáreas), se escapa de padecer en fecha posterior, un traumatismo de vejiga.

En conclusión, como no se estructuran los elementos de la responsabilidad, en especial ni la falla en el servicio ni el nexo de causalidad, el juzgador no tendrá otra opción que despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda.

**C). LA OBLIGACIÓN MÉDICA ES DE MEDIOS Y NO DE RESULTADOS.**

Al día de hoy, en lo que alude a la responsabilidad médica, no cabe duda de la tesis mayoritaria la cual se inclina a que la obligación asumida por el galeno es de medios y no de resultado, lo que es determinante para efectos de definir el régimen de responsabilidad aplicable en los eventos en los que se discute un daño como producto de la actividad médica. Esto incluso aplica en lo que atañe a la especialidad gineco-obstétrica, pues se ha señalado que no puede exigirse al profesional en la salud un resultado concreto, una garantía o un producto determinado, sino que su única obligación es la de realizar su actividad de la mejor manera posible, de acuerdo a los conocimientos adquiridos, actualizados y conforme a las técnicas y usos existentes aceptados por las autoridades médicas, con el propósito de que el resultado sea el que normal y ordinariamente deba producirse.

En este orden de ideas, salta a la vista que la corriente doctrinal minoritaria que se inclina por reconocer obligaciones de resultado para ciertas ramas de la medicina o procedimientos médicos concretos, tal como la gineco-obstetricia, constituye una tesis que como se profundizará en líneas siguientes, fue ampliamente superada por la jurisprudencia colombiana.

En el caso de marras, sin mayor elucubraciones, evidentemente no puede aplicarse la presunción de una atención sin yerros y que la cirugía no tuviese complicación alguna. La histerectomía abdominal es un procedimiento quirúrgico donde se extirpa el útero a través de una incisión en la parte inferior del abdomen. Una histerectomía parcial solo extirpa el útero y deja el cuello uterino intacto. Una histerectomía total extirpa el útero y el cuello uterino. A veces una histerectomía incluye la extirpación de uno o ambos ovarios y las trompas de Falopio. La histerectomía también se puede realizar a través de una incisión en la vagina (histerectomía vaginal) o mediante el enfoque quirúrgico robótico o laparoscópico, que utiliza instrumentos largos y delgados insertados a través de incisiones abdominales pequeñas. Como todo procedimiento, este puede presentar riesgos, los cuales pueden ser:

1. Choque hipovolémico.
2. Infecciones postquirúrgicas.
3. Dehiscencia de herida.
4. Lesión intestinal.
5. Lesión ureteral.
6. Lesión vesical.
7. Edema pulmonar.
8. Isquemia miocárdica.
9. Infarto miocárdico.
10. Íleo metabólico.
11. Fístula vesical.

A continuación, deben tenerse en cuenta los siguientes puntos que refuerzan el despliegue de las actuaciones médicas correctas y tendientes al tratamiento terapéutico adecuado:

**La urgencia del tratamiento:** De acuerdo con la historia clínica la señora **ELIZABETH REYES LOZANO,** fue sometida a diagnóstico, procedimiento y post-operatorio sin dilación alguna.

**Afectación de derechos del paciente de no realizarse la intervención:** La paciente ingresó al servicio de urgencias manifestando dolor, por lo que tuvo que someterse a la intervención con la finalidad de salvaguardad su vida e integridad.

**Existencia de otros tratamientos:** Ya se había agotado todos los tratamientos posibles con la demandante antes de acudir a la histerectomía. Este era el tratamiento tradicional que la comunidad científica acepta.

**Comprensión de los efectos:** La paciente comprendía perfectamente y no tenía ningún vicio en su consentimiento que la nublara de entender y someterse al tratamiento. Para tal efecto, el juzgador podrá evidenciar las anotaciones clínicas.

**Dificultad del tratamiento:** Como todo tratamiento tiene posibles riesgos y eventualmente el organismo y antecedentes quirúrgicos de la paciente pueden disminuir las probabilidades de éxito de la operación, como en este evento ocurrió y quedó demostrado.

