Señor Juez,
Dr. Edier Enrique Arias Montoya.
JUZGADO SEGUNDO (2) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
Pereira, Risaralda.
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
ACCIONANTES:	LUZ NEIDA AGUIRRE GÓMEZ Y OTROS.
ACCIONADAS:	CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE RISARALDA – COMFAMILIAR RISARALDA Y OTROS.
RADICADO:	66001-33-33-002-2020-00191-00
LLAMANTE EN GARANTÍA:	CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE RISARALDA – COMFAMILIAR RISARALDA.
LLAMADA EN GARANTÍA:	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
ASUNTO:	**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE, actuando en calidad de apoderado judicial de la llamada en garantía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, con el debido respeto y en el término legal, presento **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**, dentro del proceso de la referencia y bajo los siguientes lineamientos, solicitando delanteramente al Despacho se sirva **NEGAR** las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte demandante:

DE LA FIJACIÓN DEL LITIGIO Y LOS MEDIOS DE PRUEBA

Conviene recordar al Despacho que, el litigio se circunscribió a establecer si las accionadas eran administrativamente responsables por el fallecimiento del menor Dilan Andrey Castañeda, en razón, según los demandantes, por error de diagnóstico durante la atención dispensada entre el 11 y 13 de agosto de 2018 y la tardanza de más de 24h en remisión a un nivel mayor de complejidad, luego de habérsele diagnosticado apendicitis aguda por la ESE Salud Pereira; al error de diagnóstico entre el 13 y 15 de agosto de 2018 como consecuencia de falta de emplear medios diagnósticos y el irregular consentimiento informado para la apendicectomía por parte de Socimédicos S.A.S., y posterior contagio de bacteria intrahospitalaria y la omisión en prescripción de tratamiento farmacológico idóneo, por parte de nuestro asegurado Comfamiliar Risaralda; a la negación del servicio médico asistencial por parte de la ESE Hospital San Jorge de Pereira, y al incumplimiento de los deberes de inspección, vigilancia y control del Departamento de Risaralda; o si en su defecto se configuran las excepciones planteadas por las demandadas.

A su turno, si en defecto o suerte de lo anterior, determinar si surgen obligaciones a cargo de las llamadas en garantía, en favor de las llamantes en garantía.

Tenemos entonces, que la parte demandante, invocó el régimen subjetivo o general de la responsabilidad extracontractual del Estado, e hizo de suyo, la carga de la prueba de todo y cada uno de los elementos de la responsabilidad al tenor del art. 90 de la Constitución Política

de Colombia, estos son, daño, falla propiamente dicha, imputación y nexo causal, que como se prevé, fincó en distintos cursos causales, todos ellos destinados a fracasar, dado que ninguno de ellos conduce a dar la respuesta que prometió elucubrar, el daño que tradujo en el fallecimiento del menor Dilan Andrey, es decir, ninguna prueba respaldo la tesis múltiple de la parte demandante.

Como se vio en el caudal probatorio recaudado y practicado, tenemos que, al contrario de lo señalado en la demanda, no existió error, negligencia, o falla en la prestación del servicio prestado por nuestra llamante en garantía **COMFAMILIAR RISARALDA**, dadas las particularidades del caso que quedaron probadas, especialmente porque la obligación que asumió Comfamiliar Risaralda de cara al caso de la atención a brindar al menor mutó a la que pudiera auscultarse desde la visión y escenario de una Unidad de Cuidados Intensivos-UCI, esto para el 22 de agosto de 2018 en **condición crítica** y grave estado de salud con **pronóstico reservado,** remitido de la Clínica San Rafael, unidad a la cual ingresó con ventilación mecánica y soporte inotrópico con diagnóstico de Choque séptico de origen posoperatorio inmediato laparotomía, absceso pélvico.

Se busca INTENTAR regular el estado de salud crítica del paciente en UNIKIDS, tratando el foco infeccioso -es decir, una infección ya iniciada y consolidada-, máxime cuando este ya había ingresado con pronóstico reservado, dado que además, fue remitido como urgencia vital por complicación posoperatoria de laparotomía por peritonitis apendicitis con plastrón. El niño llega intubado a la UCI.

Según lo acreditado, el menor paciente ingresa a Comfamiliar Risaralda con diagnóstico de shock séptico de origen abdominal peritonitis generalizada, apendicitis necrosis del epiplón y plastrón apendicular, es decir, había una morbilidad altísima, un riesgo de muerte dado el pronóstico reservado, que ya se había consolidado previo al ingreso a la UCI, y del cual tenían conocimiento los familiares.

El paciente de allí en adelante fue sometido a tratamiento antibiótico, soporte hemodinámico con sedo analgesia y valoración por cirugía pediátrica con inestabilidad hemodinámica, soporte de inotrópicos, fue llevado a cirugía por dichas complicaciones, pero que dado su estado actual al momento de dichas atenciones la evolución es tórpida, incluso con instalación de sistema VAC. Tras cuatro días, el paciente se logra extubar, pero el menor continuaba en deficiencia de su salud, pues se deterioraba rápidamente e inició nuevamente con signos infecciosos y shock séptico refractario, y pese a luchar con dicho estado, el paciente finalmente fallece el día 29 de agosto de 2018 a las 8:52h, con motivo de shock séptico refractario a volumen, y a catecolaminas, secundario a sepsis abdominal por e coli, sensible en un paciente con sepsis abdominal severa.

En cuanto a las condiciones de ingreso, los galenos especialistas Dr. Álvaro Cano Salazar cirujano pediatra, Dra. Beatriz Elena Ariza Rodríguez, médica pediatra, Dr. Álvaro Andrés Saenz Pinto, especialista en medicina crítica y cuidados intensivos, todos fueron unívocos en cuanto al grave y crítico estado en que ingresó el paciente a la Clínica Comfamiliar, y que aún con ello propendieron la utilización de todos los medios técnicos y profesionales a su alcance de la UCI pediátrica a disposición, soporte antibiótico, hemodinámico, ventilatorio, inotrópico, y las ayudas diagnósticas menesterosas para INTENTAR mantener la salud del paciente o revertir su estado crítico, no obstante y dadas las condiciones en que este llega y el estado avanzado de sepsis, resultó en un imposible pese a todos estos esfuerzos.

En este caso, para concluir un paneo general del proceso, podrá concluirse en el fallo de instancia, que el manejo asistencial y quirúrgico en la UCI – UNIKIDS, en Comfamiliar Risaralda, fue la diligente y adecuada, conforme lo manifestó reiteradamente el Dr. Álvaro

Salazar Cano, quien de primera mano, hizo lo profesional y humanamente posible por restablecer el crítico y grave estado de salud del menor, todas las conductas se enmarcaron en la lex artis ad hoc, y ninguna actuación de nuestra asegurada tiene fundamento médico alguno, pues al contrario, pese a la insostenible imputación de responsabilidad, se acreditó por el contrario la diligencia y el cuidado de la IPS en la atención de cuidados intensivos al menor, que lastimosamente, terminó en su fallecimiento dadas las graves complicaciones y abdomen abierto con el que ingresó a la institución, razón por la cual no pueden existir consecuencias jurídicas adversas a **COMFAMILIAR RISARALDA**.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y ARGUMENTOS DE DEFENSA

- **QUEDÓ PROBADA LA AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL: EL PRESUNTO DAÑO NO ES CONSECUENCIA DE UN ERROR O NEGLIGENCIA DE LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE RISARALDA – COMFAMILIAR RISARALDA**

Es importante recalcar, como ya lo hicimos preliminarmente, que no quedó probado que el fallecimiento lamentable del menor Dilan, obedeciera a una causa atribuible o imputable a nuestra asegurada CLÍNICA COMFAMILIAR RISARALDA, no se probó por la parte demandante, que existiera un evento en la atención médica de UCI, la cual comportaba para el menor, un deber mediato de intentar restablecer el grave estado clínico del menor, el cual tenía altísimas probabilidades de fallecer, y de allí, ningún evento cronológico en las atenciones dispensadas desde el 22 al 28 de agosto de 2018, que pueda estatuirse como fenomenológicamente adecuada al daño, mucho menos, que en sus deberes jurídicos o funcionales la Clínica Comfamiliar hubiere omitido protocolos, atenciones, diagnósticos, procedimientos o tratamientos tendientes a sostener la vida del menor.

> *"…23.2.1. Existen casos en los que no todas o ninguna de las secuelas de una intervención no consentida son consecuencia de ella sino del devenir propio de la enfermedad del paciente.* ***En ese caso resultaría exagerado y por demás injusto atribuir dichas consecuencias al cuerpo médico, en especial si partimos de la buena fe de los galenos, pues debe entenderse que la vocación del médico es siempre mejorar la salud del paciente y/o salvarle la vida en casos extremos****. Para determinar si las secuelas de un procedimiento se originaron en la intervención no consentida o eran consecuencia natural de la enfermedad previamente padecida es menester contar con un dictamen pericial, concepto médico, historia clínica o con aquellas pruebas que permitan establecer una circunstancia o la otra.[1]…"*

Itérese, que la atención medica dispensada se vio condicionada por la condición de salud critica que afrontaba el paciente y que llevo a la remisión medica desde otra institución de salud con destino al área de cuidado intensivo disponible en la institución asegurada.

Así lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, en reciente Sentencia No. 44.169 del 25 de octubre de 2019, C.P. María Adriana Marín:

> *"Ahora bien, no pueden perderse de vista las dificultades que caracterizan la actividad probatoria en procesos como el que mediante el presente pronunciamiento se decide, habida cuenta de que la actividad médica entraña conocimientos técnicos y científicos de difícil constatación que, en determinados supuestos, le impiden al juez tener plena certeza sobre el nexo de causalidad existente entre un específico procedimiento médico y el resultado que al mismo se le pretende imputar.* ***No obstante, la***

[1] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil iecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06582-02(43378)

dificultad que conlleva el análisis de las pruebas en materia médica no faculta al juez para presumir la existencia del aludido nexo causal.

