

Señores

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B –

Atn. Honorable Magistrada

Clara Cecilia Suárez Vargas

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

ORIGEN: JUZGADO TREINTA Y TRES (33) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

RADICACIÓN: 11-001-33-36-033-2015-00081-01

DEMANDANTE: JEAN PHILLIPE PENNING GAVIERA Y OTROS

DEMANDADO: HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ II NIVEL E.S.E. Y OTROS

LLAMADA EN GARANTÍA: AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

REFERENCIA: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado especial de **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, entidad con domicilio en Bogotá D.C., autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, tal y como consta en el expediente, manifiesto que en primer lugar REASUMO el poder a mi conferido y, en segundo lugar, dentro del término otorgado por auto del 30 de septiembre de 2022, notificado por estado del 06 de octubre de 2020, comedidamente procedo a presentar los correspondientes **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**, pronunciándome frente al recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandante, solicitando desde ya que se **CONFIRME** en su integridad la sentencia proferida el 08 de junio de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia, mediante el cual se negaron las pretensiones de la demanda, conforme a las consideraciones que se procederá a exponer.

CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente escrito se ocupará en señalar la inexistencia de relación de causalidad entre la actividad médica desplegada por las IPS demandadas, en especial, la CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL y el daño cuya indemnización pretenden los demandantes, atendiendo a que su actuación siguió los parámetros de la *lex artis*, tal y como quedó acreditado dentro del proceso, principalmente en lo que atiene al tratamiento de los posibles riesgos de

tromboembolismo, el cual se brindó de acuerdo con las condiciones de salud presentadas por la señora Irma Elena Gaviria de Penning.

Por lo anterior, se expondrá que no se configuraron los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado derivados de la atención médica brindada a la señora IRMA GAVIRIA DE PENNING, de modo que se deberá confirmar íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado 33 Administrativo de Oralidad de Bogotá, al no haberse probado la negligencia de las aquí demandadas, ni la relación de causalidad entre su actuar y el daño alegado.

CAPÍTULO I

FRENTE A LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD QUE SE LE ATRIBUYERON A LA CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL

I. FALTA DE TÉCNICA EN LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Antes de señalar las razones por las que se deberá confirmar en su integridad la decisión de primera instancia, es menester advertir que el recurso de apelación presentado por la parte demandante carece de técnica y no cumple las cargas procesales propias del mismo, por cuanto no esgrime las razones de inconformidad, ni sustenta con claridad los argumentos de reproche, sino que se limita a citar apartes de la sentencia y confrontarlos con jurisprudencia del Consejo de Estado, lo cual dificulta el entendimiento de las inconformidades que pretende presentar.

Al respecto, se debe recordar que según lo dispuesto en el artículo 320 del Código General del Proceso, el recurso de apelación tiene como objeto que el superior examine la decisión frente a los reparos concretos formulados por el apelante, con miras a que se revoque o reforme la cuestión decidida. Bajo este entendido, la presentación y sustentación del recurso de apelación implica una carga para el apelante en lo que corresponde a exponer con claridad y suficiencia las razones de inconformidad, pues la jurisprudencia administrativa ha entendido que esta no se satisface con una mera manifestación de que se está inconforme con la decisión. Así las cosas, se afirmó:

*“De manera reciente, esta Subsección⁸ consideró que la carga de sustentación que le corresponde cumplir a la parte recurrente no se satisface con la mera manifestación de inconformidad con el proveído impugnado, ni tampoco con la petición de que se revoque, **pues lo que la ley exige es que se ataquen los fundamentos de hecho y/o de derecho que sirvieron de sustento a la providencia en el punto que se considere desfavorable a sus intereses**, no solo porque la decisión sea contraria a la parte que interpone el recurso, sino porque en realidad existen razones o motivos -y así se indiquen en el respectivo escrito- que conduzcan a considerar que lo decidido en*

primera instancia no fue acertado.

Bajo esta óptica, resulta claro que en el recurso de apelación deben exponerse las razones o los fundamentos de disenso por los cuales no se comparten las consideraciones de la sentencia recurrida, en orden a que el superior jerárquico confronte el sustento de la decisión apelada con los argumentos de inconformidad planteados por la parte recurrente, máxime porque, se insiste, los reproches frente a la providencia impugnada son los que fijan la competencia del juez de segunda instancia, “cuya función no puede ir al extremo de suponer las razones de inconformidad de la parte apelante frente a la sentencia y, por esa vía, de suplir las cargas que legalmente le han sido impuestas a ella”.

