

Señores,

JUZGADO SEXTO (6º) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI (V)

adm06cali@cendoj.ramajudicial.gov.co

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 1ª INSTANCIA
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES: NORVEY MORALES JARAMILLO Y OTROS
DEMANDADO: HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E.
LL. EN GARANTÍA: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA
RADICACIÓN: 76001333300620200009000

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de 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** dentro del proceso de la referencia, solicitando desde ya que se profiera **SENTENCIA FAVORABLE PARA MI REPRESENTADA**, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas al momento de contestar la demanda y el llamamiento en garantía.

I. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR ALEGATOS

El Juzgado Sexto (6º) Administrativo del Circuito de Cali (V) mediante auto de sustanciación No. 393 proferido en audiencia de pruebas del día 30 de abril de 2024 se resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

“3. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

Auto de Sustanciación No. 393

*En los términos del artículo 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 y dado que no se considera necesario citar a la audiencia de alegaciones y juzgamiento en el sub lite, **se corre traslado común a las partes por el término de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la celebración de la presente audiencia, para que formulen sus alegatos de conclusión por escrito,** advirtiéndose que durante el mismo término la señora Procuradora Judicial I delegada ante este Despacho podrá presentar concepto si a bien lo tiene, al tenor del aparte final de la citada norma. Decisión notificada en Estrados. Como no se interpone recurso queda en firme.”*

En ese sentido, los diez (10) días de traslado para alegar de conclusión transcurrieron de la siguiente forma: 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 14, 15 y 16 de mayo de 2024. Teniendo en cuenta lo anterior, se presentan los alegatos de conclusión del proceso de la referencia de manera oportuna dentro del término legalmente conferido.

II. PROBLEMA JURÍDICO

El Juzgado Sexto (6º) Administrativo del Circuito de Cali (V), en audiencia inicial del 28 de marzo de 2023 llevada a cabo de manera virtual, fijó el litigio dentro del proceso de la referencia en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta lo anterior y en virtud de lo consignado en la demanda y las contestaciones de la entidad demandada y la llamada en garantía, en este estado de la diligencia, el suscrito Juez determina que el objeto de controversia en este asunto se circunscribe a establecer si se presenta responsabilidad administrativa y patrimonial por parte de la entidad demandada, por el presunto daño antijurídico causado a los demandantes, como consecuencia de la presunta falla en la prestación del servicio de salud, por la deficiencia en la prestación de dicho servicio, que derivó en la muerte de la joven Jessica López Torres el día 05 de mayo de 2018 en la ciudad de Palmira.

De otra parte, y en caso de declararse la responsabilidad y disponerse el reconocimiento y pago de perjuicios, deberá resolverse si la llamada en garantía debe concurrir al pago total o parcial de la condena en virtud de la relación legal, contractual o sustancial, en que se sustenta el llamamiento en garantía o si prospera alguna de las excepciones propuestas que la exima de lo pretendido por la llamante. Se indaga a las partes si están de acuerdo con la fijación del litigio, a lo cual manifiestan que están conformes con lo señalado por el Despacho. Teniendo en cuenta lo expuesto, se dicta el siguiente:

Auto de Sustanciación No. 326

Se fija el litigio en los términos antes referidos, y se dispone continuar con el trámite de la audiencia.

Decisión notificada en Estrados. Como no se interpone recurso queda en firme.”

No sobra advertir desde ya que los problemas jurídicos planteados por el despacho deben ser resueltos de manera negativa, es decir, no le asiste ningún tipo de responsabilidad al HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E., el asegurado, y, por consecuencia, tampoco le asiste ninguna responsabilidad legal y/o contractual a mi representada ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, pues los hechos que son materia de estudio por parte del despacho no son imputables de ninguna forma al asegurado y lo cierto es que la póliza en virtud de la cual fue vinculada mi representada no presta cobertura para los hechos *sub judice*.

III. TESIS DE LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA

Las tesis que sostendrá la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa a lo largo de los presentes alegatos de conclusión serán las siguientes:

1. Caducidad del medio de control de reparación directa.

2. Incumplimiento de la carga de la prueba respecto de la parte demandante – no se encuentra demostrado el hecho generador del presunto daño alegado por la parte activa.
3. Inexistencia de responsabilidad por parte del Hospital Raúl Orejuela Bueno E.S.E.
4. Cumplimiento del deber de información (consentimiento informado) – la obligación médica es de medio y no de resultado.
5. Carencia de prueba de los supuestos perjuicios solicitados y exagerada tasación de los mismos.

En subsidio de lo anterior, y en el remoto e hipotético caso de que el despacho acceda a las infundadas pretensiones de la demanda, la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa sostendrá las siguientes tesis frente a su vinculación como llamada en garantía:

6. Inexistencia de cobertura y consecuentemente inexistencia de la obligación indemnizatoria dada la modalidad temporal (*Claims Made*) suscrita en la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y centros médicos No. 72088994000000004.
7. Exclusiones pactadas en la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y centros médicos No. 72088994000000004.
8. Inexistencia de amparo y consecuentemente de obligación indemnizatoria en tanto no se realizó el riesgo asegurado previsto en la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y centros médicos No. 72088994000000004.
9. Marco de los amparos otorgados, límite máximo de la responsabilidad de la compañía aseguradora.
10. En la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y centros médicos No. 72088994000000004, existe un deducible que se encuentra a cargo del asegurado.
11. Pago por reembolso.

IV. ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

En audiencia de pruebas llevada a cabo el día 30 de abril de 2024 ante el Juzgado Sexto (6º) Administrativo de Cali (V) se escucharon los testimonios de **Orlando Arboleda Zúñiga** y **Martha Lorena Paladines**, pruebas testimoniales que demuestran que la atención prestada en el HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E. fue adecuada y conforme a la *lex artis ad hoc*.

Del testimonio del declarante **Orlando Arboleda Zúñiga** se puede resaltar lo siguiente: La evaluación de la paciente fue inmediata, se envió hemograma, se realizó una ecografía pélvica transvaginal, la paciente presentaba una anemia severa que la ponía en riesgo, tenía un porcentaje

de hemoglobina muy bajo, una hemoglobina menor de 7.5% se debe corregir y se debe realizar una transfusión, se solicitó una valoración por interconsulta, estaba plenamente indicada y justificada la transfusión sanguínea, se ordenó la transfusión de dos unidades de glóbulos rojos compatibles, se verificó la hemoclasificación de la paciente y se realizó pruebas de compatibilidad, las bolsas deben ser de calidad y dicha circunstancia se revisó, las bolsas eran compatibles con la paciente, el suceso presentado con la paciente es de poca ocurrencia, la reacción de la paciente no era previsible, se realizaron las pruebas que normalmente se hacen como factor RH y compatibilidad, el síndrome TRALI tiene que ver con antígenos de segunda línea pues la reacción es inusual y en nuestro medio no constan en los protocolos habituales, el evento presentado por la paciente con los protocolos habituales no era predecible, el sello de calidad de las bolsas es externo al hospital, dentro del protocolo no se establece el requerimiento de UCI cuando se hace transfusiones sanguíneas, no hay protocolo o norma que exija la UCI en casos de transfusiones sanguíneas, la reacción de la paciente fue tan aguda y severa que la existencia o no de UCI no aseguraba la sobrevivencia de la paciente.

Del testimonio del declarante **Martha Lorena Paladines** se puede resaltar lo siguiente: la paciente se encontraba con abundante sangrado y dolor pélvico, encontró una persona pálida y taquicárdica, el concepto es de un ovario poliquístico y había un hemograma con una hemoglobina de 6.4., existía anemia severa, se realizó la primera transfusión sin complicaciones, se realizaron los estudios de compatibilidad, no era posible prevenir las reacciones adversas, no se podía prever la reacción adversa con las pruebas cruzadas y las pruebas de compatibilidad, las reacciones adversas según la literatura internacional es de 1 a 5000 transfusiones, la paciente no requería UCI, la paciente autorizó la transfusión.

Como se podrá observar, la practica probatoria demostró que el HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E. actuó con toda la diligencia y cuidado, prestando los servicios y atención médica necesaria de acuerdo con la *lex artis ad hoc*.

V. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

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

- *se presenta responsabilidad administrativa y patrimonial por parte de la entidad demandada, por el presunto daño antijurídico causado a los demandantes, como consecuencia de la presunta falla en la prestación del servicio de salud, por la deficiencia en la prestación de dicho servicio, que derivó en la muerte de la joven Jessica López Torres el día 05 de mayo de 2018 en la ciudad de Palmira.*

R//: No, para el caso en concreto, no se deriva ningún tipo de responsabilidad patrimonial y/ o administrativa del HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E. por la prestación del servicio de salud a la joven Jessica López Torres el día 05 de mayo de 2018 en la ciudad de Palmira, pues, como lo pusieron de presente los médicos tratantes **Orlando Arboleda Zúñiga** y **Martha Lorena Paladines** en los testimonios rendidos ante este despacho, se adelantaron todos los protocolos necesarios para realizar la transfusión sanguínea, se contó con el consentimiento informado de la paciente y la reacción adversa presentada por la misma era no sólo de rara ocurrencia sino que, además, era imprevisible.

- *De otra parte, y en caso de declararse la responsabilidad y disponerse el reconocimiento y pago de perjuicios, deberá resolverse si la llamada en garantía debe concurrir al pago total o parcial de la condena en virtud de la relación legal, contractual o sustancial, en que se sustenta el llamamiento en garantía o si prospera alguna de las excepciones propuestas que la exima de lo pretendido por la llamante.*

R//: Si bien la respuesta al primer problema jurídico planteado por el despacho es negativa, es decir, no le asiste ningún tipo de responsabilidad al HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E. por la reacción adversa sufrida por la joven Jessica López Torres, circunstancia que por sí sola impide que nazca la obligación indemnizatoria a cargo de mi representada pues no se ha realizado el riesgo asegurado, se tiene que, en un hipotético y remoto caso en el cual el despacho considere acceder a las pretensiones de la demanda, aún ante la carencia de pruebas científicas que sustenten la teoría del caso de la parte actora, la Aseguradora Solidaria de Colombia no tiene la obligación contractual ni legal de asumir una eventual condena pues lo cierto es que la Póliza No. 72088994000000004 no presta cobertura temporal por los hechos frente a los cuales fue llamada en garantía.

