

Señores:

JUZGADO SEXTO (6°) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE PEREIRA (R)

REFERENCIA: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA
PROCESO: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 66001333300620180035600
DEMANDANTES: GERARDO ANTONIO ARISTIZABAL ARISTIZABAL Y OTROS
DEMANDADOS: E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA
LLAMADO EN GTÍA.: ALLIANZ SEGUROS S.A.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con 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 mi calidad de apoderado de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** mediante el presente escrito procedo a **REASUMIR** el poder a mi conferido en el proceso de la referencia, y a presentar dentro del término de ley, **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**, solicitando desde ya, se profiera sentencia favorable a los intereses de mi representada, negando las pretensiones de la demanda por no demostrarse la responsabilidad de nuestro asegurado **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**, con fundamento en los argumentos que concretaré en los acápites siguientes:

CAPÍTULO I. **OPORTUNIDAD**

Teniendo en consideración que de acuerdo a lo señalado en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 inciso final el término establecido para presentar alegatos de conclusión es de diez (10) días contados a partir de la celebración de la audiencia de pruebas, siempre y cuando el juez no considere necesario citar a la audiencia de alegaciones y juzgamiento, reconstrucción de audiencia de pruebas que se celebró el día 05 de marzo de 2025, y mediante la cual se corrió traslado por 10 días para presentar los alegatos de conclusión de primera instancia; por tanto, se tiene hasta el día 19 de marzo de 2025 para presentar tales alegatos; por lo cual, se concluye que este escrito se presenta dentro del término establecido para tal efecto.

CAPÍTULO II. **ANÁLISIS PROBATORIO FRENTE A LA DEMANDA**

Es importante precisar que el objeto del litigio aquí ventilado no es responsabilidad del **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**, toda vez que no se estructuraron los elementos *sine qua non* de la responsabilidad en cabeza del asegurado.

A. INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO O RIESGO EXCEPCIONAL, NO SE PROBÓ LA RESPONSABILIDAD DE LA E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA

Dentro del plenario quedó probado que no existió responsabilidad del centro médico, toda vez que no existió ninguna falla en el servicio, además, no existe prueba técnica que permita evidenciar la existencia de alguna negligencia médica; tampoco existió algún tipo de responsabilidad objetiva, teniendo presente que no se probó o al menos acreditó que la bacteria haya sido adquirida en el centro hospitalario, y el personal de salud que rindió testimonio fue muy claro en precisar que dichas bacterias no son comunes en el área donde se encontraba ubicada la demandante; igualmente, expresaron que las bacterias ya las podía haber tenido la demandante previo a la hospitalización. Así, conforme al poco material probatorio aportado, no se evidenció que la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA** haya incumplido sus deberes y como consecuencia de esto se materializara la infección bacteriana que contrajo la señora Elvia Gomez de Aristizábal o que esta haya adquirido dichas bacterias en el centro hospitalario.

En relación a la falla en la prestación de servicios, el Consejo de Estado ha determinado que la *“falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo”*. (Consejo de Estado, 2012, Rad. 25000-23-26-000-1996-03282-01(20042)). Sin embargo, es trascendental que la autoridad a la que se le imputa responsabilidad sea competente y esté dentro de sus funciones la prestación del mismo. Al respecto la jurisprudencia contenciosa ha indicado que:

"1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO. [...] "2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende. "La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y (...) su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como anormalmente deficiente (Consejo de Estado, 2007, Rad: 27434)

Del texto anterior se extrae que existe responsabilidad siempre y cuando la omisión de una de las funciones que la autoridad administrativa sea competente haya sido la determinante para la producción del daño. No obstante, se debe probar dentro del proceso la existencia de tal falla del servicio, pues, *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”* (Ley 1564, 2012, Art 167). Por tanto, la parte demandante tiene la carga de probar el supuesto de hecho.

Asimismo, sobre la consecuencia probatoria y procesal que tiene lugar cuando quien debe acreditar el hecho y la causa de este, no lo hace, el Consejo de Estado ha determinado que:

Las consecuencias de la omisión probatoria advertida en el plenario obedecen a lo dispuesto por el artículo 177 del C. de P. Civil, de conformidad con el cual “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, norma que consagra, en estos términos, el principio de la carga de la prueba que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la causa petendi de la demanda o de la defensa, según el caso. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sección, en el principio de autoresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa exigible a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable. (...) en el caso concreto resulta evidente que la carga de la prueba recae en quien pretende, de manera que es la parte actora la que debe soportar las consecuencias de su inobservancia o descuido, esto es, un fallo adverso a sus pretensiones [...] (Consejo de Estado, 2012, 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429))

Entendiéndose que en los casos que no se acredite probatoriamente las circunstancias de hecho, el camino a seguir es un fallo adverso. Asimismo, la responsabilidad de los médicos es de medio mas no de resultado; en consecuencia, por regla general la responsabilidad médica en la jurisdicción contenciosa deberá analizarse en principio bajo el régimen de la falla probada del servicio, lo que impone, según el análisis previo, al demandante la obligación de acreditar probatoriamente el daño, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y la consecuencia dañosa, tal y como ha sido reiterado por el Consejo de Estado, así:

Existe consenso en cuanto a que la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño (Consejo de Estado, 2010, Rad. 19101)

Por otro lado, existen ciertos eventos en que los casos derivados de acciones medicas se analiza a través de otro titulo de imputación, siendo precisos desde una perspectiva objetiva, es decir, que se elimina la culpa, tal y como lo ha indicado el Consejo de Estado:

Se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias. (Consejo de Estado, 2009, exp. 17.333)

No obstante, el Consejo de Estado ha sido muy claro en qué en este último evento, el nexo causal debe probarse, pues el hecho de no existir culpa, no implica que este pueda ser el resultado de una

presunción, así:

Por último, se debe precisar que, en oportunidades anteriores, esta Sección del Consejo de Estado ha reconocido la dificultad probatoria en punto al nexo causal que suelen tener los demandantes en este tipo de casos, dado el especialísimo carácter técnico inherente a los procedimientos médicos asistenciales y, por tanto, dicho elemento de la responsabilidad puede acreditarse por diversas vías, en especial mediante la utilización de indicios, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume (Consejo de Estado, 2024, rad. 17001-23-31-000-2009-00002-01 (51973))

Igualmente, en los casos que se demande las infecciones intrahospitalarias es sumamente relevante acreditar la imputación a la entidad que se demanda, es decir, que quedé probado que efectivamente la bacteria o infección la víctima la contrajo en sede hospitalaria, al respecto el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

En otras palabras, con las pruebas allegadas al expediente no se logró probar que el paciente contrajo la infección en el ambiente intrahospitalario y, por tanto, la Sala estima que se presenta una clara ausencia o imposibilidad de imputación, ya que no hay elemento que conduzca a la convicción de que el daño es atribuible a la ESE Rita Arango Álvarez del Pino. (Consejo de Estado, 2024, rad. 17001-23-31-000-2009-00002-01 (51973))

En el asunto de marras, no hay prueba de que la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA** haya actuado de manera negligente y en desconocimiento de las guías médicas, y mucho menos de que la actora haya contraído la bacteria en dicha sede hospitalaria, contrario a lo señalado por la parte actora.

Se debe tener presente que, según los demandantes, la señora Elvia Gómez de Aristizábal contrajo de manera intrahospitalaria las bacterias *Enterobacter Clocae* y *Pseudomona Aeuroginosa*, como consta en el hecho "10" de la demanda:

10. Antecede dentro de la historia clínica que mi prohijada adquirió en la atención médica de su fractura del pie izquierdo, las bacterias ENTEROBACTER CLOACAE y PSEUDOMONA AEUROGINOSA, que le ocasionaron a mi prohijada el 29 de agosto de 2016, un diagnóstico principal de Osteomielitis causado por una infección asociada en la atención de la salud por parte de la entidad convocada E.S.E. HOSPITAL SAN JORGE DE PEREIRA.

Nótese que la demanda no señala omisión o negligencia del hospital demandado, sino que indica que las bacterias fueron adquiridas de manera intrahospitalarias, y la única prueba para expresar lo señalado es lo indicado en hecho "11", pues, citan una sentencia:

11. Para el caso en particular de la bacteria ENTEROBACTER CLOACAE antecede prueba pericial presentada por la Facultad de Medicina de la Universidad de la Sabana e incorporada por la honorable consejera de estado STELLA CONTO DIAZ dentro de la sentencia 17001-23-31-000-2002-11611-01(33650) del 31 de mayo de 2016, respuesta frente al siguiente interrogante: (...) A la pregunta: ¿El contagio con la bacteria o bacterias, denominadas en la historia clínica del paciente como "enterobacter aerogenes"¹, "enterobacter agglomerans"² o "enterobacter cloacae"³, detectado en el reingreso del señor Norley Mejía Cruz al Hospital de Caldas E.S.E. es de carácter intrahospitalario o puede adquirirse la infección por este microorganismo en otras circunstancias?. Conforme a los hallazgos de la historia clínica ¿a qué podría atribuirse el contagio con dicha bacteria en el caso concreto?, respondió:

"5. La infección por este tipo de microorganismos generalmente es intrahospitalaria y el paciente la puede adquirir por contaminación del sitio afectado por bacterias de la flora intestinal" – se destaca-

Asimismo, señalan que la actora todavía presenta "osteomielitis" resultado de la infección bacteriana, como se aprecia del hecho "14" de la demanda:

14. A la fecha de presentación de demanda, los tratamientos médicos y valoraciones por especialistas por la fractura de la epífisis inferior y la osteomielitis no han concluido; evento por el cual no se ha podido practicar la evaluación de pérdida de la capacidad laboral.