Tampoco basta para el efecto hacer una reiteración casi que automática de los fundamentos expuestos en oportunidades procesales precedentes, como en la demanda, en la contestación o en los escritos de alegatos, ejercicio a través del cual se busca simplemente sacar adelante su aspiración sin entrar a cuestionar de manera directa y concreta las razones en que se fundó la providencia recurrida que le resulta adversa al apelante”¹.

En concordancia con lo anterior, se tiene que el apelante no cumplió con dicha carga procesal, por cuanto se ciñó a citar *in extenso* jurisprudencia del Consejo de Estado, sin exponer a juicio propio las razones por las que considera errada la argumentación y decisión del juez de primera instancia.

Sobre este aspecto, cabe señalar que conforme al artículo 230 de la Constitución Política, la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial, por lo que al ser auxiliar debe acompañarse de un razonamiento argumentado y sustentado por parte de quien la cita, sin embargo, es precisamente dicho razonamiento el que se omite realizar en el recurso de apelación, ya que el apelante solamente expone la jurisprudencia sin una hipótesis que la sustente.

Bajo esta óptica, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca deberá considerar la falta de técnica del recurso de apelación y la indebida sustentación del mismo, considerando que le está vedado suponer las razones de inconformidad y suplir la carga que le corresponde al apelante.

II. SOBRE LA AUSENCIA DE NEXO CAUSAL

Partiendo de los elementos configurativos de la responsabilidad, en el presente caso, tal como lo consideró el juez de primera instancia, no se logró acreditar el nexo de causalidad entre la acción

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 36997 del 6 de julio de 2022, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

u omisión de las instituciones prestadoras de salud demandadas y el hecho dañoso, considerando que la causa adecuada y determinante del fallecimiento de la señora Irma Elena Gaviria de Penning fue el trauma generado por el accidente de tránsito que sufrió, sumado a las condiciones previas que presentaba por su edad, todo lo cual conllevó riesgos en su salud que se materializaron en la tromboembolismo pulmonar que produjo su muerte.

Con miras a aclarar este punto, es necesario recordar que el fundamento de la responsabilidad extracontractual atribuida a particulares se encuentra en el artículo 2341 del Código Civil, que a su tenor indica: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*.

A partir de tal presupuesto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado los requisitos para atribuir responsabilidad extracontractual a los particulares, como lo son: i) el daño jurídicamente relevante, ii) la atribución o imputación y, iii) la culpa del agente en la causación del hecho dañoso.

Como se sostuvo previamente, existen dos elementos de la responsabilidad que no fueron debidamente acreditados por los demandantes, lo que conllevó a que se negaran en su integridad las pretensiones inicialmente incoadas, esto es, la imputación y la culpa -o falla en el servicio-. Frente al primer presupuesto, la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia han reconocido que la imputación se fundamenta en la teoría de la causalidad adecuada, que pregona como causa adecuada aquella idónea en la producción del daño, contrario a teorías como la equivalencia de condiciones o causa más próxima. Así las cosas, se ha dicho:

“(…) Y hoy, con la adopción de un criterio de razonabilidad que deja al investigador un gran espacio, con la precisión que más adelante se hará cuando de asuntos técnicos se trata, se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más “adecuado”, el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo (...)”².

En el mismo sentido, el Consejo de Estado afirmó:

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia S-183-2002-6878 del 26 de septiembre de 2002, M.P. Jorge Santos Ballesteros.

*“Respecto del nexo causal entre la conducta y el daño, debe existir certeza de la relación que existe entre un hecho antecedente y un resultado, de forma tal que de no existir o haberse presentado aquella, tampoco se hubiese ocasionado este. Para analizar la existencia del nexo causal, el Consejo de Estado ha acogido la teoría de la causalidad adecuada para resolver los asuntos relativos a la responsabilidad extracontractual civil y del Estado [...] **[L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho eficiente y determinante para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que resulte idóneo para su configuración**”³.*

Como vemos, la responsabilidad extracontractual civil y del Estado se erige a partir de la teoría de la causa adecuada, en la medida que resulta un sinsentido otorgarle relevancia a cada uno de los hechos previos que dieron lugar a la producción del daño, como en la teoría de equivalencia de condiciones, o atribuirle responsabilidad a la causa más próxima, por lo que solo es jurídicamente relevante aquella causa necesaria, eficiente y determinante para la causación del daño. Por lo anterior, es a partir de este concepto que debe realizarse el análisis de la responsabilidad de las demandadas en lo atinente a la relación de causalidad o imputación, pues sin este requisito no se configuraría la obligación de reparar.

