

Honorables Magistrados,
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA
Pereira, Risaralda.
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTES: CARLOS ALBERTO HERRERA BEDOYA Y OTROS

DEMANDADOS: E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA

RADICADO: 66001-33-33-004-2018-00217-00

ASUNTO: **PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN**

HECTOR JAIME GIRALDO DUQUE, actuando en calidad de Apoderado Judicial de la llamada en garantía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, identificado como aparece al pie de mi firma, con el debido respeto y en el término legal, me permito presentar escrito de **PRONUNCIAMIENTO FRENTE A RECURSO DE APELACIÓN** presentado por la parte demandante contra la sentencia del 29 de enero de 2025, solicitando comedida y delantadamente a esta Honorable Sala, se sirva **CONFIRMAR** íntegramente el fallo de primera instancia, conforme a los siguientes lineamientos:

CUESTIÓN PREVIA: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Adicionalmente, y si bien no intervenimos en esta instancia como recurrentes, se deberá poner nuevamente bajo análisis lo esgrimido ante el *A-quo*, junto con los reparos y fundamentos de la alzada, en virtud del principio de congruencia, que según el artículo 281 del Código General del Proceso, reza:

"ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. *La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.*

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.¹
(Negrilla y Subrayado fuera del texto original)

¹ Ley 1564 de 2012

Con motivo de lo anterior, y entendiendo respetuosamente que la competencia de su honorable sala se encuentra atada en su análisis y decisión a los motivos de inconformidad expuestos por la parte actora en la alzada interpuesta ante el fallo de primer grado, corresponderá a las partes del proceso pronunciarse en el marco de dicha apelación sin que sea posible excederse en las competencias sobre lo no probado y lo no apelado, por tanto nos pronunciaremos frente a los reparos indicados por el apelante al fallo así:

PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA PARTE DEMANDANTE

➤ **FRENTE AL REPARO DENOMINADO "SE EQUIVOCA EL FALLADOR EN LA METODOLOGIA DE ESTUDIO QUE UTILIZA PARA RESOLVER EL CASO"**

Como punto de partida del presente pronunciamiento, hacemos referencia al primer reparo aducido por la parte demandante en su recurso de alzada, el cual, desde este punto se indica que no tiene vocación de prosperar debido a que sin referir un sustento legal, jurisprudencial o por siquiera doctrinal, el apoderado de los accionantes se limita a manifestar que la sentencia no se estructuró de la forma correcta, además de que hace una apreciación plenamente subjetiva, indicando que por la estructura en la que fueron referidos los alegatos de las partes, el *A Quo* no analizó lo indicado por dicha parte.

Pues bien, es dable manifestar que, en cuanto al orden en que debe ser estructura la sentencia, se tiene que el artículo 18 de la ley 446 de 1998, establece:

"ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. <Ver Notas del Editor> **Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse,** salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social." (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Por lo tanto, se puede avizorar con el artículo referido que contrario a las alegaciones que realizó el apoderado de la parte demandante de manera subjetiva, indicando sin sustento fáctico, jurídico o probatorio, que el despacho emitió una sentencia con un orden inapropiado, es evidente que el deber legal de los jueces es dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin.

En este orden de ideas, se destaca que el orden de la sentencia del *A Quo*, se desarrolló con total apego al postulado legal referido y que se encuentra vigente, debido a que en el expediente se evidencia que los alegatos de conclusión remitidos por las partes fueron cargados en el aplicativo **SAMAI** en el siguiente orden:

Recibe memoriales 76_ALEGATOSHOSPITALSANJORGE 438 kb
Recibe memoriales 77ALEGATOSALLIANZS 612 kb
Recibe memoriales 78ALEGATOSSURA 616 kb
Recibe memoriales 79ALEGATOSASMEDSALUD 1.893 kb
Recibe memoriales 80ALEGATOSDEMANDANTE 1.234 kb
Recibe memoriales 81ALEGATOSMAFRE 304 kb

No obstante, este es precisamente el orden en el que dichos alegatos fueron referidos en la sentencia, por lo cual, carece de soporte lo indicado por la parte demandante, pues es contrario a las disposiciones legales que rigen la materia, por lo que evidentemente debe ser desestimado el reparo efectuado.