Lo primero que se debe destacar es que la única prueba traída al proceso, como se mencionó anteriormente, es una cita de lo expresado por algún profesional en un proceso con sentencia del 2016, es decir, el dictamen se practicó muchos años antes del hecho. Igualmente, la respuesta que se cita ni siquiera lleva a la certeza de que esas bacterias se adquieran de manera intrahospitalaria, dado que se menciona la palabra "generalmente"; por otro lado, lo indicado en tal proceso no puede ser tenido en cuenta en este proceso: 1. dado que no es una prueba pericial que analiza la situación concreta del demandante, 2. se desconoce si la situación de la paciente objeto de esa prueba pericial era exactamente igual a la de la hoy demandante 3. El dictamen pericial se expidió muchos años antes del hecho objeto de este litigio, es decir, se desconoce si los criterios o guías medicas hayan cambiado 4. El supuesto dictamen no da certeza de que la bacteria se encuentre o sea adquirida únicamente de manera intrahospitalaria.

Ahora bien, debemos tener presente que en el caso concreto, la demandante sufrió una fractura en el hueso, debido a comorbilidades que ya presentaba, que provocaron que sea susceptible a infecciones bacterianas, tal y como lo indicó la doctora Karen Ordoñez, infectología, en audiencia de pruebas:

Karen Ordoñez : la señora primero tuvo un trauma en su hueso, ¿no es cierto?, ella tuvo un accidente, le tuvieron que hacer una cirugía de hueso, cuando el hueso presenta alguna

lesión, sea cual sea, digamos que tú le colocaste una cibrosa, hubo una fractura, hubo que colocar tornillo, hubo que colocar una prótesis, cuando el hueso se rompe, el hueso queda susceptible de presentar infección, entonces, cuando uno normalmente en el día a día presenta, en el transcurso del día, episodios de bacteriemia, bacteriemia que es, que bacterias que hacen parte de nuestra flora normal pasen a la sangre, entonces, ellas cuando pasan a la sangre el sistema inmunológico, cuando funciona bien, las atrapa, atrapa las bacterias, las elimina y no sucede absolutamente nada; **cuando hay una alteración anatómica, como es una fractura**, de la presencia de un material, de un clavo, **las bacterias tienen la habilidad de pegarse de ahí, y pueden generar infección, entre esas las osteomielitis**. Entonces, por eso, **cuando los pacientes, pues, uno les explica, cuando se presenta una fractura eso es una complicación que se puede presentar, y se puede presentar varios episodios en el transcurso de la vida, y cada episodio puede ser por una bacteria distinta, porque nosotros estamos colonizados por millones de bacterias de diferente tipo como en nuestra tracto intestinal como en nuestra piel**, entonces, las bacterias que se identificaron en el primer episodio, son bacterias que usualmente están es en el intestino, el enterobacter y la pseudomonas. Es la segunda bacteria que estafilococo aureus, es una bacteria que se encuentra mas comúnmente es en nuestra piel y en las fosas nasales, entonces, uno con cualquier heridita, con cualquier lesioncita que se presente en la nariz, estafilo también puede pasar a la sangre y esconderse en una de esas estructuras que no están anatómicamente intactas, cuando un hueso esta intacto, es muy raro que se infecte, pero ya cuando tú lo, eh, le pasa algo, por una cirugía, por una fractura, o un episodio de infección la probabilidad de que vuelva a presentar mas infecciones es muy alta. (Audiencia de pruebas entre min 18- min 21)

De la cita anterior, se comprende que fueron bacterias completamente diferentes las que tuvo en dos etapas o momentos diferentes la demandante, de hecho, las primeras bacterias son frecuentes en el intestino y las bacterias encontradas en la segunda ocasión son frecuentes en la piel o la nariz. Asimismo, resulta importante resaltar que la primera infección que padeció la actora fue tratada de manera exitosa, dado que no evidenciaba bacteria alguna, tal y como lo señaló la misma doctora, Karen Ordoñez, en audiencia, cito expresamente: *“pues, uno puede ver que el tratamiento fue efectivo porque tiene un cultivo negativo de control de fin de tratamiento, tuvo un cultivo de septiembre que fue negativo”* (Audiencia de pruebas entre min 21 a min 22). Lo cual fue igualmente reiterado por el doctor Fernando Martinez Gil quien en audiencia también señaló que *“a doña Elvia se le hicieron en el hospital un total de 4 lavados quirúrgicos, el primer lavado fue como ya vimos, fue positivo con las bacterias, los siguientes lavados se fueron digamos esterilizando cada vez, hasta que ya los dos últimos, no tenia ni secreción, ni tenía ningún tipo de bacteria en los cultivos”* (audiencia de pruebas entre min 16 a min 17)

Habría que decir también que es completamente falso que la actora todavía presente osteomielitis, o que la segunda bacteria haya sido producto de la osteomielitis que en algún momento presentó, teniendo presente lo manifestado por el doctor, Fernando Martínez, pues, muchos meses después la actora ya caminaba, me permito citar: *“ya en diciembre en unos de controles que hablan la historia, la paciente llegó caminando, que implica esto, que estamos hablando que tuvo una fractura en julio y llegó en diciembre caminando eso quiere decir que una fractura de fémur que se demora 6 meses pues ella pegó, consolidó, sanó, y ya pudo caminar a los 6 meses, en menos de los 5 meses en diciembre, que quiere decir, que eso sanó”* (audiencia de pruebas entre min 17 a min 18). Es importante lo anterior, teniendo presente que la complicación de la osteomielitis no es otra que el daño en el hueso, es decir, no lo deja sanar, tal y como el mismo doctor antes referenciado, Fernando Martinez, precisó en audiencia de pruebas, así:

Fernando Martinez Gil: la osteomielitis que hace, la osteomielitis, ósea que es una

osteomielitis profunda ataca el hueso y no lo deja sanar, no lo deja consolidar se pierde el hueso, y vemos que 5 meses después, inclusive un mes antes de lo que se espera, la señora llegó caminando, la fractura le pegó, y le consolidó, entonces, afortunadamente al tratamiento que se hizo que se pudo hacer por los antibióticos que hizo infectología, vemos que no hubo una secuela de osteomielitis” (audiencia de pruebas entre 1h:25 min a 1h:26 min)

Lo que evidencia entonces que la actora no presentó un cuadro de osteomielitis posterior a la primera infección. También resulta pertinente aclarar que la infecciones que padeció la demandante no fueron por bacterias intrahospitalarias, dado que son bacterias comunes tanto en comunidad como de manera hospitalaria, incluso, de ser el último caso, no existe certeza, ni pruebas, de que se haya adquirido en el hospital demandado, tal y como lo señaló el doctor Martínez en audiencia de pruebas, cito expresamente:

Fernando Martinez Gil: hay que establecer lo siguiente, nosotros en nuestro cuerpo tenemos células y tenemos bacterias viviendo con nosotros, tenemos algo así como 50 billones de células, pero en nuestro cuerpo tenemos más bacterias que células, tenemos más de 60 billones de bacterias que viven con nosotros que conviven con nosotros, algunas veces son inherentes, nos ayudan saprofitia que llamamos, o son oportunistas, y uno las puede tener, ¿cierto?. Les voy a dar un ejemplo, hay personas que hacen acceso o hacen nacidos muchas veces muy frecuentes en la cara, en las axilas, en las nalgas, y eso ¿Por qué se produce?, eso se produce por una bacteria, muchas veces es un estafilococo que vive con nosotros, y uno mismo lo estamos inoculando; que hacen los dermatólogos cuando encuentran estos casos, porque ellos lo manejan eso, esa bacterias que son estafilococos muchas veces viven en la nariz, ¿cierto?, y entonces la persona mete el dedo en la nariz y después se rasca, y entonces, va cogiendo la bacteria de la nariz y la va inoculando en otras partes del cuerpo, que hacen los infectólogos, los infectólogos lo primero que hacen es no se vuelva a meter el dedo a la nariz, y los dedos debe impregnarlos de Iodine dentro de las uñas para tratar de evitar que se transfieran estas bacterias, además de hacer antibióticos. El enterobacter cloacae es una bacteria que vive en el intestino, hay otras bacterias que no es el caso, como la Escherichia coli que es muy frecuente que produce infecciones está dentro de la flora intestinal. La pseudomonas aeruginosa generalmente es en zonas húmedas, las pueden tener las personas en todo el cuerpo o también en ambientes hospitalarias. La pregunta es, esa señora las adquirió en el hospital o las tenía ella, cómo podemos deducir esto, a ver, el primer estado de infección que tuvo ella fue cuando le hicieron una venoclisis y tuvo una flebitis, ¿será que limpiaron mal o será que le limpiaron bien?, puede muchas veces limpiar bien, pero la bacterias están de una forma profunda que puede inocular eso, ah, pero es que esa bacteria la adquirió en el hospital; pero si una mira, de pronto la tenía ella, o de pronto esa bacteria, ¿cierto?, que uno puede decir con certeza que fue el hospital, si fue la primera vez que la señora entró al hospital, entró a un hospital, y adquirió una bacteria, pues, uno dice seguramente fue del hospital. Pero cuando miramos esto, esta señora ha estado en otros hospitales, el cateterismo cardiaco que le hicieron a la señora fue en otro hospital, porque eso no se lo hicieron en el hospital San Jorge, ahí pudo haber adquirido bacterias ahí del entorno hospitalario, la señora fue operada de las varices en los miembros inferiores, estuvo en otro hospital; la señora la operaron de la vesícula también en otro hospital, la operaron del radio izquierdo por una caída, ahí le pusieron una placa, eso fue adquirido, pues, de pronto fue en otro hospital; la fractura de la cadera que es de pronto la más grave de todas también. Entonces, ella a estado a través de su vida, durante muchos años en un entorno hospitalario, ¿no?, entonces, decir uno que esa bacteria es del hospital San Jorge es complicado, y si vamos a decir que es una bacteria hospitalaria es muy complicado para hablar de forma cierta, con certeza que fue el hospital. (audiencia de pruebas entre 1h:26min a 1h:30min)

