

668

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO BUENAVENTURA - VALLE	
RECIBIDO	
FECHA:	12 JUN 2019
FOLIOS:	11
HORA:	10:31 am
FIRMA:	Alb9

Señores

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA D.E.

E. S. D.

RADICACIÓN:	76109-33-33-002-2013-00147-00
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES:	LUZ MILA SOLIS RAMOS Y OTROS
DEMANDADO:	HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA Y OTROS
LLAMADO EN GTÍA:	LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS

JHON ALEJANDRO HERRERA HERNÁNDEZ, obrando en este acto como apoderado sustituto de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, comedidamente manifiesto que encontrándome dentro del término previsto para el efecto, me permito presentar **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN** en nombre de la entidad que represento, solicitando desde ya, se profiera **SENTENCIA FAVORABLE** en favor de mi representada, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas por mi defendida en su debida oportunidad; lo anterior, por cuanto no se demostró la responsabilidad administrativa que se pretendió endilgar al **HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA**, y mucho menos a mí prohijada, con fundamento en los argumentos que concretaré en los acápite siguientes.

Para el efecto señalado, procederé en primer lugar a referirme sobre la responsabilidad que pretendió endilgarse al extremo pasivo a la luz del material probatorio allegado al plenario, el cual, desde ya advierto, no logró acreditar la concurrencia de los elementos sobre los cuales sería posible erigir dicha responsabilidad; y en segundo, pasaré a pronunciarme frente a lo probado en cuanto al llamamiento en garantía formulado a mi procurada, arguyendo que en virtud del mismo, no es posible declararla responsable administrativamente.

1. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De conformidad con lo establecido en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y con el auto de interlocutorio No. 382 proferido en la audiencia de pruebas el pasado 28 de mayo de 2019, el término común para que las partes presenten los alegatos de conclusión es de diez (10) días. El término se surtiría los días 29, 30 y 31, de mayo, así como el 4, 5, 6, 7, 10, 11 y 12 de junio de

2019, por lo que se concluye que este escrito es presentado dentro del término dispuesto para tal efecto.

2. ANÁLISIS PROBATORIO Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

Antes de entrar a exponer los argumentos que desestiman las pretensiones de la demanda y constatar los fundamentos fácticos con el material probatorio recaudado, es importante advertir al Despacho, de manera respetuosa, sobre el régimen de responsabilidad aplicable. Esto determina el comportamiento probatorio de las partes durante el proceso y el análisis de la estructura de la responsabilidad, por tanto, es un punto que no debe pasarse por alto y sobre el cual se deben atender los planteamiento acogidos y constantemente reiterados por la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Lo primero que debe anunciarse es que en materia médico asistencial la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado sostienen una tesis unánime desde el año 2008: aplicación de un régimen de culpa probada (en términos administrativos falla probada del servicio). Si bien el avance jurisprudencial fue dinámico, variando en reiteradas oportunidades entre falla presunta, probada y un régimen objetivo de responsabilidad, lo cierto es que a partir de las ponencias de la Dra. Ruth Stella Correa a lo largo del año 2006 y en adelante, se estableció que había suficientes mecanismos para proveer al demandante de herramientas para una buena defensa.

El título de falla presunta se había contemplado porque se trataba de equilibrar la supuesta disparidad que había entre el demandante y las clínicas o médicos, al enfrentarse en un litigio de responsabilidad médica. A pesar de pretender aligerar cargas probatorias, la estructura de la responsabilidad impone al demandante acreditar en todos los casos, régimen objetivo o subjetivo, la imputación. En términos prácticos, y fue uno de los argumentos que sostuvo el Consejo de Estado para consolidar la falla probada del servicio como título de imputación aplicable actualmente, siempre se iba a terminar probando la falla si de lograba estructurar la imputación.

Teniendo en cuenta que en el sistema procesal colombiano no existe tarifa legal y el demandante puede servirse cualquier medio probatorio para acreditar lo que pretende, inclusive la prueba indiciaria (como lo sostuvo la sentencia), que no hay un fundamento legal que permita

estructurar un título de imputación de falla presunta, y que existe la obligación de lealtad procesal frente a la aportación de material probatorio, se consolidó la tesis de que establecer un título de imputación diferente al de la falla probada era algo innecesario. Se refuerza esta postura con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, el cual establece que las partes en la contestación deben aportar todas las pruebas que tengan en su poder y la posibilidad de agotar las pruebas de oficio para llegar al proceso con el material recaudado.

De la posición jurisprudencial se concluye que el proceso debe ser tratado bajo un régimen subjetivo de responsabilidad, pues los daños reclamados parten de los presupuestos propios de un régimen de este tipo. Las pretensiones se fundamentan, según las circunstancias fácticas de la demanda, en cuestionar la prestación del servicio médico, aspecto que como se citó, es propio del régimen general de responsabilidad de falla probada del servicio.