Ahora bien, en el recurso de alzada también se indica que el orden en el cual fue desarrollada la sentencia, causó que el *A Quo* realizará un análisis incorrecto de los argumentos esbozados por la parte demandante, debido a que "cuando llego a las alegaciones de la parte actora ya estaba convencido del argumento defensivo expresado por las demandadas", frente a este punto se debe indicar que, si lo que se quería por la parte demandante era el análisis primario de sus alegaciones, de acuerdo con el artículo 18 de la ley 446 de 1998, debía allegar sus alegaciones al despacho con mayor celeridad que los demás actores en el proceso, además de esto, no hay fundamento alguno para que se indique que no se analizaron sus argumentos por el orden de desarrollo de la providencia, puesto que se evidencia que en la parte resolutive de la misma, fueron estudiados todos y cada uno de los puntos materia de litigio frente a la falla en el servicio predicada, además de que también se estudiaron las labores defensivas, en virtud del debido proceso, derecho a la defensa y derecho de contradicción.

Por lo anterior, dado que el presente punto de reparo se sustenta únicamente en afirmaciones subjetivas de la parte demandante, que además de esto, contrarían las disposiciones legales que rigen la materia, deberá el Honorable Tribunal rechazar lo indicado en dicho apartado y en su lugar, confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia, toda vez que se evidenció la inexistencia de una falla en el servicio médico, además de la correcta actividad del *A Quo* al estudiar la totalidad de los argumentos esbozados por ambas partes, en busca de la protección de las garantías de todos los implicados en el proceso.

- **FRENTE A LOS REPAROS ENUMERADOS COMO DOS (2), TRES (3), CUATRO (4) Y CINCO (5) - (VALORACION DEL ACERVO PROBATORIO, INEXISTENCIA DE FALLAS EN EL SERVICIO Y AUSENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD FRENTE A LAS ACTUACIONES REALIZADAS POR EL CUERPO GALENICO DE LA E.S.E. HOSITAL SAN JORGE DE PEREIRA Y EL FALLECIMIENTO DE LA PACIENTE).**

Primariamente, se manifiesta a la Honorable Sala que en el segundo punto de reparo formulado por la parte actora, al analizar la supuesta indebida valoración probatoria desarrollada por el *A Quo*, ineludiblemente se realiza un recuento de las presuntas fallas que se presentaron durante la prestación del servicio médico, aludiendo lo sucedido en el procedimiento quirúrgico realizado, tanto en la manera en cómo el mismo se desarrolló y la atención postquirúrgica desplegada a la paciente, por lo tanto, en el presente texto, con el fin de hacer una defensa integra sobre lo referenciado por el apoderado de la parte demandante, tempranamente y en este mismo apartado, debemos pronunciarnos a los reparos numero dos (2), tres (3), cuatro (4) y cinco (5), dado que todos y cada uno, desarrollan lo referente a la falla médica predicada frente a lo sucedido en el procedimiento post operatorio de la señora Claudia Martina Jiménez, además de que se encaminan a predicar la existencia de una supuesta relación causal y se detienen en el análisis del material probatorio obrante en el expediente.

En este orden, comenzamos por indicar que la totalidad del acervo probatorio allegado al expediente, da cuenta del adecuado manejo que se le dio a la paciente en cada momento en que se le brindó la atención médica solicitada, esto es antes, durante y después del procedimiento quirúrgico realizado, puesto que, incluso como el mismo

perito médico lo indica, los actos ejecutados por el cuerpo galénico adscrito al **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**, se realizaron con total apego a los postulados de la *lex artis*, garantizando un adecuado y oportuno tratamiento. Esto se puede evidenciar en la historia clínica aportada al proceso, en donde se refleja que la paciente recibió un manejo clínico continuo, pues se encuentran anotaciones consecutivas de su observación por parte del personal médico, desde su salida del procedimiento quirúrgico realizado el día 13 de junio de 2016, hasta su lamentable fallecimiento del día 18 de junio de 2016.