Es menester plasmar en este alegato lo determinado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en 2017[[4]](#footnote-4), en un proceso de responsabilidad médica en el cual se debatía la responsabilidad de los galenos por una perforación de duodeno:

“(…) 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 reconoce que la Medicina es una ciencia en construcción, y por tanto, apareja la existencia de ciertos riesgos inherentes a la realización de ciertos procedimientos médicos, los cuales hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa (…)

(…) Por lo tanto, debe juzgarse dentro del marco de la responsabilidad médica que 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 (…) Ello no significa soslayar los errores. Estos pueden ser excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, se hallan los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado, y por tanto injustificados, motivo por el cual resultan abiertamente inexcusables y consecuencialmente, reparables “in natura” o por “equivalente”, pero integralmente. Todos los otros resultan excusables (…)”.

En estos términos, es claro que los profesionales de la salud a cargo de la atención de **ELIZABETH REYES LOZANO,** utilizaron todos los medios de que disponían y tenían a su alcance para realizar un análisis empírico y descartar las múltiples patologías que tienen como síntomas los mismos con los que ingresó la paciente. Luego realizaron la histerectomía, la cual era a todos luces acertada y necesaria. Por ello, se hace énfasis en el cumplimiento de las obligaciones médicas, pues los galenos desplegaron los tratamientos, exámenes y servicios médicos como se los demanda la *lex artis*, y respetando siempre el juramento hipocrático, con el único fin de salvaguardar y brindarle una mejor calidad de vida a la hoy demandante.

En mérito de lo expuesto, comedidamente solicito aceptar este argumento de defensa.

**D). ALEGATO SUBSIDIARIO: CARENCIA DE PRUEBA DE LOS SUPUESTOS PERJUICIOS Y EXAGERADA TASACIÓN DE LOS MISMOS.**

Como se explicó desde el escrito de contestación a la demanda y al llamamiento en garantía, la tasación de los perjuicios materiales no obedece a un sustento probatorio que fehacientemente indique el perjuicio exacto en que incurrieron los demandantes. De esta manera, el juzgador no está obligado a reconocer pretensiones indemnizatorias que no estén claramente acreditadas y tasadas porque no puede presumirlas y se debe atener a lo oportunamente probado en el proceso. En el caso de marras, como ya se dijo, no está demostrada la responsabilidad de la E.S.E. demandada, pero además las pretensiones condenatorias resultan ser exorbitantes y frente a ellas no obra prueba en el expediente que determine su real y efectiva causación y tasación. Por el contrario, solamente demuestran un claro afán de lucro de la parte activa, los cuales no pueden ser endilgados a la parte pasiva de este litigio ni a su llamada en garantía:

**Frente a los perjuicios materiales:**

**-Daño emergente:** En el caso en concreto, los demandantes hacen referencia al reconocimiento y pago de **CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CIENTO CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE ($4.288.150)**, a título de daño emergente por concepto de gastos de pañales y medicamentos, así como una valoración médica, **pero no allegaron prueba si quiera sumaria de haberse acreditado tal pérdida, por lo que dicha pretensión no estará llamada a prosperar.** No obstante, y **únicamente en gracia de discusión,** desde el folio 76 hasta el folio 101 de la demanda se encuentra lo que parece ser varias facturas de venta que de ninguna forma acreditan el daño emergente. Verbigracia:



Nótese que la precitada factura, ni siquiera tiene el nombre del comprador, circunstancia que de tajo hace imposible reconocer esos valores ante una eventual condena; ya que cualquier persona pudo haber obtenido una copia de la misma, circunstancia que no garantiza la custodia ni mucho menos la autenticidad.

En ese sentido, se torna relevante indicarle al juzgador, que en el evento de accederse a una remota condena en contra de la E.S.E. asegurada, deberá desestimarse esta pretensión indemnizatoria de carácter material, dado que la única prueba arrimada para soportar el particular, no se ajusta ni se asemeja a una factura de venta, al tenor de lo dispuesto en el artículo 774 del Código de Comercio.

**-Lucro Cesante:** Como es bien sabido por la jurisdicción, esta modalidad de daño patrimonial puede definirse como una cesación de pagos, una ganancia o productividad frustrada ya sea de un bien comercialmente activo o de una persona que haga parte del mercado laboral de forma dependiente, liberal o como una empresa unipersonal. Valga decir que cuando se habla de una ganancia o utilidad frustrada, **no puede basarse esta en una mera expectativa**, sino en una utilidad razonablemente esperada en razón de una ocupación productiva permanente de un bien o persona en razón a su proyección personal o comercial, de la que se deduzca sin duda alguna, que en el futuro, antes de producirse el daño que le deja cesante, se ocuparía productivamente en algo que le generaría una renta o utilidad.