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

6.1. LA CONDUCTA DESPREOCUPADA Y OMISIVA DE LA PARTE DEMANDANTE COMO UN INDICIO EN SU CONTRA – APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 241 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

Además de las consecuencias jurídicas y procesales que se analizaran frente a la inobservancia de la carga de la prueba radicada en cabeza de los demandantes, se tiene que, por virtud del artículo 241 del Código General del Proceso, aplicable a la presente controversia por las remisiones normativas de los artículos 211 y 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de la conducta despreocupada y omisiva de la parte demandante se puede deducir un indicio en su contra, como lo es la inexistencia del derecho que pretende reclamar en sede judicial.

Para sustentar el argumento que ahora se propone, debe tenerse en cuenta el desinterés con el que actuó la parte demandante a la hora de probar su tesis del caso, pues basta con recordar cómo se dio el debate probatorio para lograr apreciar lo que se afirma.

En efecto, nótese como mediante auto interlocutorio No. 941 del 11 de octubre de 2023 proferido por el despacho se denota el desinterés con el que actuó la parte demandante frente al recaudo de la prueba pericial que se encontraba a su cargo:

“En cumplimiento de lo anterior, le secretaría del Despacho libró Oficio No. 102 del 10 de abril de 2023, dirigido a la Universidad CES de Medellín, requiriendo la práctica del dictamen, requerimiento que fue contestado mediante correo electrónico del 06 de junio de 2023, informando sobre el trámite de gastos

periciales para la práctica del dictamen.

Teniendo en cuenta ello, mediante auto de sustanciación No. 660 del 21 de junio de 2013 el Despacho puso en conocimiento de la parte demandante la respuesta entregada por la Universidad CES de Medellín visible a índice 42 del aplicativo SAMAI para que, en el término de 10 días contados a partir de la notificación de dicho proveído, procediera a adelantar las gestiones requeridas por esa entidad a fin de lograr la materialización de la prueba, allegando constancia al Juzgado de tal diligencia.

Ahora bien, transcurrido el término indicado en el auto mencionado, lo cierto es que **no se recibió información alguna de la parte demandante**, por lo cual el Despacho profirió el auto de sustanciación No. 782 del 26 de julio de 2023, mediante el cual requirió por segunda vez a la parte demandante, para que, en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de ese proveído, informara al Despacho las gestiones adelantadas a fin de lograr la materialización de la prueba pericial, sin que se obtuviera respuesta alguna.

Vencido el término otorgado en la providencia en cita y cumplido el término adicional de treinta (30) días previsto por el artículo 178 de la Ley 1437 de 2011, **no se obtuvo respuesta alguna por la parte demandante**, razón por la cual, el Despacho procedió a requerirla nuevamente mediante Auto de Sustanciación No. 946 del 01 de septiembre de 2023, para en el término de quince (15) días contados a partir del día siguiente a la notificación de dicha providencia, procediera a adelantar las gestiones requeridas por la Universidad CES de Medellín a fin de lograr la materialización de la prueba, allegando constancia al Juzgado de tal diligencia. Advirtiendo que de lo contrario, se procedería a dar aplicación a lo señalado en el artículo 178 del C.P.A.C.A., en torno a la figura del desistimiento tácito respecto de dicha prueba.

Cumplido el término anterior, lo cierto es que a la fecha no hay pronunciamiento alguno por la parte demandante.” (subrayado y negritas propias).

En virtud de las anteriores consideraciones, el despacho decidió resolver lo siguiente:

“RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR el desistimiento tácito de la prueba pericial decretada en la audiencia inicial celebrada el 28 de marzo de 2023, a favor de la parte demandante, consistente en oficiar a la Universidad CES de Medellín para que previa revisión de las Historias Clínicas pertenecientes a la joven Jessica López Torres, se conceptuara sobre si el procedimiento y/o tratamiento realizado por el personal médico del Hospital Raúl Orejuela Bueno E.S.E. a la joven Jessica López Torres, fue el adecuado para el cuadro de sangrado y/o complicación sufrido era lo que efectivamente se debía adelantar y si el procedimiento y/o tratamiento

realizado por el personal médico del Hospital Raúl Orejuela Bueno E.S.E. a la joven Jessica López Torres, cumplió con los parámetros y protocolos necesarios para evitar cualquier tipo de adversidades previsibles.”

Obsérvese entonces como la parte actora dejó de practicar una prueba que había sido decretada a su favor todo ello a pesar de las múltiples insistencias realizadas por parte del despacho para el trámite de la misma, omisión que reviste graves implicaciones en el proceso actual pues es claro que en este tipo de procesos la prueba de rigor científico constituye un elemento esencial para decidir, ya sea a favor o en contra de la declaratoria de responsabilidad médica, como lo ha puesto de presente la doctrina al expresar que:

“No puede haber posibilidad alguna que un operador judicial profiera una sentencia declarando una responsabilidad por mala práctica médica sin la presencia de un dictamen pericial:

“La importancia de este medio probatorio en los temas de responsabilidad médica es fundamental, ya que para que la conducta de un médico pueda ser valorada, y establecer si este actuó conforme a lo que establece la ley de ética médica, o la lex artis, necesariamente se requiere de un experto que en la calidad de perito determine si el médico actuó o no conforme a lo que ordena la ciencia médica, de allí que necesariamente se debe señalar que en procesos en donde se juzgue a un profesional médico, sin que exista perito médico, difícilmente se podrá concluir si éste es o no responsable.” (Solórzano, 2011)”¹

Visto todo lo anterior, y ante la probada desidia y despreocupación con la que actuó la parte demandante, aún a sabiendas de las implicaciones que tendría su conducta omisiva en las resultas del proceso, es que se puede aplicar el artículo 241 del Código General del Proceso por remisión expresa de los artículos 211 y 306 del CPACA para deducir un indicio de la conducta procesal de la parte actora: tal desidia y despreocupación sólo puede significar que la parte demandante era consciente, desde un inicio, de la carencia de fundamentos científicos de su demanda.

6.2. INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO DE LA PARTE DEMANDANTE – NO SE ENCUENTRA DEMOSTRADO EL HECHO GENERADOR DEL PRESUNTO DAÑO ALEGADO POR LA PARTE ACTIVA.

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

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

¹ Solórzano, C. (2011). La Prueba pericial y su importancia dentro de los procesos por mala práctica médica. Citado por: Orozco, Alberto. (2021). Necesidad del dictamen pericial médico como requisito para admitir demanda de responsabilidad médica. Directum. 6. 31-47. 10.18041/2538-9505/directum.2.2021.7972.

se puede observar claramente en Sentencias como la del 29 de julio de 2021²:

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

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

Para acreditar la falla y el nexo causal, el demandante puede acudir a todos los medios de prueba, pero en materia médica cobra especial importancia el dictamen pericial y los indicios, los que, a su vez, pueden establecerse a partir de conductas procesales de las partes, como no aportar la historia clínica o hacerlo de forma incompleta, en los términos del artículo 249 CPC. No obstante, la existencia de indicios no es suficiente por sí misma para estructurar los elementos de la responsabilidad. Es necesario que estos sean coherentes con el resto del acervo probatorio, luego de una valoración bajo los criterios de la sana crítica y las reglas de la experiencia³.” (subrayado y negritas propias).

De igual forma, la Sentencia que se trae a colación precisa las formas en las que se puede presentar la falla en el servicio en la prestación del servicio médico por error en el diagnóstico y consecuentemente error en el tratamiento, sobre el particular dice lo siguiente el H. Consejo de Estado:

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

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE. Sentencia veintinueve (29) de julio de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 05001-23-31-000-2007-03306-01(46672). Actor: DANIEL ESTEBAN DE LOS RÍOS Y OTROS. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA, POLICÍA NACIONAL. Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

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

paciente; y (iv) por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento⁴.”

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

No obstante lo anterior, lo cierto es que los demandantes nunca aportaron pruebas que sustentara alguna de las hipótesis planteadas por la jurisprudencia como constitutivas de error de diagnóstico o de tratamiento, pues la única actividad que se limitaron a ejercer fue realizar manifestaciones en su escrito de demanda sin probar por qué la transfusión realizada en el Hospital Raúl Orejuela Bueno E.S.E. había sido supuestamente equivocada.

De igual forma, también es preciso mencionar que los demandantes NO probaron que la demandada hubiese vulnerado el deber de información, pues de los testimonios practicados, en especial, el de la doctora **Martha Lorena Paladines**, se desprende que el personal médico de la demanda Hospital Raúl Orejuela Bueno E.S.E sí contó con la autorización de la paciente para realizar la transfusión sanguínea.

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

“9. QUÉ ES CARGA DE LA PRUEBA Y PARA QUÉ SIRVE

La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.

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

La necesidad surge de la representación que hace la parte, de conseguir un

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2011, Rad. n°. 19.846 [fundamento jurídico 2.2].

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

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

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

(...)

La jurisprudencia ha dicho que si el interesado en suministrar la prueba no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida o equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones.”⁵

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

6.3. CASO FORTUITO

Se plantea el presente argumento conclusivo de defensa pues, como lo manifestaran los declarantes **Orlando Arboleda Zúñiga** y **Martha Lorena Paladines**, la reacción adversa sufrida por la paciente es de rara ocurrencia, tanto así que no pudo ser previsible mediante los protocolos y pruebas de compatibilidad que se realizan antes de realizar las transfusiones sanguíneas, razón por la cual el resultado adverso presentado por la paciente se constituye en un caso fortuito que era imprevisible e irresistible para el personal médico de la demandada.