Además de esto, observado el material probatorio se evidencia, tanto su correcta valoración por parte del despacho, como se refleja que las atenciones médicas proporcionadas a la paciente se adecuaron a los protocolos y las guías vigentes, toda vez que el mismo perito médico al realizar un análisis completo de la historia clínica manifestó:

"Minuto 1.15.18

Indagó el despacho: ¿Doctor, el manejo del SIRS fue oportuno?

*Contestó el perito: Si su señoría, porque **eso es impredecible en este caso**, es impredecible en este caso, porque como le digo son 38 billones de bacterias, yo he analizado caso en los cuales ni siquiera hay separación de la sutura, en este caso estaba la sutura y se abrió, que le puede pasar a cualquier persona, y hay algunos que así usted vea la sutura, a nivel microscópico se pueden filtrar a través de pequeños vasos y comenzar a generar una respuesta, entonces, no existe una cirugía que hagan en el colon, en la cual no comiencen a dar antibióticos, ósea desde el mismo día de la cirugía dan antibióticos y dan manejo con líquidos, entonces ella desde el inicio venía con eso, obviamente hay unos ajustes y todo frente a las complicaciones de comenzar a darle droga para que el corazón funcione más, de cambiar los tipos de antibióticos, de hacer un acto quirúrgico y eso es lo esperable, ósea **yo no veo como un alejamiento de la lex artis exigible**, dentro del seguimiento que requería esta mujer.*

Además de esto, el mismo médico perito, frente al momento en el que se presentó el SIRS y los signos de alarma que la paciente reflejaba, destacó que este diagnóstico no se avizoró con claridad hasta el día 18 de junio de 2016, y, en este momento, comenzaron todas las labores médicas pertinentes para intentar la mejoría de la paciente, lo cual se evidencia en la historia clínica, sin embargo, los días anteriores la sintomatología era inespecífica, además de que enfatizó en que no se debían solo evaluar los síntomas de manera individual, sino que el cuerpo médico revisaba a la paciente y en esta revisión emitía un concepto que englobaba la salud de la paciente teniendo en cuenta todos los parámetros necesarios, dicho concepto se debía analizar para conocer el estado clínico completo.

De acuerdo con lo anterior, se destacan los siguientes apartados de la contradicción surtida frente al dictamen pericial allegado al expediente:

"Minuto 14.17 - Perito manifiesta el adecuado actuar de los galenos y destaca que la paciente falleció por la severidad de sus dolencias, por lo cual, al realizar un resumen de lo examinado, a solicitud del despacho, culmina indicando:

"(...) en líneas generales, pues la paciente tuvo un adecuado y oportuno seguimiento por parte del grupo hospitalario, pero debido a su severidad, pues finalmente termina falleciendo."

Minuto 17.29, perito manifiesta:

"Su señoría, esta señora fue operada el 14, el 14 de junio y al 17 de junio, bueno al 16, todavía hablaban de una estabilidad, al 17 cuando hay ronda de la cirugía todavía hablan de estabilidad, y posteriormente entre el 17 y el 18 se comienzan a describir unos hallazgos que hablan de una inestabilidad y el ya resto continua pues con el manejo hospitalario, pero al menos hasta el 17 pues por la mañana, cuando estaba en ronda con la cirujana la dra. Diaz, pues se hablaba de una relativa estabilidad, dentro del proceso de recuperación postoperatorio."

Minuto 50.00, se examina la historia clínica del 16 de junio de 2016, en donde el perito manifiesta que, a pesar de presentar cierta sintomatología, lo que se debe revisar no es simplemente este aspecto sino el concepto médico que engloba la generalidad de la situación de la paciente, por lo que se indica lo siguiente.