Reforzando lo previamente señalado, cabe subrayar la respuesta de la infectología, pues, según los manifestado en audiencia de pruebas, las primeras bacterias con las cuales se infectó la actora,

no se encuentran en el lugar donde estuvo ubicada, me permito citar:

Karen Ordoñez: Pues, en el perfil epidemiológico, nosotros tenemos que evaluar el servicio donde está el paciente, porque una cosa es el perfil de la unidad de cuidado intensivo, otro es el de hospitalización, otro de urgencia, esa paciente estaba en el servicio de hospitalización, entonces, en el servicio de hospitalización los microorganismos más frecuente son el Escherichia coli, Klebsiella pneumoniae. Pseudomona y enderobacter no son frecuentes en los pisos, es como de los gérmenes menos usuales, pseudomonas mas importante en la unidad de cuidado intensivo pero en infecciones respiratorias, ahí es donde ella está, pero en servicio donde está la paciente no, no son usuales. (audiencia de pruebas entre min 28 a min 29)

Por ello, existe plena certeza de que la demandante no contrajo dichas bacterias en el hospital, de hecho, según lo señalado por el doctor Fernando Martínez Gil, la demandante al tener un numero considerable de comorbilidades y al ser intervenida quirúrgicamente múltiples veces en diferentes hospitales, es muy probable que la bacteria haya sido previamente adquirida y se encontrara en su cuerpo esperando una "oportunidad" para manifestarse, cito expresamente:

Sra Juez: Dr usted nos manifestaba que podía ser una bacteria que hubiera adquirido en una intervención quirúrgica previa en otro centro de salud. ¿Esas bacterias permanecen en el organismo mucho tiempo después de adquiridas?

Fernando Martinez Gil: Puede ser toda la vida

Sra juez: ¿Y finalmente se presentan cuando existe un foco en el cual se genera la infección?

Fernando Martinez Gil: Son bacterias oportunistas que se llaman, oportunistas, entonces, por decir algo, una persona que le hacen un remplazo de cadera, que es lo primero hace, hay que llevarla a odontología, porque si tiene una caries o algo, es mejor quitarle eso, porque tiene bacterias y esas bacterias pueden pasar al reemplazo de cadera, ¿porque?, porque es un metal, ¿cierto?. Entonces, toca mirar esas cosas, eso es, eso es como lo ideal, ósea, pueden estar ahí toda la vida, y esperando como un momento que haya una oportunidad, por eso se llama gérmenes oportunistas, una oportunidad, que haya como un caldo de cultivos, que haya como un hematoma, que haya una baja de defensas, para ellos salir y manifestarse, o pueden estar toda la vida ahí latentes y uno se puede morir, y de pronto, uno puede tener una bacteria muy patógena pero nunca se manifestó.

Sra Juez: ¿la bacteria que la paciente adquirió al año siguiente, en el 2018, es una bacteria diferente a la que tenia de manera inicial después de la cirugía?

Fernando Martinez Gil: Si, claro. Porque, mire, ahí hablan de un estafilococo, la primera bacteria fue un enterobacter cloacae junto con la pseudomona. En el segundo cultivo fue sin bacteria, el tercero cultivo, el cuarto, y ya el ultimo, años despues cuando le quitaron eso, fue un estafilococo. El estafilococo es un germen oportunista, que es el mismo que yo le comentaba el de la nariz.

Sra Juez: entiendo, ¿y es frecuente que se presenten durante el tiempo que dura el material de osteosíntesis instalado diferentes tipos de bacteria?

Fernando Martinez Gil: Pues, generalmente, son oportunistas, lo que pasa es que, digamos la mas importantes eran los primeros, que esos fueron los que produjeron la infección, ya los demás fueron gérmenes oportunistas que realmente no fueron representativos. (audiencia de pruebas entre 1h:38 min a 1h:41min)

De la cita anterior, se puede concluir varias cosas:

- Las bacterias de la primera infección y la segunda fueron diferentes, tal y como había señalado previamente la doctora Ordoñez.
- Las bacterias con las que se infectó la actora son oportunistas, es decir, esperan la “oportunidad” para manifestarse, dependerá de las condiciones en que este la paciente.
- La actora al estar en diversos hospitales se expuso a múltiples bacterias de dichos centros hospitalarios, por ello, es posible que al fracturarse el hueso y al colocarse el material, dichas bacterias se hayan manifestado, pero no por ello tales bacterias sean del hospital demandado.
- Las bacterias de la primera infección fueron erradicadas adecuadamente, dado que los cultivos finales no reflejaron infección alguna, tal y como previamente lo expuso igualmente la doctora Ordoñez.

Asimismo, sobre este último punto, es preciso aclarar que el material no podía ser retirado, pues, era necesario para el tratamiento y cuidado de la paciente (no hay que olvidar que tenía una fractura), por ello, lo que se realizó fue un tratamiento antibiótico y si esto fallaba la última opción era el retiro del material¹. No obstante, ello no fue necesario, porque la actora fue tratada adecuadamente y el tratamiento antibiótico funcionó, pues, ambos doctores expresaron que en los cultivos ya no se veía la existencia de tales bacterias.

En conclusión, observando que no se aportaron medios de prueba que acreditaran que la ocurrencia del hecho se deba realmente a una falla en la prestación del servicio por parte del **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA** no es viable declarar responsabilidad alguna, pues, no se aportó prueba técnica que evidencie una mala praxis; además, las bacterias ya estaban presente en la actora y ni siquiera eran bacterias frecuentes en el área en donde se encontraba internada la demandante, por ello, no se probó que tales hayan sido adquiridas de manera intrahospitalaria.

B. HECHO DE LA VICTIMA

Si bien es cierto dentro de las pruebas aportadas por las partes dentro del proceso no se evidencia la existencia de una falla en la prestación del servicio médico o algún tipo de responsabilidad objetiva, no está demás aclarar que la conducta determinante de la infección de la actora y el prolongado tratamiento fue las comorbilidades que padecía la señora Elvira Gómez, dado que los galenos actuaron conforme a los protocolos establecidos, pero las complicaciones y la infección se produjo por las condiciones clínicas de la paciente.

En este punto es importante resaltar la extensa jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el hecho o culpa de la víctima, toda vez que esta ha determinado que *“para que el hecho o culpa de la víctima como causal eximente de responsabilidad tenga plenos efectos liberatorios, resulta determinante*

¹ Así lo indicó la Dra Karen Ordoñez en audiencia de pruebas entre el minuto 25 a minuto 26 de la grabación de esta. Igualmente, fue claramente explicado por el Dr Fernando Martinez en la misma audiencia, como consta en la 1h:34 min a 1h:35 min de la grabación de la audiencia de pruebas.

que la conducta del propio perjudicado sea fundamento y raíz del menoscabo, es decir, que el comportamiento de éste se erija como causa adecuada, decisiva y determinante en la producción o resultado del hecho lesivo o que haya contribuido a su propia afectación debiendo o pudiendo evitarla” (Consejo de Estado, 2024, rad. 47001233100020110047101 (68514)).

No es menos cierto que la atención médica es una actividad que cuando su responsabilidad es objeto de análisis, no se hará por el resultado, sino por los medios. Dado que la medicina no es una ciencia exacta, y nadie está obligado a lo imposible, pues, el hecho de que una persona asista a un centro médico no hace que automáticamente sea curado o salvado. Es así, que el estado clínico de un paciente, por regla general, es la causa eficiente del resultado (las clínicas y urgencias están diseñadas para pacientes que no están en condiciones de salud normales), y solamente, cuando se llegase a probar un desconocimiento de los protocolos, o la ciencia vigente al momento del suceso y disponible por los centros médicos, la condición del paciente pasa a un según plano y se entra a analizar la responsabilidad médica. Por ello, resulta claro evidenciar que, en este proceso, la condición de la señora Elvia Gómez fue determinante para que se presentara la infección, incluso, su prolongada estancia en centro hospitalario, pues, es claro que la actora tenía unas comorbilidades muy amplias, tal y como consta en la historia clínica:

Fecha Actual : miércoles, 27 marzo 2019

HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA
NIT: 800231235
CARRERA 4 N° 24-88 TEL 3356333-42
HISTORIA CLÍNICA

EVOLUCION			
N° Historia Clínica:	41647422	Edad En El Momento De La Atención	64 Años \ 6 Meses \ 25 Días
DATOS PERSONALES			
Nombre Paciente:	ELVIA GOMEZ DE ARISTIZABAL	Identificación:	41647422
Sexo:	Femenino	Fecha Nacimiento:	31/diciembre/1951
Edad Actual:	67 Años \ 2 Meses \ 27 Días	Estado Civil:	Casado
Dirección:	CALLE 73 22 74 CUBA	Teléfono:	3273068
Procedencia:	PEREIRA	Ocupación:	HOGAR
DATOS DE AFILIACIÓN			
Entidad:	ASMET SALUD EPS S.A.S.		
Plan Beneficios:	ASMET SALUD ASOCIACION MUTUAL LA ESPERANZA EPS -S	Nivel - Estrato:	SUBSIDIADO 1
DATOS DEL INGRESO			
FOLIO N°	36	Fecha:	26/07/2016 16:21
Responsable:	MARIA FABIOLA ARISTIZABAL	Teléfono Resp:	3389214
Dirección Resp:		N° Ingreso:	1420796
Fecha:	22/07/2016 08:21	Causa Externa:	Enfermedad_General_Adulto
Finalidad Consulta:	No_Aplica		

SUBJETIVO
* SE FORMULA 27.07.16

OBJETIVO
*

ANALISIS
*

SINTOMATICO RESPIRATORIO NO

PLAN
* SE FORMULA 27.07.16

TIPO DE AISLAMIENTO
Valoración Especializada

ANTECEDENTES

FECHA	TIPO	OBSERVACION
22/07/2016	Médicos	HTA, GASTRITIS, HERNIA HIATAL DX POR ENDOSCOPIA, HIPERLIPIDEMIA MIXTA, SCA TIPO ANGINA INESTABLE???
22/07/2016	Quirúrgicos	CATERISIMO CARDIACO, COLECISTECTOMIA, SAFENECTOMIA, REDUCCION DE FRACTURA DE CADERA IZQUIERDA. ATRAUMATICOS FX CADERA IZQU. FX ANTEBRAZO IZO.
22/07/2016	Farmacológicos	LOSARTAN 50 MG DIA, METOPROLOL 50 MG C/12 HRS, ASA 100 MG DIA, ATORVASTATINA 40 MG NOCHE, AMLODIPINO 5 MG NOCHE.