Empero, también se ha sostenido y así se reitera que, en aplicación del principio de libertad probatoria, el juez de la causa puede recurrir a cualquier medio demostrativo que le resulte útil para formar su convencimiento en relación con la existencia y las particularidades de los presupuestos fácticos relevantes para resolver de fondo la litis, mecanismos acreditativos entre los cuales el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil consagra el indicio como uno de los que válidamente puede apreciar el operador judicial con el propósito de formar su íntima convicción (…).

(…)

"En este orden de ideas, si bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médico-sanitarias es, de manera general, el de la falla probada del servicio, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al juez de la causa acudir a diversos medios probatorios (v.gr. prueba indiciaria) para formar su convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume.

En el sub examine, la Sala encuentra –al igual que lo hizo el a quo– que la entidad pública demandada no comprometió su responsabilidad patrimonial porque ***la parte demandante no demostró –ni siquiera indiciariamente– el nexo causal y la falla del servicio invocados en la demanda"***

El citado traslado del paciente se dio como urgencia vital por cuenta de un postoperatorio d acuerdo a un cuadro de peritonitis. Es así que tenemos dentro de los anexos documentales aportados por la asegurada, más exactamente el archivo contentivo de la contestación de la demanda y la historia clínica en el folio 46 la siguiente anotación:

FECHA	HORA	PESO	TALLA	IMC	TSI	TDI	TME	FCM	FRM	TEM	SO2	FCF	GLA	EDO
2018/08/22	00:44	30	143	0.00	142	66	91.33333	84	21	35	96	-	9	0

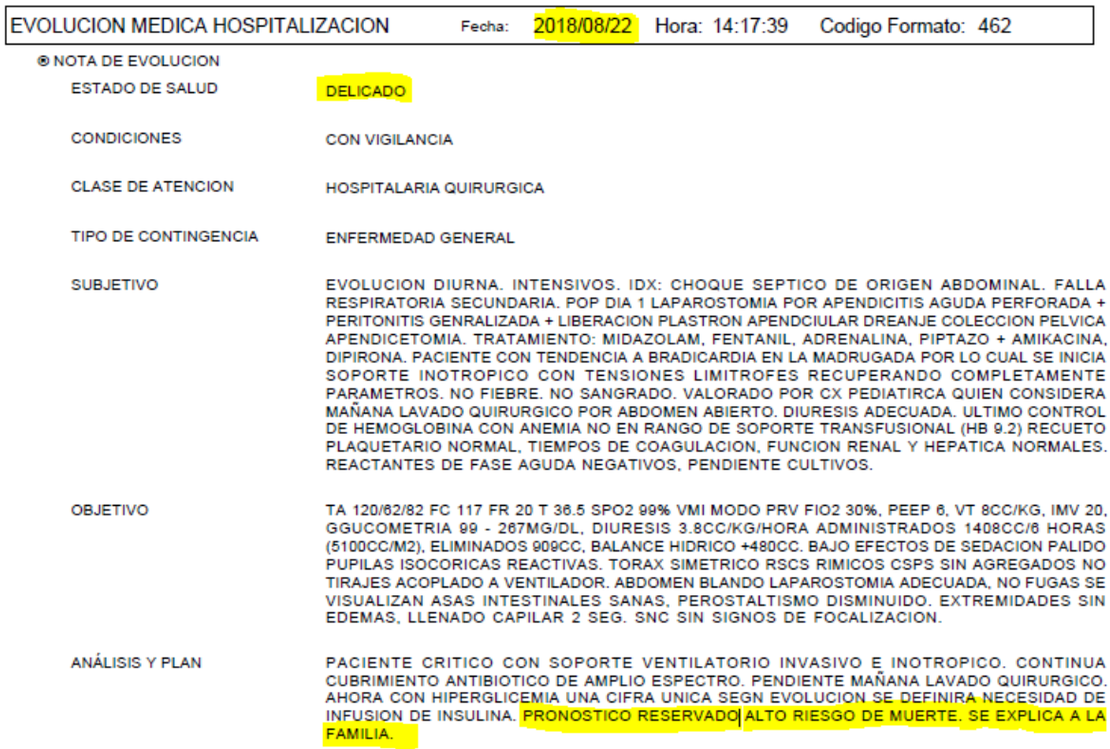
⊛ NOTA DE INGRESO

MOTIVO CONSULTA	PACIENTE QUE INGRESA COMO URGENCIA VITAL FUE INTERVENIDO EN LA CLINICA MEGACENTRO POR PERITONITIS LOCALIZADA ASOCIADA A PLASTRON APENDICULAR CON 300 DE PUS Y SANGRADO PROFUSO EN CAPA NECROSIS DEL EPILON ADHERIDO OMENTECTOMIA CON APOSITO DE SURGICEL CIERRAN PARED ABDOMINAL CON BOLSA INTERNA DE VIAFLEX LIBRE Y BOLSA EXTERNA SUTURADA A PIEL SE PASA SUBCLAVIO Y ADMINISTRAN DES DOSIS DE PIPTAZO Y LO REMITEN A UCI PEDIATRICA INTUBADO SIN AVISAR LLEGA AL HOSPITAL COMO NO HAY CAMA LO ENVIAN A ESTA CLINICA COMO URGENCIA VITAL REPORTAN SANGRADO DE APROXIMADAMENTE 300 CC
ENFERMEDAD ACTUAL	HIDRATADO AFEBRIL PALIDO SEDADO INTUBADO TUBO EN POSICION PUPILAS DE 3 MM REACTIVAS LENTAS HAY NECESIDAD DE SEDAR CON KETAMINA MIDAZOLAM EN CAMILLA POR AGITACION Y MORDIA EL TUBO LA EXPANSION TORACICA PARACE ASIMETRICA MENOS VENTILADO EL HEMITORAX IZQUIERDO NO HAY SOBREAGREGADOS RSCS RIMTICOS TEMPERATURA 35 FR 21 SAT 96 FC 108 PA 103/76/88 GLUCO 102 PULSOS PERIFERICOS FILIFORMES LLENADO CAPILAR 4SEGUNDOS ABDOMEN GLOBOSO BLANDO MICROPORE EN HERIDA CON SALIDA DE LIQUIDO CLARO AL MOVILIZAR EL PACIENTE SE PASA SONDA VESICAL 60 CM DE ORINA CLARA EXTREMIDADES BIEN
PLAN DE MANEJO	SE INGRESA A UCIP SE INICIA MONITOEO INVASIVO MULTIVARIADO DEJO PIPTAZO AMIKACINA SE INFORMA A CIRUGIA PEDIATRICA Y A LA FAMILIA LA CONDICION PRONOSTICO RESERVADO

Es claro entonces que, el paciente requería de un servicio especializado debido a su condición y fue mi asegurada quien dispenso tal servicio en total cumplimiento y seguimiento de la lex artis, sin que pueda considerarse que, el servicio brindado a partir de su ingreso el día 22 de agosto de 2018 produjera algún tipo de alteración, desmejora o afectación en su salud, que como está claramente probado era critica.

A su vez se encuentra en la historia clínica del paciente aportada por la institución asegurada, anotación medica que da cuenta del delicado estado de salud del menor, a tal punto que, se explicó a la familia acerca del **alto riesgo de muerte que existía** desde su ingreso el día

22 de agosto de 2018. Por lo anterior se cita el folio 63 del archivo contentivo de la contestación de la demanda y la historia clínica:



EVOLUCION MEDICA HOSPITALIZACION Fecha: 2018/08/22 Hora: 14:17:39 Codigo Formato: 462

◉ NOTA DE EVOLUCION

ESTADO DE SALUD	DELICADO
CONDICIONES	CON VIGILANCIA
CLASE DE ATENCION	HOSPITALARIA QUIRURGICA
TIPO DE CONTINGENCIA	ENFERMEDAD GENERAL
SUBJETIVO	EVOLUCION DIURNA. INTENSIVOS. IDX: CHOQUE SEPTICO DE ORIGEN ABDOMINAL. FALLA RESPIRATORIA SECUNDARIA. POP DIA 1 LAPAROSTOMIA POR APENDICITIS AGUDA PERFORADA + PERITONITIS GENRALIZADA + LIBERACION PLASTRON APENDCIULAR DREANJE COLECCION PELVICA APENDICETOMIA. TRATAMIENTO: MIDAZOLAM, FENTANIL, ADRENALINA, PIPTAZO + AMIKACINA, DIPIRONA. PACIENTE CON TENDENCIA A BRADICARDIA EN LA MADRUGADA POR LO CUAL SE INICIA SOPORTE INOTROPICO CON TENSIONES LIMITROFES RECUPERANDO COMPLETAMENTE PARAMETROS. NO FIEBRE. NO SANGRADO. VALORADO POR CX PEDIATIRCA QUIEN CONSIDERA MAÑANA LAVADO QUIRURGICO POR ABDOMEN ABIERTO. DIURESIS ADECUADA. ULTIMO CONTROL DE HEMOGLOBINA CON ANEMIA NO EN RANGO DE SOPORTE TRANSFUSIONAL (HB 9.2) RECUETO PLAQUETARIO NORMAL, TIEMPOS DE COAGULACION, FUNCION RENAL Y HEPATICA NORMALES. REACTANTES DE FASE AGUDA NEGATIVOS, PENDIENTE CULTIVOS.
OBJETIVO	TA 120/62/82 FC 117 FR 20 T 36.5 SPO2 99% VMI MODO PRV FIO2 30%, PEEP 6, VT 8CC/KG, IMV 20, GGUCOMETRIA 99 - 267MG/DL, DIURESIS 3.8CC/KG/HORA ADMINISTRADOS 1408CC/6 HORAS (5100CC/M2), ELIMINADOS 909CC, BALANCE HIDRICO +480CC. BAJO EFECTOS DE SEDACION PALIDO PUPILAS ISOCORICAS REACTIVAS. TORAX SIMETRICO RSCS RIMICOS CSPS SIN AGREGADOS NO TIRAJES ACOPLADO A VENTILADOR. ABDOMEN BLANDO LAPAROSTOMIA ADECUADA, NO FUGAS SE VISUALIZAN ASAS INTESTINALES SANAS, PEROSTALTISMO DISMINUIDO. EXTREMIDADES SIN EDEMAS, LLENADO CAPILAR 2 SEG. SNC SIN SIGNOS DE FOCALIZACION.
ANÁLISIS Y PLAN	PACIENTE CRITICO CON SOPORTE VENTILATORIO INVASIVO E INOTROPICO. CONTINUA CUBRIMIENTO ANTIBIOTICO DE AMPLIO ESPECTRO. PENDIENTE MAÑANA LAVADO QUIRURGICO. AHORA CON HIPERGLICEMIA UNA CIFRA UNICA SEGN EVOLUCION SE DEFINIRA NECESIDAD DE INFUSION DE INSULINA. PRONOSTICO RESERVADO ALTO RIESGO DE MUERTE. SE EXPLICA A LA FAMILIA.