Al respecto, los apelantes insisten en que hubo una falla en el servicio por parte de la CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL al no haber recomendado tromboprofilaxis farmacológica a la señora Irma Elena Gaviria luego de darle de alta, es decir, por no recetarle anticoagulantes que -en su consideración- pudieron evitar su muerte. Sin embargo, no existe medio probatorio que acredite el requerimiento de anticoagulantes y, en el mismo sentido, que ello hubiese evitado el daño, lo que conduciría a una ausencia de nexo de causalidad por no encontrarse atribuido el hecho dañoso a la presunta omisión de la clínica.

Sobre este aspecto, olvidan los demandantes que a la señora Irma Elena Gaviria se le trató con tromboprofilaxis farmacológica durante su estadía en las IPS demandadas, como se logra constatar de la Historia Clínica obrante en el expediente. De tal manera, mientras estuvo en estos centros hospitalarios le fue suministrada heparina de bajo peso molecular, que es un antitrombótico y anticoagulante, el cual fue suspendido en ciertas ocasiones porque la señora Gaviria de Penning tenía intervenciones quirúrgicas programadas, por lo que no es cierto que no se le prescribió tromboprofilaxis.

Ahora bien, se alega que dicho tratamiento debió continuarse una vez fue dada de alta en la CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL y que esta omisión fue la causa de su muerte, argumento que carece de fundamento técnico o científico, pues no existe literatura médica que indique la necesidad de tratamiento de tromboprofilaxis para pacientes no

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 50001-23-33-000-2015-00091-01^a del 25 de febrero de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

hospitalizados. A este respecto, en el escrito de apelación se relaciona una guía del Instituto Nacional de Salud⁴ sobre la profilaxis de la tromboembolia venosa en pacientes de tratamiento médico o quirúrgico. Sin embargo, esta guía refiere a la necesidad de tratamiento intrahospitalario, tal y como se desprende del mismo objetivo de la misma: “*Evaluar el riesgo de tromboembolia venosa y de los hábitos de profilaxis en pacientes de tratamiento médico o quirúrgico hospitalizados en Colombia y compararlos con los de los centros internacionales participantes en el estudio ENDORSE*”, de manera que no puede suponerse -como erradamente lo hacen los apelantes- que dicho tratamiento también deba hacerse fuera de instancias hospitalarias.

Dicha hipótesis se sustenta en que uno de los factores de riesgo de tromboembolismo es un periodo significativo de inmovilización producto de la estancia en el hospital, no obstante, al salir de la clínica, tal factor de riesgo disminuye por la movilidad que se espera de una persona dada de alta y atendiendo a las recomendaciones que en este caso se le dio a la paciente y a sus familiares. Por tal razón, no es viable concluir que la tromboprofilaxis farmacológica se requiriera luego de que la señora Irma Gaviria egresara del hospital, pues -se reitera- uno de los factores de riesgo disminuía significativamente al salir del centro médico, sumado a que tenía programada una cirugía a los días subsiguientes, lo cual impedía recetar un tratamiento de dichas características.

Así lo consideró el médico tratante, Dr. Raúl Andrés Villamil, quien en declaración adujo:

*“P: ¿Cuando a la paciente se le dan esos signos de alerta es porque de acuerdo a sus lesiones es posible que los llegue a tener? R: Sí, normalmente y en estados postoperatorios el término de latencia de aparición de esas complicaciones son 0 y 8 días. Se habla de fiebre en caso de infección, dificultad respiratoria y dolor en miembros inferiores en caso de trombos (...) P: ¿está dentro de los protocolos médicos darle salida aún con esas alarmas? R: La indicación intrahospitalaria hubiera tomado 8 o 10 días con todas las implicaciones que acarrea manejo intrahospitalario, **las principales complicaciones de tipo respiratorio por sedentarismo**. P: ¿fundamento por el cual se le da salida? R: el fundamento es que hasta el momento de la valoración final la paciente se encontraba estabilizada, si está pendiente de cirugía pero se le puede dar salida porque estaba estable. P: Se ha mencionado que la causa de la muerte fue la ausencia de haberle enviado a la paciente con tromboprofilaxis, ¿por qué la paciente se fue sin ordenarle eso? R: **Recibe a su ingreso y en el postoperatorio, durante la instancia hospitalaria completa 14 días de tromboprofilaxis. En el consenso las guías adoptadas para esa época son las del colegio americano donde no se recomienda el uso de tromboprofilaxis para ese tipo de lesiones por debajo de la rodilla. No se decide continuar con el manejo por esa razón**”.*

