

SEÑORES:

JUEZ PRIMERO (01) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN

j01admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.S.D.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

RADICADO: 76147-33-33-001-2016-00247-00

DEMANDANTES: DANIA SIRLEY BUITRON MARIN y OTROS

DEMANDADOS: HOSPIATL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ Y OTROS

LLAMADO EN GARANTÍA: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA identificado con la Cédula de Ciudadanía No.19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de la compañía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, conforme con el certificado de existencia y representación legal adjunto. Encontrándome dentro del término legal, mediante el presente escrito presento **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**, previa las siguientes consideraciones:

I. OPORTUNIDAD

De conformidad con la audiencia de pruebas celebrada el 10 de octubre de 2024 este despacho, con fundamento en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, ordenó dar traslado a las partes por el término de 10 días para presentar alegatos de conclusión, los cuales corren los días 11, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24 y **25 de octubre de 2024**. Por lo anterior, este escrito se encuentra presentando en oportunidad.

II. ALEGATOS DE CONSLUSIÓN

1. SE ENCUENTRA PROBADA LA INEXISTENCIA DE FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MEDICO PRESTADO POR EL ASEGURADO- LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL PROCESO ACREDITAN QUE EL HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN E.S.E. ACTUÓ DE MANERA PERITA, OPORTUNA Y DILIGENTE.

En el caso sub examine, se encuentra probado la inexistencia de una falla en la prestación del servicio médico brindado por el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. por ende, es inviable imputarle fáctica y jurídicamente el hecho dañoso. Lo anterior, conforme a las pruebas aportadas y practicadas dentro del proceso, mediante las cuales se puede establecer ciertamente que los galenos del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. obraron en atención a los principios de la *lex artis*, de manera oportuna, adecuada y diligente durante la atención medica prestada a la menor Yesica Yulieth Domínguez Buitrón

(q.e.p.d.) en cuanto una vez ingresó al hospital se le realizaron todas las ayudas diagnosticas pertinentes para determinar un diagnóstico de la enfermedad que presentaba y suministrar el tratamiento adecuado para superar que presentaba. Sin embargo, la gravedad del estado de salud y los riesgos propios de la enfermedad que presentaba la paciente fueron la causa determinante del resultado dañoso, y no la supuesta falla imputada por el extremo actor, tal como se acreditó con las pruebas aportadas y practicadas en el proceso.

Lo primero que se debe señalar es que la imputación que realiza la parte actora a el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. es por la presunta demora en el diagnóstico definitivo y tratamiento de la paciente. Sin embargo, como ha quedado acreditado dentro del plenario, los galenos del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. mostraron una debida diligencia en su actuar médico al atender de manera inmediata a la paciente, realizar de manera pertinente y oportuna las ayudas diagnosticas para determinar el diagnóstico de la paciente y establecer el tratamiento médico a seguir, de acuerdo a los resultados arrojados por las ayudas diagnosticas con que contaban.

A efectos de clarificar lo antes expuesto, se puede observar en la historia clínica que la menor Yesica Yulieth Domínguez Buitrón (q.e.p.d.) ingresó al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. el día 28 de abril de 2014 a las 15:20 horas, remitidas desde el Hospital del Norte, con motivo de consulta “PACIENTE REMITIDA DEL HOSPITAL DEL NORTE CON DX DE DENGUE HEMORRAGICO QUE HA ESTADO SANGRANDO EN LAS ULTIMAS HORAS CON PLAQUETAS 45.000 CR 1.6 BUN 18 HM 8.8.”

RACYP: 2406	IDENTIFICACIÓN:97020616214	FECHA Y HORA: 28/04/2014 15:02:00
NOMBRES Y APELLIDOS: YESICA YULIETH DOMINGUEZ BUITRON		
GENERO: FEMENINO	EDAD: 17 AÑOS	
ENTIDAD: SALUD VIDA SUBSIDIDADO		
MUNICIPIO: TORIBIO	DEPTO: CAUCA	
LLEGADA: CAMILLA		
INGRESO: REMITIDO COMENTADO		
DATOS DEL ACOMPAÑANTE:		
NOMBRES Y APELLIDOS: BUITTRON DALIA		
RELACION: MAMÁ	TELEFONO: 3108347825	
DIRECCION: CLL 25No 4-11		
SIGNOS VITALES		
PA: 120/80	FC: 65	FR: 20
T°: 37	SPO2: 99	GLUCOMETRIA: 0
PULSO: 65		ESTADO DE CONCIENCIA: ALERTA
MOTIVO DE CONSULTA: PACIENTE REMITIDA DEL HOSPITAL DEL NORTE CON DX DE DENGUE HEMORRAGICO QUE HA ESTADO SANGRANDO EN LAS ULTIMAS HORAS CON PLAQUETAS 45.000 CR 1.6 BUN 18 HM 8.8		

Una vez ingresó al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. se determinó el alto riesgo de la paciente por lo que fue clasificada en “TRIAGE I, COLOR: ROJO”, lo que evidencia la gravedad en que se encontraba al momento de su ingreso a la E.S.E.

DEFINICION DEL RIESGO:Alto	
CLASIFICACION DE TRIAGE	
CODIGO: TRIAGE I	COLOR: ROJO
OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES	
A 94X	

Inmediatamente, la paciente fue atendida por los galenos especialistas en medicina interna y se le realizaron todos los exámenes necesarios para confirmar el diagnostico de la paciente, tal como consta en la nota de enfermería del 28-4-14 hora 17/30:

28-4-14	17:30	por orden medica se toma muestra de laboratorio. Hemograma, PCR, creatinina, BUN, Glucemia, sodio, potasio, cloro y se envían a laboratorio pendiente resultado	
	23	por orden medica pte se realiza a cub 3:4 pte con cito	
		Don todo en grupo leyes y	
		person con vomito, medio de	
		fuera ordena medicoplasma de	116
		Sus signos vitales son estables	Donde

Ahora, si bien el extremo actor atribuye como causa del fallecimiento de la menor la demora en un diagnostico definitivo, no se puede perder de vista que la paciente venía remitida del Hospital del Norte con un diagnóstico de dengue hemorrágico, pese a que llevaba 2 días internada en dicha institución. Sin embargo, fue con la realización de las ayudas diagnostica realizadas por el personal medico del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. que se descartó este diagnóstico.

Paciente :	DOMINGUEZ IBUITRON, YESICA YULIETH	No. de Orden:	0428262
Identificación:	97020616214	Sexo:	F
Medico:	ARIOS MEDICOS	Teléfono:	
Empresa:	SALUDVIDA S.A. EPS	Edad:	17 AÑOS
		Cama:	CON
		Fecha de Ingreso:	28/04/2014 05:40:11 p.m.
		Fecha Primera Impresión:	28/04/2014 11:18:48 p.m.
Comentario:			
EXAMEN	RESULTADO	UNIDADES	VALORES DE REFERENCIA
DENGUE IGG/IGM		UND	
DENGUE IgG: NEGATIVO			
DENGUE IgM: NEGATIVO			

1909311

CAROLINA TORO NARVAEZ

Validado el: 28/04/2014 06:32:10 p.m.

Por ello incluso fue necesario realizar pruebas confirmatorias de dengue y de otras para establecer el diagnostico real de la paciente y tratamiento a seguir. Actuaciones que aunque fueron realizadas durante un lapso de tiempo muy corto, eran necesarias para definir el tratamiento a seguir por parte de los galenos.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que si bien en la historia clínica del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. se señala que no había plaquetas en la institución, no puede perderse de vista que ello no comporta una falla de la E.S.E. pues la entidad encargada de conseguir las plaquetas para la transfusión que requería la paciente era la E.P.S. solicitud que fue realizada por parte de los galenos, sin embargo, nunca recibieron respuesta de la E.P.S. de la paciente.

Por otro lado, no se puede perder de vista que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le imponen los estamentos legales para demostrar el supuesto de hecho por los cuales se imputa responsabilidad a la entidad demandada, especialmente encontrándonos frente a un régimen de responsabilidad de falla del servicio probada. lo anterior habida cuenta que era el extremo actor quién debía demostrar la falla que se imputa al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E., lo cual como ya quedado claro, es inexistente, además tampoco demostró que sus actuaciones fueran la causa determinante del fallecimiento de la menor, pues se reitera que cuando la paciente ingresó al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. ya contaba con más de ocho (8) días de evolución y se encontraba en un estado de salud muy grave que derivó en su fallecimiento por ser un riesgo inherente a la enfermedad que presentaba.

En conclusión, en contra de la tesis abordada por la parte actora en su demanda, se encuentra probado que los profesionales médicos del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. que atendieron a la menor Yesica Yulieth Domínguez Buitrón (q.e.p.d.) cumplieron con todos los parámetros médicos y *lex artis* para prestar una adecuación atención, por lo que se realizaron todos los estudios físicos, se realizaron todas las ayudas a su alcance para establecer diagnóstico de la paciente durante el corto tiempo que permaneció en la institución, sin embargo, por las condiciones y estado de gravedad en que llegó la paciente al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. su fallecimiento se tornó irreversible no siendo este hecho imputable a la atención brindada por el asegurado. Por lo tanto, es clara la inexistencia de la falla en el servicio que el extremo activo pretende imputar al asegurado.