La justificación de consagrar este título de imputación como régimen general de responsabilidad obedece a que el Juez puede motivar libremente sus decisiones de acuerdo a las pruebas allegadas al proceso para así establecer políticas de prevención de daños antijurídicos derivado del incumplimiento de obligaciones. De esta manera, es claro que existiendo para este régimen de responsabilidad un postulado general de libertad probatoria en el que el demandante puede servirse de cualquier medio probatorio disponible, inclusive, la prueba indiciaria, no hay razón para que se supla esta carga cambiando el régimen de responsabilidad aplicable o configurando elementos estructurales de la responsabilidad que no están debidamente acreditados. Por todo esto, debe advertirse que el régimen aplicable es el de falla probada del servicio y que corresponde a la parte demandante probar el daño antijurídico, el incumplimiento obligacional que fundamente la falla en la prestación del servicio, y la imputación.

Partiendo de este criterio, y según lo sostenido por el artículo 167 del Código General del Proceso, "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen". Así entonces, la parte demandante tuvo la carga probatoria durante el proceso de acreditar los elementos estructurales de la responsabilidad que pretendió atribuir a las pasivas.

Además, al momento de valorar los elementos probatorios disponibles en el proceso para acreditar la falla del servicio, debe realizarse también un análisis causal para que esa supuesta falla haya determinado el daño. No basta solamente acreditar una omisión administrativa en el

cumplimiento de sus deberes, sino que el juicio de responsabilidad implica también la prueba de los demás requisitos estructurales, por tanto, establecer el régimen de responsabilidad no supone por sí mismo la atribución de responsabilidad. Al respecto se ha precisado:

"La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa 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"

Así pues, el análisis a realizarse en la sentencia será adecuado si se dirige a determinar que para que se configure la responsabilidad deben confluír tres elementos, a saber:

1. *La existencia de un daño antijurídico que configure la lesión o perturbación de un bien jurídicamente protegido,*
2. *La existencia de un hecho que configure una falla del servicio de la entidad, sea por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia del mismo y,*
3. *El nexo causal entre el hecho dañoso y la falla o la falta del servicio deprecada.*

En estos términos, le solicito al Despacho respetuosamente que el proceso se analice para un régimen subjetivo de responsabilidad, teniendo en cuenta, principalmente, el comportamiento probatorio de las partes.

2.2. PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO EXENTO DE CULPA, DANDO CUMPLIMIENTO A LOS PROTOCOLOS, REGLAMENTOS Y LEX ARTIS

Tal como se advirtió desde la contestación de la demanda, la atención recibida por el paciente en las dos oportunidades en el HOSPITAL MUNICIPAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA E.S.E. fue ajustada a los reglamentos, a los protocolos y a lo que impone la *lex artis*. Según la historia clínica de esta entidad, el señor Janer Payán consultó en esta institución, únicamente por dolor cefálico de más o menos cuatro días de evolución y no existen registros de que hubiese tenido vómito y mucho menos fiebre. Es más, en tal historia clínica, al examen físico del paciente, se registró "hidratado" y "afebril". Luego el paciente presentó vómito, por lo que se le tomaron los

670

paraclínicos que de acuerdo al nivel de esa institución podían realizarse y ante la normalidad de los resultados, se le dio de alta. Luego, es claro que el motivo que originó la consulta a esta entidad, no era ni siquiera mínimamente sugestivo de la supuesta meningitis, que según los actores ocasionó la muerte al señor Payán.

No puede pasarse por alto la prueba pericial practicada dentro del proceso, la cual fue arrimada por escrito el día 17 de octubre de 2017. Dicho documento fue suscrito por el Dr. Carlos Alberto Valera Libreros a través de la corporación CYC, tal como la había ordenado el Despacho, y el mismo se sustentó en la audiencia de pruebas del pasado 28 de mayo de 2019. Antes de entrar a debatir el contenido del mismo, debe decirse que la prueba no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 219 de la Ley 1437 de 2011, por lo que la misma deberá desestimarse y no hacer parte del material probatorio disponible. La citada norma establece:

“ARTÍCULO 219. PRESENTACIÓN DE DICTÁMENES POR LAS PARTES. Las partes, en la oportunidad establecida en este Código, podrán aportar dictámenes emitidos por instituciones o profesionales especializados e idóneos.

Para tal efecto, al emitir su dictamen, los expertos deberán manifestar bajo juramento, que se entiende prestado por la firma del mismo, que no se encuentran incursos en las causales de impedimento para actuar como peritos en el respectivo proceso, que aceptan el régimen jurídico de responsabilidad como auxiliares de la justicia, que tienen los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, indicando las razones técnicas, de idoneidad y experiencia que sustenten dicha afirmación, y que han actuado leal y fielmente en el desempeño de su labor, con objetividad e imparcialidad, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes. Señalarán los documentos con base en los cuales rinden su dictamen y de no obrar en el expediente, de ser posible, los allegarán como anexo de este y el juramento comprenderá la afirmación de que todos los fundamentos del mismo son ciertos y fueron verificados personalmente por el perito.

[...]”

Como se subrayó, el perito nunca manifestó bajo la gravedad de juramento que no estuviera incurso en causales de impedimento, ni que aceptaba el régimen jurídico de responsabilidad

como auxiliar de la justicia. Estas situaciones adquieren relevancia cuando se constata la declaración dada al momento de valorar el dictamen, donde tampoco afirmó que cumplía con estos requisitos. En estos términos, el dictamen no cumple con los requisitos exigidos en la ley y por estos motivos no debe ser tenido en cuenta al momento de dictar sentencia.