No obstante, se evidencia claramente en la historia clínica del paciente como se brindaron las atenciones requeridas con un monitoreo permanente, lo cual se evidencia fácilmente al auscultar en la historia clínica del paciente desde su ingreso a la institución asegurada a partir de 22 de agosto de 2018. Con todo esto se precisa que, las atenciones médicas dispensadas por mi asegurada se dieron en un paciente que presentaba una condición crítica con alto riesgo de muerte que había sido remitido desde otra institución de salud en donde le brindaron el servicio médico, así como se realizó una intervención quirúrgica, con lo que, debe valorarse el adecuado actuar de mi asegurada dando estricto cumplimiento a las obligaciones de medio que le asistían.

Continuando con el análisis de modo tiempo y lugar respecto de las atenciones médicas brindadas por la asegurada tenemos que, se insistió a los familiares del paciente en que, su condición era critica, lo que tampoco puede llevar a prosperar cualquier alegaciones frente a obligaciones de resultado o manifestaciones contrarias al estado real del paciente, es así que en notas medicas del día 25 de agosto de 2018, las cuales se encuentran en el archivo citado anteriormente a folio 109 y 110 tenemos:

EVOLUCION MEDICA HOSPITALIZACION	Fecha: 2018/08/25	Hora: 16:07:20	Codigo Formato: 462

◉ NOTA DE EVOLUCION

ESTADO DE SALUD	DELICADO
CONDICIONES	CON VIGILANCIA
CLASE DE ATENCION	HOSPITALARIA QUIRURGICA
TIPO DE CONTINGENCIA	ENFERMEDAD GENERAL
SUBJETIVO	EVOLUCION DIURNA. INTENSIVOS. IDX: CHOQUE SEPTICO DE ORIGEN ABDOMINAL. FALLA RESPIRATORIA SECUNDARIA. POP DIA 4 LAPAROSTOMIA POR APENDICITIS AGUDA PERFORADA + PERITONITIS GENRALIZADA + LIBERACION PLASTRON APENDCIULAR DREANJE COLECCION PELVICA APENDICETOMIA + POP DIA 2 COLOCACION DE VAC. TRATAMIENTO: MIDAZOLAM, FENTANIL, NOREPINEFRINA, PIPTAZO + AMIKACINA, DIPIRONA. PACIENTE SIN LOGRAR DESMONTE COMPLETO DE INOTROPICO. NO FIEBRE. NO SANGRADO. VAC CON ESCASO DRENAJE EN LAS ULTIMAS 24 HORAS. ACOPLADO A VENTILADOR.
OBJETIVO	TA 117/57/82 FC 66 FR 25 T 36.3 SPO2 98% GLASGOW 15/15 GLUCOMETRIA 123 MG/DL. DIURESIS 5.7CC/KG/HORA, ADMINISTRADOS 3195CC (1765CC/M2) ELIMINADOS 4760CC , BALANCE HIDRICO -
OBJETIVO	CC/ 24 HORAS, ACUMULADO -672CC. ALERTA ACTIVO HIDRATADO TORAX SIMETRICO RSCS RITMICOS CSPS SIN AGREGADOS NO TIRAJES. ABDOMEN BLANDO DOLOROSO EN HEMIABDOMEN DERECHO PERISTATISMO AUSENTE, VAC FUNCIONAL, DRENAJE 150CC/ 24 HORAS. NO MASAS NI MEGALIAS. EXTREMIADES SIN EDEMAS. SNC SIN FOCALIZACION
ANÁLISIS Y PLAN	PACIENTE CRITICO INESTABLE CON SOPROTE VENTILATORIO INVASIVO PARAMETROS MINIMOS PERO NO ES POSIBLE DESMONTE DE INOTROPICO. CONTINUA CUBRIMIENTO ANTIBIOTICO DE AMPLIO ESPECTRO. ELECTROLITOS NORMALES, FUNCION RENAL ADECUADA, METABOLICAMENTE ESTABLE, TOLERA NUTRICINO PARENTERAL, HEMOGLOBINA EN DESCENSO 7.9MG/DL SE INDICA RESERVA Y SEGUN HEMOGRAMA DE CONTROL MAÑANNA SE DEFINE SOPORTE TRANSFUSIONAL. PRONOSTICO RESERVADO. SE EXPLICA A LA FAMILIA.
TIPO DE DIAGNOSTICO	IMPRESION DIAGNOSTICA
DIAGNOSTICO PRINCIPAL	K350 - APENDICITIS AGUDA CON PERITONITIS GENERALIZADA

Se evidencia que, la condicion del paciente continuaba siendo critica pese a la intervencion médica adecuada, ajustada y oportuna.

Avanzando hasta el dia 28 de agosto de 2018 tenemos que, al paciente se le realizo un cierre de pared abdominal, teniendo en cuenta el adecuado avance de salud con posterioridad a los lavados de cavidad abdominal realizados y que eran requeridos por cuenta de la peritonitis que presento con anterioridad al ingreso a la institucion, pero pese a ello, su condicion critica se mantenia, presentandose el dia 29 de agosto una insuficiencia respitaroria aguda que llevo al personal medico a tener que realizar maniobras de reanimacion y produciendose el lamentable fallecimiento. Lo anterior se trae al presente escrito para indicar al despacho que, el desenlace fatal no puede relacionarse con el actuar medico del personal adscrito a la instituciona segruada, pues claramente se identificó desde el ingreso del menor a la entidad, como su sintomatología prevenía de su **alto riesgo de muerte**, es decir, el fallecimiento finalmente acaece por un estado de salud que se concretó previo al ingreso a la institución, luego el resultado fortuito y adverso, no es atribuible a nuestr asegurada.

Sobre el medio de control de reparación Directa por falla en el Servicio, la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010, radicado número 66001-23-31-000-1998-00568-01 (17999), con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, expreso lo siguiente:

> *"la falla del servicio surge a partir de la comprobación de una violación –conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual constituye un juicio de reproche por parte del juez, respecto de las falencias en las cuales habría incurrido la Administración. Por su parte, la entidad pública demandada sólo podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir, que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada –positivos o negativos-* ***o si demuestra que el nexo causal era apenas aparente, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza***

mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o hecho también exclusivo y determinante de un tercero*".*

Por todo lo dicho hasta acá, y conforme la experticia arrimada por la parte demandante, nada indicó, reprochó o pudo atribuir idóneamente, en cuanto a las atenciones brindadas en UCI, y en todo caso, cualquier acepción distinta a la realidad, se vio aclarada por los médicos expertos que ilustraron al Despacho en cuanto a la atención propia, personal y materialmente se le brindó al menor, que resulta aún más importante, pues es justamente la praxis médica directa, la que conmina al médico a actuar o no en determinada forma con apego a los protocolos y a fin de intentar prevenir su fallecimiento o mayores complicaciones, pero con todo esto, cada ponencia dio cuenta que al paciente se le intentó todo lo profesional y técnicamente posible para evitar una situación más gravosa, y aún con ello, dado que la merma crítica de la salud del menor ya se había consolidado, tanto así, que justamente este ingresa a UCI, en la unidad pediátrica, en cuyo caso se busca dar soporte inotrópico y ventilatorio para intentar mantener estable al paciente que viene remitido con tal gravedad, luego el resultado esperado no le es atribuible a la IPS, dado que no se falló allí, contrario sensu, se prestó la atención diligente y cuidadosamente.

- **MATERIALIZACIÓN DE UN RIESGO INHERENTE A LA SALUD DEL MENOR QUE NO CONSTITUYE RESPONSABILIDAD A CARGO DE LA CLÍNICA COMFAMILIAR RISARALDA**

Bajo el entendido de que la actividad médica es de medio y no de resultados, se destaca, que tampoco es una ciencia exacta, por cuando en el desarrollo de un procedimiento médico, pueden surgir complicaciones completamente ajenas a la voluntad y el desarrollo de las funciones del galeno, en este caso, aquellas que pudieran ser ligadas a la actividad de COMFAMILIAR RISARALDA en la UNIKIDS o UCI PEDIATRICA, lo que se procura con la asistencia médica es intentar llevar el paciente al alivio de sus patologías, sin embargo, pese a los seguimientos de la lex artis y los procedimientos actualmente establecidos, se pueden presentar daños por las particularidades de cada caso en concreto y la falta de exactitud de la medicina en general, al respecto el Consejo de Estado en sentencia exp. (40683) del 03 de agosto de 2017, expresó lo siguiente:

> *"En efecto, a pesar de los notables progresos que ha experimentado en los últimos siglos, el ejercicio de la medicina comporta riesgos cuyo control escapa a la ciencia, haciendo ajena a la actividad la completa exactitud y a cualquier pretensión de infalibilidad. Esto es así porque siendo la condición humana falible, implica en sí misma riesgo, en particular cuando el estado del paciente así lo advierte; no obstante,* ***la profesión médica con lleva compromiso de atención acorde con el estado del paciente y de la ciencia, de lo que se sigue procurar inicialmente el alivio, acompañado de un diagnóstico certero que el paciente tiene derecho a conocer, para determinarse en consecuencia****.*
>
> *Es dable afirmar, en consecuencia, que la inexactitud o, si se quiere, el alea, es connatural a la práctica médica y excluye de las obligaciones asistenciales el resultado, sin que ello comporte salvaguarda de responsabilidad, comoquiera que el médico y el centro asistencial deberán estar en condiciones de demostrar que la atención brindada respondió al estado de la ciencia médica. Esto es, que la paciente, al margen de su condición, fue atendida como lo exige su condición inalienable de dignidad.*
>
> *Lo anterior significa que el paciente tiene derecho a exigir la mayor diligencia posible, de donde se sigue, como inconcuso, que* ***el mero "fracaso" del procedimiento médico no constituye violación de las obligaciones propias de la profesión****, mientras que la falta e indebida atención generan de suyo responsabilidad, por*

violación del bien jurídico fundamental a la salud, sin perjuicio de la vulneración al derecho a la vida, al igual que a la oportunidad de mantener o alcanzar el mejor estado posible…" (Énfasis es propio).