⁴ http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-41572011000200007

Por lo anterior, no puede concluirse sino un actuar diligente, adecuado y acorde con la *lex artis* por parte de la CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL, comoquiera que el centro médico suministró medicamentos anticoagulantes y antitrombóticos a la paciente durante su estadía allí, siguiendo las guías nacionales e internacionales sobre la tromboprofilaxis en pacientes hospitalizados.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que el tratamiento con heparina de bajo peso molecular se utilizó en los distintos centros médicos en donde estuvo hospitalizada la paciente, de manera que no puede concluirse precipitada e irreflexivamente que la señora Irma Gaviria requiriera continuar con el tratamiento, por cuanto las guías antes mencionadas establecen tiempos de duración de la tromboprofilaxis dependiendo de los factores de riesgo y la lesión ortopédica. A modo de ejemplo, en patologías ortopédicas menores se recomienda el uso de profilaxis por un tiempo mínimo de 10 días⁵, lo cual también depende de la valoración de los factores de riesgo, dado que incluso podría establecer un bajo riesgo de tromboembolismo venoso y, consiguientemente, no requerir tromboprofilaxis.

En razón a ello, se reitera que el actuar de la CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL fue prudente y diligente, tanto así que, conforme se consignó en su historia clínica, el 24 de octubre se suspendió alta médica por hallazgo en radiografía de tórax que hizo sospechar hemotórax coagulado y tromboembolismo pulmonar, esto es, a pesar de que la paciente no presentaba sintomatología y sus signos vitales se encontraban estables, lo cual daba lugar a su egreso, se evitó darle de alta para tratar el posible hemotórax coagulado, colocando en evidencia el máximo cuidado en la atención brindada a la paciente.

Cabe resaltar que la clínica no solo brindó un adecuado tratamiento a los riesgos de tromboembolismo pulmonar, sino que realizó distintos procedimientos que concuerdan con los lineamientos de la *lex artis* en la materia. Así pues, bajo un diagnóstico de neumotórax traumático, se debían realizar exámenes que incluían radiografía de tórax, en consecuencia, a la paciente se le realizó dicha radiografía para descartar lesiones o afecciones. En igual medida, se le dio el tratamiento correspondiente al traumatismo del hígado y de la vesícula biliar diagnosticado, mediante la práctica de un TAC de abdomen, lo que demuestra diligencia y pericia en la actuación de la CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL. Por último, el tratamiento de la fractura de la epífisis superior de la tibia guardó relación con los lineamientos previstos al respecto y, en concordancia, se le dio manejo con profesionales ortopedistas que lograron estabilizar ortopédicamente a la señora Irma Gaviria para su posterior egreso del hospital.

En concordancia, el Dr. Maikel Adolfo Pacheco Trujillo en su dictamen pericial consideró adecuada la atención médica brindada por la CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA

⁵ <http://medicinabuenosaires.com/revistas/vol73-13/supl-2/nota.pdf>

INTERNACIONAL, en los siguientes términos:

“Con base en lo anteriormente mencionado, no encuentro fallo alguno por parte de la CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL que informe respecto de la atención médica brindada a la señora IRMA ELENA DE BELEN GAVIRIA DE PENING, lo afirmado por los demandantes en el escrito de demanda, contrario a ello, observo que esta fue oportuna, pertinente, integral, continua, segura y ajustada a la racionalidad técnico científica y a los protocolos y guías de manejo exigidos para estos casos. Es claro que la manera de muerte obedece a la violencia y magnitud del accidente de tránsito que termina generando trombosis venosa profunda de miembros inferiores y tromboembolismo pulmonar y no a la atención médica brindada. Teniendo en cuenta lo expuesto previamente en la revisión científica, además de los hallazgos de la necropsia que muestran los trombos en las extremidades inferiores y en el pulmón, sumado a lo referido por los mismos demandantes en cuanto al dolor intenso, sería importante que en el transcurso de este proceso se aclara cual fue la razón para que, ante el dolor intenso que generan las trombosis venosas profundas en las extremidades inferiores (origen del tromboembolismo pulmonar) y a pesar de las recomendaciones impartidas por la CLÍNICA VIP ZENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL de consultar si había dolor intenso que no cedía, no se haya cumplido con éstas en el sentido de acudir al servicio de urgencias, o buscar atención médica que hubiese podido iniciar el tratamiento para una trombosis venosa profunda que la paciente claramente no tenía al salir de la clínica y seguramente evitar o tratar adecuadamente el tromboembolismo pulmonar que presenta 4 días después de su salida (...).”