PLAN DE MANEJO	Concentracion	Cantidad	Observaciones
ACETAMINOFEN 500 mg TAB	500 MG TAB	4	1 TABLETA VIA ORAL CADA 6 HORAS.
LOSARTAN 50MG TAB	50MG	2	1 TABLETA VIA ORAL CADA 12 HORAS.
METOPROLOL 50 MG TAB	50MG	2	METOPROLOL 50 MG V.O C/12 HRS
ATORVASTATINA 40 MG TAB	40MG	1	ATORVASTATINA 40 MG V.O NOCHE
AMLODIPINO 5 MG TAB	5 MG	1	AMLODIPINO 5 MG V.O NOCHE.
ENOXAPARINA SODICA 40 MG/0.4 ML SOL INY	40MG/0.4ML	1	ENOXAPARINA 40 MG SC DIA (SUSPENDER 24 HRS ANTES DE CUALQUIER PROCEDIMIENTO)
DIPIRONA SODICA 1 GM/2 ML SOL INY X 2 ML	1 GM/2 ML	8	APLICAR 2 AMP IV CADA 6 HORAS DILUIDA EN 100CC SSN
TRAMADOL HCl 100 mg/2 ml SOL INY	100 MG/2 ML	3	MEDIA AMP CADA 8 HRS EN CASO DE PERSISTIR DOLOR.
OMEPRAZOL 40 MG (E) POLVO P/INY	40MG	1	OMEPRAZOL AMP 40 MG APLICAR 1 AMP IV CADA DIA DIL EN 100 CC DE SSN
SODIO CLORURO AL 0.9 SOL INY X 100 ML BOLSA	0.9%	8	PARA DIL

DIAGNOSTICOS

I10X	HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA)	<input type="checkbox"/>
S724	FRACTURA DE LA EPIFISIS INFERIOR DEL FEMUR	<input checked="" type="checkbox"/>

Dx Principal

Lo cual fue resaltado y explicado de manera detallada en audiencia de pruebas por el Dr Fernando Martínez Gil, siendo precisos este señaló lo siguiente:

Fernando Martínez Gil: Ella tenía unos antecedentes muy complicados que afectaban gravemente su estado de salud, una comorbilidad, eh, muy amplia, en el sentido de que a sus 64 años pues tenía ya varias cirugías, varios ingresos hospitalarios y varias complicaciones. Tenía unas cirugías previas de en los miembros inferiores de unas varices, unas safectomia, unas cirugías de vesícula previamente, estamos hablando 2016. En el 2011, se habla de que ella, o en el 2014, ya tenía una problemas cardiacos de unas anginas inestable, cuando uno mira en la historia, pues, uno ve que ella tenía un problema de movilidad, porque no era capaz de caminar más de 3 cuadras en planos, no modo de decir que en subida o en escalas; porque cuando caminaba 3 cuadras presentaba dolor en el pecho irradiado al miembro inferior izquierdo ósea el brazo, como de angina, como de infarto; para lo cual, el cardiólogo le hizo un manejo y le hicieron cateterismos cardiacos, ósea, que por ahí ya tenemos pues unos problemas pues ya complicados de la parte cardiovascular. En ese entonces a ella también le detectaron unos problemas cardiacos de unos problemas de válvulas, unos problemas de hipertensión, de hipercolesterolemia. Bueno, anexado a eso también, tenemos que eh desde de vista osteomuscular, como dice en la historia, que si miramos ahí hay una historia del doctor fisiatra, del dr Juan Carlos restrepo en el 2011, en la cual, pues, ella sufría de dolores

crónicos a nivel de la columna que se le irradiaba en los miembros inferiores desde 2005, para lo cual, después de haberle hecho todo su manejo, 6 años después en el 2011, sin mejoría de esos dolores, el doctor ordenó hacerle una infiltración epidural en su columna con la intención de tratar de mejorar ese dolor, porque eso le causaba dolores crónicos y problemas para caminar, la otra parte importante ahí, es dentro de la parte osteomuscular, es que ella había tenido ya, este era la cuarta fractura que había tenido, con la que estamos hablando; hay también una fractura del radio que fue operada, tenía una fractura de la cadera, que fue operada; tenía una fractura de pelvis, que esa sano sin cirugía, y esta la cuarta fractura. ¿Qué tiene en común estas cuatro fracturas?, estas fracturas tienen dos cosas en común importantes. Primero que todo, todas fueron del lado izquierdo, entonces, eso ya implica que ella tenía un problema de movilidad y de equilibrio gravísimo, porque la señora se caía. Fuera de eso, cuando usted mira en la parte de la historia, habla de lesiones que son traumáticas, son lesiones que son o de baja energía o se fractura sola, entonces ya no se está hablando de que su sistema óseo, su sistema de los huesos, donde también habla las historias de que existe una desmineralización, pues, estaba prácticamente muy alterado, unos huesos muy blanditos, órgano que no se usa pues, se atrofia. Entonces, era muy frágil, entonces, eso implicaba que esa señora prácticamente, los huesitos eran como un suspir. En este contexto recibimos a la paciente en el hospital. (audiencia de pruebas entre 1h:08 min a 1h:13 min)

Nótese que la actora ya tenía graves problemas de movilidad, a tal punto de que no podía caminar sin caerse y exponerse a una fractura. Igualmente, no está demás explicar el procedimiento de lavado, pues es cierto que el lavado se realizó de manera tardía, pero en realidad fue para proteger la vida de la señora Elvira, toda vez que la demandante presentó problemas cardíacos, adicionales a los que ya tenía, que podrían comprometer su vida en los lavados quirúrgicos, como se aprecia de la historia clínica:

Hospital Universitario San Jorge
 NIT: 800231235
 CARRERA 4 N° 24-88 TEL 3356333-42
HISTORIA CLÍNICA

EVOLUCION			
N° Historia Clínica:	41647422	Edad En El Momento De La Atención	64 Años \ 6 Meses \ 28 Días
DATOS PERSONALES			
Nombre Paciente:	ELVIA GOMEZ DE ARISTIZABAL	Identificación:	41647422
Sexo:	Femenino	Fecha Nacimiento:	31/diciembre/1951
Edad Actual:	67 Años \ 2 Meses \ 27 Días	Estado Civil:	Casado
Dirección:	CALLE 73 22 74 CUBA	Teléfono:	3273068
Procedencia:	PEREIRA	Ocupación:	HOGAR
DATOS DE AFILIACIÓN			
Entidad:	ASMET SALUD EPS S.A.S.		
Plan Beneficios:	ASMET SALUD ASOCIACION MUTUAL LA ESPERANZA EPS -S	Nivel - Estrato:	SUBSIDIADO 1
DATOS DEL INGRESO			
FOLIO N°	45	Fecha:	29/07/2016 15:27
Responsable:	MARIA FABIOLA ARISTIZABAL	Teléfono Resp:	3389214
Dirección Resp:		N° Ingreso:	1420796
Fecha:	22/07/2016 08:21	Causa Externa:	Enfermedad_General_Adulto
Finalidad Consulta:	No_Aplica		

SUBJETIVO
 PACIENTE EN EL MOMENTO CON ANEMIA SEVERA SINTOMATICA E HIPOKALEMIA. SE INDICA TRANSFUNDIR 2 U GRE E INICIAR REPOSICION DE POTASIO. ANTE ALTA SOSPECHA DE SCA SECUNDARIO SE SOLICITA MANEJO ANTISQUEMICO.

OBJETIVO
 PARACLINICOS HB 7.1 CPN114 NA 145 MG 1.6 K 2.9

ANALISIS
SINTOMATICO RESPIRATORIO NO
PLAN
 P/REPORTE TROPONINAS.
TIPO DE AISLAMIENTO
 Valoración Especializada

ANTECEDENTES		
FECHA	TIPO	OBSERVACION
22/07/2016	Médicos	HTA, GASTRITIS, HERNIA HIATAL DX POR ENDOSCOPIA, HIPERLIPIDEMIA MIXTA, SCA TIPO ANGINA INESTABLE???
22/07/2016	Quirúrgicos	CATETERISMO CARDIACO, COLECISTECTOMIA, SAFENECTOMIA, REDUCCION DE FRACTURA DE CADERA IZQUIERDA. ATRAUMATICOS FX CADERA IZQU, FX ANTEBRAZO IZQ.
22/07/2016	Farmacológicos	LOSARTAN 50 MG DIA, METOPROLOL 50 MG C/12 HRS, ASA 100 MG DIA, ATORVASTATINA 40 MG NOCHE, AMLODIPINO 5 MG NOCHE.