Por lo anterior, solicito al honorable juez declarar probada esta excepción.

2. SE ENCUENTRA PROBADA LA INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL FALLECIMIENTO DE LA MENOR YESICA YULIETH DOMÍNGUEZ BUITRÓN (Q.E.P.D.) Y LA ATENCIÓN MEDICA PRESTADA POR EL HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E.– EL FALLECIMIENTO DE LA MENOR ERA UN RIESGO INHERENTE A SU ENFERMEDAD.

En el presente caso la parte actora no probó el nexo de causalidad entre el fallecimiento de la menor Yesica Yulieth Domínguez Buitrón (q.e.p.d.) y el acto médico de los galenos del

Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E., teniendo en cuenta principalmente que no se acreditó la existencia de una falla en la prestación del servicio, pues en todo momento actuaron de manera diligente, oportuna, perita y con apego a los principios que impone la *lex artis* al realizar los exámenes físicos y demás exámenes médicos para establecer el diagnostico real de la paciente así como suministrar el tratamiento adecuado. Pese a ello, por la gravedad del estado de salud en que ingresó al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. y las múltiples complicaciones que presentaba, se tornó irreversible su fallecimiento, lo cual no tienen ninguna relación con la atención medica brindada por el asegurado.

El nexo de causalidad se ha definido como la determinación de que una conducta antijurídica es la causa eficiente de un daño. Así lo ha entendido en profusa jurisprudencia el Honorable Consejo de Estado, para lo cual valga traer a colación la siguiente consideración emanada de dicha Corporación: *“El nexo causal es la determinación de que un hecho es la causa de un daño. En esa medida, en aras de establecer la existencia del nexo causal es necesario determinar si la conducta imputada a la Administración fue la causa eficiente y determinante del daño que dicen haber sufrido quienes deciden acudir ante el juez con miras a que les sean restablecidos los derechos conculcados”*

Ahora bien, es preciso reiterar que, en el régimen de la falla en el servicio, corresponde al demandante amén de probar el daño antijurídico ocasionado, demostrar la relación de causalidad entre éste y la conducta dañosa imputada, debiendo ser la segunda su causa eficiente, es decir, le corresponde a la parte demandante acreditar el nexo causal. Sin embargo, en el caso concreto, es evidente la carencia probatoria de los elementos que constituye la responsabilidad estatal.

En primer lugar, porque la atención dispensada por los galenos del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. se realizó de manera diligente, oportuna y fundamentada en los principios de la *lex artis*, lo cual deja desprovista cualquier falla en el servicio médico que se le pretenda imputar y por ende la existencia de cualquier nexo de causalidad entre dicha actuación y el fallecimiento de la menor.

Sobre el particular, se reitera que la menor Yesica Yulieth Domínguez Buitrón (q.e.p.d.) ingresó al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. el día 28 de abril de 2014, en un estado de gravedad alto y de manera inmediata fue atendida por los médicos especialistas, se le realizaron todos los exámenes físicos y análisis de laboratorio para establecer el diagnostico real de la paciente, así como suministrar el tratamiento adecuado y recuperar su salud. Sin embargo, por estado en que se encontraba cuando ingresó y debido a los días de evolución que tenía, su fallecimiento se tornó irreversible.

Lo primero que debe señalarse es que cuando la paciente ingresó al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. presentaba un alto riesgo, por lo cual fue clasificada en un “TRIAGE I, COLOR: ROJO”, tal como se observa en la siguiente nota de enfermería:

DEFINICION DEL RIESGO:Alto	
CLASIFICACION DE TRIAGE	
CODIGO: TRIAGE I	COLOR: ROJO
OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES	
A 94X	

Lo anterior, sumado a que cuando la paciente ingresó Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. ya tenía alrededor de entre 8 y 10 días de evolución. Ello se encuentra probado por una parte, con los hechos de la demanda donde se indica que la menor presentó síntomas desde el día **20 de abril de 2014**, y por otra parte, en la historia clínica del hospital del Norte donde consta que ingresó a dicha institución el día 26 de abril de 2014 hasta el **28 de abril de 2014**.

Ahora, debe tener en cuenta que si bien el extremo actor atribuye como causa del fallecimiento de la menor la supuesta demora en el diagnostico definitivo y el no haberse suministrado las plaquetas, dichas causas no son atribuibles al Hospital Universitario San José de Popayán, en primera medida, porque como se ha indicado, i) la supuesta demora en el diagnostico no recae en el Hospital Universitario San José de Popayán teniendo en cuenta que cuando la paciente ingresó remitida desde el Hospital del Norte, el diagnostico que había manejado en dicha institución era el de dengue hemorrágico, sin embargo, cuando los galenos del Hospital Universitario San José de Popayán realizaron los análisis se determinó que este no era el diagnostico correcto por lo cual debieron realizar pruebas confirmatorias para establecer el diagnostico real y ordenar el tratamiento adecuado, lo cual se realizó en un tiempo muy corto, tal como consta en la historia clínica; y, ii) si bien el Hospital Universitario San José de Popayán no contaba con plaquetas para transfusión, las mismas fueron solicitadas a la E.P.S de la paciente y nunca se recibió respuesta ni dicha entidad autorizó el traslado a otra institución que contara con las plaquetas que requería la paciente. Circunstancias que acreditan el hecho de un tercero, que rompe el nexo de causalidad y exime de responsabilidad al asegurado.

En conclusión, se tiene que el acto por el cual se pretende la declaratoria de responsabilidad de la demandada es inexistente. Efectivamente no hay nexo de causalidad pues el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E., como se explicó, actuó conforme con la *lex artis* ordenando los estudios físicos y exámenes médicos pertinentes para determinar el diagnóstico de la paciente y suministrar el tratamiento adecuado. Pese a lo anterior, la menor falleció por la gravedad de su estado de salud y complicaciones propias de su enfermedad, lo cual no es imputable al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. Todo lo anterior, permite evidenciar que no hay nexo de causalidad pues el daño reclamado por los demandantes no tiene relación ninguna con las actuaciones surtidas por los galenos del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E

Por lo anteriormente expuesto, solicito declarar probada esta excepción.

3. SE ENCUENTRA PROBADO EL HECHO DE UN TERCERO

En el caso sub examine se encuentra configurado el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad, toda vez que, como obra en las pruebas documentales, los galenos del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. una vez se ordenó la transfusión de plaquetas a la menor, iniciaron todos los trámites y solicitudes correspondientes ante SALUD VIDA E.P.S para que la paciente fuera remitida a un centro hospitalario que contara con este servicio, sin embargo, el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. nunca recibió respuesta de la E.P.S., de manera que, en el caso de encontrarse acreditado que la no transfusión de plaquetas fue la causa del fallecimiento de la paciente, este hecho es atribuido a un tercero, en este caso, a la E.P.S. quien no ordenó el traslado. Por otra parte, se debe tener en cuenta que la paciente ingresó al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. remitida desde el Hospital del Norte con un diagnóstico de dengue, diagnostico que resultó ser negativo lo cual llevó a que los galenos del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. tuvieran que realizar múltiples exámenes para determinar el diagnostico real de la paciente y suministrar el tratamiento adecuado, por lo tanto, de acreditarse que existió demora en el diagnóstico de la paciente, pese a que fue muy poco el tiempo que demoró en el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E.

El Consejo de Estado ha reiterado que **“el hecho de un tercero exonera de responsabilidad a la administración en el derecho administrativo colombiano”**¹ En igual sentido, ha indicado que para que se configure el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad, es necesario que converjan las siguientes circunstancias:

*(i) **Que sea la causa exclusiva del daño.** Si tanto el tercero como la entidad estatal concurrieron en la producción del daño, el resultado no sería la exoneración de responsabilidad, sino la existencia de solidaridad de éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le daría derecho al perjudicado para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien paga se subroga en los derechos del afectado para pretender del otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención.*

*(ii) **Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio,** en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado.*

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de Julio de 1989. Expediente 2852

(iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad: porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina, “sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor.