En el hipotético caso en que el Despacho sí considere la valoración de la prueba, deberá tenerse en cuenta las inconsistencias presentadas en el mismo, lo cual resta credibilidad a la información allí consignado. Como primer punto, debe tenerse en cuenta que el dictamen concluye que hubo falencias en la primera, segunda y tercera atención, sin concluir a ciencia cierta cuál fue la que determinó el daño reclamado por la parte demandante. En la narración realizada por el perito Carlos Alberto Varela se encontró que en ocasiones había incongruencia entre lo escrito y lo relatada, así como contradicciones entre lo dicho y lo reseñado en la historia clínica.

Frente a la idoneidad y experiencia en la realización de dictámenes de este tipo, manifestó haber realizado en varias oportunidades para diferentes entidades judiciales, sin embargo, no se aportó ni de manera escrita, ni de indicó de manera verbal, cuáles, cuantos, a qué juzgados, dentro de que procesos, etc., información relevante para poder constatar su versión. Por lo anterior, no existe certeza de lo allí dicho y esta situación contribuye a restar seguridad y credibilidad a su experticia.

De acuerdo a la información de la historia clínica y a lo narrado por el perito, la primera atención de Yaner Payán se realizó el día 18 de febrero de 2011 en el HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA. El motivo de la consulta fue cefalea, y el examen clínico físico se describió como normal, teniendo en cuenta además que en su aspecto general estaba hidratado y afebril, con tac 100/60, frecuencia cardiaca 80, frecuencia respiratoria 20, que en término del doctor Varela, interpretó como signos vitales estables. El manejo médico de acuerdo a la sintomatología presentada fue Diclofenaco y Dipirona, para posteriormente dar egreso.

Al momento de realizar el análisis del caso, se consignó en el dictamen lo siguiente:

"Se trata de un paciente joven de 23 años de edad sin antecedentes patológicos con cuadro clínico de una semana de evolución consistente en fiebre, cefalea, alteración del estado de conciencia, síntomas constitucionales. Astenia, adinamia, emesis en proyectil. En primer

671

lugar, y dado el caso de un paciente con estas características, la primera posibilidad diagnóstica es una neuroinfección sustentado en cefalea, fiebre y deterioro de su condición neurológica asociada a convulsiones”.

A pesar de lo anterior, debe quedar claro que al momento de realizarse la primera atención en el HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA, el paciente Yaner Payan Solis no presentaba el cuadro clínico descrito por el perito. De la supuesta sintomatología presentada en el dictamen, el paciente solamente refería cefalea al momento de la atención en esta entidad, tal como se consignó en la historia clínica. El médico está desconociendo que la atención brindada al paciente es fragmentada, por tanto, los síntomas no eran los mismos en una primera intervención a la última, por lo que debe quedar claridad del estado que presentaba el señor Payan cuando fue atendido en el HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA. No es cierto que al momento de la primera atención llevara una semana de evolución, así como tampoco es cierto que presentara fiebre, alteración del estado de conciencia y síntomas constitucionales de debilidad y decaimiento, menos aún vómito. Esa información además de falsa es contradictoria, pues como quedó reportado en la primera atención, el paciente estaba afebril, y el único síntoma que refería era cefalea. Esta situación no solamente es diferente con la intervención oral del médico, sino que impide dar credibilidad y objetividad a lo consignado en el documento y sustentado en la audiencia.

El médico describe lo siguiente en lo referente a la primera atención:

En cuanto a la atención y el manejo realizado en su primera atención en hospital municipal Luis Ablanque de la plata, careció de una adecuada historia clínica, la enfermedad actual fue carente de información al igual que el examen físico realizado. No se realizó un examen adecuado y se manejó con solo analgesia. En primera medida requirió de un análisis exhaustivo sobre la enfermedad actual y el examen físico y apoyarse de un nivel superior para valoración especializada por médico internista y realización de neuroimagen tac cerebral simple. El paciente fue manejado con analgésicos y se dio egreso. Lo anterior generó retrasos en la atención y manejo de este paciente.

En la sustentación del dictamen afirmó encontrar en la primera atención una falencia en el interrogatorio para hacer el análisis clínico del paciente. Según su dictamen, había un déficit en

la calidad de la historia clínica, y dice que DE PRONTO esa situación llevó a que no se realizara un análisis adecuado en el momento inicial. Esta conclusión es desmesurada, falsa y carente de soporte que lo acredite. Contrario a lo dicho, está plenamente acreditado cuales eran los síntomas que refería el paciente en la atención inicial, para lo cual el equipo médico dispuso del tratamiento adecuado para ese tipo de patología. ¿Cómo se concluye que hubo un indebido interrogatorio? La información reportada en la historia clínica, que fue la que le sirvió de sustento para realizar la pericia, fue la que el paciente informó a la entidad hospitalaria. No podía el médico inventarse síntomas o dirigir su esfuerzo profesional para contrarrestar algo diferente a la cefalea descrita en la entrevista. Es por esto que el tratamiento fue adecuado, ajustado a la situación médica que para ese momento presentaba el señor Payán, sin que esto constituya de ninguna manera un error en la historia clínica.