PLAN DE MANEJO	Concentracion	Cantidad	Observaciones
ACIDO ACETILSALICILICO 100 MG TAB	100 MG TAB	3	3 TAB VO
CLOPIDOGREL 75 mg TAB	75 MG	4	4 TAB VO
ENOXAPARINA SODICA 40 MG/0.4 ML SOL INY	40MG/0.4ML	2	1 AMP CADA 12 H
ATORVASTATINA 40 MG TAB	40MG	2	2 TAB VO
POTASIO CLORURO 2 MEG/ML SOL INY X 10 ML	2 MEG/ML	4	MEZCLA
MAGNESIO SULFATO AL 20% SOL INY X 10 ML	20%	1	1 AMP EV DIA
AGUA ESTERIL P/INY x 500 ml	500 ml	1	500 CC + 2 AMP DE NATROL + 2 AMP DE KATROL - PASAR EN BOMBA DE INYECCION GENERAL

DIAGNOSTICOS		Dx Principal
S724	FRACTURA DE LA EPIFISIS INFERIOR DEL FEMUR	<input type="checkbox"/>
I10X	HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA)	<input type="checkbox"/>
I209	ANGINA DE PECHO, NO ESPECIFICADA	<input checked="" type="checkbox"/>

Asimismo, se debe tener de presente que con fundamento en lo expuesto en el acápite anterior, la demandante ya tenía, debido a las diversas cirugías practicadas en otros hospitales, las bacterias en su organismo y en razón a su bajas defensas estas se manifestaron y se complicaron, incluso, la actora tenía problemas graves de nutrición, lo cual fue un factor determinante para que las bacterias se manifestaran y atacaran la salud de la actora tanto en el centro hospitalario como mucho tiempo después, al respecto de la importancia de la nutrición el doctor Martínez indicó lo siguiente: *“la importancia desde el punto de vista de cómo responde, como tengo yo mi reserva inmunológica proteína para responder ante los eventos adversos e infecciones, problemas, pues, responde muy mal, porque no tiene reserva, no tiene proteína, y como sabemos que un sistema inmunológico necesita de buena nutrición, necesita de buenas proteínas para poder defenderse”*. (audiencia de pruebas entre 1h:20min a 1h:21 min). Sumado a esto, las comorbilidades son un factor que influyen en las infecciones, tal y como lo expuso la dra Karen Ordoñez en audiencia de pruebas².

Asimismo, no se debe descartar que las bacterias de la infección inicial hayan sido transmitidas a la herida quirúrgica de la paciente por la falta de higiene y cuidado de esta, pues, como se indicó, son bacterias que se encuentran en nuestro cuerpo, en el caso del *enterobacter* y la *pseudomonas* en el intestino, y que pueden viajar por el indebido lavado de manos a otras partes del cuerpo y

² Al respecto ver audiencia de pruebas entre el min 23 al min 24

colonizarlo.³ Por otro lado, tal y como se ha explicado a lo largo del escrito, la segunda bacteria no guarda relación alguna con las bacterias encontradas inicialmente, pues, el estafilococo es una bacteria que se encuentra en la piel, y cualquier herida posterior a la intervención quirúrgica hizo posible que este ingresara al torrente sanguíneo y se “pegara” a al material que se encontraba en la herida, pero dicho resultado tampoco es atribuible al hospital demandado.

Por ello, resulta claro que el cuadro clínico de la paciente fue determinante para que esta sufriera dicha infección, pues, las dos posibilidades que existen del por qué esta resultó infectada la primera ocasión son: 1. Que debido a las múltiples intervenciones quirúrgicas, la actora haya adquirido la bacterias y se encontrasen esperando una oportunidad, la cual se dio cuando se fracturó el hueso 2. Que debido a las malas costumbres o malas prácticas haya existido un indebido lavado de manos que haya provocado la inoculación de esas bacterias del intestino a la herida. Cabe anotar, que ambas posibilidades únicamente son posibles por un hecho de la víctima. Asimismo, resulta mas que evidente que la segunda infección no fue por las mismas bacterias, sino por una que se encuentra en la piel o en la nariz (*estafilococo aureus*), y que una cortada en la piel o en la nariz sumado a una baja de defensas y múltiples comorbilidades hicieron posible que la actora se infectara en una nueva ocasión, pero se reitera dicha infección tampoco es responsabilidad del hospital demandando.

En consecuencia, si bien no existió falla en la prestación de servicio de salud, ni mucho menos la infección bacteriana se produjo de manera intrahospitalaria, teniendo presente que se le brindó la atención adecuada y se suministraron los medicamentos pertinentes; además, de que la bacteria muy probablemente ya se encontraba en el organismo de la demandante previo a la intervención quirúrgica o es muy probable que las malas prácticas de la actora (indebido lavado de manos) hayan provocado que la infección se produjese, la condición clínica de la víctima y dichas malas prácticas fueron lo que realmente desembocó en la infección y afectación del estado de salud.

D. SE PROBÓ QUE EL SUPUESTO DAÑO Y LOS PERJUICIOS TUVIERON COMO FUENTE LA COMORBILIDADES DE LA ACTORA- INEXISTENCIA DE LA CERTEZA DEL DAÑO.

Dentro del material probatorio se pueden constatar que no hay certeza de la existencia del daño, toda vez que el origen del daño proviene de las comorbilidades que ya tenía la actora, y no de una acción u omisión del **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**. Adicionalmente, no existe prueba alguna de que la bacteria haya sido adquirida en la E.S.E. demandada.

La jurisprudencia contenciosa administrativa ha señalado desde muchas décadas los elementos constitutivos de la responsabilidad, y los elementos para que esta se configure, al respecto el Consejo de Estado ha indicado que:

La cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política es el fundamento con el cual se resuelve todo debate acerca de la obligación de reparar a cargo del Estado, cuyos elementos esenciales son el daño antijurídico y la imputación. El daño es el primer elemento de la responsabilidad y para que se entienda debidamente estructurado la parte interesada debe demostrar que **es cierto**, en la medida en

³ Así fue explicado por el Dr Martínez en audiencia de pruebas entre 1h:31min a 1h:32min

que aparezca como una disminución patrimonial o extrapatrimonial para el demandante, sin que pueda ser resarcido lo eventual o hipotético; antijurídico, porque se configura la lesión a un derecho o a un interés legítimo que no debe ser tolerada por la víctima, es decir, el ordenamiento no impone el deber jurídico de soportarlo, y personal, por cuanto la víctima debe ser determinada o determinable, comoquiera que es a quien deberá otorgarse la indemnización en caso de que concurren los requisitos restantes. (Consejo de Estado, 2024, rad. 76001-23-33-000-2014-00902-01 (68.163))

Con fundamento a lo anterior, es más que evidente que para que exista un daño debe existir una certeza sobre la disminución patrimonial o extrapatrimonial directa que sufra la actora como consecuencia del hecho. Ahora bien, es menester indicar al despacho que según los demandantes el daño se produjo como consecuencia de una bacteria que produjo la pérdida de la movilidad de la actora, como se aprecia en hecho “15” de la demanda:

15. La dificultad en la recuperación de mi prohijada **ELVIA GOMEZ DE ARISTIZABAL** quien presenta limitación en movilidad y fuertes dolores en su pierna izquierda, la tienen hoy en día como un sujeto en condición de discapacidad; Asimismo, los problemas económicos al no poder laborar y al haberle cambiado ostensiblemente sus condiciones de vida, le ha ocasionado un detrimento en su salud mental que también ha afectado a su núcleo familiar, dentro de una patología diagnosticada mediante historia clínica mental psiquiátrica del 14 de febrero de 2018, como: Trastorno mixto de Ansiedad y Depresión, Secuelas de otras fracturas de miembro inferior y otro dolor crónico. Hecho que se prueba con historia clínica del E.S.E HOSPITAL MENTAL DE RISARALDA – PEREIRA del 14 de febrero de 2018.

Nótese que la demandante señala como responsable de las afectaciones en la movilidad la dificultad de la recuperación, debido a las bacterias. No obstante, eso no es cierto, pues quedó probado que los problemas de movilidad de la actora son debido a comorbilidades de esta, sobre este punto el doctor Martínez manifestó que la pérdida de la movilidad de la señora Elvira se debe una causa multifactorial por las comorbilidades que la demandante tenía ⁴. Aunado a esto, tal y como fue explicado en el primer acápite, la demandante salió del hospital sin ninguna infección, pues fue tratada adecuadamente, incluso, volvió a la cita de control caminando, lo cual no hubiese sido posible en caso de quedar con secuelas de osteomielitis.