De acuerdo con la jurisprudencia citada, y con fundamento en las pruebas aportadas, es posible establecer que el resultado dañoso es atribuible al hecho de un tercero. Al respecto, se evidencia con las pruebas allegadas al plenario que los galenos del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. ordenaron la remisión a otra institución debido a que no contaban con plaquetas e inmediatamente realizaron la solicitud ante la E.P.S. de la paciente, quien era la entidad encargada de suministrar las plaquetas, así como de ordenar el traslado de la paciente a una institución que contara con las mismas, sin embargo, nunca se recibió respuesta de dicha entidad, por lo tanto, de acreditarse que la no transfusión de plaquetas fue la causa o tuvo alguna incidencia en el resultado dañoso, es claro que se ha configurado el hecho de un tercero como causal eximente de responsabilidad, teniendo en cuenta que era la E.P.S de la paciente la que tenía a cargo dicha gestión.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que la paciente ingresó al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. remitida desde el Hospital del Norte con un diagnóstico de Dengue, el cual resultó ser negativo de acuerdo a los exámenes realizados por el personal médico del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. Lo anterior llevó a que los galenos del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. tuvieran que realizar múltiples exámenes para determinar el diagnóstico real y suministrar el tratamiento adecuado. Sobre el particular, se recuerda que la paciente permaneció en el Hospital del Norte desde el día 26 de abril de 2014 hasta el día 28 de abril de 2014, sumado a que tenía ocho (8) días de evolución. Ahora, no obstante que el tiempo que la paciente permaneció en el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. fue muy corto (menor a las 24 horas), en el caso de acreditarse que existió demora en el diagnóstico, es claro que este solo es atribuible al hecho de un tercero, en este caso, al Hospital del Norte, teniendo en cuenta que, de haber realizado el diagnóstico correcto durante los 2 primeros días que la paciente estuvo internada en dicha institución, ello hubiere ahorrado tiempo a los galenos del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. en el tratamiento de la paciente pues por una parte, no habrían tenido que realizar pruebas confirmatorias de dengue u otras para determinar el diagnóstico, ni hubieran tenido necesidad de cambiar el tratamiento que se le venía suministrando a la paciente. Actuaciones que se reitera, fueron realizadas por los galenos del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. en un tiempo muy corto y en el cual la paciente ya se encontraba en un estado muy avanzado de la enfermedad.

Así las cosas, es evidente que en el caso sub examine se acreditan los elementos para que se configure el hecho de un tercero como causal de exoneración de responsabilidad en cuanto de acreditarse que la no transfusión de plaquetas fue la causa o tuvo alguna

incidencia en el resultado dañoso, esta solo es imputable a la E.P.S. de la paciente quien tenía a su cargo la gestión. Por otra parte, de acreditarse que existió demora en el diagnóstico y que esta fue la causa o tuvo alguna incidencia en el resultado dañoso, es clara la configuración del hecho de un tercero como eximente de responsabilidad habida cuenta que cuando la paciente ingreso al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. venía remitida del Hospital del Norte con un diagnóstico de dengue, el cual fue negativo de acuerdo a los resultados confirmatorios de las ayudas diagnosticas realizadas por los galenos del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E., lo que tomó un mayor tiempo en establecer el diagnóstico y suministrar el tratamiento, pese a que fue muy corto el tiempo que la paciente permaneció en la institución. Por lo tanto, resulta procedente declarar la causal eximente de responsabilidad frente al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E.

Por lo expuesto, solicito comedidamente al despacho declarar la prosperidad de la presente excepción.

4. DE MANERA SUBSIDIARIA, SE DEBE REDUCIR LA CONDENA POR LA CONCURRENCIA DE CULPAS

Sin perjuicio de que en el caso bajo estudio, se encuentra acreditado el hecho de un tercero, bajo las previsiones previamente expuestas, y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, es posible establecer que el hecho de un tercero al menos tuvo una alta injerencia en la producción del resultado dañoso, por lo tanto, en el improbable caso que se llegare a proferir sentencia condenatoria es menester disminuir el monto de la indemnización.

El artículo 2357 del Código Civil señala que *“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”*

En el mismo sentido, el Consejo de Estado mediante sentencia proferida dentro del expediente 19067, con ponencia del consejero Mauricio Fajardo Gómez, dijo lo siguiente:

Por otra parte, a efectos de que operen las mencionadas eximentes de responsabilidad (hecho de la víctima o de un tercero), es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder activo u omisivo de aquellos tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que dichas causales eximentes de responsabilidad puedan tener plenos efectos liberadores respecto de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por la víctima o por un tercero sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada o determinante, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima. (subrayado y negrilla fuera de texto).

Abordando al caso concreto, sin perjuicio de que se encuentra probado el hecho de un tercero, según las previsiones antes expuestas, no queda duda que al menos el hecho de un tercero tuvo una alta injerencia en la producción del resultado dañoso. Lo anterior encuentra sustento en que era la E.P.S quien tenían a su cargo la autorización de la remisión y demás trámites administrativos para el traslado del paciente a un centro médico que contara con las plaquetas que requería la paciente o de su suministro, lo cual no hicieron pese a que los galenos del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. lo ordenaron y solicitaron a la E.P.S., según consta en la historia clínica. Adicionalmente, de acreditarse que existió demora en el diagnóstico es claro que la actuación de los galenos del Hospital del Norte al menos incidió en el resultado dañoso toda vez que esto determinaron que la paciente tenía diagnóstico de dengue, el cual resultó negativo según los resultados arrojados por las ayudas diagnósticas realizadas en el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E., por lo que los galenos tuvieron que realizar pruebas confirmatorias para establecer el diagnóstico real y suministrar el tratamiento adecuado, aunque se reitera que esto se realizó en un tiempo muy corto por parte del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E.

Por lo anterior, de manera subsidiaria, y de conformidad con las normas y jurisprudencia antes citada, solicito declarar PROBADA la concurrencia del hecho de un tercero y, por lo tanto, se proceda a disminuir la indemnización que correspondiere asumir a las entidades demandadas y, por ende, a la aseguradora.

5. EN EL CASO BAJO ESTUDIO, EL PERJUICIO NO ES INDEMNIZABLE PORQUE EL DAÑO PADECIDO DEL QUE SE DERIVA NO ES FACTICA NI JURIDICAMENTE IMPUTABLE AL HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN E.S.E.

Es de común conocimiento que es responsable del resarcimiento del daño quien lo haya producido con su conducta omisiva o activa, en este caso la imputación fáctica del daño y la falla en el servicio no pueden ser analizadas desde una perspectiva ideal, crítica o abstracta del funcionamiento del servicio, sino que requieren ser estudiadas desde un ámbito real que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y la capacidad de la administración pública al momento de su producción y por los argumentos expuestos en anteriores párrafos es claro que el daño que se invoca irrogado por la actora deriva no es imputable al asegurado.

Aclarado lo anterior es importante reseñar de forma breve porque cada rubro tipológico pretendido en la demanda no solo no es indemnizable por no ser provocado por el asegurado, sino porque en los mismos criterios del abogado actor hay imprecisiones:

5.1. NO SE PROBÓ EL DAÑO MORAL- EXCESIVA TASACIÓN DEL MISMO.

En el caso objeto de estudio es improcedente el reconocimiento de perjuicios por concepto de daño moral en cuanto la parte actora no logró demostrar que el fallecimiento de la menor Yesica Yulieth Domínguez Buitrón (q.e.p.d.) sea atribuible fáctica y jurídicamente al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. En todo caso no se encuentra probado el daño moral frente a las demandantes AYDA ACENET BUITRON MARIN y YENY DISNEY BUITRON MARIN (tías) toda vez que, no se aportó prueba de la relación afectiva con la víctima directa. Ello teniendo en cuenta que, según la jurisprudencia del máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, la presunción del daño moral es solo para las relaciones de parentesco del nivel 1 y 2, mientras que, para los niveles 3, 4 y 5 deberá además, acreditarse el vínculo afectivo con la víctima directa, lo cual no quedó probado en el proceso. Adicionalmente, están solicitando como indemnización por perjuicios morales una suma equivalente a 100 SMLMV para cada uno de los demandantes, excediendo el tope máximo concedido por esta jurisdicción como reparación en caso de muerte. Ello teniendo en cuenta que, según la jurisprudencia del máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en los casos de muerte, se reconoce, para las relaciones de parentesco del 1 nivel la suma de hasta 100 SMLMV, para el 2 nivel la suma de hasta 50 SMLMV y para el 3 nivel la suma de hasta 35 SMLMV.

Así pues, frente a los perjuicios morales solicitados en el líbello de la demanda, es preciso señalar que el Honorable Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014, unificó jurisprudencia en torno a los montos del resarcimiento cuando se reclaman perjuicios inmateriales. El mencionado cuerpo colegiado estableció:

“Así las cosas, tenemos que el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo. En consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio (...)

*Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. **Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva,** y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la **relación afectiva.**" (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Según la jurisprudencia citada, es inviable el reconocimiento de los perjuicios morales para los demandantes AYDA ACENET BUITRON MARIN y YENY DISNEY BUITRON MARIN (tías), considerando que la jurisprudencia antes citada ha hecho hincapié en que solo se presume el daño moral correspondiente a las relaciones paternofiliales del nivel 1 y 2, mientras que para los niveles 3, 4, y 5 debe acreditarse la relación afectiva. En el caso concreto, sin el ánimo de aceptar responsabilidad en cabeza de las demandadas, en virtud de las presunciones derivadas del parentesco, es imposible presumir prima-facie que las demandantes AYDA ACENET BUITRON MARIN y YENY DISNEY BUITRON MARIN (tías) sufrieron dolor y congoja a raíz del fallecimiento del señor WILLIAN GUSTAVO LÓPEZ GUANGA (q.e.p.d.). Lo mencionado, ya que respecto a dichos demandantes la jurisprudencia no admite presunciones del daño moral por no pertenecer al primer y segundo grado de consanguinidad, y tampoco se ha acreditado hasta el momento que hubieran sufrido directamente un dolor de índole moral, en cuanto no se aportó ninguna prueba tendiente a demostrar el vínculo afectivo.