6.4. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E.

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

⁵ Parra Quijano, J. (2007). MANUAL DE DERECHO PROBATORIO (Décima sexta ed.). Librería Ediciones del Profesional LTDA. Págs. 249 a 250.

del incumplimiento de obligaciones.

Así las cosas, el apoderado actor debe probar los elementos estructurales de la responsabilidad, que como se anticipó en el acápite anterior, en materia administrativa son el daño y la imputación. Estos dos elementos estructurales nunca se presumen y deben estar debidamente acreditados por la parte actora. Ahora bien, en lo que respecta a la imputación, no hay prueba que permita su estructuración, más allá de hipótesis e indicios.

Corolario lo anterior, de antaño la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha determinado lo siguiente:

“La noción de la falla del servicio no desaparece, como lo ha señalado la Sala, de la responsabilidad estatal fundada en el citado artículo 90 de la Carta. Cuando de ella se derive la responsabilidad que se imputa a la administración se constituye en un elemento que debe ser acreditado por el demandante. Así lo ha repetido esta misma Sala”. Negrilla por fuera del texto

La imputación tiene unas etapas que no pueden desconocerse al momento de intentar atribuir un daño, por lo que es claro que no hay suficientes pruebas que permitan concluir la estructuración de responsabilidad del HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E. ni del HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E. y por ende, de la entidad aseguradora que represento.

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 las demandadas, al manifestar que existía una relación de causalidad entre la responsabilidad del mismo y el presunto daño causado a la demandante derivado de presuntamente no haber firmado una proforma de consentimiento informado, y que la sangre que se le transfundió no estaba en condiciones óptimas y/o no se realizaron las presuntas pruebas de compatibilidad sanguínea. Sin embargo, estas son apreciaciones subjetivas de las que no hay prueba suficientemente conducente. Esa hipótesis de responsabilidad fue construida por la parte demandante para fundamentar la legitimación por pasiva de la entidad demandada, omitiendo prueba alguna que permitiera atribuir a los demandados el daño generado.

En tratándose de la falla del servicio como título de imputación y la respectiva carga de la prueba a cargo del demandante, la máxima corporación de lo contencioso administrativo precisó:

“(…) La Sala, de tiempo atrás, ha dicho que la falla del servicio ha sido en el Derecho Colombiano y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la Falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual (…)

(...) Reiteradamente la Sala ha señalado que la responsabilidad del Estado se ve comprometida cuando se encuentran acreditados los siguientes elementos: i) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; ii) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; iii) un daño antijurídico, y iv) la relación causal entre la omisión y el daño (...)”.

En ese sentido, se itera que para casos donde se discuta la responsabilidad galénica -médica-, el análisis debe hacerse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no solo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño.

Está claro que el HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E., conforme a la lex artis, llevó a cabo todos los procedimientos médicos con pericia, cuidado, responsabilidad y esfuerzo profesional para procurar el mejor resultado posible con JESSICA LOPEZ TORRES, no sin antes tener en cuenta 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 del servicio.

Conforme a la historia clínica presentada por parte de del HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E., la atención médica prestada a JESSICA LOPEZ TORRES, se llevó a cabo de manera oportuna y sobre todo, la periodicidad de la misma estuvo en armonía con la lex artis, así:

- El día 4 de mayo del 2018 a las 5:39 a.m., una vez se valoró a la paciente y esta fue diagnosticada con hemorragia vaginal y uterina anormal, anemia posthemorrágica aguda, se le ordenó de forma inmediata un hemograma¹⁴ III, prueba de embarazo y se ordenó tratar con los medicamentos hioscina y dipirona. Esta directriz la dio el galeno JUAN CARLOS ARCINIEGAS HAMAN, especialista en medicina de urgencias y medicina domiciliaria, quien valoró y diagnosticó a JESSICA LÓPEZ TORRES.

- Ese mismo día, a las 9:47 a.m., la señora JESSICA LÓPEZ TORRES fue revalorada con paraclínicos; se hizo una inspección general y la misma refirió mejoría del dolor en el hipogastrio, negó síntomas urinarios e indicó que la última ecografía transvaginal fue hace más de un año. En esta oportunidad, el galeno tratante, conforme a la lex artis, cotejó que sus signos vitales estuviesen correctos:

Frec. cardíaca: 93, Frec. respiratoria: 20, Temperatura: 36.0°C, Peso: 71.0 Kgs., Talla: 160 cms., IMC: 27.73 Sobrepeso, Perímetro cintura: --, Saturación O2: 99.0%, Filtración glomerular: --, Estado al llegar: Consciente, Colaborador en la consulta: SI, Usuario hidratado: SI, Aparentemente embriagado: NO
Tensión arterial: Sentado: 100 / 70 (Optima / TA Media: 80), Acostado: --,
De pie: --, Cúbito Lat.Izq.: --
Escala Glasgow: 15/15 (Ocular:4. Verbal:5. Motora:6)

Por todo lo anterior, se decide que la señora JESSICA LÓPEZ TORRES debe ingresar al servicio de hospitalización gineco obstetra. El análisis de los resultados de los exámenes fue el siguiente:

ANÁLISIS Y PLAN

REPORTE PARACLINICOS

.- HEMOGAMA LEUCSO 11.1 N 79.6 L 15.2 HB 6.4 HTO 23.4 PLT 390
.- GONADOTROPINA CORIONICA HUMANA NEGATIVA

A/P- PACIENTE HEMODNAMICAMENTE ESTABLE CON ANEMIA CRONICA SECUNDARIO A HUA, SE DESCART A EMBARAZO, HEMOGRAM A SIN REACCION LEUCOCITARIA, SE DECIDE TRANSFUSION DE 2 UNIDAEDS GLOBULOS ROOS, EXPLICO AL PACIENTE Y FAMILIAR HALALZGOS Y PLAN, DICE ENTENDER Y ACEPTAR TRASFUSION .

SIGNOS DE ALARMA
HOSPITALIZAR
ECO TV
CONTROL CH POST - TRASFUSION

Lo antedicho permite válidamente identificar que, a la paciente sí se le llevaron a cabo los exámenes de rigor previa la transfusión de sangre. De igual forma, quedó consignado en la historia clínica que el médico tratante explicó tanto a la paciente como al familiar presente en ese momento, los hallazgos, riesgos, complicaciones y el plan de acción, y estos, en el marco de la autonomía de la voluntad aceptaron la misma. Es importante rescatar que el consentimiento informado fue verbal y este no se puede ligar intrínsecamente a la suscripción de un “formato”, la mayoría de veces preestablecido:

No se hicieron Remisiones

ANÁLISIS Y PLAN

REPORTE PARACLINICOS

.- HEMORGAMA LEUCSO 11.1 N 79.6 L 15.2 HB 6.4 HTO 23.4 PLT 390
.- GONADOTROPINA CORIONICA HUMANA NEGATIVA

A/P- PACIENTE HEMODNAMICAMENTE ESTABLE CON ANEMIA CRONICA SECUNDARIO A HUA, SE DESCART A EMBARAZO, HEMOGRAM A SIN REACCION LEUCOCITARIA, SE DECIDE TRANSFUSION DE 2 UNIDAEDS GLOBULOS ROOS, EXPLICO AL PACIENTE Y FAMILIAR HALALZGOS Y PLAN, DICE ENTENDER Y ACEPTAR TRASFUSION .

SIGNOS DE ALARMA
HOSPITALIZAR
ECO TV
CONTROL CH POST - TRASFUSION

Orden médica: 765200302901-OMED-333099, 4-May-2018

- HEMOGRAMA III [HEMOGLOBINA HEMATOCRITO RECUENTO DE ERITROCITOS INDICES ERITROCITARIOS LEUCOGRAMA REC

Ahora bien, con relación a la presunta falta de análisis del componente sanguíneo que se le transfundió a JESSICA LÓPEZ TORRES, me permito indicarle al despacho que sobre las 12:51 a.m. del 5 de mayo del 2018, el laboratorio clínico del HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E., confirmó la compatibilidad de la unidad de sangre que se transfundió a la fallecida:



Laboratorio Clínico
Hospital Raul Orejuela Bueno E.S.E. Nit. 815000316-9
Carrera 29 # 39-51 E-mail: laboratorio@hrob.gov.co
Palmira (Valle) - Colombia



| | | | | | |
|---------------|--------------------------|----------------|------------------------|--------------------|---------------------|
| Orden No. | 05052106 | Sexo: | Femenino | CPS: | |
| Paciente: | JESSICA LOPEZ TORRES | Edad/Fec.Nac.: | 29 Años / 08/02/1992 | Fecha Facturación: | 2018-05-05 00:51:56 |
| Documento Id: | 1113663003 | Teléfono: | 3186842528 | Primera Impresión: | 2018-07-10 10:07:30 |
| Sede: | SALAS SAN VICENTE DE PAU | Dirección: | | Regimen: | SUBSIDIADO |
| Servicio: | SALA DE PARTOS | Médico: | CARMEN HERRERA MARI | Municipio: | PALMIRA - VALLE |
| | | Empresa: | EMSSANAR E.S.S - RECUP | | |

Fecha Hora Impresión: 2021-07-09 16:52:07.