Asimismo, cabe resaltarse que las supuestas secuelas psicológicas y afectaciones morales no guardan relación con la atención brindada, sino al accidente que sufrió la actora. Tal y como se aprecia de la historia clínica allegada con la demanda:

⁴ Ver audiencia de pruebas entre 1h:21min a 1h:24min

E.S.E HOSPITAL MENTAL DE RISARALDA - PEREIRA	
Nit: 891412134-1 Dirección: Av 30 de Agosto Cra 13 # 87 76 Tel: 3373444	
HISTORIA CLINICA MENTAL PSIQUIATRICA	
Paciente	GOMEZ DE ARISTIZABAL ELVIA
Identificación	CC 41647422
Fecha de Nac	31/12/1951
Dirección	CRA 23 74 89 ORMAZA (Ciudad PEREIRA
Etnia	Otras etnias
Eps	ASMET SALUD EPS SAS PGP
Edad	66 A Genero F
Admisión	HM113305
Barrio	---
Historia	41647422
Zona	U
	Fecha Atención 15/08/2018 08:18
Motivo	CONTROL
Enfermedad Actual	VIENE CON LA HIJA MARISOL ARISTIZABAL GOMEZ. EL PASADO 25 DE MAYO LE RETIRARON EL MATERIAL DE OSTEOSINTESIS. AYER LE TOMARON LAS RX Y A FIN DE MES, LE VERA EL ESPECIALISTA. EL CASO ESTA CON ABOGADO. PORQUE EL ACCIDENTE FUE PORQUE LA PUERTA DEL MEDIO DE TRANSPORTE SE CERRO, Y LE FX LA RODILLA IZQ. LUEGO SE COMPLICÓ CON OSTEOMIELITIS. EL ABOGADO DEMANDO AL MEDIO DE TRANSPORTE PERO HASTA AHORA NO HAN TENIDO RTA ELLA SE QUEJA DE CONTINUAR CON IRRITABILIDAD, INSOMNIO, IDEAS DE INCERTIDUMBRE DE COMO QUEDARA EN EL FUTURO.... "YO QUEDE TODA INVALIDA" PERO CAMINA CON CAMINADOR. ELLA NECESITA SUPERVISION PARA BAÑARSE Y VESTIRSE, PORQUE SIENTE QUE TIENE "MUERTA LA PIERNA " SIENTE HORMIGUEOS" SIENTE QUE NO TIENE FUERZA EN LA MISMA NO ASISTE A FISIOTERAPIA, PORQUE EL ORTOPEDISTA AUN NO LA HA VALORADO DESDE QUE SE ACCIDENTO, REPORTA PANICO SALIR A LA CALLE, MIEDO INEXPLICABLE, COMO " SI ALGO ME FUERA A PASAR " NO HA PODIDO VOLVER A SUBIR AL MEDIO DE TRANSPORTE, LO EVITA AHORA LO HACE EN TAXI, NO VOLVIO A PASAR POR EL LUGAR POR DONDE SE ACCIDENTO, ELLA CREE QUE SENTIRIA MUCHO MIEDO HA PRESENTADO PESADILLAS, DEL MOMENTO EN QUE SE ACCIDENTO, ELLAS HAN IDO DISMINUYENDO GRADUALMENTE, CON SU ORACION. APETITO CONSERVADO. AUMENTO DE PESO. LA HIJA CORROBORA QUE ELLA NO COME CASI LO ATRIBUYEN A LA QUIETUD. VER H C ANTERIOR
Personalidad Previa	VER H C ANTERIOR
Revisión por sistemas	EL DOLOR EN LA RODILLA HA REMITIDO. LO QUE LE MOLESTA ES ESE "DESTEMPLAMIENTO " EN LA PIERNA. EL DOLOR APARECE CUANDO ESTA MUCHO TIEMPO PARADA O SENTADA.
Examen Fisico	

Es así que resulta claro que las afectaciones morales o psicológicas no fueron resultado de la intervención quirúrgica, ni mucho menos de la infección que la actora padeció (que no es imputable al centro médico), sino al parecer del trauma generado por un accidente automovilístico o un accidente relacionado con el sistema de transporte público. Por ello, resulta claro que tanto el daño como los perjuicios tiene un origen completamente diferente al que pretende imputar la parte demandante.

Por ende, al no existir certeza del daño alegado y el origen de este, no se reúnen los requisitos establecidos en la responsabilidad administrativa, conllevando, la inexistencia de responsabilidad por parte de la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**, teniendo presente que el supuesto daño se debe al mal estado de salud de la demandante y a un accidente previo a la hospitalización en el centro de salud.

E. DE LA ORFANDAD PROBATORIA SOBRE LA EXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS ALEGADOS POR LA PARTE ACTORA – EXCESIVIDAD EN LAS SOLICITUDES INDEMNIZATORIAS - ÁNIMO INJUSTIFICADO DE LUCRO

De acuerdo a lo probado en el plenario, se logró evidenciar que no existe responsabilidad frente al **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**, así como tampoco hay lugar a reconocer suma indemnizatoria por los perjuicios alegados, principalmente cuando la parte actora no se ocupó de probar su realidad, causación ni extensión de los mismos frente a esta entidad. Las

pruebas recaudadas no otorgan una convicción real sobre la producción, naturaleza, y la cuantía del supuesto detrimento patrimonial irrogado, el cual, al no ser objeto de presunción, no puede ser reconocido sin mediar pruebas fehacientes de su causación.

- **IMPROCEDENTE CUANTIFICACIÓN E INEXISTENCIA DE PERJUICIOS MORALES**

Inicialmente, la tasación propuesta del daño moral es exorbitante y en tal virtud, no puede ser tenida en cuenta por el despacho, toda vez que no existe prueba alguna del daño, adicionalmente, la pretensión resulta excesivamente cuantificada al solicitarse la suma de **ochenta (80) SMLMV**, para la supuesta víctima y su esposo, y cuarenta (40) SMLMV para sus hijos. Esta petición resulta antitécnica y desconoce los parámetros jurisprudenciales para su reconocimiento, pues no se acreditó a través de prueba médica o dictamen de PCL que las secuelas que tuvo la actora fuesen igual o superiores al 50% de pérdida de la capacidad laboral ni que fueran consecuencia directa de la hospitalización en el centro de salud; por tanto, no puede solicitar reconocimiento igual al máximo en el caso de las lesiones más graves, sobre todo sin ni siquiera acreditar que dichas secuelas fueron el resultado de la infección.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en sentencia de 25 de mayo de 2010 indicó sobre la importancia de los elementos probatorios lo siguiente:

Al Juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinado a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocar.

Es importante enfatizar que la demandante nunca probó que el daño y su perjuicio sean consecuencia de una conducta activa u omisiva del asegurado. Igualmente, se resalta que la actora ya padecía de grave comorbilidades que realmente fueron las desencadenantes de sus secuelas.

Por otro lado, al no existir un dictamen o examen médico que evidencie una pérdida de la capacidad laboral igual o mayor al 50% y que permita demostrar que las lesiones de la señora **Elvia Gómez** deben cuantificarse con el máximo baremo fijado por la Sección Tercera el Consejo de Estado, no hay lugar al reconocimiento de semejante tasación por daño moral.

Así mismo, debe resaltarse que no se probó en el plenario el supuesto daño inmaterial de ninguno de los otros demandantes, sin que se prueben los hechos que evidencian que el supuesto accidente haya realmente afectado a cada uno de los demandantes. Por tanto, al no allegarse prueba del perjuicio inmaterial solicitado, no hay lugar al reconocimiento de los mismos, pues ante la incertidumbre de su ocurrencia, no hay otro camino que no concederlos.

- **TASACIÓN EXORBITANTE E IMPROCEDENTE RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA SALUD**

Con respecto a la solicitud de reparación del daño a la salud, no se arrimó una sola prueba que diera cuenta de las supuestas secuelas padecidas por la demandante debido a la infección bacteriana padecida que es objeto de demanda sean superiores o iguales al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, tampoco se evidencia que el accidente se haya presentado por una conducta omisiva del asegurado. Por lo cual, al no estar probados estos elementos esenciales, lo alegado en el líbello inicial tendrá que tenerse por desestimado. Adicionalmente, de forma equivocada se solicita la suma de **100 SMLMV** para la víctima directa del hecho por daño a la salud, no obstante, no aporta documento que evidencia por qué se tendría que tasar en ese monto.

Así las cosas, ante la desmesurada solicitud del daño a la salud estimado en **100 SMLMV** para la supuesta víctima directa del hecho, es claro que no podrá proceder tales pretensiones, toda vez que es evidente el ánimo especulativo de la errónea tasación de estos perjuicios, en tanto el mismo resulta claramente exorbitante e improcedente.

F. SE ACREDITÓ QUE, EN EL EVENTO DE ACCEDERSE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, SE CONFIGURARÍA UN ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

Todo el material probatorio allegado al plenario comprueba que no hay lugar al reconocimiento de las pretensiones de la demanda, toda vez que no se configuró los elementos de la responsabilidad administrativa que se pretendía endilgar al aquí demandado y llamado en garantía, ni mucho menos los perjuicios reclamados, máxime cuando no indicaron el concepto del por qué se hicieron los requerimientos, ni el valor por el cual se solicita tal condena.

En este orden de ideas, no es viable imponer una condena y ordenar el resarcimiento de un detrimento por perjuicios no demostrados o presuntos, o si se carece de la comprobación de su magnitud y realización, ya que es inadmisibles la presunción en esa materia, de manera que una indemnización sin fundamentos fácticos ni jurídicos necesariamente se traducirá en un lucro indebido, como sucedería en un caso como el presente.

Razón por la cual, se solicita respetuosamente al despacho, negar las pretensiones de la demanda por no haberse demostrado la causación de una responsabilidad administrativa y en consecuencia el derecho a ser indemnizados.

CAPÍTULO III.

ANÁLISIS FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA REALIZADO POR LA E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA A ALLIANZ SEGUROS S.A.

Es menester manifestar al despacho que la vinculación de mi prohijada **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, se dio a través del llamamiento en garantía formulado por la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA** por el contrato de seguro documentado en la **Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínica y Hospitales No. 022040279 y 0222063**. Así las cosas, la mera vinculación de una aseguradora al proceso en virtud de un contrato de seguro existente no genera implícitamente que la póliza deba afectarse, cuando es obligatorio que se cumplan las condiciones particulares y generales de la misma.

Ahora bien, en el hipotético y eventual caso en que se acceda favorablemente a las pretensiones del extremo activo en este litigio, se precisa advertir cuáles fueron las condiciones generales y particulares pactadas en el contrato de seguro que sirvió de base para efectuar el llamamiento en garantía contra mi representada, pues son esas las que definen el amparo otorgado, las exclusiones, el límite asegurado o suma asegurada, el deducible, el coaseguro y las demás estipulaciones del aseguramiento, las cuales se constituyen como las únicas pautas contractuales que determinan el marco de las obligaciones de las partes en el contrato de seguro. Por lo tanto, de ella se puede establecer qué eventos generan o no obligación a cargo de la aseguradora, entendiendo incorporado en todo este contexto el régimen legal vigente a la celebración del contrato.