"Indago el apoderado demandante: Entonces pues, conforme a esto, pues en conclusión como para redondear la pregunta, hay una frecuencia cardiaca de 90, superior a 90, hay unos leucocitos superiores a 12.000 y pues, también hay como episodios de hipotensión y un posible foco infeccioso, ¿eso que significa de acuerdo a esos valores que le doy?"

Contestó: De acuerdo a eso, ósea que habría criterios de un Síndrome de Respuesta Inflamatoria Sistémica.

Preguntado: ¿Podríamos que presentó para esas fechas signos de alteración hemodinámica?"

*Contestó: Pues tiene un poquito alterada la frecuencia cardiaca pero la tensión está muy en el límite, tiene alterada la frecuencia carica, pero **cuando la ve la cirujana, pues describe que está en el rango de estabilidad, ósea no es tanto el valor puntual, sino el contexto clínico**, ósea ella pasa ronda, revisa, revisa exámenes, revisa la herida y conceptúa que dentro de todo, pues habría una estabilidad clínica y hemodinámica."*

De acuerdo con lo referenciado, es menesteroso manifestar que la prueba técnico – científica obrante en el expediente en cuando a la atención médica proporcionada a la paciente, es efectivamente, el dictamen pericial, el cual se refiere a un elemento material probatorio desarrollado de manera imparcial por un profesional en la materia. Teniendo estos presupuestos presentes, esta prueba manifestó expresamente que las actuaciones llevas a cabo por los profesionales de la salud adscritos a la demandada **HOSPITAL SAN JORGE DE PEREIRA**, actuaron de acuerdo a la *lex artis*, de manera adecuada y oportuna, debido a que hubo un seguimiento constante, se suministraron antibióticos desde el comienzo del postoperatorio debido a la naturaleza del procedimiento quirúrgico, y hasta el día 17 de junio de 2016, se denota que la paciente estaba hemodinámicamente estable, por lo que, el cambio en este estado comenzó el día 18 de junio cuando se refiere el comienzo de todas las actuaciones para recuperar su estado de salud, además, se enfatiza en que no presentó sepsis hasta ese momento, y su estado clínico era correcto de acuerdo al análisis de la totalidad de la sintomatología referenciada y evidenciada.

Por lo tanto, el SIRS solo se pudo evidenciar hasta el día 18 de junio de 2016, cuando cambio la sintomatología de la paciente, puesto que tal y como lo indico el médico perito, si bien había alguna sintomatología que analizada de manera individual podría haber inferido la presencia de un Síndrome de Respuesta Inflamatoria Sistémica, al analizar en conjunto todo el estado clínico de la paciente se evidenciaba que se encontraba hemodinámicamente estable, esto, hasta la nota de la historia clínica del 18 de junio, cuando si se comenzaron a notar múltiples signos de alarma y, por ende, se comenzó inmediatamente con el manejo adecuado frente a este padecimiento.

Adicionalmente a esto, al análisis del material probatorio se debe también añadir lo indicado por la médico Cirujana General María Carolina Diaz Rivera, y que se referenció

correctamente en la providencia de cierre de primera instancia, emitida por el A Quo. Pues bien, la testigo refirió:

*"Señala que, en la valoración del 17 de junio le fue reportado el hemograma con leucocitosis, que se considera uno de los signos de respuesta inflamatoria sistémica, pero como era las primeras 48 horas, es normal que estén elevados los leucocitos, la paciente no había tenido fiebre al momento de la valoración, el dolor estaba controlado y **no tenía ningún otro signo que alertara alguna complicación ni presentaba signos de irritación peritoneal**, lo cual consiste en unos signos que se presentan en el examen físico que se hace en el abdomen, que indica que hay una contractura involuntaria de los músculos de la parte abdominal secundaria, una irritación por algún proceso intra abdominal, puede ser generada por material intestinal, pus, orina, sangre, bilis, cualquier cosa que esté dentro del abdomen que sea anormal, siendo de alta sensibilidad al examen físico en manos entrenadas y su presencia indica la necesidad de manejo quirúrgico inmediato, cuando se hace referencia a que no tiene signos de irritación peritoneal, se hace específicamente para indicar que la evolución es adecuada y que el paciente no tiene indicación de reintervención en el momento de la valoración.*