En consecuencia, encontramos que en los procedimientos médicos brindados al menor, se generó la atención médica de manera eficiente y oportuna, y se le trató en una unidad pertinente, en este caso, no solo en cualquier unidad de cuidados intensivos, sino una expresamente definida y delimitada para la atención de pacientes pediátricos, y en este caso, se hizo además, con precisión y apego a las circunstancias de salud en que fue remitido, cuando ya tenía un pop de peritonitis, shock séptico, abdomen abierto, entre otros que soportaban su grave y crítico estado de salud, y aún con todo esto, con toda la inversión del personal pertinente, especializado como cirujanos pediatras, pediatras propiamente dichos y el personal asistencial atento al cuidado del menor, se materializó un riesgo inherente a sus complicaciones de ingreso, sin que pudiera en manera alguna anteponerse o revertir el mismo.

Es válido recalcar lo traído a colación y decantado por el Consejo de Estado, en el entendido de que el "fracaso" del procedimiento médico, en este caso hablamos de la atención crítica en UCI UNIKIDS, no constituye violación de las obligaciones propias de la profesión, pues el profesional médico se obliga a realizar todos sus procedimientos de acuerdo con los criterios de la ciencia médica, sin embargo, la inexactitud de esta disciplina implica que aún demostrada la idoneidad del médico y sus procedimientos, pueden presentarse daños producidos por los riesgos inherentes a la ciencia de la salud, mismos que no son atribuibles al prestador del servicio, pues pese a la vulneración sufrida, el actuar del galeno no fue negligente, contrario a esto, se resalta, fue diligente y cuidadosa.

- **INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL: AUSENCIA DE INFECCIÓN INTRAHOSPITALARIA**

Resulta erróneo y desacertado versus el caudal probatorio, insinuar que el paciente se contaminó con la bacteria E.Coli y sufría una bacteremia por bacilo gram negativo para el día 28 de agosto de 2018, a título de infección nosocomial, y por demás, que esta pudiera ser atribuible a negligencia de la IPS asegurada, pues en dicha fecha para la cual se encontraba al interior de la institución asegurada, lo que de cualquier manera se aleja de la realidad, puesto que, si se analiza con detenimiento la historia clínica del paciente, así como la documentación medica del caso, tenemos que, su diagnóstico objetivo, no guarda relación alguna con lo manifestado por la actora.

Inicialmente es procedente iniciar con el análisis conceptual de la bacteria E. coli:

"Infecciones por Escherichia coli
Otros nombres: E. Coli

E. coli es el nombre de un tipo de bacteria ***que vive en el intestino****. La mayoría de las E. coli no causan problemas. Pero, algunos tipos pueden producir enfermedades y causar diarrea. Uno de ellos causa la diarrea del viajero. El peor tipo de E. coli causa una diarrea hemorrágica y a veces puede causar insuficiencia renal y hasta la muerte. Esto, en general, ocurre en niños y en adultos con sistemas inmunitarios debilitados. Se pueden adquirir infecciones por E. coli al consumir alimentos que contienen la bacteria. Los síntomas pueden incluir:*

- *Náuseas o vómitos*
- *Fuertes cólicos abdominales*

- *Diarrea líquida o con mucha sangre*
- *Cansancio*
- *Fiebre*

Para evitar la intoxicación por alimentos y prevenir infecciones, manipule la comida con seguridad. Cocine bien las carnes, lave las frutas y verduras antes de comerlas o cocinarlas y evite la leche y los jugos sin pasteurizar. La infección también se puede adquirir al tragar agua en una piscina contaminada con desechos humanos. La mayoría de los casos de infección por E. coli mejoran sin tratamiento en cinco a 10 días."[2]

Así mismo encontramos como descripción de la bacteria Escherichia coli o E. coli:

¿Qué es la* Escherichia coli*?
La E. coli *es una bacteria que se encuentra en los intestinos de las personas y los animales, en el medioambiente y, a veces, también en los alimentos y el agua sin tratar.*

La mayoría de los tipos de E. coli *son inofensivos y son parte de un tracto intestinal sano. Sin embargo, algunos causan enfermedades que a veces son graves, como diarrea, infecciones urinarias, enfermedades respiratorias e infecciones del torrente sanguíneo. Los tipos de* E. coli *que pueden causar enfermedades se propagan a través del agua o los alimentos contaminados y del contacto con animales o personas.*

(…)

¿Cómo puedo prevenir una infección por* E. coli*?

- *Lávese bien las manos con agua corriente y jabón.*
- *Siga los cuatro pasos para la seguridad de los alimentos cuando los prepare: limpiar, separar, cocinar y enfriar.*
- *Use un termómetro de alimentos externo para asegurarse de que la carne haya alcanzado una temperatura mínima segura de cocción externa con:*
    - *Cocine la carne molida de res, el cerdo y el cordero a una temperatura interna de al menos 160 °F (70 °C). La mejor forma de revisar la temperatura de las hamburguesas es insertando el termómetro desde el costado hasta que llegue al centro.*
    - *Cocine los bistecs y ase la carne de res hasta que alcancen una temperatura interna de al menos 145 °F (62.6 °C) y déjelos reposar 3 minutos después de retirarlos de la parrilla o la estufa. Revise la temperatura en la parte más gruesa de los bistecs o carnes asadas.*
- *Prevenga la contaminación cruzada lavándose bien las manos y limpiando cuidadosamente los mesones, las tablas de cortar y los utensilios con agua y jabón después de que entren en contacto con carne cruda.*

[2] https://medlineplus.gov/spanish/ecoliinfections.html

- *No beba agua sin tratar ni trague agua cuando esté nadando o jugando en lagos, estanques, arroyos, piscinas o piscinas portátiles para niños.*

- *No coma masa ni mezclas crudas.*

- *Beba leche pasteurizada y jugos pasteurizados.*

- *Tome precauciones con el agua y los alimentos cuando viaje al extranjero.*[3]

Con lo anterior se indica al despacho que el paciente arribo a la institución con un diagnóstico claro, con un cuadro post operatorio complejo y dentro del cual ya se reconocía su patología y padecimientos, sin que exista relación alguna con la bacteria citada, la cual, como se ha dejado claro se encuentran en el medio ambiente, en el agua, en la proteína animal, en el propio ser humano y no están supeditados a zonas intrahospitalarias, haciendo énfasis en el cuadro de peritonitis que tenía el paciente, lo que da cuenta de la gravedad de su condición.

Sin embargo, debe decirse que, el paciente tenía un cuadro de salud críticamente complicada, con un choque séptico, como consecuencia de una apendicitis perforada con cuadro evolutivo de 15 días, como claramente se consignó en su historia clínica, con lo que, su patología de base en ningún momento se dio en el lapso de tiempo en que se brindaron las atenciones médicas por cuenta de la asegurada y mucho menos a causa del despliegue medico efectuado entre el 22 y 29 de agosto de 2018, debe precisarse que la labor del personal médico que brindó el servicio en el lapso de tiempo delimitado, procuro en todo momento salvar la vida del paciente, quien ya tenía a su ingreso un alto riesgo de muerte.

En lo que respecta a la bacteremia por bacilo gram negativo citada por la actora, debe decirse que, carece de sustento probatorio y medico lo alegado, por cuanto, si se revisa la historia clínica del paciente, se emitió un diagnóstico médico acertado por cuenta de mi asegurada con el transcurso de los días, sin que obre error alguno por parte del personal médico, siendo procedente indicar que, en ningún momento se emitió un diagnóstico objetivo a partir de ayudas diagnosticas o toma de cultivos que arrojaran como hallazgo la existencia de la citada bacteria en la humanidad del menor Dilan Andrey Castañeda Aguirre, aún con esto, ninguna prueba indica que cualquier bacteria encontrada en la humanidad de Dilan para entonces, obedecieran a un error en el deber de sepsis institucional, pues ninguna prueba indica que la bacteria estuviera íntimamente ligada con falta de asepsia de la institución o material quirúrgico, ninguna prueba así lo señala, y luego cualquier infección, es apenas resultado del grave y crítico estado de salud del menor.

En providencia bajo un caso similar al presente, el Consejo de Estado determinó lo siguiente:

> *"En torno a las infecciones nosocomiales contraídas por un paciente, la jurisprudencia del Consejo de Estado señala que la persona que alega haber sufrido un daño como consecuencia de una de ellas tiene la obligación de acreditar que ésta fue contraída en el centro hospitalario o asistencial o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente; en cambio, para liberarse de responsabilidad, la demandada debe acreditar la presencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, el hecho determinante y exclusivo de la víctima o el hecho determinante y exclusivo de un tercero*[4]*.*

[3] https://www.cdc.gov/foodsafety/es/communication/ecoli-and-food-safety.html
[4] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de junio de 2014 (expediente 27089).