Por lo cual, se solicita al despacho la desvinculación de mi prohijada **ALLIANZ SEGUROS S.A.** en razón de lo siguiente:

A. SE PROBÓ LA INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE ALLIANZ SEGUROS S.A. POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICA Y HOSPITALES No. 022040279

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que no se realizó el riesgo asegurado en la **Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínica y Hospitales No. 022040279**, que estuvo vigente desde el 31 de enero de 2017 hasta el 30 de enero de 2018. En el expediente ciertamente no está demostrada la responsabilidad que pretende el extremo activo endilgar. Lo anterior, toda vez que la parte actora no cuenta con pruebas fehacientes para determinar la causación de los supuestos daños fue consecuencia de un actuar negligente o mala praxis del asegurado. Por el contrario, se encuentra probado que la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA** no tuvo injerencia en los supuestos daños aquí reclamados.

El Consejo de Estado ha intentado definir el contrato de seguro en su jurisprudencia, sobre todo el objeto del mismo, indicando lo siguiente:

El Código de Comercio no define el contrato de seguro, pero puede decirse que es aquel por medio del cual una persona legalmente autorizada para ejercer esta actividad, "(...) asume los riesgos ajenos mediante una prima fijada anticipadamente"; o dicho en otras palabras, es aquel contrato por el cual "(...) una parte, el asegurado, se hace prometer mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por la otra parte, el asegurador (...)". Se trata de un mecanismo de protección frente a múltiples riesgos que pueden afectar el patrimonio de las personas y que pueden ser asumidos por el asegurador, quien se compromete a pagar una indemnización en caso de realizarse tal riesgo -lo que se traduce en la producción del siniestro- a cambio del pago de una determinada suma de dinero, denominada prima. (Consejo de Estado, 2013, 25000-23-26-000-2000-02019-01(25472))

Con fundamento en la cita anterior, se debe tener en cuenta que la póliza se hace exigible una vez ocurre el siniestro, es decir, el cumplimiento del riesgo trasladado, entendiéndose riesgo según el Artículo 1054 Código de Comercio "*el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad*

del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador”.

En este orden de ideas, en concordancia con todo lo referenciado a lo largo del presente escrito, se propone este alegato toda vez que **ALLIANZ SEGUROS S.A.** no está obligada a responder, de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en el contrato de seguro. Así entonces, es necesario señalar que, al tenor de las condiciones generales documentadas en la **Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínica y Hospitales No. 022040279**, que estuvo vigente desde el 31 de enero de 2017 hasta el 30 de enero de 2018, que estuvo vigente desde el 01 de enero de 2019 hasta el 01 de enero de 2020, el amparo que se pretende afectar con la presente acción se pactó así:

Indemnizar los perjuicios que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad civil profesional en que incurra con relación a terceros, de acuerdo con la ley a consecuencia de un servicio médico, quirúrgico, dental, de enfermería, laboratorio, o asimilados, prestado dentro de los predios asegurados.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el riesgo asegurado en el contrato de seguro en comento no es otro que la “Responsabilidad Civil Profesional” en que incurra la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA** asegurado de acuerdo con la legislación colombiana. Dicho de otro modo, el contrato de seguro documentado en la **Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínica y Hospitales No. 022040279**, que estuvo vigente desde el 31 de enero de 2017 hasta el 30 de enero de 2018 entrará a responder, si y solo si el asegurado, en este caso la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA** es declarado patrimonialmente responsable por los daños irrogados a “terceros”, siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que enerve los efectos jurídicos del contrato de seguro. Así las cosas, esa declaratoria de responsabilidad Civil Contractual constituirá el “siniestro”, esto es, la realización del riesgo asegurado (Art. 1072 del C.Co.).

De acuerdo con la exposición anterior y teniendo en cuenta lo descrito en el libelo de demanda, así como los medios probatorios aportados al plenario, se tiene que el demandante no acreditó que efectivamente el riesgo asegurado se haya materializado por el concurso de los elementos propios de la responsabilidad y, por consiguiente, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar. En consecuencia, no se logra estructurar una responsabilidad civil en cabeza del asegurado, esto es, no se realiza el riesgo asegurado como condición *sine qua non* para activar la responsabilidad que, eventual e hipotéticamente, pudiera corresponder a la aseguradora.

Se concluye, que al no reunirse los supuestos para que se configure la responsabilidad, claramente no se ha realizado el riesgo asegurado por la **Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínica y Hospitales No. 022040279**, que estuvo vigente desde el 31 de enero de 2017 hasta el 30 de enero de 2018 que sirvió como sustento para llamar en garantía a mi procurada. En tal sentido, no surge obligación indemnizatoria alguna a cargo de la Aseguradora.

B. SE CONFIGURÓ LA OCURRENCIA DE LAS EXCLUSIONES DE AMPARO CONCERTADAS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICA Y HOSPITALES No. 022040279 y 02222063

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del contrato de seguro, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Lo cual, sucedió en el caso en marras.

Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la póliza. 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 seguro⁵

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.

Es menester señalar que la **Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínica y Hospitales No. 022040279 y 2222063**, señala que se tiene como exclusiones las que se encuentran en su clausulado general, dentro de este, encontramos la siguiente exclusión:

Contaminación paulatina

- Errores u omisiones del asegurado en el ejercicio de su actividad profesional. Responsabilidad civil profesional.
- Inobservancia de disposiciones legales u órdenes de la autoridad, de normas técnicas o de prescripciones médicas o de instrucciones y estipulaciones contractuales

Nótese que en el muy hipotético caso en que el despacho acoja la tesis de la parte actora, y se entienda que existió una infección bacteriana intrahospitalaria, que no fue así, se configuraría la causal antes señalada, teniendo presente que las bacterias habrían colonizados el centro hospitalario de manera paulatina. No está demás reiterar que la exclusión cumple con los requisitos de validez y eficacia contemplados, entre otros, en el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema

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.

Financiero y según la jurisprudencia unificada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC2879- 2022.

Adicionalmente, en caso de determinarse la existencia de una enfermedad nosocomial, es importante manifestar que fue a raíz de un incumplimiento normativo del asegurado frente a su protocolo de asepsia y de disposiciones de las autoridades de salubridad, por lo que estaría excluido.

En conclusión, bajo la anterior premisa, al configurarse las exclusiones que constan en las condiciones generales y particulares de la **Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínica y Hospitales No. 022040279 y 02222063**, que estuvo vigente desde el 31 de enero de 2017 hasta el 30 de enero de 2018, 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

C. EN EL REMOTO EVENTO QUE EL DESPACHO PROFIERA SENTENCIA CONDENATORIA, DEBERÁ TENER EN CUENTA LOS LÍMITES Y SUBLÍMITES PACTADOS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICA Y HOSPITALES No. 022040279 y 02222063

Tal y como se demostró al plenario, las condiciones determinadas en el contrato de seguros son obligaciones contraídas por la compañía aseguradora exclusivamente expresadas en su texto, las cuales por ningún motivo el despacho podrá desconocer. En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. La ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra de nuestro asegurado.

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

Ahora bien, exclusivamente en gracia de discusión, sin ánimo de que implique el reconocimiento de responsabilidad en contra de mi representada, se debe manifestar que en la **Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínica y Hospitales No. 022040279**, que estuvo vigente desde el 31 de enero de 2017 hasta el 30 de enero de 2018, se indicaron los límites para los diversos amparos pactados, de la siguiente manera:

Coberturas	Límite Asegurado Evento	Límite Asegurado Vigencia
1.Predios, Labores y Operaciones	2.200.000.000,00	2.200.000.000,00
10.RC. Profesional	2.200.000.000,00	2.200.000.000,00

Mientras que la No. 02222063:

Coberturas contratadas

Coberturas	Límite Asegurado Evento	Límite Asegurado Vigencia
1.Predios, Labores y Operaciones	2.200.000.000,00	2.200.000.000,00
10.RC. Profesional	2.200.000.000,00	2.200.000.000,00

Conforme a lo señalado anteriormente, el amparo (PREDIOS LABORES Y OPERACIONES), una vez verificada las condiciones particulares y generales de las cuales pende el contrato de seguro, podría ser afectado eventualmente por el Despacho. En todo caso, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados, **disponibilidad de la suma asegurada** y a la fehaciente demostración, por parte del asegurado en este caso, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

De conformidad con estos argumentos, respetuosamente solicito declarar probada este argumento denominado *Límites y sublímites máximos de responsabilidad del asegurador y condiciones de la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínica y Hospitales No. 022040279 y 02222063*, que estuvo vigente desde el 31 de enero de 2017 hasta el 30 de enero de 2018, los cuales enmarcan las obligaciones de las partes, planteada en favor de los derechos e intereses de mi procurada.

D. NO DEBE DESCONOCERSE QUE SE PACTÓ UN COASEGURO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICA Y HOSPITALES No. 022040279

La póliza utilizada como fundamento para vincular a mi representada como tercero patrimonialmente responsable, revela que la misma fue tomada por la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA** bajo la figura de coaseguro, por consiguiente, mi representada solamente debe responder hasta el porcentaje pactado dentro del contrato y no de manera solidaria con las coaseguradoras.

El artículo 1092 del Código de Comercio, al respecto, estipula que *“En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, **los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos**, siempre que el asegurado*

haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Lo consignado en la norma en cita se aplica al coaseguro, por estipulación expresa del artículo 1095 del estatuto mercantil, el cual establece: **“las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro”**. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Dada la figura del coaseguro y de conformidad con lo anterior, la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes indicado, ya que no existe solidaridad entre ellas.