Entonces, vemos que en el curso del proceso judicial quedó acreditada la diligencia por parte de a CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL, no solo al haber tratado adecuadamente a la señora Irma Elena Gaviria durante su estadía en el centro hospitalario, sino por realizar las recomendaciones pertinentes al momento de darle salida, pues se indicó con claridad a sus familiares que debían estar pendientes a la señales de alerta por complicaciones que se presentaran, no obstante, los demandantes obviaron dichas señales y no acudieron oportunamente a un centro de salud, lo que conllevó al fallecimiento de Gaviria de Penning. Sobre este punto, es importante señalar lo aducido por el Dr. Raúl Andrés Villamil, quien declaró:

*“P: A esta paciente se le dio salida, cuándo, en qué condiciones, si se hizo efectiva? R: 24 de octubre después de valoración de ortopedista de pie y tobillo se establece plan para el tratamiento de fractura calcanea. A la paciente no se le indicó estar completamente horizontal con las adecuadas indicaciones para el cuidado de las inmovilizaciones y con indicación de control por consulta externa para la evaluación de los tejidos blandos para poder programar su cirugía. P: Indicó recomendaciones para plan silla - cama? R: **Sí (...) signos de alarma y re consulta, dificultad respiratoria, etc.** P: Teniendo en cuenta que la paciente falleció con posterioridad, usted podría decirnos si esa paciente tuvo signos o síntomas en casa que hubiera informado que*

*algo estuviera pasando? R: **Sí, los signos que se dan de egreso son la dificultad respiratoria (...) que pudiera sugerir complicación tromboembólica y que son de instalación progresiva, no ocurre agudamente, no es fulminante**”.*

Con relación a lo anterior, resulta viable destacar que a la señora Gaviria de Penning se le dio de alta por encontrarse estabilizada ortopédicamente y, al prescribir el egreso, se advirtió a los familiares sobre los signos de alarma que pudiesen indicar un riesgo de tromboembolismo pulmonar, no obstante, y a pesar de la existencia de dichos síntomas, los familiares no acudieron oportunamente a un centro de salud, de modo tal que no habría lugar a atribuir nexo de causalidad a otra conducta distinta a la omisión de los familiares y, por supuesto, los traumas generados por el accidente de tránsito sufrido por la paciente.

Así las cosas, en la historia clínica se logra constatar que se dieron las siguientes indicaciones:

*“Se brinda educación a paciente sobre los cuidados que debe tener en casa, cuidados con las férulas de miembros inferiores, se explica de forma amplia, clara y detallada como debe realizarse los cateterismos, se explica la técnica y se aclaran dudas. **Se explican signos de alarma por los cuales debe acudir de forma inmediata a la clínica.***

Signos de alerta:

Fiebre, dolor que no mejor con el manejo médico, dificultad para respirar (...)

Recomendaciones generales:

Cuidado de vendajes: no mojar

No apoyo de miembros inferiores.

Ejercicios respiratorios indicados por terapia respiratoria”.

Queda claro que no existió nexo de causalidad que vincule al actuar u omisión de la CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL con la muerte de la señora Irma Gaviria de Penning, pues durante su estancia en esta IPS recibió la atención médica que requirió, bajo los parámetros de la literatura médica y la *lex artis*, incluyendo lo atinente al tratamiento con tromboprolifaxis, dado que se le recetó HBPM (Heparina de bajo peso molecular) durante el tiempo requerido por las guías nacionales e internacionales, a su vez que se le dieron indicaciones de signos de alerta para acudir a un centro hospitalario en caso de presentarse riesgo de tromboembolismo pulmonar.

Además, del mismo libelo introductorio se evidencia la falta de cuidado por parte de los familiares al no asistir al hospital cuando la señora Irma Gaviria de Penning presentó dolor de pecho, brazos y dificultad para respirar, pese a que las indicaciones fueron claras y se advirtió que cuando presentara dichos síntomas debía acudir de forma inmediata a la clínica.

Luego, se deberá confirmar en su integridad la sentencia apelada por no haberse acreditado nexo de causalidad entre el hecho dañoso y una presunta omisión de la CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL, en tanto que no hay certeza *“si en el caso de la señora Irma Elena de Belén Gaviria de Pening era o no idóneo dar un tratamiento anticoagulante o un plan tromboprofilaxis y menos existe prueba que demuestre cual era el tratamiento que hubiere impedido su fallecimiento”*⁶.