Página 1 de 1

| Examen | Resultado | Unidades | Valores de Referencia |
|--|------------|----------|-----------------------|
| BANCO DE SANGRE | | | |
| Aplicacion de Globulos Rojos o Sangre | ENTREGADA | | |
| PRUEBA DE COMPATIBILIDAD CRUZADA MAYOR EN TUBO | | | |
| Numero de Unidad Interna | 516 | | |
| Numero de Sello de Calidad | 18003158 | | |
| Fecha de Vencimiento de la Unidad | 24/05/18 | | |
| Compatibilidad | CONFIRMADA | | |
| PROCESAMIENTO DE LA UNIDAD DE GLOBULOS ROJOS O ERITROCITOS LEUCOREDUCCIDOS | COMPATIBLE | | |

Bacteriologo Responsable:

Nora L. Grajales
NORA LONDOÑO GRAJALES
BACTERIOLOGA
REG. 78-1487
Validación: 05/05/2018 01:33:54

3:30am se transfunde 1 unidad de GR x la jefe erica quien realiza el procedimiento, paciente que se observa calmada, afebril, t/a 120/70, t: 36,7, fc: 79 fr: 22, durante el procedimiento. no presenta ningun signo de alarma, ni alteracion alguna.

EVOLUCIÓN

PTE QUEN SE ENVUENTA CON HEMOGLOBINA DE 9.1, LO CUAL POR ODEN MEDICA SE TRASNFUNDE 1 UNIDA DE GLOBULO ROJO CON NUMERO DE SELLO DE SEGURIDAD 18003158, SE INICIA ALS 2:33AM NY TERMIANA ALS 4:30AM SIN NINGUNA COMPLICACION CON SIGONS VITALES DE 110/83, FC 72, T35, SPO 98%, FR 18, QUEDA PENDIENTE HEMOGRAMA POSTRANFUSION A LAS 8 HORAS

- El 5 de mayo, sobre las 9:44 a.m., la paciente es revalorada por el especialista en interconsulta, quien consignó en la historia clínica que sobre las 8:20 a.m., acuden por un llamado de enfermería, toda vez que la paciente se encontraba sin presión auscultable y pulso muy débil. En este punto, la paciente todavía estaba consciente. Ruego al despacho entrever que el HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E., se ciñó a los protocolos médicos y actuó conforme a la lex artis. Infortunadamente, de manera súbita, la paciente entró en paro cardiorrespiratorio; se inició reanimación a través de masaje cardiaco externo, se intubó a la paciente y diez (10) minutos después recuperó el pulso. Posterior a ello, se solicitó la remisión urgente a un centro asistencial de mayor complejidad y se preparó todo el equipo para ello; pero infortunadamente la paciente entró nuevamente en paro cardiorrespiratorio y tras 20 minutos intentando reanimarla, habiéndose aplicado seis (6) dosis de adrenalina, fallece.

- Por otro lado, en tratándose del informe de necropsia suscrito por el perito OSCAR MANTILLA BARRERA, se colige que la conclusión a la que llegó fue que la paciente falleció como consecuencia de una reacción postrasfuncional aguda:

ANÁLISIS Y OPINIÓN PERICIAL

CONCLUSION PERICIAL: CADAVER DE MUJER ADULTA JOVEN IDENTIFICADA MEDIANTE COTEJO DACTILOCOPICO COMO LOPEZ TORRES JESSICA CUYA MUERTE SE PRODUCE POR REACCION POSTRANSFUSIONAL FUNDAMENTADO EN LO DESCRITO EN HISTORIA CLINICA, LA AUSENCIA DE HALLAZGOS MACROSCOPICOS EN LA NECROPSIA Y LOS RESULTADOS DEL ESTUDIO HISTOPATOLOGICO CUYO TEXTO SE TRANSCRIBE ADJUNTO. RESULTADOS DE HISTOPATOLOGIA MEDIANTE INFORME LHS-DRSOCCDTE N° 458-18 : DIAGNOSTICOS VISCERAS BIOPSIAS. BRONCONEUMONIA. HEPATOPATIA CRONICA. INFLAMACION CRONICA CEREBELOSA. HISTORIA DE REACCION POSTRANSFUSIONAL. "

Causa básica de muerte: reaccion postransfusional aguda

Manera de muerte: natural

Es importante manifestar que, según Gutiérrez, López Saldaña, Cancino, López Suárez y Dávalos¹⁵, la transfusión sanguínea es un procedimiento terapéutico cuyo objetivo es corregir el déficit hematológico, este se considera como un procedimiento relativamente seguro y efectivo. Aunado a ello, indican que:

“(...) Las reacciones hemolíticas agudas de transfusión ocurren como consecuencia de un conflicto inmune, entre agentes de la membrana del eritrocito y anticuerpos específicos presentes en el plasma. Es imposible evitar completamente la aparición de estas reacciones de transfusión, donde la reacción hemolítica aguda representa un problema serio y puede poner en riesgo la vida (...) no se conoce con exactitud el número anual de casos de reacciones hemolíticas agudas tras una hemotransfusión por el subregistro, pero se ha estimado que la transfusión incompatible ABO puede ocurrir en 1 de 38,000 transfusiones de concentrado eritrocitario. Se estima que la muerte por incompatibilidad es de 1:1,800,000 transfusiones, y que la aparición de una reacción hemolítica aguda es de 1:12,000 transfusiones (...)” **Negrilla y subrayado por fuera del texto.**

De la cita anterior se extraen dos premisas principales. La primera: inclusive en los casos en donde los galenos se ciñen a los más estrictos protocolos médicos y cuentan con todos los elementos para atender al paciente, es imposible evitar completamente la aparición de las reacciones de transfusión. La segunda: la probabilidad de que se produzca un deceso por incompatibilidad es de UNA EN UN MILLÓN OCHOCIENTAS MIL TRANSFUSIONES (1:1.800.000), lo que se traduce en todo caso a que se genere esa extraña complicación y consecuentemente se produzca la muerte en el paciente.

Ahora, en superabundancia, en el remoto e hipotético evento en que el despacho considerase que por parte del galeno 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:

- 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 el médico tratante sometió al demandante a una valoración física completa, utilizó todos los recursos técnicos y científicos para determinar el procedimiento a seguir, interpretó oportunamente los síntomas del paciente y sobre todo, realizó oportunamente los exámenes indicados para atender a la actora de manera eficiente. Finalmente, resulta menester indicar que a través de la Sentencia antes referenciada¹⁷, 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, los galenos que atendieron a JESSICA LOPEZ TORRES, se ajustó siempre y en todo momento a los cánones de la lex artis para este tipo de intervenciones, y no obedeció a una mala práctica médica por su parte.

Así pues, es importante precisar en este punto que, si no hay ningún parámetro que pueda evidenciar una falla de la que se desprenda la obligación de reparar por parte del HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E., luego, no hay ningún fundamento jurídico para que la sociedad que represento intervenga en calidad de llamado en garantía dentro de la presente acción.

Por lo anterior, le ruego al señor Juez declarar probada esta excepción.

6.5. CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN (CONSENTIMIENTO INFORMADO) – LA OBLIGACIÓN MEDICA ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO.

Para el caso en concreto, el reproche efectuado por los demandantes frente a la ausencia de consentimiento informado queda absolutamente desvirtuado, pues del testimonio de la doctora tratante **Martha Lorena Paladines** queda acreditado que se contó con el consentimiento informado de la paciente para realizar la transfusión sanguínea.

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 medio 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 del servicio de urgencias, 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 las técnicas y usos existentes aceptados por las autoridades médicas, con el propósito de que el resultado sea el que normal y ordinariamente debe 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 constituye una tesis que fue ampliamente superada por la jurisprudencia colombiana.

En el caso de marras, evidentemente no puede aplicarse la presunción de una atención sin yerros y que la cirugía no tuviese complicación alguna. Como se puede apreciar, a la señora JESSICA LOPEZ TORRES, se le puso de presente los riesgos y eventualidades que podrían tener los procedimientos médicos a realizarle. Esto materializó el derecho fundamental a la paciente para tomar decisiones preponderantes respecto a su salud física y mental. La paciente se sometió libre y voluntariamente al diagnóstico, procedimiento de transfusión de sangre, recibiendo una explicación suficiente, idónea y clara de los profesionales de la salud del HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E. Con ello, se dio cumplimiento al artículo 13 del Decreto 3380 de 1981:

“(...) se impone la obligación de enterar al enfermo o a su familia de los efectos adversos y se establece los casos de exoneración de hacerlo, con la exigencia de dejar expresa constancia de su agotamiento o la imposibilidad de llevarlo a cabo; y se deja la salvedad de que por la imprevisibilidad connatural a la profesión, “el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico (...)”

A la señora JESSICA LOPEZ TORRES, se le enteró de sus complicaciones, el procedimiento o tratamiento a seguir junto con los beneficios y riesgos inmiscuidos. Se cumplió con los preceptos determinados por la Corte Suprema de Justicia:

(...) la manifestación del paciente en torno a conocer las circunstancias que rodean su situación de salud y, eventualmente, la autorización de una intervención quirúrgica, no es otra cosa que la exteriorización de ser consciente y haber sopesado los alcances de las consecuencias derivadas del tratamiento o intervención a que será sometido; contrariamente, de no estar enterado de todo ello, difícilmente podría, de manera consciente, decidir lo más aconsejable para sus intereses y deducirse probablemente de ello un daño susceptible de ser reparado (...)

Una transfusión de sangre es un procedimiento médico de rutina en el cual el paciente recibe sangre donada por medio de un tubo estrecho colocado en una vena del brazo. Este procedimiento, ayuda a reemplazar la sangre que se pierde a causa de una cirugía o de una lesión. La transfusión de sangre también puede ser útil cuando una enfermedad impide que el cuerpo produzca sangre o algunos de los componentes sanguíneos de forma adecuada. Como todo procedimiento, este puede presentar riesgos, los cuales pueden ser:

1. Infecciones hemáticas.
2. Reacción hemolítica inmune aguda.

3. Reacción hemolítica retardada.
4. Enfermedad de injerto contra el huésped.
5. Sobrecarga circulatoria asociada a la transfusión.
6. Lesión pulmonar aguda relacionada con la transfusión.
7. Alteración de la afinidad por el oxígeno.