Ahora, debe hacerse énfasis en que no hay seguridad en lo manifestado por el médico. Como lo refirió él, eso de pronto pudo haber ocasionado un análisis diferente. Con esta apreciación de ninguna manera se acepta responsabilidad, solamente que en el hipotético caso de considerarse, está plenamente acreditado que es totalmente eventual la teoría expuesta por el perito, pues nada permite concluir con absoluta certeza que hubo un error en la historia clínica. Debe también llamarse la atención sobre la causalidad entre esta situación y la producción del daño. Nada tiene que ver, máxime cuando queda en evidencia que la prestación del servicio médico fue acorde a la situación médica presentada en esa primera atención.

Debe resaltarse que a pesar de las atribuciones que realiza el médico en el dictamen, cuando responde a las preguntas formuladas por el apoderado de la parte demandante, fue enfático en manifestar que no podía afirmar si se encontraba ante un caso de negligencia o impericia. Lo anterior debido a que él manifestó no conocer el contexto con el cuales lo médicos habían realizado su intervención, partiendo de la base de la buena fe y la buena práctica médica. Esto soporta la postura por parte del HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA y de mi representada al sostener que hubo una prestación del servicio médico adecuada, respetando los parámetros exigidos para este tipo de situaciones teniendo en cuenta las circunstancias especiales que presentó el paciente, se insiste, en la primera intervención.

Teniendo en cuenta las circunstancias especiales para este caso concreto, existe una seria dificultad en probar las oportunidades que se tenían para contrarrestar los efectos nocivos del

62

proceso causal, máxime si se tiene en cuenta que está debidamente acreditado que el personal médico contó con los elementos técnicos, científicos y de personal requeridos para el desarrollo del procedimiento, y que según se reportó, el mismo se desarrolló atendiendo a estos postulados. En la primera atención no hubo ningún déficit, y al respecto ha precisado el Consejo de Estado:

“En todo caso, debe anotarse que el comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio de salud, sólo pueden ser juzgados teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos y las circunstancias específicas de cada enfermedad y de cada paciente en particular, de allí que no es dable exigir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad, pues de lo contrario, todas las complicaciones posibles que surjan dentro del vínculo médico-paciente serían imputables a los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino, si ese resultado es consecuencia de un acto negligente o descuidado que no se cifó a las reglas o postulados de la profesión, teniendo en cuenta que, claro está, las circunstancias específicas de cada caso particular.”¹

Siguiendo con la intervención del perito, y de acuerdo con las preguntas realizadas por el apoderado judicial del HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA, manifestó el médico que los síntomas de una meningitis eran cefalea, fiebre, náuseas, malestar general, alteración del estado de conciencia y convulsiones. Afirma que por ser un proceso evolutivo, el paciente no iba a presentar todos los síntomas de manera inmediata, lo cual afirma que la atención brindada en la primera oportunidad era acorde a la sintomatología presentada. Si solamente refería cefalea, ¿cómo se la va a exigir al equipo médico que disponga todo lo requerido para una falla neurológica? Distinto fuera el escenario donde los síntomas permitieran concluir un diagnóstico o tratamiento diferente, sin embargo, como quedó reportado en la historia clínica, este no es un evento en el que se requiriera algo diferente al tratamiento debidamente prestado por el equipo médico del HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA en la primera oportunidad.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. (16 de julio de 2008) Expediente 16.775. [C.P. Myriam Guerrero de Escobar].

Por último, debe tenerse en cuenta que todo este análisis se realiza a partir una impresión diagnóstica subjetiva proveniente del médico que realiza el peritaje, pues no hay prueba en el expediente que acredite cual fue la causa de la muerte. Esto quiere decir que la consolidación de la causa goza de incertidumbre, al punto que todo lo consignado puede variar si se determinara que la causa es otra a la establecida en el dictamen. Todo esto debe ser considerado por el Despacho al momento de estructurar los elementos de la responsabilidad, estando en un punto de incertidumbre con respecto a la causalidad y que en todo caso, debió ser probada por la parte demandante.

Lo que sí está probado, y se insiste, es que en la primera atención brindada por el HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA se desarrolló un procedimiento médico requerido para el cuadro sintomático presentado por el señor Payán Solís. Quedó en evidencia las contradicciones y datos errados suministrados por el perito, por lo que resta credibilidad a su declaración y en lo referente a la atención que compete a la primera entidad tratante, queda suficientemente acreditada la prestación del servicio médico en debidos términos.

2.3. CARENCIA PROBATORIA PARA ACREDITAR LA FALLA DEL SERVICIO

Uno de las implicaciones más importantes al determinar el régimen de responsabilidad es el comportamiento probatorio de las partes. El régimen subjetivo de responsabilidad, además de ser el postulado general, le impone a la parte demandante la carga probatoria, por tanto, es ella quien debe tener un comportamiento activo en la aportación del material que soporta los supuestos de hecho registrados en la demanda. Como bien se puede revisar en el proceso, las pruebas obrantes aportadas y practicadas son insuficientes para estructurar los elementos de la responsabilidad que se pretende atribuir al HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA.