En lo que respecta a este tipo de bacterias y lo relativo a las infecciones nosocomiales, refirió la misma Corporación:

> *"(…)*
>
> ***RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS DERIVADOS DEL SERVICIO MÉDICO HOSPITALARIO - Infecciones nosocomiales o intrahospitalarias. Reconocimiento del riesgo álea /INFECCIONES NOSOCOMIALES O INTRAHOSPITALARIAS - Carácter riesgoso de ciertos aspectos del servicio de salud / INFECCIONES NOSOCOMIALES - Responsabilidad apoyada en la teoría del riesgo alea / RIESGO ÁLEA - Categoría en los que el daño es consecuencia de infección contraída en centro asistencial, riesgo conocido por la ciencia médica pero irresistible.*** *Aun cuando está comprobado que el riesgo de infección nosocomial puede disminuir significativamente, hasta el punto de ser realmente bajo, lo cierto es que hasta el momento no se conoce ninguna medida preventiva que elimine por completo el riesgo. De este modo, el funcionamiento mismo del sistema de salud implica la aceptación de que eventualmente alguien resultará infectado. Se trata de un riesgo que se cierne sobre la colectividad en general, pero del cual toda la comunidad se beneficia. Cabría suponer, en efecto, que una sociedad que prescindiera por completo del uso de antibióticos tendría menores índices de resistencia bacteriana, pero en ese mismo supuesto cabría esperar que las muertes por enfermedades curables se dispararan. Igualmente, se podría suponer que una sociedad en la que no existen hospitales, ni salas de cuidados intensivos, ni operaciones consideradas riesgosas, no presentara enfermedades intrahospitalarias, pero en ese escenario, tampoco cabría esperar los beneficios que los adelantos de la ciencia médica ofrecen.*
>
> *(…)*
>
> *En ese orden de ideas, a juicio de esta Sala, aunque del acervo probatorio allegado no se colige que la bacteria que desencadenó la infección del hueso frontal del cráneo del paciente fuera adquirida extrahospitalariamente; tampoco se acreditó ni siquiera indiciariamente que fuera dicha infección la causante de los daños reclamados en la demanda. En tal virtud no se desprende de los hechos probados ninguna de las circunstancias que, conforme al precedente jurisprudencial de la Sala, permitirían la condena desde el punto de vista objetivo, por la adquisición de una infección nosocomial en tanto que i) no conoce su origen y ii) no fue ocasionado por una bacteria multirresistente sino por un germen de tipo* ***enterobacter****, el cual fue caracterizado como benigno,* ***perteneciente a la flora intestinal****, y susceptible de ser eliminado mediante antibióticos. Lo anterior, sin desconocer que del acervo probatorio valorado en su conjunto se infiere que iv) la infección adquirida no obró como causa eficiente del daño.*[5] (Subrayado fuera de texto)

Conforme a la anterior cita y a los resultados obtenidos de cultivos y hemocultivos de líquido peritoneal y absceso pélvico, no se evidencio la existencia de una bacteria nosocomial en el paciente y si bien se menciona en su historia clínica la bacteria E. coli, la misma no reviste de dicho carácter, insistiendo en que, tal bacteria subsiste inclusive en el intestino del ser humando así como en otros espacios de origen común o alimentos consistentes en proteína animal, verduras y frutas extendiéndose hasta el agua, lo que de cualquier manera impide declarar la existencia de un nexo causal entre el actuar del personal médico adscrito a la institución asegurada y la existencia de E. coli en el paciente.

Para que la imputación por infección nosocomial o intrahospitalaria hubiere podido surtir efecto en el asunto de marras, debió acreditar la parte demandante, sin lugar a dudas que

[5] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de mayo de 2016 (expediente 33650)

dicha circunstancia devino como consecuencia de negligencia y falla propiamente dicha de nuestra asegurada, debió acreditar la parte demandante que en efecto así sucedió, esto refiere a que existiera una bacteria en el centro hospitalario por falla en la asepsia que debe caracterizar la institución o el material quirúrgico, pero ninguna prueba así lo indica, se baso la demanda en meras presunciones carentes de prueba o respaldo experto, y a falta de ello, luego cae por su propia falacia el criterio de imputación utilizado.

- **CAUSA EXTRAÑA: DILAN FALLECE POR CIRCUNSTANCIAS FORTUITAS POR UNA PATOLOGÍA DESARROLLADA DE MANERA EXTRAÑA Y POR FORMACIONES ANATOMOPATOLÓGICAS RARAS- CASO FORTUITO**

En el presente proceso, los hechos aducidos en la demanda, no son producto de un error de conducta imputable al servicio o atención médica prestada por el asegurado, pues como se indica, el mismo se ajustó a la ley del arte, siendo atribuible dicho resultado a una **CAUSA EXTRAÑA,** que en ningún momento se puede considerar un comportamiento negligente por parte de los doctores que trataron y atendieron al menor Dilan Andrey Castañeda en el lapso de tiempo comprendido entre el 22 y el 29 de agosto de 2018; pues el mismo fue atendido en las instalaciones de la **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE RISARALDA – COMFAMILIAR RISARALDA** de forma diligente, efectiva, inmediata y permanente, en procura de la realización de aquellos exámenes, estudios y procedimientos requeridos, pues su pronóstico de salud era pobre, calificado en su historia clínica como crítico con alto riesgo de muerte, lo que da cuenta de los condicionamientos en la prestación del servicio, pue se trataba de un paciente en delicado estado de salud, lo que llevo al personal médico a iniciar un protocolo de atención con una advertencia seria de lo que podía ocurrir y así mismo, en lo que respecta al paciente, generando condiciones desfavorables para su propia humanidad, pues, su vitalidad se veía afectada y disminuida seriamente, lo que condiciona el efecto de las distintas actuaciones médicas empleadas, las cuales fueron pertinentes y se ejecutaron por el personal capacitado de conformidad con los protocolos instaurados para su caso. Debe indicarse que, no existe criterio medico científico que reproche el despliegue de actuaciones medicas surtidas al interior de la institución asegurada indicando al despacho que las mismas fueron las pertinentes para atender la peritonitis localizada asociada a plastrón apendicular con pus, sangrado difuso en capa necrosis del epilon.

No obstante, a pesar de todas las atenciones y el riguroso seguimiento que se efectuó al paciente, se presentó una evolución tórpida en su condición, como se consignó en su historia clínica, lo que significó un despliegue adecuado del personal de la salud en pro de su bienestar, la citada condición fue completamente imprevisible e irresistible, haciendo énfasis en las indicaciones que se habían brindado a los familiares del paciente desde su ingreso a la institución el día 22 de agosto de 2018 como claramente lo indica la historia clínica del paciente aportada por la entidad llamante en garantía y no obedeció de forma alguna a las conductas desplegadas por los galenos de dicha entidad, como erróneamente y sin fundamento lo aduce la parte actora.

Analizando los argumentos jurisprudenciales citados aplicables a esta especialidad, del servicio médico dispensado al menor Dilan Andrey Castañeda Aguirre, con anotaciones médicas y sintomatología tan particular, grave, critica y de pronóstico reservado, de la cual se desprendió su lamentable deceso pese al adecuado proceder del personal médico adscrito a la institucion asegurada es atribuible a una causa extraña no imputable a esta última, yace con clarividencia, la inexistencia de una falla médica.

Es de recordar que los médicos que atendieron al menor y que depusieron en el caudal probatorio como lo fue especialmente el Dr. Álvaro Cano Salazar, se trataba de un peritoneo

raro, atípico, pues el apéndice se ubicaba en una zona retrocecal, vecina a los intestinos, que tornaban inespecíficos los síntomas presentados por Dilan, y que se ubica en alrededor del 5% de la población que presenta esta extraña anatomía, luego, además, las necesidades clínicas que manifestó la perito de la parte demandante, no estaban indicadas dada la sintomatología atípica del menor, pues el abdomen agudo, que por demás tanto el plastrón como la apendicitis y posterior peritonitis, solo pudo ser estadificada una vez se realiza la cirugía de abdomen abierto, luego, se trató de una situación anormal y no puede ponerse al médico ni a la institución, ninguna de ellas a una obligación imposible, es decir, de anteponerse o prever las complicaciones y grave estado de salud que alcanzó el menor y su posterior fallecimiento, pues contrario sensu, se trató de un evento fortuito, imprevisible e irresistible, exiguo a la actividad médica dispensada.

- **RELATIVIDAD DE LA FALLA EN EL SERVICIO- A LO IMPOSIBLE NADIE ESTÁ OBLIGADO**

Debemos advertir que la relatividad de la falla en el servicio ha sido ampliamente estudiada a lo largo de los años puesto que nos enfocamos a Colombia un país en vía de desarrollo, teniendo en cuenta la realidad misma, su economía, la amplitud y la cobertura de los servicios públicos y médicos puesto que no se puede tener la misma extensión de un país desarrollado. Ante esto, la relatividad en la falla en el servicio radica en **la imposibilidad de exigir de manera absoluta a la organización estatal prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico**, como quiera que el Estado no se encuentra en capacidad de brindar una protección personalizada a cada individuo que integra el conglomerado social.