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 JESSICA LOPEZ TORRES, fue sometida a diagnóstico y procedimiento sin dilación alguna.
- Afectación a derechos del paciente: previo a la cirugía se le informó los riesgos que llevaban los procedimientos a realizarse.
- Afectación de derechos del paciente de no realizarse la intervención: para el momento de la transfusión, la paciente estaba diagnosticada con hemorragia vaginal y anemia crónica, por lo que tuvo que someterse a la transfusión con la finalidad de salvaguardar su vida e integridad.
- Existencia de otros tratamientos: No existía otro tratamiento más que llevar a cabo la transfusión.
- 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.
- Dificultad del tratamiento: como todo tratamiento tiene posibles riesgos y eventualmente puede el organismo de la paciente disminuir las probabilidades de éxito de la transfusión.

Es menester plasmar en este medio exceptivo lo determinado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en 2017⁶, en un proceso de responsabilidad médica en la cual se debatía la responsabilidad de los médicos 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

⁶ 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.

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 consecencialmente, reparables “in natura” o por “equivalente”, pero integralmente. Todos los otros resultan excusables (...).”

Entonces, los profesionales de la salud del HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E., utilizaron todos los medios que tenían a su alcance para realizaron un análisis empírico y descartar las múltiples patologías que tienen como síntomas los mismos con que ingresó la paciente. Luego realizaron la transfusión. 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 la vida de la fallecida.

Finalmente, con relación a la presunta “ausencia” del consentimiento informado, la Corte Suprema de Justicia, Sala Cas. Civil, en la Sentencia SC5641-2018, radicación No. 05001-31-03-005-2006-00006-01. con ponencia de Margarita Cabello Blanco, indicó:

*En lo que toca con el consentimiento informado, a pesar de ser usual que se obtenga y deje documentado en una especie de formato, muchas veces preestablecido, firmado por el paciente o sus familiares, sin la esperada descripción de lo que se informó (información que debe referirse a los riesgos insignificantes comunes así como a los graves comunes y raros, y no solo a los previstos. Y debe además abarcar las opciones o alternativas con la que cuenta el paciente, los riesgos de cada una, entre otros elementos de valía), tal documento constituye un anexo de la historia clínica , **pero ciertamente, como se ha venido sosteniendo, no es la única forma de probar que el deber de información profesional fue cumplido por el personal médico a cargo de la prestación del servicio. Además, el incumplimiento total o defectuoso de ese deber de información, per se, no es causa inexorable de un daño a la salud, no obstante que se encuentre, atendidas las circunstancias, enlazado con la ausencia de libertad de elección que pudo afectar el consentimiento otorgado por el paciente o sus familiares, lo que de suyo puede acarrear eventuales consecuencias en el plano de la responsabilidad, por la afección de otros intereses tutelados, tópicos que no vienen al caso.** (El resultado es propio).*

En otra oportunidad también concluyó:

Es que el interés jurídico tutelado cuando se requiere que el paciente dé

*asentimiento a la práctica quirúrgica previa información suficiente que ha obtenido de la misma y de otros pormenores según lo dicho, radica en la protección de derechos constitucionales fundamentales (autonomía, libertad y dignidad humana) y **no propiamente la evitación de un perjuicio que, con información o sin ella, puede llegar a materializarse como secuela de la intervención quirúrgica que comporta riesgos.** (Negritas ajenas al texto original).*

A la postre, en tratándose de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado en sentencia reciente⁷, indicó:

***(...) También se resalta, que el médico cumple con esta obligación dejando constancia en la historia clínica de haber dado la información** o de la imposibilidad de hacerlo, así como las circunstancias en que se encuentra exento que como antes se expresó, son únicamente dos: a) cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan; b) cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico (...)*” *Negrilla y subrayas por fuera del texto.*

Así las cosas, es absolutamente claro para este extremo procesal que el galeno tratante sí consignó en la historia clínica de la fallecida lo concerniente a la información sobre la transfusión, su alcance, implicación y riesgos, cuando no necesariamente este debe ligarse a firmar una proforma preestablecida:

ANÁLISIS Y PLAN

REPORTE PARACLINICOS

.- HEMORGAMA LEUCOSO 11.1 N 79.6 L 15.2 HB 6.4 HTO 23.4 PLT 390

.- GONADOTROPINA CORIONICA HUMANA NEGATIVA

A/P- PACIENTE HEMODINÁMICAMENTE ESTABLE CON ANEMIA CRÓNICA SECUNDARIA A HUA, SE DESCARTA EMBARAZO, HEMOGRAMA SIN REACCIÓN LEUCOCITARIA, SE DECIDE TRANSFUSIÓN DE 2 UNIDADES GLOBULOS ROJOS, EXPLICO AL PACIENTE Y FAMILIAR HALALZGOS Y PLAN, DICE ENTENDER Y ACEPTAR TRASFUSION.

SIGNOS DE ALARMA

HOSPITALIZAR

ECO TV

CONTROL CH POST - TRASFUSION

En mérito de lo expuesto, comedidamente solicito declarar probada la presente excepción

6.6. CARENCIA DE PRUEBA DE LOS SUPUESTOS PERJUICIOS SOLICITADOS Y EXAGERADA TASACIÓN DE LOS MISMOS.

Para el caso en concreto, no se acreditó que la joven *Jessica López Torres* (q.e.p.d.) desempeñara una actividad laboral y que con la misma generara ingresos económicos, ni tampoco que dichos ingresos fuesen destinados para el mantenimiento de sus familiares, por lo que lo cierto es que dicho perjuicio material sigue siendo incierto y dicha incertidumbre impide su reconocimiento e

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 24 de marzo del 2014, exp. 25000-23-26-000-2000-01924-01(26660), C.P. Danilo Rojas Betancourt.

indemnización.

Para el caso en concreto, debe recordarse que el lucro cesante está exento de toda presunción judicial o legal, pues la probanza de dicho perjuicio material opera con todos sus efectos la carga de la prueba en cabeza de los demandantes, como bien lo ha dicho el H. Consejo de Estado en Sentencia del 1 de noviembre de 2023⁸:

“En cuanto al lucro cesante, esta Corporación ha sostenido que se trata de la ganancia frustrada o del provecho económico que deja de reportarse como consecuencia de la ocurrencia del daño, de manera que, de no producirse el daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima o de los perjudicados.

*Asimismo, la Corporación ha considerado que, como todo perjuicio, para que procedan el reconocimiento y la indemnización por concepto de lucro cesante, éste debe ser cierto y existente, es decir, **debe probarse que la víctima era laboralmente activa, que devengaba ingresos mensuales, que con ellos otorgaba ayuda económica a su familia y que a consecuencia del daño dejó de percibir el salario con el cual sustentaba su propia subsistencia y la de su familia**” (subrayado y negritas propias).*

En la medida en que los demandantes no han probado que la señora *Jessica López Torres* (q.e.p.d.) fuera laboralmente activa para la fecha de su fallecimiento, así como tampoco han probado que la víctima directa devengara ingresos mensuales, ni siquiera han probado que, con dichos ingresos, aun hipotéticamente, les otorgara ayuda económica, la carga de la prueba debe operar con todos sus efectos y el despacho debe negar el perjuicio solicitado ante la inexistencia de su prueba.

Ahora bien, en el caso hipotético en el que se decida acceder al perjuicio material solicitado, debe decirse que el mismo se encuentra mal liquidado, pues lo cierto es que no se aportó ninguna prueba que acreditara que la señora *Jessica López Torres* (q.e.p.d.) fuera parte de una relación laboral formal, por lo que el porcentaje sumado en la liquidación por concepto de prestaciones sociales es inexistente. Sobre el particular el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha sido claro en reconocer dicho porcentaje por prestaciones sociales únicamente a las víctimas directas que desempeñaran una labor productiva como trabajadores **dependientes**. Así, por ejemplo, se estableció en la Sentencia del 1 de noviembre de 2023⁹:

*“Para liquidar este concepto y en punto al ingreso base de liquidación se deben aplicar los criterios expuestos en la sentencia de unificación de 18 de julio de 2019 en los que se esbozó que **el incremento del 25% por concepto de prestaciones***

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES. Sentencia del primero (1°) de noviembre de dos mil veintitrés (2023). Referencia: REPARACIÓN DIRECTA. Radicación: 23001233100020090010301 (49469). Demandante: LUISA MARTÍNEZ LÓPEZ Y OTROS. Demandado: DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES Bogotá D.C., primero (1°) de noviembre de dos mil veintitrés (2023) Referencia: REPARACIÓN DIRECTA Radicación: 23001233100020090010301 (49469) Demandante: LUISA MARTÍNEZ LÓPEZ Y OTROS Demandado: DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA

sociales procede siempre que: “i) así se pida en la demanda y ii) [que] se pruebe suficientemente que el afectado con la medida trabajaba como empleado al tiempo de la detención, pues las pretensiones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada”

(...)

Así, la Sala procederá a liquidar el lucro cesante en su dimensión consolidada y futura teniendo como ingreso base de liquidación el salario mínimo mensual vigente (\$1.160.000) al cual descontará el 25% correspondiente al valor que la víctima destinaba para su propia subsistencia (\$290.000) y **no reconocerá el 25% por prestaciones sociales toda vez que Luis Javier Negrete Caballero se desempeñaba como trabajador independiente**, no como empleado. De tal suerte, se obtiene un ingreso base de liquidación de \$870.000” (subrayado y negritas propias).

La anterior posición jurisprudencial, fue reiterada en otras tantas sentencias como la del 5 de diciembre de 2023¹⁰, donde se dijo lo siguiente:

“2) La Sala encuentra que el demandante para el momento de la privación de su libertad ejercía una actividad productiva lícita; empero, **no se acreditó que se tratara de una actividad laboral formal**, así como tampoco se probó la remuneración que percibía como salario o ingresos por su labor.