*Señala que, **cuando hablan de una paciente hemo dinámicamente estable, está definida por unos parámetros que implica que el paciente no requiere ningún soporte adicional para mantener sus constantes vitales**, tenía una presión arterial media, que es la que tiene la mayor validez, que es una presión arterial que está por encima de 70, una presencia cardíaca mayor a 110 y una adecuada saturación de oxígeno que señala que, tiene una adecuada perfusión distal, es decir, que la sangre se está llegando adecuadamente a los tejidos. Sin embargo, el término tiene una amplia gama de definiciones porque es un término que abarca muchas constantes vitales."*

Ante esto, se derruye lo aducido por la parte demandante frente a la supuesta presentación de una falla en el servicio médico por desatender los síntomas de alarma que supuestamente reflejaba la paciente desde días antes del 18 de junio de 2016, puesto que con lo manifestado por el perito médico y la médico cirujana que se estuvo presente en el procedimiento quirúrgico realizado, además de que se encargó del cuidado y revisión de la paciente en el postoperatorio, se evidencia que teniendo en cuenta la totalidad del estado clínico de la paciente, la misma no presentaba signos de alarma que permitieran aducir un proceso infeccioso intra abdominal hasta el día 18 de junio de 2021, en el cual se desplegaron todas las acciones médicas necesarias y adecuadas a la *lex artis*, sin lograr un resultado positivo debido a la severidad de la patología que desmejoró rápidamente el estado de salud de la señora Claudia Martina Jiménez Cardona.

Por lo tanto, es dable aducir que los médicos actuaron de manera diligente y oportuna, diagnosticando correctamente a la paciente y realizando el procedimiento quirúrgico adecuado a sus patologías, el cual terminó sin complicaciones inmediatas. Así posteriormente se dio un buen y constante seguimiento post operatorio, desplegando todas y cada una de las acciones idóneas y pertinentes al momento de avizorar la presencia del proceso infeccioso intra abdominal y evidenciar un estado hemodinámico inestable, por lo tanto, a pesar de haberse realizado todas las actuaciones que la ciencia médica dictaba pertinentes para el buen desarrollo de la paciente, la misma falleció a causa de los riesgos inherentes a la actividad médica, sin ser estos imputables a la actividad galénica.

Teniendo de presente lo anterior, y ya sentadas las bases probatorias que debe tener en cuenta la Honorable Sala para emitir su providencia, es relevante hacer un estudio sobre la inexistencia de la falla en la prestación del servicio dada la adecuada actuación galénica desplegada para con la paciente Claudia Martina Jiménez, lo que a su vez, derruye la posible existencia del elemento esencial de la responsabilidad denominado nexo de

causalidad, teniendo en cuenta que el lamentable fallecimiento de la paciente indiscutiblemente obedeció únicamente a la materialización de los riesgos inherentes al desarrollo de la actividad médica, la cual, se recuerda, es de medio más no de resultados.

Lo anterior, debido a que el recurso de alzada pretende predicar la existencia de un nexo de causalidad y una falla en el servicio, lo que va en contravía de todo lo probado en primera instancia frente a la imputación arbitraria de responsabilidad que el apoderado de la parte demandante pretende sustentar frente a nuestra entidad asegurada **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**.