Por otra parte, la parte actora solicita que se reconozca la suma de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes LUISA FERNANDA DOMINGUEZ BUITRON (hermana), HELEN GABRIELA DOMINGUEZ BUITRON (hermana) PAULA LUCIA DOMINGUEZ BUITRON (hermana), AYDA ACENET BUITRON MARIN (tía) y YENY DISNEY BUITRON MARIN (tía), suma que resulta a todas luces exorbitante, puesto que el tope fijado por la sentencia de unificación del Consejo de Estado corresponde a sumas abiertamente inferiores de las solicitadas. En virtud de lo anterior, las pretensiones invocadas por la parte Demandante evocan un evidente ánimo especulativo que no puede convalidar el despacho.

En conclusión, es inviable el reconocimiento por daño moral porque no está acreditado y mucho menos en las sumas pretendidas por la parte demandante, por cuanto la tasación propuesta es equivocada. En tal sentido, no hay lugar al reconocimiento de suma alguna por concepto que supere los montos fijados a partir de la unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. De ese modo, en el daño moral no está probado y las sumas solicitadas en las pretensiones de la demandada desconocen los lineamientos establecidos por esa

corporación, es decir, las mismas resultan exorbitantes, claramente la pretensión debe ser desestimada.

5.2. NO SE PROBÓ EL LUCRO CESANTE

En el caso bajo estudio no encuentra probado el lucro cesante, por lo tanto es improcedente el reconocimiento de indemnización por este perjuicio. Debe indicarse la parte actora no aportó ninguna prueba del lucro cesante, pues con respecto de la víctima directa Yesica Yulieth Domínguez Buitrón (q.e.p.d.), se trataba de una menor de edad que no se encontraba en edad productiva ni tampoco se acreditó que los demandantes tuvieran una expectativa real y cierta de acceder a dicho rubro. Se destaca que, la sola mención del perjuicio no es suficiente para tenerse como demostrado, pues para ello es necesario acreditar la actividad económica o comercial que desempeñaba la lesionada al momento del accidente, así como sus ingresos. Lo expuesto impide al juez de instancia para que, en el remoto e hipotético evento de una condena, pueda acceder a su reconocimiento.

En este sentido, resulta útil recordar los aspectos fundamentales que configuran el lucro cesante. Éste se ha entendido cómo una categoría de perjuicio material, de naturaleza económica y de contenido pecuniario. Es decir, que puede cuantificarse en una suma de dinero y que consiste en la afectación o menoscabo de un derecho material o patrimonial, reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir, que no ingresará al patrimonio de la persona. Es decir, se deja de recibir cuando se sufre un daño y puede ser percibido a título de indemnización por las víctimas directas o indirectas cuando se imputa al causante del perjuicio la obligación de reparar.

No obstante, para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o futura, es decir que si no se hubiese producido el daño el ingreso debía percibirse, es necesaria su plena demostración en el proceso con elementos probatorios fidedignos e idóneos, como lo son aquellos medios permitidos en el ordenamiento jurídico. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente.

“El lucro cesante, de la manera como fue calculado por los peritos, no cumple con el requisito uniformemente exigido por la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño (...)”

Esto significa que el lucro cesante no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias. Por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso. De manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que

hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso, siempre que logre acreditarse que en efecto la víctima, al momento de la ocurrencia del daño, ejerciera alguna actividad productiva que le generara los ingresos dejados de percibir.

Ahora bien, se debe mencionar que el Consejo de Estado ha dejado sentado que, para que sea procedente el reconocimiento de indemnización en la modalidad de lucro cesante cuando se trata de menores de edad, no se presume. Advierte el consejo de Estado que debe quedara probado que el infante iba a percibir con grado de certeza ingresos económicos a partir de su mayoría de edad y que estos fueran, destinados a ayudar a sus padres. Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), MP. MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO, Radicación número: 70001-23-31-000-2008-00082-01(66010), dijo lo siguiente:

*“[E]l reconocimiento de una indemnización por lucro cesante, cuando se trata de menores de edad, **está supeditado a que haya prueba de que ese infante iba a percibir con grado de certeza unos ingresos a partir de su mayoría de edad y que estos fueran destinados a ayudar a sus padres**, de lo contrario, se trata de una situación hipotética y eventual no susceptible de ser indemnizada. (...) incluso en el caso de los mayores de 18 años, en ausencia de prueba que demuestre (i) que los hijos contribuyen económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque materialmente están en condiciones de hacerlo, es decir, porque ejercen una actividad productiva que les reporta algún ingreso, y (ii) que los padres son beneficiarios de la obligación alimentaria, porque no tienen los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad, no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres.”*

Este pronunciamiento entonces excluye posibilidad alguna de que se reconozca lucro cesante cuando se trata de un menor de edad, sin existir certeza de que la menor devengara algún ingreso económico, que contribuía económicamente al sostenimiento del hogar y que los padres fueran beneficiarios de conformidad con las previsiones de la jurisprudencia antes citada, siendo entonces una utilidad meramente hipotética o eventual.

Aterrizando al caso concreto, debe manifestarse que la parte actora solicita el reconocimiento de lucro cesante, con ocasión del fallecimiento de la menor Yesica Yulieth Domínguez Buitrón (q.e.p.d.). Sin embargo, para la fecha de los hechos la menor de edad solo tenía 17 años, por lo que no se encontraba en edad productiva. Además de eso, no se aportó ninguna prueba de que la menor percibiera algún ingreso, que aportara ayuda económica al hogar, ni que los demandantes tuvieran una expectativa real y cierta de ser beneficiarios de esa ayuda económica.

En conclusión, al no haberse aportado prueba siquiera sumaria que permita acreditar (i) que la menor se encontraba en edad productiva (ii) que percibía ingresos económicos y que dos mismos los destinara a la ayuda del hogar y (iii) que los demandantes tuvieran una expectativa real y cierta de ser beneficiarios de esa ayuda económica, no resulta

procedente la pretensión impetrada en el libelo genitor, según la cual, debe reconocerse y pagarse en favor de la parte actora sumas de dinero por concepto de lucro cesante. Por lo tanto, esta pretensión está destinada al fracaso.

Por lo anteriormente expuesto, solicito al honorable Juez declarara probada esta excepción.

5.3. NO SE PROBÓ EL DAÑO EMERGENTE

Pese a que la parte actora no logró acreditar la existencia de los elementos de la responsabilidad del Estado, en gracia de discusión, debe advertirse que dentro de la demanda existen unas pretensiones económicas de índole material, las cuales no logró demostrar documentalmente el extremo actor.

Lo anterior, pues para la procedencia y reconocimiento del daño emergente, resulta totalmente necesario acreditarlo dentro del proceso, carga que le asiste al reclamante de los perjuicios y que en este caso no se cumplió, pues no se allegó prueba si quiera sumaria que permita de manera objetiva corroborar la materialización de un daño emergente y mucho menos es posible su cuantificación. Bajo estos derroteros, en el caso particular es completamente improcedente reconocimiento alguno a título de daño emergente, por cuanto no existe prueba cierta, clara y suficiente que acredite las sumas solicitadas por el extremo actor.

El daño emergente ha sido desarrollado jurisprudencialmente como una tipología de perjuicios que comprende la pérdida de elementos patrimoniales como consecuencia de los hechos dañosos. Sin embargo, se ha establecido ampliamente que para la procedencia del reconocimiento de estos resulta totalmente necesario acreditarlos dentro del proceso, carga que le asiste al reclamante de estos. Bajo estos derroteros, en el caso particular es completamente improcedente reconocimiento alguno a título de daño emergente, por cuanto no existe prueba cierta, clara y suficiente que acredite las sumas solicitadas por el extremo actor.

Es claro que la parte demandante tenía entre sus mandatos como parte actora, toda la carga probatoria sobre los perjuicios deprecados en la demanda. Por lo tanto, la cuantía de los daños por los cuales se está exigiendo una indemnización deberán estar claramente probados a través de los medios idóneos que la ley consagra en estos casos. A efectos de entender la tipología de dichos perjuicios, vale la pena recordar lo indicado por el honorable Consejo de Estado con respecto a la definición del daño emergente en los siguientes términos: *“Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el daño emergente (damnum emergens) es la disminución patrimonial inmediata a causa del hecho que se juzga, representada en la pérdida de elementos económicos bien por los gastos que ellos significaron en su adquisición, ora por los desembolsos futuros para recuperarlos o enmendarlos, incluso, por la constitución de un pasivo, es decir, un empobrecimiento debido a que un bien salió o saldrá del patrimonio.”*

Con fundamento de lo anterior, podemos concluir que el daño emergente comprende la pérdida de elementos patrimoniales, causada por los hechos de los cuales se trata de deducirse la responsabilidad. Ahora bien, la parte demandante solicita el pago del daño emergente sin embargo, no especifica cuál es el concepto de pagó y revisadas las pruebas aportadas con la demanda, no existe ninguna, siquiera sumaria, que acredite dicho perjuicio y su pago efectivo por el reclamante.