3) Por lo anterior, resulta procedente la indemnización por concepto de lucro cesante consolidado **sin incluir el reconocimiento de prestaciones sociales, toda vez que no se probó que el demandante estuviera vinculado en una relación laboral subordinada como lo exige el criterio de unificación del Consejo de Estado.**” (subrayado y negritas propias).

Por todo lo anterior, además de solicitar la negatoria del perjuicio material pretendido, solicito respetuosamente se tengan en cuenta los argumentos expuestos dado que no se acreditó que la señora *Jessica López Torres* (q.e.p.d.) fuese parte de un vínculo laboral formal como trabajador dependiente por lo que dicha liquidación no debe contemplar ningún rubro por concepto de prestaciones sociales.

Ahora bien, frente al daño emergente solicitado, debe decirse que corre la misma suerte del lucro cesante petitionado, pues junto con la demanda **NO** se aportó ninguna factura o documento equivalente que acreditara tales erogaciones.

Por lo anterior debe recordarse que la inexistencia de facturas o documentos similares que sustenten las erogaciones sufridas (daño emergente), en palabras del H. Consejo de Estado,

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B Bogotá DC, cinco (5) de diciembre de dos mil veintitrés (2023). Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ Expediente: 25000-23-36-000-2014-00236-02 (67.641) Actor: BERNARDO MAYA ARANGO Y OTROS Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL Acción: REPARACIÓN DIRECTA

conduce inexorablemente al fracaso de la pretensión:

“A título de daño emergente les fue concedido a los demandantes el valor de dos millones seiscientos doce mil cuatrocientos sesenta y un pesos (\$2.612.461), por las reparaciones realizadas al vehículo una vez les fue entregado.

*La Sala modificará esta disposición del fallo apelado para, en su lugar, disponer que no hay lugar a que se indemnice por ese concepto. Esto por cuanto **ninguna de las documentales aportadas con el fin de sustentar esas erogaciones** (fls. 69 y s.s., c. 8) **reúne los requisitos previstos en el artículo 617 del Estatuto Tributario, en especial los relativos a la calidad de retenedor del vendedor, ni la discriminación del IVA, siendo obligación del comprador exigir la factura de compra de conformidad con los requisitos legales.** De tal manera, **ninguna credibilidad otorgan los recibos informales aportados sobre la veracidad de las transacciones sobre las que versan, ni puede reconocérseles valor cuando no cuentan con los requisitos previstos en la ley para su validez.***

***Por ende, no hay lugar a reconocimiento indemnizatorio alguno por concepto de las sumas presuntamente erogadas por los demandantes para la refacción del rodante.**¹¹ (énfasis añadido).*

De igual forma, frente a los perjuicios inmateriales solicitados (perjuicios morales, daño a la salud y vulneración de derechos constitucional o convencionalmente protegidos) se debe decir que los mismos **NO** son imputables al hospital demandado, pues lo cierto es que quedó acreditado que la reacción adversa presentada por la paciente fue fortuita, imprevisible e irresistible para el personal médico de la demandada.

Visto todo lo anterior, solicito respetuosamente negar todos y cada uno de los perjuicios solicitados en la demanda.

VII. ARGUMENTOS QUE DESARROLLAN LAS RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS FRENTE A LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL ASEGURADO (HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E.) Y LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

7.1. INEXISTENCIA DE COBERTURA Y CONSECUENTEMENTE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DADA LA MODALIDAD TEMPORAL (CLAIMS MADE) SUSCRITA EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICAS Y CENTROS MÉDICOS No. 72088994000000004.

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 la condición pactada, de la que pende el surgimiento de la obligación condicional, esto es la realización

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección B. Sentencia del 28 de mayo de 2015. Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Radicado No. 18001-23-31-000-2001-00154-01(33732)

del riesgo asegurado.

La modalidad de seguro Claims Made fue introducida a nuestro ordenamiento jurídico por medio del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, en virtud del cual se permitió la expedición de pólizas cuya cobertura estuviere determinada por la fecha de la reclamación del beneficiario del seguro:

ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

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

Sobre la reseñada modalidad de seguro, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

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.

Se concluye que para que opere la cobertura de un seguro que se pactó bajo la modalidad “claims made” o “de reclamación”, deben cumplirse, además de la ocurrencia del riesgo asegurado, los siguientes requisitos: (i) que los eventos que dieron origen al proceso se encuentren dentro de la vigencia o del período de retroactividad de la póliza y (ii) que dichos eventos sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza. Esta doble exigencia consagrada en la ley 389 de 1997 (siniestro y reclamación dentro del término específico) deberá agotarse en todos los casos para el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurador.

En el caso que nos ocupa se tiene que el contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Centros Médicos No. 72088994000000004, concertados entre el HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E. y mi representada, fue pactado bajo la modalidad “Claims Made”. En consecuencia, para que opere la cobertura de la póliza, debe acreditarse, además de la ocurrencia del riesgo asegurado, que la primera reclamación con ocasión a los hechos que motivaron el presente litigio, se hubiera realizado dentro del periodo de vigencia de la reseñada póliza.

Por lo anterior, la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Centros Médicos No. 72088994000000004 no debe afectarse, toda vez que la primera reclamación que se formuló 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 1 de junio del 2020.

La vigencia pactada en las pólizas es la siguiente:

- Póliza No. 72088994000000004 anexo 0: desde el 28/02/2016, hasta el 28/02/2017.
- Póliza No. 72088994000000004 anexo 1: desde el 28/02/2017, hasta el 28/02/2018.
- Póliza No. 72088994000000004 anexo 2: desde el 28/02/2018, hasta el 28/02/2019.

Con base en lo anterior, es diáfano que no se efectuó la comunicación o requerimiento al asegurado o 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 la aseguradora durante la vigencia de la póliza, y como se indicó, esta situación no se presentó en el contrato objeto del llamamiento en garantía.

Entonces, de acuerdo a la modalidad de cobertura explicada, debe necesariamente concluirse por el Juzgado que dichas pólizas no tendrían cobertura en el caso debido a que la reclamación a la entidad asegurada se presentó por fuera de la vigencia pactada en los contratos de seguro. Por lo anterior solicito declarar probada esta excepción.

7.2. EXCLUSIONES PACTADAS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICAS Y CENTROS MÉDICOS No. 72088994000000004.

De igual forma, solicito respetuosamente se tengan en cuenta las exclusiones pactadas en la Póliza No. 72088994000000004 y en sus diferentes anexos y en el condicionado general aplicable, para que de ser el caso se apliquen y exoneren de cualquier responsabilidad a la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., en especial, las siguientes exclusiones: *“EXCLUSIONES En adición a las exclusiones de las condiciones generales de la póliza se excluyen además las siguientes: “Reclamaciones por daños generados directa o indirectamente por contaminación de sangre cuando el Asegurado no hubiese cumplido con todas las normas y requisitos reconocidos y aceptados nacional e internacionalmente para la **disposición y manejo de sangre humana** y sus componentes con fines terapéuticos.” (énfasis añadido).*

Para sustentar la excepción que se plantea, debe tenerse en cuenta que la libertad contractual consagrada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1602 del Código Civil tiene directa aplicación en materia aseguradora cuando el estatuto mercantil de 1971 expresa de manera claro que:

*“Con las restricciones legales, **el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos** a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.”*

Dicho artículo evoca los amparos, o, exclusiones, a las que las partes puedan llegar libremente en el marco de su autonomía privada. Según la doctrina nacional, la segunda forma en que se manifiesta la libertad contractual de las partes en el negocio jurídico del seguro, esto es la exclusión,

consiste en lo siguiente:

“La exclusión es la forma lícita de reducir el riesgo, esto es de limitarlo, de manera que se concreta a ciertas cosas o hechos, pero no abarca ni se extiende a otros. Por consiguiente, sólo el riesgo contratado queda amparado, y quedan por fuera de tal amparo o protección aquellos que, aun siendo asegurables, los contratantes los han excluido expresamente.”¹²

Las exclusiones en el contrato de seguro también han sido explicadas por la jurisprudencia nacional poniendo de presente lo siguiente:

*“La finalidad del contrato de seguro y a lo que apunta la intención común de los contratantes de este tipo de negocios jurídicos es obtener cobertura frente a determinados riesgos, cuya realización conduce al pago de la respectiva indemnización (art. 1054 del C. de Co.). Es claro también que el acuerdo de las partes para que se brinde amparo a una determinada clase de riesgos determina que, en principio, todos aquellos sucesos inciertos que se enmarquen dentro de los parámetros así establecidos sean objeto de la correspondiente cobertura. Sin embargo, es igualmente evidente, por así disponerlo la legislación nacional (art. 1056 del C. de Co), que en el contrato de seguro, y, particularmente, por determinación del asegurador, éste, teniendo presentes las restricciones legales, “podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”. En razón de lo anterior, los riesgos cubiertos en el contrato de seguro serán los que correspondan a la clase de amparo que genéricamente se ofrezca, o los que las partes de manera particular y explícita convengan adicionar, **siempre y cuando, en uno u otro caso, respecto de los mismos no se establezca expresamente una exclusión por determinación del asegurador, claro está, aceptada por el tomador al perfeccionar la celebración del respectivo contrato.**”¹³ (énfasis añadido).*

Otro tanto ha dicho la jurisprudencia arbitral¹⁴ sobre el particular:

“4.1 La delimitación del riesgo en el contrato de seguro. Su trascendencia en la esfera aseguraticia:

Sobre este particular, sea lo primero anotar que, como bien es sabido, la posibilidad de delimitar el riesgo en el contrato de seguro, traza, in potentia, el cauce de la obligación indemnizatoria del asegurador, como quiera que, en puridad, esta última se encuentra justamente condicionada a la realización del riesgo asegurado -o los riesgos asegurados- y, en consecuencia, mientras dicha

¹² Becerra Toro, R. (2014). Nociones fundamentales de la teoría general y regímenes particulares del contrato de seguro. Pontificia Universidad Javeriana, Cali, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Jurídica y Política, Carrera de Derecho. Pág.190.