III. SOBRE LA CERTEZA DEL NEXO CAUSAL

Ahora bien, con relación a este último punto, los apelantes citan una decisión del Consejo de Estado en donde se argumenta lo siguiente:

“En cuanto a éste último elemento, se ha dicho que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’”.

Al respecto, se reitera que los demandantes no cumplieron con la carga procesal de esgrimir con claridad los reparos frente a la sentencia de primera instancia, en atención a que frente a este aspecto se limitaron a citar la jurisprudencia ya esbozada. No obstante, se infiere que pretenden argüir con base en dicha sentencia, que la relación de causalidad no requiere grado de certeza y, en concordancia, el juez puede declararla probada con un grado suficiente de probabilidad.

Pese a la existencia de dicha decisión, que fue proferida el 22 de marzo de 2001 y resulta ser aislada a la doctrina desarrollada por el Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica, pues no hay otra sentencia que establezca parámetros similares con respecto al nexo de causalidad, lo que sí es cierto es que de los elementos de la responsabilidad estatal, así como de la carga de la prueba prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso, se concluye la necesidad de acreditar la relación de causalidad, incluso en aquellos casos de responsabilidad objetiva, lineamiento que comparte tanto el Consejo de Estado como la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Si bien la carga de la prueba en materia de responsabilidad médica fue morigerada al aceptar la prueba indiciaria para acreditar el nexo de causalidad, ello no podría conducir al extremo de suponer el nexo de causalidad. Así lo ha considerado el Consejo de Estado, en los siguientes

⁶ Pág. 52 de la Sentencia del 08 de junio de 2020 proferida por el Juzgado 33 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá.

términos:

“Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos”⁷.

Además de lo anterior, es menester señalar que el Consejo de Estado admite la posibilidad de acreditar el nexo de causalidad mediante prueba indirecta o indiciaria cuando se presenten casos en donde resulte altamente difícil demostrar la relación de causalidad por otro medio probatorio, dadas las especificidades técnicas y científicas que los rodean. De tal manera, se indicó:

“Tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión -ni siquiera eventual- del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil -si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”⁸.

Incluso, así se admita la prueba indiciaria por la dificultad del caso -lo cual supone que no es admisible en todos los casos-, el juez debe tener especial cuidado en el análisis probatorio y la valoración de los indicios, atendiendo a que los profesionales de la medicina actúan sobre personas que presentan alteraciones de salud y, en consecuencia, ello podría incidir en su estado al margen de la intervención médica⁹. Es por esta razón que de antaño se ha considerado la actividad médica como un ejercicio profesional que implica obligaciones de medio, más no de resultado, de manera que en muchos casos el daño resulta atribuible a las condiciones de salud del paciente y no a la intervención médica, como en el caso que nos ocupa.

Entonces, aun cuando se admitan las pruebas indiciarias en materia de responsabilidad médica, ello no implica de manera alguna relevar al accionante de acreditar el nexo de causalidad y mucho menos suponerlo, toda vez que este es un elemento *sine qua non* de la responsabilidad, en consecuencia, atendiendo a la carga de la prueba contemplada en el artículo 167 del Código General del Proceso, es deber del demandante su comprobación. Así las cosas, en el caso

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 14696 del 1 de julio de 2004, C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

concreto, no se logró acreditar el nexo de causalidad, ni siquiera a través de pruebas indirectas, comoquiera que dentro del proceso judicial se probó la diligencia, cuidado y adecuada atención médica brindada por la CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL, pues siguió las guías y lineamientos previstos para los diagnósticos que presentaba la paciente.

IV. AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO - INEXISTENCIA DE PRESUNCIÓN DE FALLA

Otro de los argumentos esgrimidos por los apelantes es que existen casos de presunción de falla en el servicio como cuando hay pacientes de alto riesgo o se falta al deber de custodia y conservación de la historia clínica, los cuales se configuraron en el caso concreto. Sin embargo, no se puede olvidar que, actualmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene establecido que la responsabilidad médica se encuentra dentro del régimen de falla probada del servicio, por lo que, *“(…) en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados todos los elementos que la estructuran, esto es, el daño y su imputación por razón de la actividad médica, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, como la prueba indiciaria”*¹⁰.