De manera que no se debe perder de vista que la carga de la prueba de acreditar los supuestos perjuicios reside única y exclusivamente en cabeza de la parte demandante. En este sentido, si dicha parte no cumple con su carga y en tal virtud, no acredita debida y suficientemente sus aparentes daños, es jurídicamente improcedente reconocer cualquier suma por dicho concepto. Esta teoría ha sido ampliamente desarrollada por el Consejo de Estado, debido a que, sobre este particular, ha establecido lo siguiente:

“En cuanto a los perjuicios materiales por daño emergente consistentes en los gastos que los demandantes tuvieron que sufragar como consecuencia del hecho imputable al Estado, como lo son verbi gratia, sepultura, caja mortuoria, honorarios de abogado, etc., que se sobrevinieron con la muerte de la joven, observa la Sala de Decisión que tales deben liquidarse de acuerdo con las pruebas aportadas en el proceso, sin que tales acreditaciones se encuentren en el proceso de marras esto en el entendido que a fin de reconocerse una suma de dinero proveniente de un perjuicio ocasionado, es menester que este sea real y cierto, es decir que su materialidad esté plenamente acreditada en el proceso, de lo que carece en cuanto a perjuicios materiales el presente, por lo que en este sentido la pretensión no prospera”.

Es claro que las altas cortes han establecido que, para la procedencia de reconocimiento de perjuicios a título de daño emergente, es necesario que el reclamante demuestre mediante prueba suficiente que se trata de perjuicios ciertos y no hipotéticos. Lo que no sucede en el caso de marras, en tanto que la parte demandante solicita reconocimiento de perjuicios a título de daño emergente, sin mencionar siquiera el concepto por el cual presuntamente se generó el daño y sin que prueben, siquiera sumariamente, la causación de dichos perjuicios. Carga que les asiste por ser los reclamantes del daño, según los términos jurisprudenciales mencionados.

En conclusión, ante la orfandad probatoria del daño emergente, es claro que no se le reconozca ninguna suma indemnizatoria por esta tipología de perjuicios, en tanto que la parte demandante no los probó. Máxime, cuando el Consejo de Estado fue totalmente claro en indicar que éstos no se presumen, sino que se deben probar. Razón suficiente para solicitar al despacho que desestime la pretensión invocada por las demandantes en lo relacionado con el daño emergente.

5.4. SE ENCUENTRA PROBADA LA IMPROCEDENCIA DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD COMO PERJUICIO AUTONOMO.

El caso bajo estudio se encuentra probada la improcedencia de la pérdida de oportunidad como perjuicio autónomo, por lo tanto, no hay lugar a reconocer las sumas pretendidas por el extremo actor bajo este concepto. Sobre el punto, se recuerda que la pérdida de oportunidad o de “chance” como es llamada en otras legislaciones, es una teoría que proviene del Derecho Francés, la cual consiste en la posibilidad de obtener un provecho o no sufrir un perjuicio. No obstante, esa probabilidad se ve truncada por el acaecimiento de un hecho de un tercero, generando la duda sobre si el efecto beneficioso o dañino se habría producido o no. Pero quedando absolutamente clara la supresión de forma irreversible sobre una expectativa. Rememorada la noción general de pérdida de oportunidad, resulta necesario poner de presente su improcedencia, en tanto la parte demandante solicitó su reconocimiento como una tipología de perjuicio inmaterial autónoma.

Téngase en cuenta a este respecto que la parte demandante se limitó a solicitar el reconocimiento de 100 SMLMV para los demandantes, por concepto de pérdida de oportunidad. Sea lo primero indicar que la pérdida de oportunidad no es un perjuicio autónomo que pueda considerarse por sí mismo indemnizable. El perjuicio ha sido definido como toda afrenta, detrimento, menoscabo o deterioro a los bienes jurídicos tutelados que se encuentren vinculados con el patrimonio, los bienes de la personalidad o la esfera afectiva y espiritual de quien pretenda su reconocimiento en condición de víctima. Definición que no resulta aplicable a la pérdida de oportunidad por cuanto no es un bien jurídico autónomo.

Predicar que la pérdida de oportunidad es un perjuicio autónomo resulta tanto como afirmar que es un bien jurídico que cuenta con tutela judicial efectiva, o lo que es lo mismo, que todas las posibilidades cercenadas de obtener un beneficio o evitar un perjuicio son indemnizables. Circunstancia que a todas luces resulta desacertada si se tiene en cuenta que la frustración de las expectativas es una situación habitual en el normal desarrollo del curso de la vida.

*“el derecho nada asegura frente a las posibilidades de incremento de beneficios o de evitación de perjuicios. La desgracia, el infortunio, el fracaso, la frustración de expectativas y los eventos adversos son el común denominador que deben soportar las personas en un mundo plagado de dificultades. **Frente a tal realidad, creer que las posibilidades u oportunidades de conseguir un beneficio o evitar un perjuicio son un bien jurídico cuyo daño es por sí mismo indemnizable es una manifestación de ingenuidad**”².(Subrayado y negrilla fuera del texto).*

En este orden de ideas, la sola posibilidad de obtener una ventaja o evitar un perjuicio no constituye un perjuicio autónomo, por cuanto lo que resulta indemnizable mediante el uso de la pérdida de oportunidad como fundamento del daño no es el cercenamiento de las posibilidades de obtener una ventaja o evitar un perjuicio en sí mismo sino la concreción

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC562-2020. Febrero 27 de 2020.

del daño en una lesión a un bien jurídico tutelado con efectos patrimoniales o extrapatrimoniales. Sin que esto implique la creación de nuevas tipologías para el reconocimiento de perjuicios materiales e inmateriales, puesto que el efecto de estudiar la probabilidad de ocurrencia de la oportunidad es determinar la extensión del daño.

Acotado lo anterior, se pone de presente que la naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad como fundamento del daño resulta evidente si se tienen en cuenta las características que emanan de esta condición. Las cuales han sido determinadas por parte del Consejo de Estado, máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en los siguientes términos:

“(i) el bien lesionado no es propiamente un derecho subjetivo sino un interés jurídico representado en una expectativa legítima, la cual debe ser cierta, razonable y debidamente fundada, sobre la que se afirme claramente la certeza del daño; (ii) el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma; (iii) la cuantificación del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido o de evitar el perjuicio final”³.

De esta manera, la jurisprudencia ha dado paso a concebir la pérdida de oportunidad como un fundamento del daño derivado de la lesión a una expectativa legítima diferente de las afrentas que se le pueden infligir a una persona, como son la muerte, la afectación a la integridad física, entre otros. Noción que se reitera no tiene ninguna incidencia respecto de las tipologías de perjuicio reconocidas por parte de la jurisprudencia. Lo cual fue expuesto con absoluta claridad por parte de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento:

“No hay ninguna “pérdida de oportunidad” que no pueda ser catalogada como una violación de los bienes jurídicos indemnizables mediante las categorías autónomas admitidas por nuestra jurisprudencia, tales como el daño emergente, el lucro cesante, la vida en relación o la violación de un bien protegido por la Constitución⁴”. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Debido a ello, se advierte que la pérdida de la oportunidad no es un perjuicio autónomo sino el fundamento del daño que legitima a quien ha sufrido un perjuicio material o inmaterial a pretender su indemnización en forma proporcional a la probabilidad de su concreción al momento de la ocurrencia del hecho dañino que le impidió de manera definitiva obtener el provecho o evitar el detrimento en su patrimonio, siempre bajo la premisa de la incertidumbre del resultado esperado.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia 47144. Marzo 2 de 2020.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC562-2020. Febrero 27 de 2020.

En el caso bajo estudio, se llama la atención de cómo la parte demandante estructuró la pretensión para el reconocimiento de la suma de 100 SMLMV para cada uno de los familiares de la fallecida en una categoría autónoma de perjuicio de naturaleza extrapatrimonial. Lo cual, en los términos ya indicados resulta improcedente puesto que la pérdida de oportunidad es un fundamento del daño y no una tipología de perjuicio. Circunstancia que impide el reconocimiento de cualquier suma por este concepto. Máxime, si se tiene en cuenta que la sentencia que se emita en este asunto debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, en los términos del artículo 281 del Código General del Proceso.