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2008. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Radicado No. 11001-3103-012-2000-00075-01.

¹⁴ Laudo del 15 de diciembre de 2009 Tribunal de Arbitramento Quala S.A. Vs. Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A.

condición no se cumpla en la praxis contractual, el correspondiente deber de prestación no surgirá a la vida jurídica¹⁵; ello obedece, en sana lógica, a la posibilidad con que cuenta el asegurador de delimitar el estado del riesgo, institución estructural del de la relación aseguraticia y una de las figuras en las que descansa el seguro considerado in globo, esto es, desde una perspectiva técnica, financiera y jurídica, habida cuenta de que, en principio, per se, naturalmente con excepciones, "... ningún asegurador estará dispuesto a asegurar todos los riesgos que puedan afectar a nuestras cosas o a nuestro patrimonio ..."¹⁶.

Así, si se parte de la base de que "... la prestación del asegurador(...) va a depender de la producción del evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, es decir, de un hecho futuro e incierto, al menos en una forma relativa, en el sentido de que puede tratarse de un evento que se sabe que se va a producir pero no cuándo (..) y de que el riesgo es objeto de la cobertura dentro de los límites pactados, de manera que es el riesgo que se encuentra dentro de los límites y de las modalidades establecidas en el contrato, el que, como riesgo asegurado, condiciona la obligación del asegurador ... "¹⁷, resulta palmario que "... la posibilidad de limitación de los riesgos es indispensable para el asegurador (...) teniendo presente que sólo se llega a definir cada riesgo y a limitarlo con precisión, si puede medirse y apreciarse su valor para fijar la suma asegurada, la prima y la indemnización o el beneficio: sólo se puede agruparlos en mutualidad y realizar su compensación, si es posible efectuar una clasificación exacta de los riesgos...¹⁸" (énfasis añadido).

Para el caso en concreto la Póliza No. 72088994000000004 contempló la siguiente exclusión:

"EXCLUSIONES

En adición a las exclusiones de las condiciones generales de la póliza se excluyen además las siguientes:

(...)

¹⁵ Desde el ángulo inmediatamente señalado, como bien lo anota el profesor Abel B. Veiga Copo, "... pueden definirse las cláusulas delimitadoras como aquellas que sirven para definir y concretar el objeto del contrato del seguro de que se trate, de manera que todo acontecimiento o evento acaecido fuera de aquella delimitación, o que constituya una circunstancia de exclusión de cobertura, no tendrá la consideración de siniestro cubierto por la póliza ... ". Condiciones en el contrato de seguro, Editorial Comares, Granada, 2005, p.278.

¹⁶ GARRIGUES, Joaquín. Contrato de Seguro Terrestre. Ed. Aguirre. Madrid. 1982. p.144; a lo anterior, el profesor Garrigues agrega, con diáfana claridad, que "... al cerrar el contrato, las partes han de estar, pues, de acuerdo sobre los hechos amenazadores, cuya realización engendrará la acción de resarcimiento frente al asegurador. Y es el tomador del seguro quien ha de describir las circunstancias del riesgo, no el asegurador (de aquí la carga de la exacta declaración previa al contrato). Una vez conocidas las circunstancias que sirvan para individualizar el riesgo, su apreciación o estimación incumbe exclusivamente al asegurador, quien, como resultado de este juicio, podrá determinar el grado de probabilidad del siniestro de ese juicio, podrá determinar el grado de probabilidad del siniestro y decidirá si acepta o no reparar sus consecuencias (...) Pero en cada contrato es inexcusable concretar las circunstancias que permitirán decidir si un determinado hecho dañoso entra dentro del riesgo o riesgos previstos en el contrato. Este principio, llamado "principio individualización del riesgo", no significa, sin embargo, que cada contrato de seguro haya de referirse a un riesgo único ... ". *Ibídem*, pp.144-145.

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50 de 1980, de 8 de octubre y sus modificaciones. Aranzadi Editorial. Navarra. 1999. p.33; a lo que el profesor Sánchez Calero agrega que en el seguro se "... ha de individualizar el riesgo que se quiere asegurar, que depende de la naturaleza del evento que se pretende asegurar y del interés sobre el cual debe verificarse el evento, debiendo producirse en el contrato una delimitación de ese riesgo, con precisión de las causas del evento, el tiempo y el espacio en que debe verificarse (...) las cláusulas establecidas en el contrato no limitan 'los derechos del asegurado, sino que delimitan el riesgo asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende', lo que constituye un límite objetivo nacido de la voluntad pactada de las partes ... ". *Ibídem*, p.33.

¹⁸ HALPERIN, Isaac. Seguros. Exposición crítica de la ley 17.418. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1972. p.342.

"Reclamaciones por daños generados directa o indirectamente por contaminación de sangre cuando el Asegurado no hubiese cumplido con todas las normas y requisitos reconocidos y aceptados nacional e internacionalmente para la disposición y manejo de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos." (subrayado y negritas propias).

Como se observa, la Póliza No. 72088994000000004 excluyó de forma expresa los hechos que son materia del presente litigio, por lo que en un hipotético y remoto caso que se decida acceder a las infundadas pretensiones de la demanda se tiene que la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. **NO** tiene obligación legal y/o contractual de asumir una eventual condena pues la materia sometida a juzgamiento fue excluida del amparo otorgado.

7.3. INEXISTENCIA DE AMPARO Y CONSECUENTEMENTE DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA EN TANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO PREVISTO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICAS Y CENTROS MÉDICOS No. 72088994000000004.

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 la condición pactada, 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.

En el caso de marras, el interés asegurado de la póliza, así como la modalidad contratada, consiste en:

MODALIDAD DE COBERTURA:

La póliza opera bajo el sistema de aseguramiento base reclamación Claims-Made, donde se entiende por Claims-Made la cobertura a las indemnizaciones que el asegurado debe pagar en virtud de las reclamaciones, sucedidas por primera vez y reportadas durante el periodo del seguro, como consecuencia de los perjuicios patrimoniales causados por alguna causa cubierta bajo los amparos de la póliza en sus amparos generales y particulares, sucedidos durante la vigencia de la póliza o desde la fecha de retroactividad otorgada.

Ahora, en el caso particular se observa que dicha condición nunca se cumplió, toda vez que la responsabilidad de la aseguradora está delimitada estrictamente por el amparo que otorgó al HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E., 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 algún perjuicio a los demandantes, 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 este 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 dimanen (…).”

Por lo tanto, son estas 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 la póliza de seguro concretamente en las condiciones generales, algunas exclusiones de amparo, ellas deben considerarse al proferirse la respectiva sentencia, pues de presentarse o configurarse una de ellas se releva a la compañía de la obligación de pagar cualquier tipo de indemnización.

Tal y como se pudo rescatar de las excepciones de la demanda, es imposible que se declare la responsabilidad del HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E., en la medida que el mismo no causó los perjuicios reclamados por la parte actora ni estos le son atribuibles; dicho de otra forma, desde ya es claro que la asegurada no es civilmente responsable por los hechos que se narran en la demanda, razón por la cual no habrá lugar a condenar a mi representada al pago pretendido, teniendo en cuenta que su obligación condicional (derivada del contrato de seguro) no ha surgido. Por lo anterior solicito declarar probada esta excepción.

7.4. MARCO DE LOS AMPAROS OTORGADOS, LÍMITE MÁXIMO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA

Sin perjuicio de lo anterior, y sin que se entienda comprometida mi representada, es necesario manifestar al Despacho, que bajo la hipótesis en que naciera obligación de la ASEGURADORA

SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, la misma se sujetará a lo consignado al tenor literal de la póliza, y por tanto, a las condiciones particulares de la misma, entre ellas, a la suma asegurada, el deducible y las exclusiones que se hayan pactado. Al respecto, el Código de Comercio en su artículo 1079, ha previsto lo siguiente: *“El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada (...)”*; siendo así las cosas, en el improbable e hipotético caso de proferirse una condena a mi procurada, esta se verá condicionada al tope máximo pactado en el clausulado:

| DESCRIPCION | AMPAROS | SUMA ASEGURADA | LIMITE POR EVENTO |
|---|---------|---------------------|-------------------|
| DAÑO EMERGENTE POR EL SERVICIO MEDICO | | \$ 1,500,000,000.00 | |
| RESPONSABILIDAD CIVIL INSTITUCIONAL | | 1,500,000,000.00 | |
| TRANSPORTE EN AMBULANCIA | | 1,500,000,000.00 | 0.00 |
| RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DIRECTOR MEDICO | | 1,500,000,000.00 | 0.00 |
| USO DE EQUIPOS DE DIAGNOSTICO O DE TERAPEUTICA | | 1,500,000,000.00 | 0.00 |
| SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS | | 1,500,000,000.00 | 0.00 |
| GASTOS DE DEFENSA | | 225,000,000.00 | 0.00 |
| DEDUCIBLES: 10.00 % DEL VALOR DE LA PERDIDA - Mínimo: 5,000,000.00 \$ en RESPONSABILIDAD CIVIL INSTITUCIONAL/TRANSPORTE EN AMBULANCIA/RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DIRECTOR MEDICO/USO DE EQUIPOS DE DIAGNOSTICO O DE TERAPEUTICA/SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS | | | |

Cobertura a Perjuicios Extrapatrimoniales; Sublímite del 30% del valor asegurado de la póliza por evento, y del 50% del valor asegurado de la póliza por vigencia. Se incluye como Perjuicios Extrapatrimoniales los ocasionados a un tercero, derivados directamente de una lesión personal o daño material amparados por la póliza, tasados en sentencias judiciales o laudos arbitrales, o acuerdos de conciliación avalados por la Aseguradora. En Daños Morales se incluyen amparados los Perjuicios Fisiológicos y los Daños a la Vida en Relación. Dentro del mismo sublímite se incluye el lucro cesante.