En concordancia con lo señalado por el Consejo de Estado en Sentencia del 26 de enero de 2022 que reza *“Es claro para la Sala que las obligaciones que asumen las coaseguradoras son conjuntas en proporción al porcentaje de riesgo aceptado por cada una de ellas y no existe en este caso solidaridad legal ni contractual entre ellas [...]”* (Consejo de Estado, 2022, 25000232600020110122201 (50.698))

Una vez detallada la **Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínica y Hospitales No. 022040279**, se puede evidenciar que ésta se pactó en la modalidad de coaseguro, distribuyéndose el riesgo entre las siguientes compañías de seguro: **ALLIANZ SEGUROS S.A. (70.00%)**, y **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. (30.00%)**. En ese sentido, existiendo un coaseguro, es decir, estando distribuido el riesgo entre mi representada y las compañías de seguros mencionadas, la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues de ninguna manera puede predicarse una solidaria entre ellas. Por lo anterior, **ALLIANZ SEGUROS S.A.** únicamente podrá responder hasta el **70,00%** de su participación en el riesgo.

En conclusión, existiendo coaseguro, de acuerdo con el cual cada aseguradora asumió el porcentaje arriba señalado, se destaca que ni siquiera en el improbable caso de que fueran viables las pretensiones de la parte actora, podría condenarse a mi representada por lo que le corresponde a las otras coaseguradoras. Lo anterior, como quiera que en el coaseguro las compañías aseguradoras no son solidarias, como se desprende de la lectura del artículo 1092 del Código de Comercio, debido a que cada asegurador deberá soportar la indemnización debida, en proporción a la cuantía de su participación porcentual.

E. NO DEBE DESCONOCER EL DESPACHO LA EXISTENCIA DEL DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICA Y HOSPITALES No. 022040279 y 02222063

En gracia de discusión y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que de la eventual obligación de mi procurada se debe descontar el deducible pactado. Debe tenerse en cuenta que el deducible corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado, **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**, y, en este caso para la póliza, se pactó en el **10% del valor de la pérdida como mínimo \$5.000.000**

para la Póliza No. 022040279 y para la Póliza No. 02222063.

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

En síntesis, el deducible comporta la participación que asume el asegurado cuando se presenta el siniestro, el cual se manifiesta en un valor o porcentaje pactado en la póliza de seguro.

Por consiguiente, debe tenerse presente que, una vez se encuentre fehacientemente probado el evento asegurado, el Juez deberá, al momento de atribuir responsabilidades sobre la indemnización del presunto daño antijurídico causado, aplicar el monto que, al asegurado la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA** le correspondería cubrir en virtud del deducible pactado.

En el caso concreto, el deducible para cada póliza se encuentra pactado de la siguiente manera:

DEDUCIBLES: (para toda y cada pérdida)

El deducible convenido se aplicará a cada reclamación presentada contra el asegurado, así como a los gastos de defensa que se generen, con independencia de la causa o de la razón de su presentación, o de la existencia de una sentencia ejecutoriada o no.

10% sobre el valor de la pérdida, mínimo COP\$5.000.000

En conclusión, si en la causa bajo su conocimiento ocurre el improbable caso de endilgarse responsabilidad a la demandada y asegurada y a mi mandante se le hiciera exigible la afectación del aseguramiento, la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA** tendría que cubrir el monto anteriormente indicado como deducible. Esto es sólo posible en el hipotético de que la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA** sea hallado patrimonialmente responsable, de conformidad con las pruebas allegadas el proceso. Lo cual, analizado el expediente, considera el suscrito es altamente improbable, como quiera que, en el asunto de marras, no existe responsabilidad frente a la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**.

F. AUSENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE MI MANDANTE Y LA E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA

Sin que el planteamiento de este alegato constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, con fundamento en que la solidaridad surge exclusivamente cuando la ley o la

convención la establecen. En el caso que nos ocupa, la fuente de las obligaciones de mi procurada está contenida en el contrato de seguro y en él no está convenida la solidaridad entre las partes del contrato.

Nos encontramos frente a dos responsabilidades diferentes a saber: 1. la del asegurado por la responsabilidad civil extracontractual que se le llegará a atribuir, cuya fuente de obligación indemnizatoria emana de la ley propia y, 2. la de mí representada cuyo fundamento no emanan de la ley propiamente dicha, sino de la existencia de un contrato de seguro celebrado dentro de los parámetros de los artículos 1036 del Código de Comercio y S.S., encontrándose entonces que las obligaciones del asegurado y de la aseguradora son independientes y, por tanto, carentes de solidaridad.

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y mediante ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez en sentencia SC20950-2017 Radicación n° 05001-31-03-005-2008- 00497-01 ha indicado que: *“(…) 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 (…)”*.

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

En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.

En virtud de tal independencia en las obligaciones, se hace evidente la ausencia de solidaridad, de manera que la responsabilidad de mi representada está atada exclusivamente por las condiciones pactadas en la póliza, esto es, el límite asegurado para cada amparo, las condiciones del contrato de seguro, el porcentaje de coaseguro, y por la normatividad que lo rige.

Debe aclararse que las obligaciones de la aseguradora que represento están determinadas por el límite asegurado para cada amparo, por las condiciones del contrato de seguro y por la normatividad que lo rige. Por lo tanto, la obligación indemnizatoria está estrictamente sujeta a las estipulaciones contractuales y al límite asegurado, con sujeción a las condiciones de cada póliza; en virtud de ello, es válido afirmar desde ya que, de conformidad con la exposición previa, no le asiste a mi representada en todo caso la obligación de hacer efectivas la póliza de responsabilidad civil contractual vinculada en esta contienda, toda vez que el acaecimiento del riesgo asegurado y otorgado en la misma, no se ha demostrado y se tiene que esta no se afectaría como resultado de la configuración de una causal de exclusión de responsabilidad indemnizatoria taxativamente determinada en la caratula de las mismas.

G. PAGO POR REEMBOLSO

Sin que el planteamiento de este alegato constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada. Se solicita al honorable juez que, en el remotísimo 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 al demandante, 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.

Debido a que el Seguro de Responsabilidad cuenta con la acción del asegurado (que normalmente se ejerce a través del llamamiento en garantía) y la acción directa (que puede ser ejercida por la víctima), la jurisprudencia ha dicho que, cuando la compañía aseguradora es vinculada al proceso judicial mediante el llamamiento en garantía -como sucede en este caso -, surge únicamente la obligación de reembolsar lo pagado por el asegurado. A la anterior conclusión arriba la doctrina, como lo expone el profesor Henry Sanabria Santos en su libro de derecho procesal:

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

Así pues, si la víctima promueve proceso de responsabilidad civil extracontractual en contra del causante del daño, que a su vez llama en garantía a una compañía aseguradora en virtud de un seguro de responsabilidad civil, solo podrá imponerse condena al demandado a favor del demandante y no podrá condenarse de forma directa a la aseguradora, precisamente porque el demandante no formuló las pretensiones en contra de esta, sino en contra del demandado, de suerte que a la llamada en garantía solo se le podrá imponer condena a restituir, es decir, a devolver o reintegrar al demandado lo que este deba pagar por la sentencia. Si la víctima no demandó a la aseguradora, mal podría el juez condenarla, de suerte que ella, como llamada en garantía, solo podría ser obligada a reembolsarle al demandado el importe pagado en virtud de la condena impuesta.

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

En conclusión, se ha dicho que a la compañía de seguros llamada en garantía por el demandado solo se le podrá ordenar que reembolse o pague a la parte que resultó condenada, pero nunca directamente al demandante, puesto que como se ha afirmado, si en su contra ninguna pretensión se ha formulado, mal puede resultar obligada frente al demandante. En este sentido, la jurisprudencia es clara en indicar que cuando el demandante formula sus pretensiones en contra del demandado, es este quien debe responderle, de

suerte que el llamado en garantía —vinculado al proceso por iniciativa del demandado— solo debería restituirle o reembolsarle total o parcialmente al demandado el valor que hubo de pagar por la condena impuesta.(...)” (Santos, H. S. (2021). Derecho procesal civil general. Universidad Externado.)

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

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

Así las cosas, se solicita que en el remoto caso de condena la misma no sea a través de pago directo, **sino por reembolso o reintegro**, pues así fue señalado en los hechos del mismo.

H. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

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

CAPÍTULO IV. PETICIÓN

En mérito de lo expuesto, de manera respetuosa, ruego:

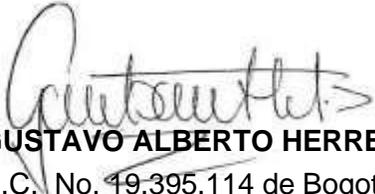
PRIMERO: Negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarando probadas las excepciones de fondo y mérito presentadas por nuestro asegurado, **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**, y en consecuencia absuelva a **ALLIANZ SEGUROS S.A.** al pago alguno por conceptos de indemnizaciones por los supuestos perjuicios alegados.

SEGUNDO: En el remoto evento en que los argumentos esbozados en el presente escrito no fueran de su convencimiento, no pierda de vista las limitaciones sobre la cobertura de la póliza con fundamento en la cual la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA** llamó en garantía a mi representada, esto, de conformidad con las consideraciones expuestas por mi defendida desde la contestación del llamamiento en garantía y reiteradas en esta oportunidad procesal, en especial el coaseguro pactado con la aseguradora **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A** en la Póliza No. 022040279.

CAPÍTULO V. NOTIFICACIONES

Al suscrito, en la Avenida 6 A Bis No. 35N-100 oficina 212 de la Ciudad de Cali (V), correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 49.395.114 de Bogotá

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