A este respecto, se precisa que en el caso bajo estudio se pretende el reconocimiento del perjuicio sufrido por la menor Yesica Yulieth Domínguez Buitrón (q.e.p.d.), como consecuencia de la frustración de no poder recuperarse y sanar sus dolencias, considerando dicha circunstancia como un perjuicio autónomo. Sobre el punto se precisa la correspondencia del daño a las tipologías de perjuicios reconocidas por parte de la jurisprudencia en materia Contenciosa Administrativa (el daño emergente, el lucro cesante, daño moral, daño a la salud o la violación de un bien protegido por la constitución política). Téngase en cuenta a este respecto que la sola afirmación de ventaja profesional no resulta indemnizable por cuanto el aludido perjuicio es apenas hipotético pues no reúne los elementos del daño, esto es, ser personal, directo, cierto, real y actual.

En conclusión, resulta evidente la improcedencia de reconocer suma alguna a las demandante por concepto pérdida de la oportunidad, toda vez que la pérdida de oportunidad no es un perjuicio autónomo susceptible de ser indemnizado, en la medida que no se enmarca dentro de ninguna de las tipologías de perjuicios reconocidos por la jurisdicción Contenciosa Administrativa (daño moral, daño a la salud, daño emergente, lucro cesante, violación a bienes de relevancia constitucional), por lo tanto, resulta inocua cualquier pretensión indemnizatoria que se pretenda bajo este supuesto.

Por lo anteriormente expuesto, solicito al honorable Juez declarara probada esta excepción.

5.5. SE ENCUENTRA PROBADA LA IMPROCEDENCIA DEL DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN.

En el caso bajo estudio es improcedente el reconocimiento de perjuicios por “*daño a la vida de relación*” teniendo en cuenta que el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, ha sido reiterativo en cuanto a que las únicas tipologías de daños inmateriales indemnizables son el “*daño moral*” y el “*daño a la salud*”, y aquellas tipologías de daño, como el denominado “*daño a la vida de relación*”, no son más que una categoría de daño que se subsume dentro de la misma tipología del “*daño a la salud*”, por lo tanto, en tratándose de un caso donde se discute la responsabilidad por el fallecimiento de la menor Yesica Yulieth Domínguez Buitrón (q.e.p.d.) es claro que resulta improcedente la

indemnización de este perjuicio. En todo caso, la parte actora no aporta prueba de dicho perjuicio y ni siquiera cumple con la carga argumentativa de su causación.

Sobre el particular, se trae a colación lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019), M.P. RAMIRO PAZO GUERRERO, Rad. 760012331000200800290 01 (41705), en la cual resalta que el denominado perjuicio por daño a la vida de relación fue reemplazado por el denominado daño a la salud cuando el perjuicio proviene de una lesión corporal y por el de daño a bienes o derechos constitucionalmente protegidos cuando la afectación provenga de otro derecho:

“En lo tocante a los perjuicios por daños a la vida en relación, modalidad que hacía referencia a las consecuencias que en razón de una lesión o afectación se producen en la vida de relación de quien la sufre²², se advierte que esta tipología fue reemplazada por el de daño a la salud, cuando el perjuicio se genera por una lesión corporal, y también por el de daño a bienes o derechos constitucionalmente protegidos, cuando aquél tiene su origen en la afectación de cualquier otro bien, derecho o interés legítimo, jurídicamente tutelado y que no esté comprendido dentro del concepto de daño corporal o afectación a la integridad psicofísica.”

En igual sentido, resaltó que, para que estos puedan ser reconocidos es menester que queden debidamente probados.

“De acuerdo con lo anterior, en tratándose de los perjuicios inmateriales, nada obsta para que se reconozcan perjuicios distintos a los morales, como el daño a la salud o bien por la afectación de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. Sin embargo, deben estar acreditados y ser diferenciables de aquél que se reconoce como fuente de los perjuicios morales, para evitar una doble indemnización.”

De manera que, de conformidad con la sentencia citada, en materia de perjuicios ante la jurisdicción contenciosa administrativa, solo es procedente el reconocimiento de perjuicios inmateriales en la modalidad de daño moral, daño a la salud y daño a bienes constitucionalmente protegidos, sin que se pueda admitir otra tipología de perjuicios.

En conclusión, es improcedente el reconocimiento de perjuicios por concepto de “daño a la vida de relación”, en cuanto estos perjuicios no son indemnizables a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, además de que la parte actora no prueba dicho perjuicio. En tal sentido, no hay lugar al reconocimiento de suma alguna por concepto “daño a la vida de relación, en cuanto no es un perjuicio reconocido a la luz de la jurisprudencial del Consejo de Estado.

Por lo anteriormente expuesto, solicito al honorable Juez declarara probada esta excepción.

**III. ANALISIS PROBATORIO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA
FORMULADO POR EL HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN
E.S.E.**

Sin perjuicio que en el sub-lite no existe responsabilidad del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E., se procederá a realizar un análisis de lo probado frente a la relación sustancial entre el asegurado y mi representada La Previsora S.A. Compañía de Seguros, con ocasión del contrato de seguro, que sirvió de base para convocarla a este proceso, así:

**1. SE ENCUENTRA PROBADA LA FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA
PÓLIZA DADA LA MODALIDAD DE COBERTURA POR RECLAMACIÓN O
CLAIMS MADE Y CONSECUENTE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA
POR PASIVA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**

En el caso sub examine, se encuentra probado que la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598 no ofrece cobertura temporal, teniendo en cuenta que esta fue suscrita por la delimitación de cobertura por reclamación o Claims Made, de manera que dicha reclamación debía hacerse en vigencia del contrato de seguro, lo cual no ocurrió. Así pues, si bien los hechos ocurrieron durante el periodo de retroactividad de la póliza, la reclamación solo se efectuó hasta el **28 de abril de 2016** y la vigencia de la póliza está comprendida desde el **05 de febrero de 2014** hasta el **22 de junio de 2014** según el anexo 24, lo que evidencia su falta de cobertura. Lo anterior, deviene en una evidente falta de legitimación en la causa por pasiva de La Previsora S.A. Compañía de Seguros para comparecer al proceso, con fundamento en dicha póliza.

Sobre el particular, se debe señalar que la cobertura de la póliza que sirvió de fundamento para el llamamiento en garantía, se extiende, con sujeción a las condiciones pactadas en la misma a amparar la responsabilidad civil médica del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. Dichas pólizas fueron pactada bajo la modalidad de cobertura por reclamación o claims made, la cual contempla que la obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora sólo puede surgir a partir de los hechos ocurridos dentro de la vigencia o periodo de retroactividad de la póliza y, siempre y cuando, que la reclamación se haya efectuado dentro de la vigencia.

OBJETO DEL SEGURO

Amparar la responsabilidad civil propia de la clínica, hospital y/u otro tipo de establecimientos o instituciones médicas bajo las limitaciones y exclusiones descritas en el clausulado general, incluyendo predios, labores y operaciones, además de la responsabilidad civil en que incurra la entidad asegurada exclusivamente como consecuencia de cualquier "acto médico" derivado de la prestación de servicios profesionales de atención en la salud de las personas, de eventos ocurridos y reclamados durante la vigencia de la presente póliza.

ACTIVIDAD: Prestación de servicios de salud

MODALIDAD DE SEGURO: Póliza bajo la modalidad **CLAIMS MADE**

Lo anterior, con fundamento en el artículo 4º de la Ley 389 de 1997, el cual dispone:

“ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas

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

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

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

“—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.”⁵

Se tiene entonces 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 consecuencia, en el contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598, se concertó previamente el ámbito de cobertura temporal de la póliza, de la siguiente manera:

Vigencia anexo 24.

EXPEDICIÓN			VIGENCIA							NÚMERO DE DÍAS	
DÍA	MES	AÑO	DESDE				HASTA				
			DÍA	MES	AÑO	A LAS	DÍA	MES	AÑO		A LAS
7	2	2014	5	2	2014	00:00	22	6	2014	00:00	137

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de julio de 2017, MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, radicado 76001-31-03-001-2001-00192-01.

Abordando al caso concreto, se tiene que la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598 tiene una vigencia desde el **05 de febrero de 2014** hasta el **22 de junio de 2014** (anexo 24). Sin embargo, si bien el hecho ocurrió dentro de dicha vigencia, la reclamación por parte de los demandantes solo se realizó hasta el **28 de abril de 2016** con la radicación de la solicitud de conciliación extrajudicial. Es decir, **con posterioridad y por fuera de la vigencia de la póliza**.

 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN	PROCESO INTERVENCIÓN	Fecha de Revisión	24/08/2015
	SUBPROCESO CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	Fecha de Aprobación	24/08/2015
	FORMATO CONSTANCIAS DE TRAMITE CONCILIATORIO EXTRAJUDICIAL ADMINISTRATIVO	Versión	3
	REG-IN-CE-006	Página	1 de 2

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

PROCURADURÍA 184 JUDICIAL I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Radicación N°.1394 (152699) de 28 de Abril de 2016.