En tratándose de las condiciones generales y particulares de la póliza, conforme lo indica el Profesor Ossa¹⁹, las mismas:

“Están destinadas a delimitar, de una parte, la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro y, de otra, a regular las relaciones entre las partes vinculadas al contrato, definir la oportunidad y el modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanar.”

En ese sentido, las condiciones generales secundum legem o praeter legem tienen la virtualidad de ser un reglamento de los contratantes, atendiendo límites positivos (amparos) o límites negativos (exclusiones), y que debe ser observado conforme a las normas que regulan los contratos en general, es decir, que constituye ley para las partes en virtud del acuerdo negocial el cual debe ser respetado y honrado por los sujetos contratantes.

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

¹⁹ Ossa G. J. Efrén. Teoría General del Seguro – El Contrato. Editorial Temis 1991.

poderdante, en cuanto enmarcan la obligación condicional que contrajo y las diversas cláusulas del aseguramiento.

En este punto es importante resaltar lo previsto en las condiciones generales del contrato de seguro en el cual se establece, como límite de la indemnización, que la responsabilidad de las compañías por todo concepto no excederá del valor indicado en la carátula de la póliza para la suma de todos los siniestros amparados durante la vigencia anual de la misma.

Como se probó con el clausulado del documento aportado, si se presentaran otras reclamaciones o demandas para obtener indemnizaciones que afecten la póliza de seguro, se entenderá como una sola pérdida y la obligación de mi representada está limitada a la suma asegurada, conforme a lo dispuesto en los Arts. 1079 y 1089 del Código de Comercio, es decir, el límite global del valor asegurado por vigencia anual se reducirá en la suma de los montos de las indemnizaciones pagadas. La suma indicada en la carátula de Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Centros Médicos No. 72088994000000004 es el límite máximo de responsabilidad de la compañía por todos los daños y perjuicios causados durante la vigencia anual del seguro.

En ningún caso y por ningún motivo la responsabilidad de la compañía puede exceder este límite durante la vigencia anual, aunque durante el mismo periodo ocurran uno o más siniestros. Según el condicionado materializado en Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Centros Médicos No. 72088994000000004, el límite máximo de responsabilidad pactado fue de \$1.500.000.000 Pesos M/cte, sublimitado al 30% del valor asegurado en la póliza por evento para el reconocimiento de perjuicios extrapatrimoniales (morales, daño a la salud, afectación a derechos constitucional o convencionalmente protegidos).

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

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

En orden de lo comentado, las condiciones pactadas en Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Centros Médicos No. 72088994000000004, indican el tope de la obligación indemnizatoria de la compañía aseguradora junto con el valor del deducible, en el remoto caso en que se profiera una sentencia en su contra.

7.5. EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICAS Y CENTROS MÉDICOS No. 7208899400000004, EXISTE UN DEDUCIBLE QUE SE ENCUENTRA A CARGO DEL ASEGURADO.

Adicionalmente, y sin perjuicio de las razones expuestas que indican que no hay cobertura bajo el seguro comentado, ni de los demás argumentos expuestos atrás, también debe tener presente que al momento de convenir los amparos en la póliza que nos ocupan, se impuso una carga al asegurado o al beneficiario en caso de siniestro, por virtud de la cual estos asumirán una parte del mismo. Esto es lo que se denomina deducible, una suma de dinero del valor del siniestro que asumirán como coparticipación en el mismo. Es por ello, que en las caratulas de la póliza expedida por mi representada, se concertó un deducible el cual corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado. En este caso se pactó de manera específica un deducible que corresponde al 10,00% del valor de la pérdida, mínimo por \$5.000.000 Pesos M/cte.

Por otra parte, y de acuerdo con la normatividad vigente, la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto No. 2019098264 del 29 de agosto de 2019 ha sido clara en definir en qué consiste el deducible, indicando lo siguiente:

(...) Sin embargo, es preciso señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición que obligue al asegurador a indemnizar conforme a determinado régimen específico, en consecuencia, sea que la incapacidad o la lesión se acredite en las formas mencionadas en su comunicación, la fijación del monto de la indemnización se rige por las estipulaciones que al respecto hubieren pactado el tomador y el asegurador.

Dicho esto, en una póliza donde se ampara la responsabilidad civil extracontractual el monto de la indemnización puede verse disminuido si las partes han pactado que un porcentaje de la pérdida se asumirá a título de deducible por el asegurado, convenio que resulta legalmente viable, de acuerdo con nuestro ordenamiento mercantil.

En efecto, la Sección I del Capítulo II, Título V, Libro Cuarto del Código de Comercio, en su artículo 1103, consagra dentro de los principios comunes a los seguros de daños la posibilidad de pactar, mediante cláusulas especiales, que el asegurado "...deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño".

Una de tales modalidades, la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.

Por tanto, el valor del ofrecimiento extendido por la compañía aseguradora, podría variar en función de los perjuicios sufridos por el reclamante, así como los elementos probatorios que se hubieren allegado para acreditar el valor de la pérdida, conforme lo presupuestado en el artículo 1077 del código de comercio, aunado a las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza, como lo son el límite del valor asegurado, el deducible pactado con el asegurado, entre otros factores (...)²⁰

Ruego al despacho tener en cuenta cada una de las condiciones establecidas en la póliza en comento, haciendo especial hincapié en la suma amparada mediante el contrato y al deducible pactado en el mismo. De igual manera, solicito que en el remoto evento de que se llegare a hacer efectivo el llamamiento en garantía se apliquen todas y cada una de las cláusulas y condiciones del contrato de seguro.

7.6. PAGO POR REEMBOLSO

Por último, debe precisarse que en el hipotético y remoto evento en el cual el despacho decida acceder a las pretensiones de la demanda, aun ante la prueba de la diligencia y cuidado del HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E., el pago que se le imponga mi representada deberá hacerse por reembolso.

Para sustentar el argumento propuesto debe tenerse presente que mi representada concurrió al presente proceso como llamada en garantía por parte del HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E., por lo que sólo tendría obligación, en el hipotético y muy remoto caso de que se le encontrase responsable, de reembolsarle total o parcialmente al demandado el pago de la condena impuesta, pero no debe quedar obligado a pagarle directamente a las víctimas.

A la anterior conclusión arriba la doctrina, como lo expone el profesor Henry Sanabria Santos en su libro de derecho procesal:

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

Así pues, si la víctima promueve proceso de responsabilidad civil extracontractual en contra del causante del daño, que a su vez llama en garantía a una compañía aseguradora en virtud de un seguro de responsabilidad civil, **solo podrá imponerse condena al demandado a favor del demandante y no podrá condenarse de forma directa a la aseguradora, precisamente porque el**

²⁰ Superfinanciera (2019). Concepto 2019098264. “Seguros, Pago de Indemnización, Seguro de Responsabilidad Civil

demandante no formuló las pretensiones en contra de esta, sino en contra del demandado, de suerte que a la llamada en garantía solo se le podrá imponer condena a restituir, es decir, a devolver o reintegrar al demandado lo que este deba pagar por la sentencia. Si la víctima no demandó a la aseguradora, mal podría el juez condenarla, de suerte que ella, como llamada en garantía, solo podría ser obligada a reembolsarle al demandado el importe pagado en virtud de la condena impuesta.

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

En conclusión, se ha dicho que **a la compañía de seguros llamada en garantía por el demandado solo se le podrá ordenar que reembolse o pague a la parte que resultó condenada, pero nunca directamente al demandante, puesto que como se ha afirmado, si en su contra ninguna pretensión se ha formulado, mal puede resultar obligada frente al demandante.** En este sentido, la jurisprudencia es clara en indicar que cuando el demandante formula sus pretensiones en contra del demandado, es este quien debe responderle, de suerte que el llamado en garantía —vinculado al proceso por iniciativa del demandado— solo debería restituirle o reembolsarle total o parcialmente al demandado el valor que hubo de pagar por la condena impuesta.²¹ (énfasis añadido).

Y a dicha conclusión también ha arribado la jurisprudencia nacional. Así, por ejemplo, en sentencia del 28 de septiembre de 1977 la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil dijo lo siguiente:

Que la indemnización del perjuicio o el reembolso se debe efectuar por el llamado al demandado llamante, nunca al demandante, pues se trata de dos relaciones jurídicas perfectamente diferenciadas: La del demandante contra el demandado, en procura de que este sea condenado de acuerdo con las pretensiones de la demanda contra él dirigida; y la del demandado contra el llamado en garantía, a fin de que este lo indemnice o le rembolsé el monto de la condena que sufrió

²¹ Santos, H. S. (2021). Derecho procesal civil general. Universidad Externado.

Visto lo anterior, y en la medida en que no se ejerció acción directa en contra de mi representada, en el hipotético y remoto pago que tuviese que hacer, puesto que no está acreditada la responsabilidad del HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E., deberá hacerse por reembolso y no directamente.

VIII. SOLICITUD

De conformidad con lo expuesto en precedencia, solicito respetuosamente al Juzgado Sexto (6º) Administrativo de Cali (V), se sirva denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda de reparación directa incoada por NORVEY MORALES JARAMILLO Y OTROS ante la desatención de la carga probatoria de la parte actora, el cumplimiento de la *lex artis ad hoc* por parte del HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E., la inimputabilidad de los perjuicios solicitados y su excesiva tasación.

De manera subsidiaria, y en el remoto e hipotético caso que se considere acceder a las pretensiones de la demanda, solicito que se tenga en cuenta las excepciones presentadas frente al llamamiento en garantía realizado por HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO E.S.E., pues lo cierto es que la Póliza No. 72088994000000004 no puede ser afectada pues la primera reclamación **NO** se realizó dentro de la vigencia pactada (modalidad *Claims-Made*).

No siendo otro el motivo de la presente,

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá

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