En la obra del tratadista Enrique Gil Botero, Tesauro de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Tomo III Vol. 1 – Régimen de falla en el servicio-, año 2013, se indican diferentes tipos de pronunciamiento de las altas cortes del país frente a la falla en el servicio de las entidades estatales, así por ejemplo a página 433 se indica:

> *"En igual sentido, en sentencia de 11 de octubre de 1990, se dijo: "Es cierto que en los términos del artículo 16 de la Constitución Política las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes y que a partir de este texto se fundamenta la responsabilidad del Estado, pero también lo que esa responsabilidad no resulta automáticamente declarada cada vez que una persona es afectada en tales bienes, pues la determinación de la falla que se presente en el cumplimiento de tal obligación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se hubieren sucedido los hechos así como a los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio para que pueda deducir que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna, todo dentro de la idea de que "nadie es obligado a lo imposible""*
>
> (…)
>
> *"A la luz de la orientación jurídica anterior, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijo en sentencia del 25 de octubre de 1991, actor: Helio de Jesús Cardona Ríos y otros, en la cual discurrió dentro del siguiente perfil:*
>
> *<< En el plano ideal, el Estado debería responder por toda muerte violenta acaecida en el territorio nacional (él tiene el deber de proteger su vida); siempre que muriera una persona por falla de asistencia médica; por los niños que se quedan sin escuela y entran a la mendicidad por todos los casos de inanición; por las epidemias no contrarrestadas; por todos los daños producidos por el terrorismo; por la caída de un avión en zona carente de radioayuda; por todos los derrumbes de las carreteras, por la falta de acueductos, por la contaminación de los ríos (…).*

> *"<< Los ejemplos se podrían multiplicar por miles. Pero, ¿Podría el patrimonio estatal hacer frente a todas esas demandas cuando sus servicios públicos apenas si logran tener una pequeña cobertura?* ***¿Sería razonable permitir esa responsabilidad irrestricta y en todos los casos, con desmedro del mantenimiento, en los límites propios de nuestra realidad económica y social, de los modestos servicios actuales?*** *¿No sería peor el remedio que la enfermedad?" (Negrilla fuera del texto original)*

Sobre el medio de control de reparación Directa por falla en el Servicio, la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010, radicado número 66001-23-31-000-1998-00568-01 (17999), con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, expreso lo siguiente:

> *"la falla del servicio surge a partir de la comprobación de una violación –conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual constituye un juicio de reproché por parte del juez, respecto de las falencias en las cuales habría incurrido la Administración. Por su parte, la entidad pública demandada sólo podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir, que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada –positivos o negativos- o si demuestra que el nexo causal era apenas aparente, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o hecho también exclusivo y determinante de un tercero".*

La falla en el servicio es un concepto relativo porque no puede pensarse que alguien que sufre un daño, así sea una actividad privada o personal, deba ser el Estado o las entidades que presten algún servicio para el público, quien siempre esté obligado a resarcir sus males. En este orden de ideas, para el caso en concreto, brillan por su ausencia elementos fácticos que permitan establecer la producción de una falla en el servicio por la existencia de un supuesto hecho omisivo o negligente de la **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE RISARALDA – COMFAMILIAR RISARALDA** que fuera causante, detonante, generador o contribuyente en el lamentable desenlace que ocupa la litis. Debe precisarse por parte de su despacho que cualquier acción de la llamante en garantía, no materializo de ninguna manera la causa eficiente y determinante de los daños alegados por la parte actora, por lo que habrá de despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Frente a las obligaciones relativas del Estado, ha referido el Consejo de Estado lo siguiente:

> ***"CARÁCTER RELATIVO DE DEBER DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN DEL ESTADO - Nadie está obligado a lo imposible***
>
> *Es menester señalar que, de manera pacífica, la jurisprudencia ha expresado que, si bien es deber del Estado brindar protección a todas las personas residentes en el país, no le son imputables todos los daños a la vida o a los bienes de las personas causados por terceros, porque las obligaciones del Estado tienen un carácter relativo, en tanto limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que "nadie está obligado a lo imposible", aunque se destaca que esta misma Corporación, en providencias posteriores, ha aclarado que la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa su incumplimiento, sino que debe indagarse en cada caso si, en efecto, fue imposible cumplir aquéllas que en relación con el caso concreto le correspondían"*

Así las cosas, no es menos cierto que en algunos casos las obligaciones a cargo del Estado o de sus entidades se someten a un análisis donde resulta necesario establecer si en dicho evento fue posible o no para aquellas actuar conforme en el presente escrito lo aduce la parte

actora, dicha óptica es la que ha desarrollado la jurisprudencia del Consejo de Estado bajo el principio de *"ad impossibilia nemo tenetur"* o "***a lo imposible nadie está obligado"*** en cuyo caso, algunos de los daños que se le imputan al Estado, en realidad obedecen a obligaciones relativas, que no en toda ocasión el Estado puede acudir a las mismas, básicamente porque se torna en una imposibilidad manifiesta.

De cualquier manera, se demostrará a lo largo del proceso como la **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE RISARALDA – COMFAMILIAR RISARALDA** no ha incurrido en falla u omisión alguna, pues lo acontecido se debió a un hecho súbito imposible de prever o controlar por parte del personal de la salud encargado de atender al paciente a partir de su ingreso a la institución como urgencia vital en estado crítico de salud el día 22 de agosto de 2018, haber responsabilizado a nuestra asegurada o a cualquier institución que atendió al paciente a asumir de suyo el fallecimiento de Dilan, deviene en la asunción de un imposible, pues nadie podía prever ni anteponerse al deterioro de la salud y posterior fallecimiento del menor.

EN CUANTO A LA RELACIÓN ASEGURADO- ASEGURADOR

AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Le solicito respetuosamente señor Juez, que en el momento de entrar a resolver sobre la relación contractual que existe entre el llamante en garantía y **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.,** se circunscriba a los términos, condiciones y exclusiones del **SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA CLÍNICAS Y HOSPITALES No. 0678985-1** con vigencia desde el 31 de enero de 2020 hasta el 31 de enero de 2021, esta póliza sólo tiene esta connotación para efectos de contestación del llamamiento que se prueben en el proceso, vigentes al momento de producirse la **reclamación** valida de acuerdo a su modalidad "***CLAIMS MADE***", siempre y cuando el asegurado haya cumplido a cabalidad sus obligaciones, no haya violado prohibiciones que le imponen el contrato y la ley, y no se encuentre en alguno de las exclusiones previstas en las condiciones generales y particulares del contrato.

EXCLUSIONES APLICABLES AL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA CLÍNICAS Y HOSPITALES No. 0678985-1

- **AUSENCIA DE COBERTURA POR LÍMITE TEMPORAL DE LA PÓLIZA PACTADA BAJO LA MODALIDAD *CLAIMS MADE***

Es de suma importancia aclarar que la vigencia del Seguro de responsabilidad civil profesional para clínicas y hospitales No. 0678985-1 vigente desde el 31 de enero del 2020 hasta el 31 de enero del 2021. resulta menester advertir que la póliza en cita fue pactada bajo la modalidad *Claims Made* o también denominada "*Por Reclamación*"; *lo* cual está debidamente habilitado por la Ley 389 de 1997, precisamente en su artículo 4:

> *"**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."*

En este caso, si bien es cierto el supuesto fáctico hace referencia a la Póliza No. 0678985, vigente desde el 31 de enero de 2021 hasta el 31 de enero de 2022, valga indicar que la vigencia aplicable para el caso de referencia sería inicialmente la vigencia anterior que se allega como anexo al presente memorial, esto es, la vigencia que operó desde el **31 de enero de 2020 hasta el 31 de enero de 2021.**

No obstante lo anterior, conforme a las condiciones generales y particulares aplicables a dicho contrato de seguro, es menesteroso señalar que dicho contrato de seguro fue pactado entre el llamante en garantía y mi representada bajo la denominada modalidad por reclamación, reclamación hecha o *claims made*, en cuyo caso, la cobertura de un evento de hipotética responsabilidad para el asegurado, deberá analizarse a la luz de la **reclamación** que se hiciere por un tercero al asegurado **durante la vigencia de la póliza**, es decir, no opera como una póliza regular por ocurrencia, en cuyo caso se cubren los eventos ocurridos en la vigencia de la póliza, pues lo pertinente es el análisis de la reclamación hecha al asegurado en la vigencia antes señalada para el contrato de seguro que nos reúne.

Pues bien, entendido el punto anterior, y que corresponde al llamante en garantía acreditar las circunstancias de hecho y de derecho que soportan el supuesto derecho legal o contractual que persigue de un tercero, en este caso, compañía de seguros **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, NO hay prueba de que la RECLAMACIÓN entendida esta como la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial ante procuraduría judicial se hubiere reclamado dentro de la vigencia invocada.

Veamos que los documentos alusivos al trámite de conciliación prejudicial que fueron allegados con el escrito de la demanda NO dan cuenta de cuál fue la fecha de presentación de la solicitud de conciliación prejudicial que para la modalidad que nos atañe respecto del contrato de seguros precitado es la mentada RECLAMACIÓN que se analiza para determinar o no la cobertura de una póliza *claims made*. Ninguno de los anexos da cuenta del cumplimiento del requisito previo de la solicitud de conciliación prejudicial que ha señalado recientemente la Procuraduría General de la Nación como requisito para la admisibilidad de las solicitudes de conciliación prejudicial que se pretendan adelantar ante esta entidad.

Pues véase que es necesario que el solicitante remita a la Procuraduría, la constancia del **ENVIO PREVIO** de la solicitud de conciliación prejudicial y sus anexos a las entidades que se pretenden citar o vincular al trámite conciliatorio, y para este caso, dicha constancia no fue aportada ni con la demanda ni con el llamamiento en garantía por parte de COMFAMILIAR-RISARALDA, quien a sabiendas de la modalidad de contratación de la póliza -CLAIMS MADE- no allegó la prueba que da cuenta del momento en que se le realiza la reclamación.

No obstante, y en virtud de la petición elevada a la Procuraduría por parte del suscrito para la obtención de dicha prueba, se pudo evidenciar que dicha recepción del reclamo al asegurado, o la solicitud de conciliación prejudicial fue entregado a través de la empresa Servicios Postales Nacionales S.A., y recibido por la Caja de Compensación Familiar- Risaralda el día **23 de diciembre de 2019**, es decir, mucho antes al inicio de la vigencia contratada.

La póliza **SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA CLÍNICAS Y HOSPITALES No. 0678985-1** cuenta con las siguientes características:

- **Nomenclatura:** Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Clínicas y Hospitales No. 0678985
- **Vigencia**: 31 de enero del 2020 hasta el 31 de enero del 2021
- **Tomador y Asegurado**: COMFAMILIAR RISARALDA Nit 8914800001
- **Modalidad**: *Claims Made* (Reclamación)

Se describe en la demanda, que los hechos materia del litigio fueron ocasionados por una presunta falla en la prestación del servicio por parte de la asegurada Comfamiliar- Risaralda,

por lo que, para tales efectos la parte actora solicitó realización de audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 157 Judicial II Para Asuntos de Conciliación Administrativa, cuya radicación se indica fue el día **30 de diciembre del 2019**, no obstante, como lo indicamos líneas atrás, puede evidenciarse que el asegurado recibió la solicitud de conciliación por el envío certificado hecho por la parte convocante, el día **23 de diciembre de 2019**, es decir, previo al inicio de la vigencia, circunstancia que precisamente configura la ausencia de cobertura del reclamo.