Ahora bien, no se entiende de dónde el apoderado que representa los intereses de la parte demandante establece que el lucro cesante para el presente asunto obedece a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente desde la fecha de la intervención quirúrgica hasta la fecha actual. **Debe recordársele al apoderado de la parte actora que los cálculos de esta índole deben llevarse a cabo a través de las fórmulas dispuestas por el Honorable Consejo de Estado. No obstante, en el plenario no obra prueba si quiera sumaria de ello; ya que el mismo solo se limitó a indicar que el despacho debe hacerse cargo de ello.**

Aunado lo anterior, una vez consultada la base de datos de la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, se pudo constatar que **ELIZABETH REYES LOZANO** está afiliada en el régimen subsidiado del Estado al Sistema Integral de la Seguridad Social en Salud. Es decir, nunca oficializó sus presuntos ingresos en calidad de trabajadora dependiente o independiente por cuenta propia (frente al presunto negocio de su propiedad), contrariando así las disposiciones del artículo 244 de la Ley 1955 del 2019, que indica:

«INGRESO BASE DE COTIZACIÓN -IBC DE LOS INDEPENDIENTES. Los trabajadores independientes con ingresos netos iguales o superiores a 1 salario mínimo legal mensual vigente que celebren contratos de prestación de servicios personales, cotizarán mes vencido al Sistema de Seguridad Social Integral, sobre una base mínima del 40% del valor mensualizado del contrato, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Así las cosas, está completamente probado que no existe prueba alguna de la que razonablemente se pueda desprender que la actora se encontrase laborando para la fecha de los hechos, por lo que por sustracción de materia, será imposible reconocer indemnización alguna a título de lucro cesante. Aunado a ello, tampoco se podrá presumir que la actora se encontraba devengando el salario mínimo legal mensual vigente para la época de los hechos, toda vez que **el perjuicio indemnizable debe ser cierto**; posición que comparte el Honorable Consejo de Estado en la actualidad, de acuerdo a la sentencia de unificación jurisprudencial del 18 de julio de 2019, proferida dentro del expediente 44.572, con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera, en la que se eliminó la presunción de que toda persona en edad productiva percibe al menos un salario mínimo legal mensual vigente, para en su lugar determinar que el lucro cesante debe siempre probarse, basándose para tal efecto en pruebas que determinen la actividad realizada y el ingreso percibido por la víctima antes de producirse el daño.

En conclusión, como los anteriores elementos jurisprudenciales en el presente caso brillan por su ausencia, es apenas lógico que el despacho desestime esta pretensión indemnizatoria, en el remoto evento que se determine que a la E.S.E. demandada sí le asiste responsabilidad en el daño alegado por las víctimas.

**Frente a los perjuicios inmateriales:**

**-Perjuicios morales:** Aunado a la inexistencia de elementos materiales probatorios que pudiesen eventualmente considerar el reconocimiento y pago los de perjuicios morales a favor de los aquí demandantes, **es importante resaltar que la cuantía que la parte actora reclama por este concepto se encuentra completamente sobreestimada**, como quiera que la suma no se atempera a los criterios que han sido decantados pacíficamente por parte del Honorable Consejo de Estado, ya que según las pretensiones de la demanda, estas se tasaron en el reconocimiento de **DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200)** para la presunta víctima.

Ahora bien, es oportuno destacar que en el expediente brilla por su ausencia dictamen médico laboral, de Junta Regional de Calificación de Invalidez y/o de especialista en daño corporal, que dé cuenta de tales afirmaciones, por lo que en el remoto e hipotético evento de declararse probada la responsabilidad de la E.S.E. asegurada, todos los perjuicios solicitados por la víctima directa y las de rebote en torno al daño moral, deberán reconocerse sobre la base del primer nivel establecido, de acuerdo a la jurisprudencia antes señalada.