Con respecto a las condiciones en que se presentó el lamentable suceso, no hay ninguna prueba que estructure la atribución del daño a la entidad clínica demandada. Así pues, no se tiene certeza de que el incumplimiento obligacional que refiere la parte demandante haya determinado la causación del fallecimiento y consecuentemente generado los perjuicios que pretende, por tanto, ante la inexistencia de estos elementos no se configura la responsabilidad patrimonial del Estado, por lo menos en lo que respecta a la primera atención médica brindada.

Contrario a esto, no existe ninguna prueba que se fundamentan en la acreditación del daño y en

63

la imputación. Por esto, ni siquiera indiciariamente se podría servir probatoriamente para realizar un juicio causal y así atribuir responsabilidad a la entidad demandada, pues como se sustentará en el acápite correspondiente, la ausencia causal en la producción del daño altera la causalidad e impide que se estructuren los elementos de la responsabilidad para imputar el daño respecto al HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA.

Entonces, retomando, no hay prueba de la imputación que pretender estructurar hacia el HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA. Tampoco hay prueba de que haya una falla del servicio, pues no se indica en ningún momento cuál fue el incumplimiento obligacional por parte de la entidad que determinó el daño. No se prueba que la entidad demandada haya cumplido defectuosamente, tardíamente o simplemente incumplido con sus obligaciones administrativas.

Ahora, en el remoto evento en que el Despacho considere que sí estamos en presencia de un incumplimiento obligacional por parte de la entidad demandada, el juicio de responsabilidad de igual forma debe fracasar. Esto debido a que si hipotéticamente se acreditara cualquiera supuesto que conllevara al incumplimiento, falta la prueba de un elemento estructural de la responsabilidad, la imputación. Como se ha dicho, no hay elementos probatorios si quiera que permitan inferir que las condiciones de modo, tiempo y lugar son atribuibles al HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA.

Lo anterior se debe a que sí existe material probatorio que sustente las excepciones formuladas por la demandada y las llamadas en garantía, particularmente frente a la ausencia de falla por cumplimiento a las previsiones técnicas disponibles. Está debidamente acreditado que la demandada cumplió con los protocolos y *lex artis*, lo cual altera el juicio de imputación realizado por la supuesta falla del servicio y consolida como causa eficiente y determinante del daño las condiciones clínicas críticas propias del paciente. La relación entre la prueba de la falla del servicio y la causalidad ha sido estudiada por la doctrina y la jurisprudencia, concluyendo que sin la última, la prueba de la falla del servicio serviría para establecer políticas de prevención de daños pero no para atribuir responsabilidad.

2.4. AUSENCIA DE CAUSA – NO SE ESTRUCTURÓ LA IMPUTACIÓN COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

Con respecto a la imputación, la misma se ha concebido jurisprudencialmente como la atribución jurídica del daño respecto de quien está llamado a responder. Para configurar este elemento, debe confluir una causalidad material, en el sentido de encontrar en el mundo fenomenológico la causa que sea determinante y eficiente en la producción del daño (teoría de la causalidad adecuada); y por otro lado, una causalidad jurídica que requiere de un análisis jurídico normativo establecido en los diferentes títulos de imputación aplicables en esta materia. Como se entra a analizar, este elemento estructural de la responsabilidad nunca se presume, independientemente del régimen aplicable siempre es carga de la parte demandante acreditarlo. Al respecto se sirve citar lo sostenido por la doctrina, acogido en el amplio desarrollo jurisprudencial que ha desarrollado el Consejo de Estado sobre la materia:

“Salvo lo que se dirá más adelante, consideramos que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por quien ejerce el derecho de acción, independientemente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa o en alguna de las especies de responsabilidad objetiva. El nexo de causalidad a diferencia de la culpa, no admite, por norma general, ningún tipo de presunción. Esa es la razón por la cual es necesario quitarnos de la cabeza la sinonimia entre culpabilidad y causalidad; cierto, un hecho puede ser producto de muchos factores, entre ellos una culpa, lo que de suyo no implica un nexo causal que obligue a reparar a quien cometió culpa. Por fortuna, el Consejo de Estado ha superado la discusión sobre la presunción de culpabilidad, de causalidad y de responsabilidad en los regímenes objetivos y actualmente se tiene claro en la jurisprudencia del Alto Tribunal que cuando se está en presencia de un régimen objetivo de responsabilidad no se tiene por existente una presunción de culpabilidad ni de causalidad ni de responsabilidad, sino que es un régimen en el cual el actor deberá probar todos los elementos de la responsabilidad (incluida, por supuesto, la relación causal), mientras que el demandado deberá acreditar una causa extraña para exonerarse de responsabilidad, pues demostrar diligencia y cuidado no le será suficiente para liberarse.

El nexo de causalidad, como lo ha dicho el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, debe ser probado en todos los casos. Así, por ejemplo en sentencia del 2 de mayo de 2002 se dijo:

El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado.²

En el proceso que nos ocupa no hay ningún elemento que permita atribuir el citado daño a alguna acción u omisión del HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA.. Como se adelantó en párrafos anteriores, la prueba de esa causa eficiente y determinante en la producción del resultado dañoso le corresponde acreditar a la parte demandante, y el trabajo probatorio realizado durante el proceso se dirigió a suprimir esa carga y presumir la causalidad, tanto así que de las mismas pruebas aportadas por la parte se logró acreditar que el daño es atribuible a la propia condición clínica del paciente.