Por lo anterior, son excepcionales los casos en donde se presume la falla en el servicio, esto es, el aspecto subjetivo de la conducta -más no la relación de causalidad-, de modo que, por regla general, para acreditar una falla en el servicio médica es indispensable demostrar que la atención profesional no correspondió a los estándares de la ciencia médica y la *lex artis*. Entonces, sólo hay pocos casos en donde se presume la falla del servicio y la obligación pasa a ser de resultado, que son los siguientes:

“i) [en] Aquellos eventos que implican manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o de falla en el servicio.

ii) Cuando un medicamento, tratamiento o procedimiento que implique o conlleve un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considere novedoso, se desconozcan las consecuencias o secuelas del mismo a largo plazo;

iii) Cuando en el acto médico se empleen químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear);

iv) En supuestos de vacunas, porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 76001-23-31-004-2007-00539-01 del 28 de octubre de 2019, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

v) Cuando el daño sea producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria”¹¹.

En el caso de marras no operó ninguna causal de las mencionadas anteriormente, por lo que no es posible presumir la falla en el servicio, correspondiéndole al accionante acreditar que hubo negligencia en el actuar de las entidades demandadas, carga procesal que no cumplió. Por el contrario, existen sendas pruebas de la diligencia y pericia con la que actuaron los médicos tratantes, no habiendo lugar a declarar una falla en el servicio.

Por otro lado, aun si se tuviera como acreditada la presunción de falla en el servicio por faltar al deber de conservación y custodia de la historia clínica, no existe prueba dentro del expediente que compruebe el nexo de causalidad entre el supuesto incumplimiento y la muerte de la señora Irma Gaviria de Penning, por lo que – se insiste – no es posible presumir la relación de causalidad y, si esta no se encuentra acreditada, sólo procedería negar el deber de reparar, tal y cómo lo realizó el juez de primera instancia.

En esta medida, no habiendo prueba del nexo de causalidad, ni de una falla en el servicio, se solicita al Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmar en su integridad la decisión de primera instancia.

V. INDEBIDA TASACIÓN DE PERJUICIOS

En orden a que los accionantes únicamente solicitan la indemnización de perjuicios morales, es menester recordar que si bien existen parámetros para su tasación, ello no exime al demandante de acreditar la relación familiar con la víctima directa. En este caso, no existe prueba del grado de consanguinidad que vincule a Nicolás Penning Barriga, Daniela López Penning, Valeria Penning Barriga, Lucas Penning Barriga y Santiago López Penning con la señora Irma Gaviria de Penning, de modo que no es viable presumir su relación familiar y procede despachar desfavorablemente los perjuicios solicitados.

CAPÍTULO II

EN LO ATINENTE A LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

PROFESIONAL No. 8001376028

En este acápite se expondrán los argumentos que fundamentan la ausencia de cobertura de la Póliza No. 8001376028, cuyo asegurado es la sociedad INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA SAS - CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL, comoquiera que no se configuró la obligación condicional de la aseguradora al no haberse acreditado el riesgo asegurado, esto es, la responsabilidad profesional de los galenos que brindaron atención médica a la paciente, dado que no se logró demostrar un actuar negligente, omisivo o inadecuado de su parte, lo que

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera (2012). Expediente 21.661, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Junio 27.

impediría a la aseguradora responder en su lugar.

I. CON SE ACREDITÓ QUE NO SE CONFIGURÓ SINIESTRO A LA LUZ DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL No. 8001376028, Y POR TANTO NO EXISTE OBLIGACIÓN A CARGO DE AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

A lo largo del debate probatorio se acreditó que la responsabilidad de mi prohijada solo pudo verse comprometida ante el cumplimiento de la condición pactada, de la que pende el surgimiento de la obligación condicional, esto es, la realización del riesgo asegurado.

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

Ahora, en el caso particular se observa que dicha condición nunca se cumplió, toda vez que la responsabilidad de la aseguradora estuvo delimitada estrictamente por el amparo que otorgó la Póliza de seguro de responsabilidad civil profesional No. 8001376028, tal y como se estipuló en el contrato de seguro que enmarca la eventual obligación de mi representada y, considerando que la responsabilidad del ente convocante no se estructuró por no existir falla alguna de su parte o del personal a su servicio que haya originado algún perjuicio a los demandantes, los hechos y pretensiones de la demanda carecen de cobertura bajo la póliza de seguro utilizada como fundamento del llamamiento en garantía, pues no se cumplió la condición a la que está sometida la obligación de la aseguradora, esto es, que se realice el riesgo asegurado en los términos de la póliza.

Luego, al no realizarse el riesgo asegurado, o no existir amparo para el evento, el juzgador debe exonerar a mi representada de toda obligación.