Por otro lado, es importante reseñar que a folio 34 del cuaderno principal de la demanda obra una declaración para fines extraprocesales que narra que el señor **ANIBAL ARIAS** y la señora **ELIZABETH REYES LOZANO** “conviven” en unión libre desde el 19 de mayo del 2001. Así las cosas, a pesar de que en un intento tardío que data del **31 de mayo del 2019** (fecha en la que se suscribió la precitada acta), los aquí demandantes intentaron “acreditar” la unión marital de hecho, manifestando que ambos comparten el mismo “techo, lecho y mesa”, no será posible dársele la condición de compañero permanente al señor **ARIAS.**

Precisamente la Ley 54 del 28 de diciembre de 1990, en el artículo (2) segundo, establece lo siguiente:

“Artículo 2º. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.”

En ese orden de ideas, del apartado normativo se extraen dos (2) premisas principales. **La primera: La unión marital de hecho puede ser declarada judicialmente cuando exista convivencia entre un hombre y una mujer por un lapso no inferior a dos años, sin impedimento legal para contraer matrimonio.** La segunda: Es posible que se declare judicialmente la unión marital de hecho cuando aun existiendo impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, las sociedades conyugales hayan sido disueltas y liquidadas, cuando menos, un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

En el caso en concreto, teniendo cuenta que la vaga declaración con fines extraprocesales fue **suscrita convenientemente con posterioridad a la fecha de la presunta falla en el servicio y tan solo quince (15) días antes de la presentación de la demanda, es claro que este medio documental** no puede servir de sustento para “probar” la existencia de la unión marital de hecho, y en el entendido en que esa carga está única y exclusivamente en cabeza de los actores, desde ya se anticipa que en el remoto evento de proferirse una condena en contra de la entidad asegurada, no podría reconocérsele perjuicios morales, bajo ningún punto de vista, al señor **ANIBAL ARIAS** conforme a lo expuesto en precedencia.

-**Daño a la salud:** Únicamente en gracia de discusión, teniendo en cuenta que el actor solicitó el reconocimiento del perjuicio de ***“daño a la vida de relación”*** y que este fue unificado por la jurisprudencia del Consejo de Estado en un solo criterio bajo la figura del daño a la salud, se efectuará el pronunciamiento en el siguiente sentido:

En los casos de reparación del daño a la salud, la indemnización, en los términos del fallo deberá estar sujeta a lo probado en el proceso. El juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para llevar a cabo lo anterior, el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. En el caso concreto, es claro que la parte actora no logró acreditar los elementos de la responsabilidad y teniendo en cuenta que la amplia jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado reconoce esa modalidad de daño **únicamente para la víctima directa**, no habrá lugar al reconocimiento de este perjuicio. De nuevo, resulta menester **resaltar que la cuantía que la parte actora reclama por este concepto se encuentra completamente sobreestimada,** máxime cuando en el expediente brilla por su ausencia dictamen médico laboral, de Junta Regional de Calificación de Invalidez y/o de especialista en daño corporal, que permita aplicar de manera directa y bajo una base cuantitativa y no cualitativa, los baremos fijados por el Honorable Consejo de Estado sobre el particular.

1. **ALEGATOS RESPECTO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR LA E.S.E. HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO.**

En este acápite se desarrollarán los aspectos relativos a la vinculación realizada a mi procurada, respecto al tenor de la póliza utilizada como fundamento del llamamiento en garantía:

**A). PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO.**

Sobre este punto es importante recalcar que ha operado la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro debido al lapso que transcurrió entre el conocimiento que la **E.S.E. HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO** tuvo del siniestro y de la respectiva notificación del llamamiento en garantía a mí procurada.

La **E.S.E. HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO** como parte interesada en el contrato de seguro, contaba con dos (2) años a partir de la reclamación extrajudicial o judicial que le hiciere la presunta víctima (hoy demandantes) para reclamarle a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA** el pago de los perjuicios que supuestamente debería sufragar como consecuencia de una eventual condena y/o indemnización.