Con todo esto, no se acreditó dentro del plenario que el HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA. hubiese incurrido en una falla en la prestación del servicio y que esa conducta fuera eficiente y determinante en la causación del daño. De ser así, en el hipotético caso de haber probado la falla, el juicio de imputación se dirigiría a atribuirle dicha falla a la entidad demandada, sin embargo, al ni siquiera haber probado que se incurrió en un incumplimiento obligacional, no hay conducta dañosa que pudiera atribuirse a la entidad.

En fin, todos estos supuestos debieron ser probados por la parte demandante si lo que pretendía era atribuir responsabilidad a la administración. En todo caso, debe precisarse y

² Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración – Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano*. *Revista de derecho privado*, No. 14, Universidad Externado de Colombia. 194.

hacerse énfasis en lo dicho anteriormente, la imputación como elemento estructural de la responsabilidad debe probarse, y en este caso está debidamente acreditado que hubo ausencia de causa, y si se encuentra una, esa causa eficiente y determinante fue la situación clínica particular del paciente, imprevisible para los médicos en la primera atención brindada.

Una vez acreditado que no existe prueba de la causalidad material, menos puede concluirse que existe causalidad jurídica, pues atendiendo al régimen de imputación de falla probada del servicio, no hay prueba en el proceso del incumplimiento obligacional del HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA., presupuesto base para entrar a sostener un debate jurídico en este tipo de procesos.

Como la imputación es un elemento estructural de la responsabilidad que debe probarse, atendiendo al régimen subjetivo de responsabilidad aplicable al caso, la parte demandante no cumplió con esta carga y hasta esta instancia procesal no se ha acreditado que la actuación del HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA. haya influido causalmente en la generación del daño. Como se explicó, ni material ni jurídicamente existe prueba que acredite la causa eficiente y determinante, y contrario a lo sostenido por el apoderado demandante, la entidad territorial ha obrado conforme a los reglamentos y protocolos, cumpliendo con la prestación del servicio a su cargo.

2.5. TEORÍA DE LA RELATIVIDAD DE LA FALLA DEL SERVICIO CONCEBIDA JURISPRUDENCIALMENTE COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DESDE EL FUNDAMENTO DEL DEBER DE REPARAR

Atendiendo el déficit presupuestal por el que atraviesan diferentes instituciones administrativas en el país, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha conceptuado sobre la relatividad en la exigencia de las obligaciones. **Este reparo bajo ninguna circunstancia significa reconocimiento de responsabilidad, pues como se ha dejado claro, no existió falla del servicio por parte del HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA.** No obstante lo anterior, es importante que se tenga en cuenta la relatividad de la falla del servicio, lo cual supone que debe valorarse las condiciones particulares del caso que llevaron a la prestación del servicio. Esto no es más que la imposibilidad que tiene la entidad médica de atender cualquier tipo de contingencia, obedeciendo a la previsibilidad de las manifestaciones clínicas que pudiera desplegar la paciente atendiendo sus circunstancias especiales expuestas por los galenos en la

675

etapa probatoria, así como también a las condiciones técnicas, financieras y jurídicas de la entidad para administrar contingencias. Al respecto ha dicho la jurisprudencia:

“También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2 inciso 2, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”, así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad”³.

Esto quiere decir que el Estado no se le puede exigir lo imposible, y la relatividad en esta exigencia es una causal de exoneración desde el fundamento de la responsabilidad. Son públicamente conocidas las difíciles circunstancias por las que atraviesa el sistema de salud a nivel nacional, por tanto, las exigencias que se le realizan deben ir acorde con las posibilidades técnicas que tenga para realizar la prestación del servicio, y más teniendo en cuenta el nivel de este hospital. Debe tenerse en cuenta que la prestación del servicio por parte del HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA, se desarrolló en términos adecuados, y que no hay ninguna prueba que permita si quiera inferir que hubo un incumplimiento obligacional.

Así las cosas, probada también la relatividad en la prestación del servicio, la misma configura una causal exonerativa de responsabilidad, lo cual debe también ser analizado por el Despacho

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 14 de septiembre de 2011 (22745)

y liberaría de responsabilidad a la entidad demandada ante una eventual declaratoria de responsabilidad. Con lo hasta acá fundamentado se prueba que el servicio se prestó conforme a los criterios técnicos y financieros disponibles para una entidad de esta categoría, y que atendiendo las exigencias requeridas, los medios fueron utilizados de manera oportuna para mitigar el impacto del hecho dañoso.

I. ANÁLISIS PROBATORIO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

1. LA RECLAMACIÓN EFECTUADA AL ASEGURADO OCURRIÓ POR FUERA DE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL NO. 1001669, DESENCADENANDO LA INEXISTENTE COBERTURA DADA LA MODALIDAD CLAIMS MADE EN QUE FUE CONCERTADO TAL CONTRATO DE SEGURO

Además de la inexistente configuración del riesgo asegurado, dada la ausencia de responsabilidad que se predica del HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA, es pertinente resaltar que ni siquiera en el remoto evento de que resulte condenada la parte pasiva de la Litis que me convocó, mi procurada no podría responder por los perjuicios reclamados, puesto que la aseguradora que represento, otorgó el amparo descrito en la carátula de la póliza en comento, de acuerdo la póliza de responsabilidad civil No. 1001669 base del llamamiento, por una vigencia del 26 de mayo de 2010 al 26 de mayo de 2011.