Convocante (s): DANIA SIRLEY BUITRÓN MARÍN, LUISA FERNANDA DOMÍNGUEZ BUITRÓN, HELEN GABRIELA DOMÍNGUEZ BUITRÓN, PAULA LUCIA DOMÍNGUEZ BUITRÓN, WILSON DOMÍNGUEZ MOSQUERA, YENY DISNEY BUITRÓN MARÍN, LYDA ACENET BUITRÓN MARÍN, Y ANA BETTY MARÍN DE BUITRÓN

Convocado (s): DEPARTAMENTO DEL CAUCA – DIRECCIÓN DEPARTAMENTAL DE SALUD; E.S.E. POPAYÁN; HOSPITAL TORIBIO MAYA; HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN

Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA

Ahora bien, la ausencia de cobertura temporal de la póliza deviene inexorablemente en una falta de legitimación en la causa por pasiva de La Previsora S.A. Compañía de Seguros Sobre el particular es menester traer a colación la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad Medellín en un caso similar, en la cual dijo lo siguiente:

“Encontrándose al tanto de tal excepción la Fundación Clínica del Norte, centró sus argumentos de defensa en que, la medula del asunto radica en “...el error al que se quiere inducir al Despacho sobre el comienzo de la vigencia del contrato de seguro en virtud del cual se llama en garantía, que corresponde a las 24 horas del 17 de junio de 2019, esto es, a las cero horas de este día y no a las 23:59 horas además de dar contestación a la demanda”. (Negritas fuera de texto).

Para ello, iterando que para la Fundación Clínica del Norte existe un claro malentendido acerca de que se debe entender por 24 horas (predominantemente sistema de huso horario militar), y que, por ende, las 24 horas de la fecha de entrada en vigencia de la prementada póliza realmente se corresponden con las “cero horas” del 17 de junio de 2019 (entendiéndose tácitamente su oposición a los argumentos del llamado en garantía); solicitó fueran decretadas como pruebas: la confesión del apoderado judicial, interrogatorio de parte respecto del representante legal de Seguros del Estado S.A., la declaración de Jorge Hernán Sanín Calad, Jady García, Anabel Tamayo Torres, como terceros, al igual que Axel Díaz Ortega, como técnico

experto en el huso horario de 24 horas; y, finalmente, se oficiara al Instituto de Metrología de Colombia, al Ejército Nacional de Colombia, a la Armada Nacional de Colombia, a la Fuerza Aérea de Colombia y a la Policía Nacional, a fin de que certificaran, entre otros aspectos, a que se corresponde las "...00:00 en la hora militar".

En virtud de todo lo anterior, y hallándose que el acervo documental es absolutamente suficiente para entrar a decidir de fondo –aunque parcialmente- el proceso de la referencia, única y exclusivamente en lo tocante con la eventual falta de legitimidad en la causa por pasiva de Seguros del Estado S.A. como llamado en garantía de la Fundación Clínica del Norte, reiterándose lo expuesto ab initio, este Despacho procederá a proferir sentencia anticipada parcial de conformidad con las siguientes..."⁵ (subrayado y negrilla fuera de texto)

Conforme con lo anterior, una consecuencia lógica de la ausencia de cobertura temporal del contrato de seguro es la deslegitimación por pasiva de la aseguradora para comparecer al proceso, precisamente porque la póliza en virtud de la cuál fue vinculada no ofrece cobertura temporal.

En conclusión, al no haberse efectuado la primera reclamación durante la vigencia de la póliza, no puede tomarse en cuenta, por parte del despacho, el contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598, toda vez que incumple los términos de la modalidad de cobertura por reclamación Claims made, adoptada tanto legal como contractualmente. Así las cosas, con fundamento en dicha póliza no es posible efectuar pronunciamiento alguno frente a mi representada, al encontrarse configurada la falta de legitimación en la causa por pasiva teniendo en cuenta que la póliza en comento no ofrece cobertura temporal.

Por lo anterior, solicito al honorable Juez declarar **PROBADA** esta excepción.

2. SE ENCUENTRA PROBADA LA INEXISTENCIA DE SINIESTRO POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CLINICAS Y HOSPITALES No. 1001598, POR LO TANTO, NO ES EXIGIBLE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada respecto de la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598, toda vez que no se encuentra realizado el riesgo asegurado y amparado en la póliza, lo anterior, teniendo en cuenta que no se acreditó la responsabilidad del asegurado.

Sobre el particular se debe precisar que, al no encontrarse probado un hecho dañoso imputable al asegurado, tampoco surge obligación alguna de indemnizar por parte de la aseguradora, esto, en el entendido de que el contrato de seguro se encuentra sujeto a una obligación condicional que es la ocurrencia del siniestro contractualmente asegurado bajo las circunstancias pactadas en el contrato de seguro, que en este caso no se cumplió.

La Corte Constitucional, tratando sobre la naturaleza del contrato de seguro, señaló que *“la obligación condicional, es aquella en virtud de la cual “el asegurador asume el riesgo contratado por el tomador, mediante el pago de la prestación asegurada, sujeta a la condición de ocurrencia del siniestro”* De lo que se extrae que sin la ocurrencia del siniestro no se puede hacer efectiva la póliza y, desde luego que, si su ocurrencia no ha sido atribuida al asegurado, la reclamación del seguro no tiene lugar.

Como se ha reiterado, no se encuentra acreditada una falla en el servicio atribuible al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. en cuanto lo galenos que atendieron a la menor YESICA YULIET DOMINGUEZ BUITRON (q.e.p.d.) obraron de manera diligente, oportuna, perita y con total apego a los protocolos de la lex artis. Sin embargo, por la gravedad del estado de salud de la paciente, su fallecimiento se tornó irreversible, lo cual no es atribuible al asegurado.

Así las cosas, no existe obligación de mi mandante de indemnizar toda vez que, de las pruebas obrantes en el proceso se pudo establecer que la realización del daño no le es imputable al asegurado. 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 las manifestaciones las que enmarcan las condiciones que regulan las obligaciones del asegurador, por lo que el juzgador debe ceñirse a lo expresamente enunciado en el condicionado del contrato de seguro.

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

En efecto, al no darse los elementos que permitan declarar la responsabilidad del asegurado, no hay fundamento para afectar la póliza en comento por ausencia de realización del riesgo asegurado, es decir, que en el presente asunto no se ha estructurado un siniestro, lo que deviene en que no se cumple la condición esencial para que surja la obligación contractual de resarcir a cargo de mi procurada.

Por lo anterior, solicito declarar **PROBADA** la presente excepción, al no haberse realizado el riesgo asegurado en la póliza en cuestión.

3. SE ENCUENTRA PROBADO EL LIMITE Y SUBLIMITE DEL VALOR ASEGURADO

Conforme con lo expuesto a lo largo del presente escrito, ante un hipotético evento de responsabilidad en cabeza de mi representada, deberá tenerse en cuenta el valor asegurado en el contrato de seguro así como los sublímites pactados por evento, que fueron claramente determinados para la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598, en su carátula y en su condicionado particular, que delimita el máximo de responsabilidad de la aseguradora frente a los eventuales siniestros.

En el remoto e improbable evento en que el Despacho considere que la Póliza que nos ocupa sí debe prestar cobertura para los hechos objeto de este litigio, que además se hayan acreditado los elementos de la responsabilidad y se haya determinado que la aseguradora es la que está llamada a indemnizar los perjuicios reclamados por los demandantes. El despacho deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi representada al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado y previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. Así pues y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta que la limitación de responsabilidad va hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, **dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario**, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización” (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda exclusivamente por la porción del riesgo asumido. De conformidad con lo señalado, necesariamente debe tenerse en cuenta la suma global pactada en el contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598, la cual asciende a **MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.500.000.000)** para el amparo que se pretende afectar, el cual se encuentra en las condiciones particulares de la póliza, de la siguiente forma:

AMPAROS CONTRATADOS				
No.	Amparo	Valor Asegurado	AcumVA	Prima
1	** USO DE EQUIPOS DE DIAGNOSTICO Y TERAP	1,500,000,000.00	NO	0.00
2	** ERRORES U OMISIONES PROFESIONALES	1,500,000,000.00	NO	0.00
4	**PAGO DE CAUSASIONES, FIANZAS Y COSTAS	1,500,000,000.00	NO	0.00
5	COBERTURA R.C. CLINICAS Y HOSPITALES	1,500,000,000.00	SI	101,342,465.75
Deducible: 15.00% DEL VALOR DE LA PRESTACION				

Por ende, bajo el hipotético supuesto que se acaba de mencionar, se deberá tener en cuenta que la suma asegurada en la póliza representa el límite máximo amparado.

Por otro lado, es pertinente precisar que en caso de ordenarse pagar alguna clase de condena con cargo al seguro que se involucró en el proceso, de conformidad con Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598, deberá darse aplicación a los sublímites por evento, pactados para cada uno de los amparos.