El Código de Comercio lo ha establecido en el artículo 1081 de la siguiente manera: “*La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”.*

Sobre el vocablo *“interesado”* se entiende que es el sujeto de derecho, esto es, persona natural, jurídica o patrimonio autónomo, que tiene la posibilidad de ser indemnizada por la compañía aseguradora cuando se presenta la ocurrencia de un siniestro. Esto quiere decir que la figura del interesado radica en aquella a quien el asegurador debe pagar o quien esté en la posibilidad de exigir el pago de una indemnización. Sobre lo anterior, de antaño la Corte Suprema de Justicia ha determinado que por interesado debe entenderse: el tomador, el asegurado, el beneficiario y el asegurador. Entonces, las personas anteriormente nombradas son las que tienen la calidad de interesados y por ello están cobijadas por el plazo de la prescripción ordinaria de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, bien sea a favor o en contra.

Ahora bien, es oportuno destacar que los plazos prescriptivos no corren para todos los interesados de la misma forma. Para la víctima corre a partir de que conoce el hecho y para el asegurado, que muchas veces ostenta también la figura de tomador y beneficiario, a partir que la víctima le exige el pago de una indemnización, sea judicial, ora extrajudicialmente. Sobre esto, el doctrinante Hernán López Blanco ha sido enfático:

 “(…) es el asegurado quien está habilitado para ejercer la acción pertinente respecto de la aseguradora y en ella los plazos de prescripción para el mismo se computarán desde cuando la víctima lo requiere judicial o extrajudicialmente para que pague unos perjuicios, o sea que para el asegurado no empieza a correr el plazo de los dos años en el mismo momento en que se inicia para la víctima y beneficiario del contrato, o sea desde cuando sucede el hecho externo imputable al asegurado, sino a partir de la presentación de una reclamación judicial o extrajudicial (…)”

Lo anterior igualmente está previsto en el artículo 1131 del Código de Comercio: *“En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”.*

En el caso que nos ocupa, se tienen los siguientes hitos temporales, para que el juzgador los tome en consideración y declare probada la prescripción derivada del contrato de seguro, por la mora del ente hospitalario asegurado en suministrar la noticia del reclamo de las víctimas, a la compañía aseguradora:

• Radicación de la solicitud de conciliación extrajudicial: 12 de junio del 2019.

• Celebración de audiencia de conciliación extrajudicial: 15 de julio del 2019.

• Notificación de la admisión del llamamiento en garantía: 11 de noviembre del 2021.

• Notificación del llamamiento en garantía a mi representada: 19 de noviembre del 2021.

Así las cosas, se puede evidenciar, sin dubitación alguna, que entre la celebración de la audiencia de conciliación y la notificación del llamamiento en garantía a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA,** **transcurrieron más de dos (2) años y cinco (5) meses.**

Por esta razón, el fenómeno de la prescripción ha operado en tanto que la **E.S.E. HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO**, fue debidamente notificado de la conciliación prejudicial impetrada por los convocantes, hoy demandantes, a pesar de su no comparecencia a la misma. En tal virtud, desde el 15 de julio del 2019, dicha empresa social del estado conoció del siniestro y de la indemnización por concepto de perjuicios pedida por los aquí demandantes, por lo cual se concluye que las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran más que prescritas, ya que el aviso por parte del ente asegurado a la aseguradora, debió haberse efectuado, por mucho, el 15 de julio de 2021.

**B) AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA No. 720-88-994000000004 ANEXOS 0, 1, 2 Y 3 DEBIDO A LA MODALIDAD *“CLAIMS MADE”* CONCERTADA.**

Es imperativo recordar que existen diferentes modalidades de cobertura en los contratos de seguro. Las más comunes en la actividad aseguraticia son las siguientes: ocurrencia, descubrimiento y reclamación o *claims made.* La primera hace referencia a la cobertura que se brinda cuando el hecho que da lugar al amparo ocurre mientras la póliza está vigente. Bajo la modalidad de descubrimiento se ofrece cobertura cuando el tomador, asegurado o beneficiario conoce el hecho dañoso dentro de la vigencia de la póliza. **Por último, se tiene que el seguro pactado bajo la modalidad de reclamación o *claims made* opera, por un lado, si el interesado presentó su reclamación dentro de la vigencia de la póliza y, de otro, si los hechos por los que se reclama ocurrieron dentro del período de vigencia o de retroactividad pactado.**

Específicamente la modalidad de cobertura por reclamación o *claims made* tiene su fundamento en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997. Con la nombrada norma se introdujo esta nueva figura, cuya finalidad es que la aseguradora indemnice los perjuicios causados a terceros por hechos pretéritos a la vigencia del contrato de seguro, siempre y cuando, la reclamación, al asegurado o a la aseguradora, se realice dentro de dicha vigencia. La respectiva norma establece lo siguiente:

*“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.”* (Negrita adrede).