Ahora bien, con base en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, la aseguradora que represento asumió el riesgo bajo la modalidad denominada "Claims Made", el cual consiste precisamente en otorgar cobertura respecto de los hechos ocurridos durante la vigencia de póliza o su periodo de retroactividad, siempre y cuando sean reclamados dentro de la vigencia del contrato de seguro. Precisamente en ese sentido se concertó dentro de las condiciones del contrato de seguro, así:

"CONDICIÓN PRIMERA

AMPAROS

ESTA PÓLIZA OTORGA COBERTURA PARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROPIA DE CLÍNICAS, SANATORIOS, HOSPITALES Y/U OTRO TIPO DE ESTABLECIMIENTOS O

676

INSTITUCIONES MÉDICAS BAJO LAS LIMITACIONES Y EXCLUSIONES DESCRITAS A CONTINUACIÓN:

1.1. RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MÉDICA

- a) PREVISORA SE OBLIGA A INDEMNIZAR AL ASEGURADO POR CUALQUIER SUMA DE DINERO QUE ESTE DEBA PAGAR A UN TERCERO EN RAZÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN QUE INCURRA, EXCLUSIVAMENTE COMO CONSECUENCIA DE CUALQUIER "ACTO MÉDICO" DERIVADO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ATENCIÓN EN LA SALUD DE LAS PERSONAS, DE EVENTOS QUE SEAN RECLAMADO Y NOTIFICADOS POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA Y HASTA EL LÍMITE DE COBERTURA ESPECIFICADO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES (SALVO LOS ACTOS MÉDICOS QUE QUEDEN EXPRESAMENTE EXLUIDOS)

[...]

- 1.5. ESTE SEGURO CUBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADO POR EL ACTO MÉDICO O EVENTO QUE DIERA ORIGEN A LOS DAÑOS MATERIALES Y/O LESIONES CORPORALES ALEGADOS SIEMPRE Y CUANDO SE CUMPLAN LAS SIGUIENTES CONDICIONES:

- a) QUE DICHO ACTO MÉDICO HAYA OCURRIDO DESPUÉS DE LA FECHA DE RETROACTIVIDAD ESTABLECIDO EN ESTA PÓLIZA, EN CASO DE NO ESTAR ESTABLECIDA DICHA FECHA, QUE EL ACTO MÉDICO HAYA OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA.
- b) QUE EL TERCERO O SUS CAUSAHABIENTES FORMULEN SU RECLAMO Y LO NOTIFIQUEN FEHACIENTEMENTE, POR ESCRITO, DURANTE EL PERIODO DE VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA, SU RENOVACIÓN, O DURANTE EL PERÍODO DE EXTENSIÓN PARA DENUNCIAS.

[...]

De esta manera, se observa que los límites temporales en que se otorgó la cobertura concertada, se circunscribió desde el 26 de mayo de 2010 al 26 de mayo de 2011, es decir, si bien los hechos ocurrieron dentro de la vigencia, por su parte la reclamación que se formuló al ASEGURADO mediante la convocatoria a la audiencia de conciliación extrajudicial en la Procuraduría 219 Judicial I Administrativa de Buenaventura, se efectuó por fuera de la vigencia, este es, 21 de enero de 2013.

En ese sentido, el límite temporal de la cobertura solo se concedió para el tiempo referido, y por ello, teniendo en cuenta la modalidad en que se concertó el contrato de seguro, se concluye que no existe cobertura respecto de la póliza en comento. Es decir, sin que se acepte responsabilidad de mi procurada, es oportuno en gracia de discusión mencionar que resulta imposible atribuir cualquier responsabilidad u obligación resarcitoria a cargo de mi procurada, toda vez que el evento se reclamó al asegurado cuando ya había fenecido la vigencia del seguro.

Al respecto de lo anteriormente reseñado, es preciso nuevamente señalar que dada la modalidad en que se concertó el amparo ofrecido por la aseguradora, los hechos fueron reclamados por fuera de los límites temporales dentro de los cuales se otorgó el amparo referido en el punto anterior, de acuerdo a la normatividad anteriormente transcrita, no podría condenarse a mi procurada a reintegrar esos dineros que se encuentran fuera de los límites temporales pactados para la cobertura ofrecida, que valga reiterar, no se pactó para los hechos que aquí se discuten.