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

En conclusión, atendiendo a que la CLÍNICA VIP CENTRO DE MEDICINA INTERNACIONAL y sus profesionales no causaron los perjuicios reclamados por la parte actora ni estos le son atribuibles; no habrá lugar a condenar a mi representada al pago pretendido, teniendo en cuenta que su obligación condicional (derivada del contrato de seguro) no ha surgido.

II. CON LOS DOCUMENTOS APORTADOS AL EXPEDIENTE POR MI PROCURADA, SE DEMOSTRÓ QUE LA OBLIGACIÓN DE AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. SE CIRCUNSCRIBE ÚNICAMENTE AL LÍMITE DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDO EN LA PÓLIZA No. 8001376028

En el remoto caso que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca revoque la sentencia proferida en primera instancia deben considerarse los montos máximos de cobertura por la póliza e igualmente su clausulado, pues como lo indica el doctrinante Ossa, dichas estipulaciones “*están destinadas a delimitar, de una parte, la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro y, de otra, a regular las relaciones entre las partes vinculadas al contrato, definir la oportunidad y el modo de ejercicio de los derechos y la observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanar*”¹². En ese sentido, de acuerdo con el *pacta sunt servanda*, constituyen ley para las partes los límites positivos (amparos) y los límites negativos (exclusiones) estipulados en el contrato de seguro.

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

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

Por ende, no se podrá obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción de riesgo asumido, que en este caso resulta ser la siguiente:

“R.C. CLÍNICAS Y HOSPITALES – R.C. PROFESIONAL

COP 2.000.000.000”

¹² Ossa G. J., Efrén (1991). Teoría General del Seguro: El contrato. Editorial Temis.

“DAÑOS MORALES Y/O DAÑOS A LA VIDA EN RELACIÓN: 50% DEL LÍMITE DE INDEMNIZACIÓN POR EVENTO / AGREGADO ANUAL”.

Considerando que el límite de la indemnización es de DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.000) y que los demandantes únicamente solicitan la indemnización de perjuicios inmateriales, el límite de la indemnización a la que eventualmente estaría obligada mi representada es de MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000).

Así las cosas, la responsabilidad de la compañía por todo concepto, no podrá exceder del valor indicado en la carátula de la póliza para la suma de todos los siniestros amparados durante la vigencia anual de la misma y que se entenderá como una sola pérdida o evento la suma total de pérdidas o reclamaciones que se ocasionen por la ejecución reiterada del mismo acto por la misma o mismas personas.

III. CON LOS DOCUMENTOS ALLEGADOS POR MI PROCURADA AL EXPEDIENTE, SE DEMOSTRÓ QUE EN LA PÓLIZA No. 8001376028, SE PACTÓ UN DEDUCIBLE

Adicionalmente, y sin que esto constituya reconocimiento de responsabilidad alguna por parte de la institución asegurada, es pertinente recordar, que en el remoto e improbable evento de una sentencia de segunda instancia desfavorable para los intereses de mi defendida, en el contrato de seguro se pactó un deducible, que es la porción que de cualquier siniestro debe asumir por su cuenta el ente asegurado o llamante.

En este caso, el deducible es del 10% del valor de la pérdida, con un mínimo de \$5.0000.000 millones para toda y cada reclamación.

Así entonces, de acuerdo con lo señalado en líneas anteriores, y toda vez que el deducible pactado es la porción o fracción que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado, en el improbable evento de que el despacho considerase que la póliza en cuestión está llamada a hacerse efectiva, deberá tomar en consideración las anteriores estipulaciones reseñadas al momento de proferir sentencia.

CAPÍTULO III
PETICIÓN

En mérito de lo expuesto, comedidamente solicito al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se sirva **CONFIRMAR** la totalidad de la sentencia del 8 de junio de 2020 proferida por el Juzgado 33 Administrativo de Bogotá, dentro del proceso promovido por JEAN PHILLIPE PENNING

GAVIERA Y OTROS, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. En caso contrario, le solicito al Tribunal pronunciarse de fondo sobre las excepciones de mérito frente al llamamiento en garantía formuladas en la demanda, así como los reparos presentados con relación a la Póliza de seguro de Responsabilidad Civil Profesional No. 8001376028 en los alegatos de conclusión.

NOTIFICACIONES

El suscrito recibirá notificaciones electrónicas en la dirección de correo electrónico notificaciones@gha.com.co y físicas en la calle 69 No. 4-48, Oficina 502, de la ciudad de Bogotá.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D. C.

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