Si bien el artículo 1131 del Código de Comercio estipula que el siniestro se entiende ocurrido “*en el momento de acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado*”, con la precitada norma se permitió, a través del pacto expreso entre contratantes, que se amparen hechos anteriores a la vigencia del seguro (retroactividad), bajo la condición de que la reclamación se realice dentro de la referida vigencia. Esto no quiere decir que el requerimiento sea requisito para que se configure la responsabilidad, **sino que la obligación de pago de la aseguradora se sujeta al reclamo en el curso de la póliza.**

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la modalidad *claims made* y su posibilidad de coexistir con las demás disposiciones que se encuentran en el Código de Comercio:

*“Entonces, la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 ejusdem es suficiente para la configuración del siniestro, empero,* ***si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (claims made), también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido****, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza -de existir acuerdo contractual[[5]](#footnote-5).”* (Negrita fuera del texto original).

Con la Ley 389 de 1997 y lo estipulado en materia de contrato de seguros por el Código de Comercio, se configura una doble exigencia a la hora de reclamar por el acaecimiento de un siniestro cuando se ha pactado esta modalidad. La dualidad consiste en: la materialización del siniestro y la reclamación dentro del término específico. Esta característica diverge del sistema tradicional de ocurrencia, en el cual importa que el hecho dañoso se produzca en la vigencia del contrato de seguro mas no si el requerimiento por el interesado se realiza cuando la póliza haya expirado. Así las cosas, sobre la modalidad descrita la Corte recientemente concluyó:

*“Por su parte, las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento,* ***porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado****, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso[[6]](#footnote-6)*. (Negrita adrede).

**Por lo anterior, la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Centros Médicos No. 720-88-99400000000 Anexos 0, 1, 2 y 3 no debe afectarse, toda vez que la primera reclamación que se efectuó no se realizó dentro del periodo de vigencia convenido.**

En cuanto a la reclamación, la misma hace referencia a cualquier comunicación o requerimiento por escrito en petición de resarcimiento o demanda judicial que se presente reclamando la indemnización de perjuicios, por una causa imputable al asegurado. En este sentido, de la revisión del material documental aportado con la demanda, se observa que la audiencia de conciliación extrajudicial en la que se reclama al asegurado tuvo lugar el **15 de julio del 2019.**

La vigencia pactada en los anexos de la póliza es la siguiente:

**Anexo 0:** Del 28 de febrero del 2016 al 28 de febrero del 2017.

**Anexo 1:** Del 28 de febrero del 2017 al 28 de febrero del 2018.

**Anexos 2 y 3:** Del 28 de febrero del 2018 al 28 de febrero del 2019.

Con base en lo anterior, no se efectuó la comunicación o requerimiento al asegurado o a la aseguradora de petición de resarcimiento en la vigencia del contrato. Atendiendo lo previsto legalmente y pactado contractualmente, solamente se amparan las indemnizaciones por las reclamaciones escritas presentadas al asegurado o a la aseguradora durante la vigencia de la póliza, y como se indicó, esta situación no se presentó con el contrato objeto del llamamiento en garantía.

Entonces, de acuerdo a la modalidad de cobertura explicada, debe necesariamente concluirse por el despacho que dicha póliza no presta cobertura desde el plano temporal, debido a que la reclamación a la entidad asegurada (E.S.E. Hospital Raúl Orejuela Bueno), se presentó por fuera de la vigencia de los anexos del contrato de seguro con el cual fue convocada mi procurada al presente litigio.

En conclusión, la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Centros Médicos No. **720-88-99400000000 Anexos 0, 1, 2 y 3** no ofrece cobertura temporal debido a que se pactó una modalidad de cobertura denominada *claims made,* lo cual significa y exige: 1) que el hecho que da origen a la reclamación debió ocasionarse dentro de la vigencia de la póliza o del periodo retroactivo; y 2) que la reclamación ante la E.S.E. Hospital Raúl Orejuela Bueno o ante la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. se hubiera efectuado dentro de la vigencia de la póliza. Si bien el presunto hecho dañoso ocurrió en vigencia de la póliza, esto es, el 13 de junio de 2017, el reclamo se realizó el 15 de julio de 2019 cuando la mentada póliza ya había fenecido. De esta manera, no se cumplió con la estipulación contractual que, de cumplir con las condiciones generales y particulares, hubiese dado lugar al pago por parte de la aseguradora.