Al respecto, se precisa que los sublímites corresponden a la limitación del valor global asegurado, aplicado a una determinada cobertura de conformidad con las condiciones particulares de la póliza. Sobre el asunto, en sentencia SC1947-2021 del 26 de mayo de 2021, Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado ALVARO FERNANDO GARCIA RESTREPO, se refirió a los sublímites del contrato de seguro en los siguientes termino:

“En criterio del censor, el entendimiento que el ad quem le dio a los referidos seguros comportó la comisión de error de hecho por tergiversación de su genuino sentido y

adicionalmente, pretermisión de las “CONDICIONES GENERALES” de los mismos, como quiera que la correcta ponderación de los primeros en conjunto con la apreciación de las segundas, le hubiese permitido establecer que el aludido sub límite no corresponde a un riesgo independiente y/o autónomo frente al de muerte o lesión de dos o más personas, de modo que resulta excluido por este, sino que, por el contrario, responde a la regulación del valor máximo al que la aseguradora está obligada, por concepto de perjuicios morales, incluso, en este supuesto”. (subrayado y negrilla fuera del texto)

Ahora, en la página 2 del condicionado particular de la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598, se pactaron los siguientes sublímites:

3. Perjuicios extrapatrimoniales, sublimitado a 10% por evento y 20% en el agregado anual. Incluye perjuicio moral, perjuicios fisiológicos y daños a la vida de relación, siempre que se deriven de un daño material, lesión corporal cubierto por la póliza.

De conformidad con lo anterior, en la póliza se pactó un sublímite de 10% por evento y 20% anual, para la cobertura de perjuicios morales, perjuicios fisiológicos y daño a la vida de relación, lo que, en suma, se traduce en que la máxima exposición de la póliza en el caso concreto es de **\$150.000.000** por dicho concepto.

Se concluye entonces que, en el caso remoto de ordenar pagar alguna clase de condena con cargo al contrato de seguro, dicha condena se deberá ceñir a las disposiciones pactadas en el condicionado particular de la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598, relativas al límite del valor asegurado y los sublímites por amparos. Así las cosas, teniendo en cuenta que el límite de la suma asegurada es de \$1.500.000.000 y, para el caso concreto el sublímite de los perjuicios morales, perjuicios fisiológicos y daño a la vida de relación por evento corresponde al 10% de la suma asegurada, por lo tanto, la eventual obligación indemnizatoria de mi representada no podrá exceder el sublímite de **\$150.000.000** por este concepto, teniendo en cuenta, de igual manera el deducible pactado en la póliza.

Por las razones expuestas, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

4. SE ENCUENTRA PROBADO EL DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO

Seguidamente a los argumentos expuestos y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, en el remoto caso que se encuentre razón para hacer efectiva la póliza referida, debe tener presente el Despacho que al momento de convenir los amparos en la póliza que nos ocupa, se impuso una carga al asegurado, en virtud de la cual, este asumirá una parte del siniestro. Al respecto, el artículo 1103 de C.Co., con relación al deducible señala lo siguiente:

“Artículo 1103. Deducible. Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse

respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original.”

Esto es lo que se denomina deducible, entendido como una suma de dinero que hace parte del valor del siniestro, que debe asumir el asegurado como co-participación en el mismo. En la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598 se pactaron unos deducibles que están a cargo única y exclusivamente del asegurado Hospital Universitario San José de Popoyán. En este orden de ideas, resulta de suma importancia que el Honorable Juzgador tome en consideración que, tanto la definición del deducible como su forma de aplicación, ha sido ampliamente desarrollada por la Superintendencia Financiera de Colombia en distintos conceptos, como el que se expone a continuación:

“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.”

Así las cosas, en el hipotético y remoto evento que mi representada se obligare a indemnizar en virtud del contrato de seguro, debe tenerse en cuenta el deducible pactado en la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598 a cargo del asegurado, para el amparo que se pretende afectar correspondiente a “R.C. CLINICAS Y HOSPITALES” y que es del **15% de la pérdida, mínimo \$20.000.000:**

COBERTURA R.C. CLINICAS Y HOSPITALES 1,500,000,000.00
Deducible: 15.00% DEL VALOR DE LA PERDIDA Mínimo 20,000,000.00 \$

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada civilmente responsable en virtud de la aplicación del contrato de seguro, es de suma importancia que el Honorable Juzgador descuenta del importe de la indemnización la suma pactada como deducible que, como se explicó, asciende a **15% de la pérdida, mínimo \$20.000.000** para todas y cada una de las pérdidas. Por todos los argumentos fácticos y jurídicos anteriormente esbozados, solicito de manera respetuosa señor Juez, que se declare probada esta excepción.

5. SE ENCUENTRAN PROBADOS LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro de la póliza y en cuyo caso de acaecimiento,

eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares del contrato aseguratorio. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”⁶

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se exhorta a los jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los contratos de seguro. Razón por la cual, es menester señalar que la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598, en su sección segunda señala una serie de exclusiones, las cuales de consumarse exoneran de toda responsabilidad a mi prohijada.

En conclusión, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse una o varias de las exclusiones que constan en las condiciones generales y particulares de la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598, éstas deberán ser aplicadas y deberán dársele los efectos señalados por la jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza del asegurador como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

6. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD POR PASIVA ENTRE EL ASEGURADO Y LA ASEGURADORA

Revisado el contrato de seguro no se vislumbra que se haya pactado cláusula de solidaridad entre las partes, por lo que, la relación entre el asegurado y mi representada en ningún momento comportará solidaridad.

Es importante resaltar que la obligación de La Previsora S.A. Compañía de Seguros es de carácter contractual, cuyo fundamento es el contrato de seguro, y no hace parte de este la responsabilidad civil extracontractual que se le llegare a atribuir al asegurado Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E., siendo así, estas resultan ser independientes y no se constituyen como solidarias. Postura que encuentra asilo con lo dicho por la jurisprudencia de las altas cortes, así:

⁶ 5 Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020.

La Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil mediante ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez en sentencia SC20950-2017, Radicación N° 05001-31-03-005-2008-00497-0118, indicó lo siguiente:

“(…) Por último, la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del artículo 1134 del C. de Co (…)” (Subrayas y negrilla fuera de texto).

También el art. 1568 del Código Civil Colombiano, al respecto, dispone:

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

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

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley. (…)” (subrayado fuera de texto).

Para terminar, se pone de presente que el artículo 1044 del Código de Comercio faculta a la aseguradora proponer al tercero beneficiario las excepciones y exclusiones que pudiere interponerle al asegurado o tomador del contrato de seguro, motivo por el cual puede alegar mí representada la ausencia de cobertura ante la falta de prueba de la ocurrencia y cuantía del siniestro y las exclusiones y demás condiciones que resultaren atribuibles al presente evento.

Por lo anterior, solicito declarar **PROBADA** la presente excepción.

7. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 C.Co., el valor asegurado se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismos hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, sí para la fecha de la sentencia se ha agotado totalmente el valor asegurado no habrá lugar a cobertura alguna.

8. PAGO POR REEMBOLSO

En el remoto caso de encontrar responsable al asegurado y de llegar a establecer que ha surgido alguna obligación resarcitoria en cabeza de la aseguradora, respetuosamente se manifiesta que la obligación de mi representada deberá imponerse por reembolso y no por pago directo a los demandantes, ya que es el asegurado quien debe decidir si afecta o no el seguro, quedándole la opción de realizar el pago directo de la hipotética condena.

9. GENÉRICA O INNOMINADA Y OTRAS

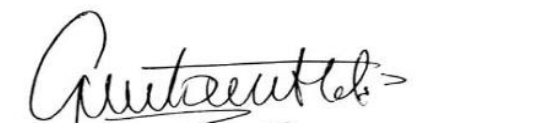
Solicito al despacho declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, derivada de la Ley o del contrato de seguro, fundamento de la presente convocatoria, incluida la de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro (1081 C.Co).

IV. PETICIÓN

Ruego a la Jueza Primero (01) Administrativo de Oralidad del Circuito de Popayán, que despache desfavorablemente las pretensiones alegadas por la parte actora, declarando probadas las excepciones propuestas por el demandado **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E.**, y por mí defendida frente a la demanda y al llamamiento en garantía, y consecuentemente, declare que **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, no está obligada a efectuar pago alguno por concepto de indemnización de los supuestos perjuicios sufridos por los demandantes, ni a responder ante la llamante en garantía.

No obstante, lo anterior, respetuosamente solicito al despacho que en el remoto evento en que los argumentos esbozados en el presente escrito no fueren de su convencimiento, no pierda de vista las condiciones particulares y generales del contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001598, en especial la cobertura otorgada, la vigencia de las póliza, deducible y el límite del valor asegurado, con fundamento en los cuales el **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E.**, llamó en garantía a mí prohijada, esto, de conformidad con las consideraciones expuestas por mi defendida desde la contestación de la demanda y del llamamiento en garantía y reiteradas en esta oportunidad.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No.19.395.114 de Bogotá.

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