Es decir, el reclamo hecho al asegurado se constituye desde el momento en que se cumple por el tercero presuntamente afectado con el requisito previo para la admisibilidad del trámite conciliatorio por parte de la Procuraduría, y es el envío previo y constancia de recepción efectiva del destinatario de la solicitud de conciliación prejudicial y sus anexos a COMFAMILIAR- RISARALDA, prueba o constancia previa que es de vital importancia para analizar el presente llamamiento en garantía a la luz de su modalidad de contratación *CLAIMS MADE*, que como vemos para este caso, dicha condición NO se cumplió.

Para brindar claridad frente a este evento y luego de tener certeza de la modalidad en la que se suscribió el contrato de seguro en mención, es decir, modalidad **CLAIMS MADE**, modalidad que opera en concordancia con la **RECLAMACIÓN** hecha al asegurado, en este caso, se recuerda que esta modalidad requiere que la fecha de la primera reclamación hecha al asegurado se encuentre dentro de la vigencia de la póliza; así lo indica el condicionado aplicable a la póliza a página 5/8:

> ***4. Reclamación:***
>
> *(…)*
>
> - *Toda **solicitud de conciliación prejudicial**, demanda o proceso por la comisión de un evento cubierto bajo la presente póliza iniciado por un Tercero en contra del Asegurado o en contra de SURAMERICANA en ejercicio de la acción directa consagrada en el artículo 1133 del Código de Comercio, en la jurisdicción civil **administrativa** o arbitral, para obtener una indemnización de perjuicios…"* (énfasis es propio).

Resulta menester advertir que la póliza en cita fue pactada bajo la modalidad *Claims Made* o también denominada "*Por Reclamación*"; *lo* cual está debidamente habilitado por la Ley 389 de 1997, precisamente en su artículo 4:

> ***"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.*
>
> PARAGRAFO. *El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten."* (Énfasis es nuestro).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de diciembre de 2013, Exp. 1100131030412000-01098-01, MP Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez, con relación a esta modalidad de cobertura del seguro de responsabilidad que introdujo el artículo 4º de la Ley 799 de 1997, dice:

"6.- A pesar de que en términos del artículo 1131 del Código de Comercio, modificado por el 86 de la Ley 45 de 1990, en "el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado", cuando la responsabilidad se predica de directores o funcionarios, la póliza que la cobija suele contar con la particularidad de ser por ***reclamación o "claims made",*** *por cuanto la cobertura está delimitada temporalmente por distintas modalidades y combinación de cláusulas.*

El artículo 4° de la Ley 389 de 1997 establece que "[e]n 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".

De conformidad con dicho precepto, pueden presentarse las siguientes situaciones:

a. -) Que coincidan dentro de la vigencia tanto el hecho dañoso, como la reclamación de la víctima al asegurado o la aseguradora.

b. -) Que el hecho dañoso sea anterior a la vigencia, pero el reclamo se presente dentro de ésta.

c. -) Que se cubran sucesos acaecidos durante la vigencia, pero el reclamo se haga por fuera de la misma, en un plazo preestablecido para notificaciones.

El primer caso es connatural al convenio, pero los otros dos requieren de pactos expresos, claramente delimitados, cuya interpretación exige del fallador un examen estricto y restringido, que impida extender los amparos a riesgos no cubiertos o dejar por fuera aquellos que sí lo están.

Al respecto ha indicado la doctrina:

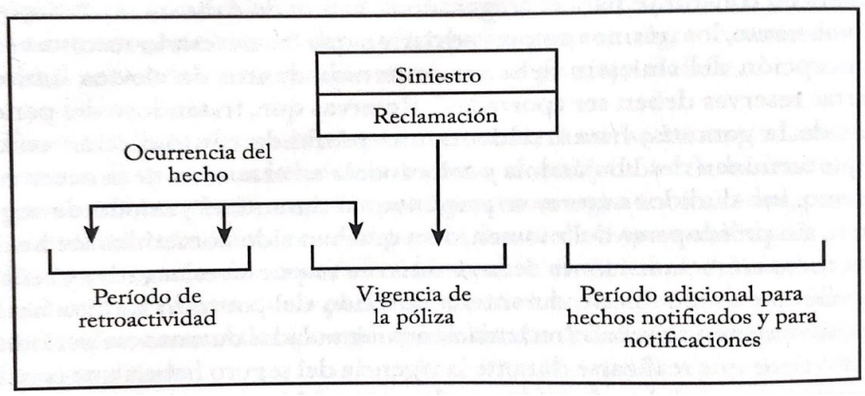
"…En este sistema extraordinario y particular en el que usualmente media un recorte respecto a la cobertura o riesgo asegurado de cara al futuro, el fundamento cardinal de índole obligacional y, por contera, siniestral, finca en la reclamación del tercero, ya no como una teoría de raigambre doctrinal, jurisprudencial o , inclusive legal sino como su ratio funcional, o sea, como su explicación genética y operacional. Ella, es cierto, sin desconocer la fuerza del hecho externo imputable, se constituye en el epicentro del esquema en comentario, en su núcleo, propiamente dicho, habida cuenta que todo lo determinante gira en torno a ella, ora directa, ora indirectamente, aun cuando es viable la combinación de modalidades, como se acotará, pero siempre en función del que descansa en la reclamación, nervio de la reforma, hasta el punto que ello es lo que denota en castellano el término sistema de reclamación, o en inglés, claims made: "hecho el reclamo".

Sin reclamación (judicial o extrajudicial del tercero), se ha dicho, no sin alguna controversia, no habrá finalmente siniestro, strictu sensu, y por tanto responsabilidad de la entidad aseguradora, así haya aflorado un daño previo y sin aquel, como se sabe, no se abrirá paso a la prestación dineraria a cargo del asegurador (C. Co., art. 1054), motivo por el cual, bien comprendido, entre ambos hitos existirá una estrecha relación, una especie de matrimonio, sin que ello implique una fusión o fundición. Elocuente es el contenido del artículo 1054 del Código de Comercio, que reza que riesgo es el "suceso incierto que no depende de la voluntad del tomador, del asegurado

o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador…" (Énfasis es propio).[6]

La doctrina, ha ilustrado gráficamente la manera en que opera el sistema de seguro bajo la modalidad por reclamación o *claims made*, de la siguiente manera:

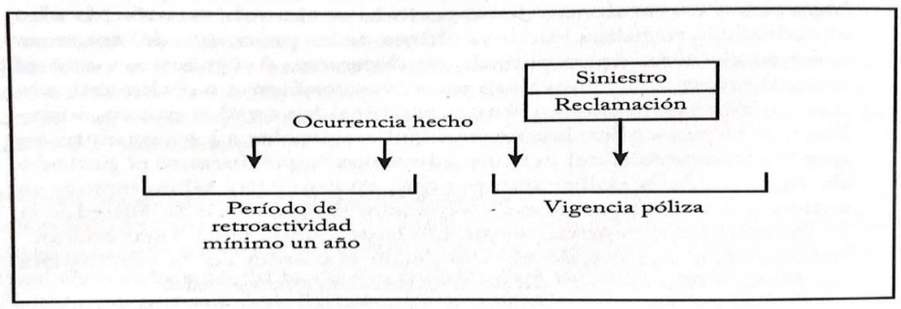
Ilustracion 7.2. Sistema claims made



[7]

En este escenario, la póliza pactada bajo la modalidad claims made tiene dos connotaciones; la primera es que se pacte con la condición de retroactividad, es decir, que además el siniestro, se entenderá si el hecho que da base a la reclamación ocurre entre el periodo de retroactividad pactado y la vigencia de la póliza, pero adicionalmente, con la condición de que la reclamación como ya lo hemos indicado previamente, es decir el envío previo de la solicitud de conciliación prejudicial que es el momento en que el asegurado da cuenta de la existencia de una reclamación, igualmente se haga dentro de la vigencia para evaluar la cobertura o no del evento presuntamente dañoso; con la posibilidad de pactar un periodo adicional para reclamos o hechos notificados con posterioridad a la vigencia, lo que NO ocurre en el presente caso.

Ilustración 8.2. Esquema español
Modalidad 1 – reclamación con cobertura retroactiva



[8]

En el otro escenario que nos explica la doctrina, tenemos que igualmente operan las dos condiciones previamente descritas, en el sentido que, el hecho podrá entenderse cubierto con la primer condición que el hecho que da base a la reclamación ocurra en el periodo de retroactividad y hasta el último periodo de vigencia contratado por el asegurado para la póliza, además de la ya indicada condición adicional de que la reclamación deba presentarse con el envío previo de la solicitud de la conciliación prejudicial, previo a su admisibilidad, y

[6] Págs. 193-194. JARAMILLO. Carlos Ignacio en *"LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO EN EL SEGURO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL"* Ed. Temis.

[7] P. 154. El siniestro. Teorías sobre la configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad. DIAZ-GRANADOS. Juan Manuel en *"EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD" segunda edición*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C.

[8] P. 166. El siniestro. Teorías sobre la configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad. DIAZ-GRANADOS. Juan Manuel en *"EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD" segunda edición*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C.

que el asegurado demuestre a la compañía que efectivamente dicho envío previo y su recibo efectivo se dio en la vigencia contratada.

Adicionalmente, las condiciones particulares de dicha póliza, al momento de su contratación, pactó un periodo de retroactividad por hechos ocurridos al **31 de enero de 2018**, es decir, además de la anterior condición respecto que debe presentarse la reclamación dentro del periodo de vigencia, lo cierto es que, igualmente, el hecho constitutivo del pleito debe acaecer dentro del periodo de retroactividad, condiciones sin las cuales no opera la cobertura en la modalidad contratada, pues debe cumplirse ambos escenarios para la virtual cobertura de la póliza, como no ocurre en el particular.