**C). NO SE DEMOSTRÓ LA REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CLÍNICAS Y CENTROS MÉDICOS No. 720-88-994000000004 ANEXOS 0, 1, 2 Y 3, POR TANTO, NO EXISTE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**

Respecto al llamamiento en garantía se debe destacar como primera medida, que la responsabilidad de mi prohijada solo puede verse comprometida ante el cumplimiento de las condiciones pactadas, de la que pende el surgimiento de la obligación condicional, esto es, la realización del riesgo asegurado.

Es decir que la responsabilidad de mi representada está supeditada al contenido de la póliza, sus diversas condiciones, al ámbito de amparo, a la definición contractual de su alcance o extensión, a los límites asegurados para cada riesgo tomado, a los riesgos asumidos por la convocada, a los valores asegurados para cada amparo, al deducible pactado etc., luego son esas condiciones las que enmarcan la obligación condicional que contrae el asegurador y por eso el juzgador debe sujetar el pronunciamiento respecto de la relación sustancial que sirve de base para el llamamiento en garantía, al contenido del contexto de la correspondiente póliza.

Ahora bien, en el caso particular se observa que dicha condición nunca se cumplió, toda vez que la responsabilidad de la aseguradora está delimitada estrictamente por la serie de amparos que le fueron otorgados a la E.S.E. Hospital Raúl Orejuela Bueno, tal y como se estipuló en el contrato de seguro que enmarca la eventual obligación de mi representada y considerando que la responsabilidad del ente convocante no se estructuró por no existir falla alguna de su parte o del personal a su servicio que haya originado una responsabilidad de estirpe extracontractual, los hechos y pretensiones de la demanda carecen de cobertura bajo la póliza de seguro utilizada como fundamento del llamamiento en garantía, pues no se cumplió la condición a la que está sometida la obligación de la aseguradora, esto es, que se realice el riesgo asegurado en los términos de la póliza.

Luego, al no realizarse el riesgo asegurado, o no existir amparo para el evento, el juzgador debe exonerar a mi representada de toda obligación. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, Sentencia del 2 de mayo de 2000. Ref. Expediente: 6291. M.P: Jorge Santos Ballesteros; indicó lo siguiente:

*“Son la columna vertebral de la relación asegurativa y junto con las condiciones o cláusulas particulares del contrato de seguros conforman el contenido de éste negocio jurídico, o sea el conjunto de disposiciones que integran y regulan la relación. Esas cláusulas generales, como su propio nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a todos los contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aún por los aseguradores del mismo mercado y están destinadas a delimitar de una parte la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro, definir la oportunidad y modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanan.”*

Por lo tanto, son estas las manifestaciones las que enmarcan las condiciones que regulan las obligaciones del asegurador, por lo que el juzgador debe ceñirse a lo expresamente enunciado en el condicionado del contrato de seguro.

Vale la pena recordar al respecto, que el contrato de seguro contiene una obligación condicional a cargo del asegurador, (la de indemnizar), una vez ha ocurrido el riesgo que se ha asegurado (Arts. 1045, 1536 y 1054 del Código de Comercio). Por ello, el nacimiento de la indemnización pende, exclusivamente, de la realización del siniestro contractualmente asegurado, por lo cual, no cualquier acto o hecho tiene la propiedad de ser un acto asegurado, sino únicamente tienen esta característica aquellos actos y hechos que son expresamente pactados en la póliza del contrato de seguro.

De esta manera, el hecho de haberse pactado en las pólizas de seguro concretamente en las condiciones generales, algunas exclusiones de amparo, ellas deben considerarse al proferirse la sentencia respectiva, pues de presentarse o configurarse una o varias de ellas se releva a la compañía de la obligación de pagar cualquier tipo de indemnización.