2. INEXISTENCIA DE AMPARO Y CONSECUENTEMENTE DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA EN TANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO

De acuerdo con las precisiones realizadas en los acápites anteriores, la responsabilidad que pretendió predicar la demandante hacia el HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA es inexistente. Al no configurarse los presupuestos de responsabilidad, no se realizó el riesgo asegurado y por consiguiente hay una inexistencia de cobertura. Con el material probatorio que obra en el expediente quedó acreditado el alcance de la cobertura que ostenta el contrato de seguro documentado en póliza de responsabilidad civil No. 1001669, lo que quiere decir que dicha cobertura se extiende con sujeción a las condiciones pactadas en la misma. Esto significa

677

Como se probó con el clausulado del documento aportado, si se presentaran otras reclamaciones o demandas para obtener indemnizaciones que afecten la póliza de seguro, se entenderá como una sola pérdida y la obligación de mi representada está limitada a la suma asegurada, conforme a lo dispuesto en los Arts. 1079 y 1089 del Código de Comercio, es decir, el límite global del valor asegurado por vigencia anual se reducirá en la suma de los montos de las indemnizaciones pagadas.

La suma indicada en la carátula de esta póliza es el límite máximo de responsabilidad de la compañía por todos los daños y perjuicios causados por todos los siniestros ocurridos durante la vigencia anual del seguro. En ningún caso y por ningún motivo la responsabilidad de la compañía puede exceder éste límite durante la vigencia anual, aunque durante el mismo periodo ocurran uno o más siniestros.

4. DEDUCIBLE

La condición No. 4 del contrato de seguro documentado en la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1001669 dispone frente al deducible lo siguiente:

"EL ASEGURADO DE COMPROMETE A ASUMIR A SU CARGO EL MONTO POR DEDUCIBLE INDICADO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES CON RESPECTO A CADA RECLAMO QUE SEA INDEMNIZABLE BAJO ESTA PÓLIZA POR ELLOS DAÑOS A TERCEROS"

Así las cosas, teniendo en cuenta esta previsión normativa y contractual se pactó el mismo por el 10% del valor de la pérdida, con un mínimo de \$3.750.000, por tanto, en el evento y remoto caso de condenarse, debe tenerse en cuenta esta suma que debe ser asumida por el HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA

5. GENÉRICA

Solicito al Despacho declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, derivada de la Ley o del contrato de seguro utilizado para accionar en contra de mi representada, incluida la de prescripción de la acción, conforme a la Ley.

que mi mandante solo está obligada a responder por el siniestro expresamente estipulado en la póliza, y no puede comprometerse al asegurador por riesgos que no le fueron trasladados.

Si no se logró probar que hubo una falla del servicio del HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA y que esa supuesta falla fue la causante del daño, y además, está debidamente acreditada la ausencia de intervención causal en la producción del daño, tal situación no configura la ocurrencia del siniestro y por tanto es un riesgo que no ha sido trasladada a mi representada en virtud del contrato de seguros suscrito. El objeto del seguro, según lo concertado en la póliza, es amparar los perjuicios causados con motivo de la responsabilidad civil en que incurra el Municipio de Santiago de Cali, y como en este caso la responsabilidad del ente territorial no se configuró, resulta imposible la afectación del contrato de seguro.

3. LIMITES MÁXIMOS DE RESPONSABILIDAD, CONDICIONES DEL SEGURO Y DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

Es imprescindible hacer mención frente al límite asegurado para cada uno de los amparos otorgados, señalados en la carátula como "límite asegurado anual". Por ello, pese a la ausencia de fundamento de la acción de la referencia y la carencia de los derechos invocados por la parte actora, así como las razones que sirvieron de base a las excepciones propuestas, en gracia de discusión y sin que constituya reconocimiento de obligación alguna a cargo de mi representada, es pertinente decir debe tomarse en consideración que contractualmente, en la póliza de seguro se estipuló las condiciones de la responsabilidad del asegurador, sus límites, los amparos otorgados, las exclusiones, las sumas aseguradas, los deducibles pactados, etc., de manera que estos son los parámetros que determinarían en un momento dado la posible responsabilidad que podría atribuir a mi representada, en cuanto ellos enmarcan la obligación condicional que contrajo y las diversas cláusulas del aseguramiento, de tal suerte que cualquier pronunciamiento debe sujetarse a tales condiciones contractuales.

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

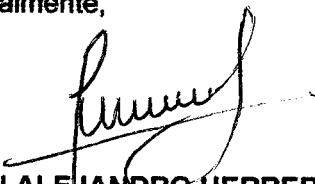
678

6. PETICIÓN

Ruego al juzgado que despache desfavorablemente las pretensiones alegadas por la parte actora, declare probadas las excepciones propuestas por el HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA y por mi defendida frente a la demanda y llamamiento en garantía; y consecuentemente, declare que LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS no está obligada a efectuar pago alguno por concepto de indemnización de los supuestos perjuicios reclamados por la parte demandante, ni a responder ante el llamante en garantía.

No obstante lo anterior, respetuosamente solicito al despacho que en el remoto evento en que los argumentos esbozados en el presente escrito no fueren de su convencimiento, de manera subsidiaria solicito que en el evento en que se llegare a declarar responsable administrativamente al HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA, tengan en cuenta todas y cada una de las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza que sirvió de base para el llamamiento en garantía efectuado en el presente proceso, incluyendo la inexistencia de cobertura dada la modalidad en que fue concertado el contrato.

Cordialmente,



JHON ALEJANDRO HERRERA HERNÁNDEZ
C.C. No. 1.143.850.026 de Cali
T.P No. 274.779 del C.S. de la J.