Luego entonces, teniendo presente que la reclamación hecha al asegurado, reflejada en la primer recepción del asegurado del reclamo hecho, esto es, la solicitud de conciliación prejudicial, data del **23 de diciembre de 2019**, se encontraría estructurada la AUSENCIA DE COBERTURA POR LIMITE TEMPORAL DE LA POLIZA MODALIDAD CLAIMS MADE la cual configura de inmediato la falta de legitimación en la causa por pasiva con relación a Seguros Generales Suramericana S.A., al no haberse realizado la **RECLAMACIÓN** dentro del periodo de vigencia pactado para dicha póliza, igualmente, evento que impide la cobertura reclamada por el llamante.

- **INASEGURABILIDAD DEL DOLO**

En el evento de una declaración de condena frente al asegurado con fundamento en el dolo, o un acto meramente potestativo del tomador, asegurado, o beneficiario, no habrá lugar a la obligación de reembolso que implica la pretensión revérsica de la aseguradora, en razón a que este riesgo no es de obligatoria aceptación por parte del asegurador.

Si se obró en tales circunstancias dichas conductas y sus consecuencias no son asegurables según las voces del art. 1055 del Código de Comercio que dispone:

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

Así se indica en el clausulado aplicable al contrato de seguros:

> *"9. CLAUSULAS ADICIONALES:*
>
> - *Se ampara la culpa grave de acuerdo al artículo 1127 del Código de Comercio, **excluyéndose el dolo**."* (Subrayado y Negrilla propio)

Así mismo, J. Efrén Ossa señala:

> *"La doctrina es ampliamente favorable a esta conclusión, que no admite duda en la ley colombiana (...) porque el artículo 1055 trascrito fulmina con la inasegurabilidad del dolo y la culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario, y no la de las personas que de ellos dependen de un modo u otro, como agentes o empleados, como hijos menores, como pupilos, como discípulos, como sirvientes o domésticos, es decir, el dolo y culpa grave propios, personales, directos, y no las denominadas culpas in vigilando o in eligendo, en que, por muchos decenios, ha encontrado soporte jurídico la responsabilidad indirecta o por el hecho de otro. No es dable al intérprete extender más allá de sus justos límites el alcance de la ley, menos aún si esta es de naturaleza restrictiva..."*[9]

[9] Teoría General del Seguro. El Contrato. Editorial Temis, 2ª. Ed. Bogotá. 1991. Pág. 104.

En este caso, si bien se pactó expresamente asegurar la culpa grave, en manera alguna podrá extenderse frente al dolo, pues de ley, este es inasegurable, y cualquier cláusula o condición en contrario, es inválida o ineficaz. De comprobarse el dolo del asegurado, estamos frente a un riesgo inasegurable.

- **EXCLUSIÓN POR INOBSERVANCIA DE OBLIGACIONES**

El **SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA CLÍNICAS Y HOSPITALES No. 0678985-1** con vigencia desde el 31 de enero de 2020 hasta el 31 de enero de 2021, bajo la modalidad Claims Made, establece en su condicionado general lo siguiente:

> *"EXCLUSIONES GENERALES*
>
> *NO ESTARA CUBIERTA LA RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO CUANDO, DIRECTA O INDIRECTAMENTE:*
>
> *5. LOS PERJUICIOS SE DEREVIEN DE LA INOBSERVANCIA O LA VIOLACION DELIBERADA DE UNA OBLIGACION DETERMINADA IMPUESTA POR REGLAMENTOS O POR INSTRUCCIONES EMITIDAS POR CUALQUIER AUTORIDAD, ASI COMO LA VIOLACIOND E ESTIPULACIONES CONTRACTUALES."*

Así las cosas, en el hipotético caso de que se llegare a probar durante el proceso que existió inobservancia o violación de obligaciones impuestas por reglamentos, que conlleven a la causación del daño alegado por los demandantes, la presente póliza no tendría cobertura en virtud de la citada exclusión.

- **LÍMITE DE VALOR ASEGURADO**

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

La suma asegurada menos el deducible debidamente pactado, se encuentra determinada para cada amparo en la carátula de esta póliza, y así delimita la obligación de reembolso máxima de la compañía en caso de siniestro.

De acuerdo con el **SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA CLÍNICAS Y HOSPITALES No. 0678985-1** con vigencia desde el 31 de enero de 2020 hasta el 31 de enero de 2021, bajo la modalidad *Claims Made*, el límite máximo del valor asegurado para el amparo de cobertura R.C. Profesional Clinicas es de **$2.000.000.000**, establecido lo anterior en la caratula de la póliza en donde claramente se encuentra descrito el sublimite por evento, a ese monto se reduce la suma máxima que podría reembolsar la compañía aseguradora en el hipotético caso de que se obtuviere en el presente proceso un fallo condenatorio respecto de nuestra asegurada, siempre y cuando esta última haya cumplido a cabalidad con sus obligaciones y no haya incurrido en algunas de las exclusiones previstas por ley y las previstas en las condiciones generales del seguro.

Precisamos que si la vigencia señala ya se encuentra afectada por otros eventos, en caso de una sentencia condenatoria para el asegurado, deberá tenerse en cuenta que el valor

asegurado se aplicará a los eventos reclamados y reservados con anterioridad al reclamado con ocasión de este llamamiento en garantía, y siempre hasta el agotamiento de la suma asegurada.

- **DEDUCIBLE PACTADO**

En el **SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA CLÍNICAS Y HOSPITALES No. 0678985-1** con vigencia desde el 31 de enero de 2020 hasta el 31 de enero de 2021, se pactó un deducible aceptado por el asegurado, **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE RISARALDA – COMFAMILIAR RISARALDA**, que implica que, para garantizar la lealtad contractual en el seguro, el asegurado actuará en procura de evitar la concreción de siniestros para lo que asumirá un pequeño porcentaje del valor del mismo.

En este sentido se pactó un **deducible del 20% del valor de la perdida mínimo $15.000.000,oo** tal y como se encuentra reflejado en las condiciones particulares que forman parte integrante de la citada póliza.

- **INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL CONTRATO DE SEGURO**

La obligación de mí representada, la compañía de seguros, emana de un contrato de seguro celebrado dentro de unos parámetros y limites propios de la autonomía de la voluntad privada y no de la existencia de la una eventual responsabilidad que se pudiere atribuir al asegurado conforme lo establecido por el artículo 2341 del Código Civil y a las disposiciones precitadas en materia de Responsabilidad Civil, por tanto se encuentra frente a dos responsabilidades diferentes a saber: 1. La del asegurado por la responsabilidad que se le llegaré a atribuir, cuya fuente de obligación indemnizatoria emana de le ley propia y 2. La de mí representada aseguradora cuyas obligaciones no emanan de la ley propiamente dicha, sino de la existencia de un contrato de seguro celebrado dentro de los parámetros dados por los artículos 1036 del Código de Comercio y S.S., encontrándose las obligaciones de mí representada debidamente delimitadas por las condiciones pactadas en el contrato de seguro celebrado, constituyéndose entonces las obligaciones del asegurado y de la aseguradora en obligaciones independientes y que no son solidarias.

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

> *"(…) En ese sentido, conforme lo dispone el artículo 1037 del Código de Comercio,* ***el asegurador es la persona que asume los riesgos del interés o la cosa asegurada, obligación muy diferente a la solidaridad derivada de un contrato o por ministerio de la ley, ya que es la realización del riesgo asegurado lo que da origen a la obligación del asegurador****, tal como lo dispone el artículo 1054 del Código de Comercio*[10]*(…)"* (Subrayas y negrilla mías)

En similar sentido lo ha entendido el órgano de cierre de esta jurisdicción:

> *"(…) 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* [11] *(…)"* (Subrayas y negrilla mías)

[10] Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta CP. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAD: 25000-23-27-000-2012-00509-01 (19879) del 21 de mayo del 2014.
[11] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ SC20950-2017 Radicación n° 05001-31-03-005-2008-00497-01 (Aprobada en sesión 15 de agosto del 2017)

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

> *"(…)* ***<u>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</u>****, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.*
>
> *Pero* ***<u>en virtud de la convención</u>****, 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.*
>
> ***<u>La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley</u>****. (…)"*

Conforme a lo anterior, en ningún momento podrá obligarse solidariamente a la compañía de seguros, dado que la fuente de las obligaciones no son iguales, es decir, la obligación que eventualmente surgiere en favor de los demandantes respecto a nuestra asegurada, deviene de la fuente extracontractual, la cual es sustancialmente disímil a la del asegurado y la aseguradora, en cuyo caso, entre estos, las obligaciones yacen del contrato de seguros mismo.

<u>SOLICITUD</u>

Por todo lo dicho hasta acá, le solicito al Despacho, se sirva **NEGAR** las pretensiones de la demanda, y en su lugar se condene en costas a la parte demandante, dado que no existe prueba de que el fallecimiento del menor Dilan Andrey Castañeda, tuviere su génesis causal en una falla, culpa, desatención o negligencia en la prestación del servicio de salud brindado, por el contrario, se atendió diligente y cuidadosamente, en todo momento, con respaldo en la lex artis ad hoc y los protocolos vigentes, máxime dadas las particularidades y anomalías anatómicas del peritoneo del menor, que lo tornó atípico, por demás, porque en lo que respecta a COMFAMILIAR RISARALDA, la atención en UCI Unikids, fue la pertinente y necesaria, al ingresar un paciente con pop de abdomen abierto en grave y crítico estado de salud que fallece por sus propias complicaciones.

En defecto de lo anterior, le solicito al Despacho, resolver el llamamiento en garantía realizado por la demandada Clínica Comfamiliar Risaralda a **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, conforme a las condiciones y cláusulas pactadas en el contrato de seguro en comento.

Del Señor Juez,

HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE
C.C. No. 9.870.052 de Pereira
T.P. No. 142.328 del C.S.J.
hector.giraldo@giraldoduqueandpartners.com