**D). LÍMITES MÁXIMOS ESTABLECIDOS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CLÍNICAS Y CENTROS MÉDICOS No. 720-88-994000000004.**

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. En el caso en concreto se estableció un límite de **$1.500.000.000 Pesos M/cte** por evento y vigencia para el amparo que se pretende afectar (responsabilidad civil institucional), como se observa:



El anterior valor se encuentra sujeto a la disponibilidad de la suma asegurada. La ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra de nuestro asegurado.

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1079 del Código de Comercio, el asegurador estará obligado a responder únicamente hasta la concurrencia de la suma asegurada, sin excepción y sin perjuicio del carácter meramente indemnizatorio de esta clase de pólizas, consagrado en el artículo 1088 ibídem, que establece que los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

Conforme a lo señalado anteriormente, en este caso particular operaría la suma asegurada equivalente a **$1.500.000.000 Pesos M/cte.** En todo caso, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados, sublímites para determinados amparos y a la fehaciente demostración, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

**E). EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 720-88-994000000004 ANEXOS 0, 1, 2 Y 3 SE PACTÓ UN DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO.**

En gracia de discusión y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que de la eventual obligación de mi procurada se debe descontar el deducible pactado. Para tal efecto, debe tenerse en cuenta que el deducible corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado, **E.S.E. HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO** y, en este caso para la Póliza de Responsabilidad Civil No. 720-88-994000000004 Anexos 0, 1, 2 y 3, se pactó el siguiente deducible:



El deducible, está legalmente permitido y se encuentra consagrado en el artículo 1103 del Código de Comercio, el cual reza que: *“(…) Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original (…)”*.

En síntesis, el deducible comporta la participación que asume el asegurado cuando se presenta el siniestro, el cual se manifiesta en un valor o porcentaje pactado en la póliza de seguro. Por consiguiente, debe tenerse presente que, una vez se encuentre fehacientemente probado el evento asegurado, el Juez deberá, al momento de atribuir responsabilidades sobre la indemnización del presunto daño antijurídico causado, aplicar el monto que, al asegurado **E.S.E. Hospital Raúl Orejuela Bueno** le correspondería cubrir en virtud del deducible pactado. Se aclara además que en vista de que se pactó un porcentaje y una suma específica, deberá aplicarse, de acuerdo a lo estipulado en la póliza, el que una vez calculado sea mayor. En conclusión, si en el caso bajo su conocimiento ocurre el improbable caso de endilgarse responsabilidad a la demandada, y a mi mandante se le hiciera exigible la afectación del aseguramiento, la **E.S.E. HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO** tendría que cubrir el monto anteriormente indicado como deducible. Empero, tampoco puede olvidarse que esto es sólo posible en el hipotético de que la E.S.E. demandada sea hallada patrimonialmente responsable de conformidad con las pruebas allegadas el proceso. Lo cual, analizando el expediente es altamente improbable, como quiera que, en el asunto de marras, no existe responsabilidad frente a tal institución médica.

**F). DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO.**

Sin que con el planteamiento de este argumento de defensa se esté aceptando responsabilidad en cabeza de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismos hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha de la sentencia y ante una condena, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada.

Sin más consideraciones, elevo las siguientes:

1. **PETICIONES**

Solicito comedidamente al Despacho se sirva denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda en lo que compete a nuestro asegurado y, consecuencialmente, negar las pretensiones formuladas en el escrito del llamamiento en garantía, ante la falta de acreditación de los elementos axiológicos de la responsabilidad en contra de la **E.S.E. HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO** y la inexistencia de obligación indemnizatoria a cargo de la compañía aseguradora.



Cordialmente,

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá

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

1. [Fístulas vesico-vaginales; diagnóstico y manejo; experiencia de 20 años | Revista Mexicana de Urología (elsevier.es)](https://www.elsevier.es/es-revista-revista-mexicana-urologia-302-articulo-fistulas-vesico-vaginales-diagnostico-manejo-experiencia-X2007408511283237) [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 13 de junio del 2016, exp. 85001-23-31-000-2005-00630-01(37387), C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ídem. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (2017). Radicación 05001-31-03-012-2006-00234-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Mayo 24. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ, Cas. Civil, Sent. Jul. 18/2017, Rad. 76001-31-03-001-2001-00192-01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ibíd. [↑](#footnote-ref-6)