En este sentido, como punto de partida se debe referenciar lo que jurisprudencial y doctrinariamente se debe entender por falla en el servicio, no como título de imputación, sino como la falla propiamente dicha en la actuación galénica, ante lo cual es relevante referir lo dicho por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que en sentencia del 18 de febrero de 2010, radicado número 66001-23-31-000-1998-00568-01 (17999), con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, expreso lo siguiente:

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

En reciente providencia expresó el Consejo de Estado:

*"...Valga señalar que, en materia de responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial, **la decisión favorable a los intereses de la parte demandante no puede ser adoptada con la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse quien dicha actuación no se observó la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño.** Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la anti juridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que se surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración y solo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo..."²*

De conformidad con lo estipulado por la jurisprudencia nacional en el ámbito de lo contencioso administrativo, corresponde al actor probar que efectivamente se presentó una falla en la actuación médica proporcionada a la paciente, no obstante, la totalidad del acervo probatorio allegado al expediente refleja una circunstancia totalmente contrario a esta situación, puesto que, cada uno de los tratamientos desplegados por el cuerpo galénico del **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**,

² Sentencia del 3 de febrero de 2010, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera Ponente: Dra. RUTH STELLA PALACIO. Radicación No. 25000-23-26-000-1995-00956-01 (18100).

efectivamente se realizaron de acuerdo con los postulados de la *lex artis*, tal como lo expreso el médico perito al realizar la contradicción de su dictamen, y como es plenamente evidenciable al recorrer la historia clínica de la paciente, en la cual se encuentran descritas todas las actuaciones realizadas al momento en el que fue posible diagnosticar el SIRS y perdió la estabilidad del estado hemodinámico.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la falla en el servicio se predica en contra de la entidad asegurada, es dable manifestar que no basta con que se prueba la existencia de un daño en el proceso, sino que este debe ser atribuible al Estado por sus actuaciones, es decir, el actor debe probar que el daño predicado fue causado por una falla propiamente dicha de un agente o una entidad Estatal, con el fin de poder imputar su responsabilidad.

En este momento debe pasar a analizarse de igual manera el nexo de causalidad, puesto que, se ha sentado en el ámbito de la responsabilidad administrativa, que para predicarse la responsabilidad del Estado deben demostrarse al menos tres elementos sine qua non, puede estructurarse; a saber: (i) *actuación de la administración*, (ii) *daño o perjuicio* y (iii) *nexo causal entre el daño y la actuación*. En lo que respecta al nexo causal, El profesor Javier Tamayo Jaramillo, al referirse al mismo, manifiesta:

*"... Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado teorías; las más importantes son: la "teoría de la equivalencia de las condiciones" y "la teoría de la causalidad adecuada". De acuerdo con la primera todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causante del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se la rechaza por su inaplicabilidad práctica, pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría absurdamente, buscar responsables hasta el infinito. **Para suavizar este criterio se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción de daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica de perjuicio; se considera que solamente causo el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño...**"*
(Negrilla fuera del texto original) ³

La demostración del Nexo de Causalidad corresponde a la parte que la alega, puesto que en nuestra legislación la relación de causalidad no se presume, sino que debe ser probada. Dicha responsabilidad de la prueba recae sobre la parte pretensora. Nuestro Código General del Proceso en su Artículo 167 sobre la carga de la prueba refiere que:

"ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

De igual manera, se tiene que la situación fáctica debe ser analizada desde todos los ámbitos, lugares, y requieren ser estudiadas conforme a las circunstancias de tiempo, modo, lugar y la capacidad operativa funcional de la administración al momento del servicio.

³ Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Temis, Bogotá D.C, 2009, Pág., 374 y ss.

El Consejo de Estado se ha pronunciado así:

"El elemento de responsabilidad "nexo causal" se entiende como la relación necesaria y eficiente entre la conducta imputada y probada o presumida, según el caso, con el daño demostrado o presumido. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona como producto de su acción o de su omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista fáctico sino del jurídico. Sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías: la equivalencia de las condiciones que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo. Dicho de otro modo la primera teoría refiere a que todas las situaciones que anteceden a un resultado tienen la misma incidencia en su producción y, en consecuencia, todas son jurídicamente relevantes, pues "partiendo de un concepto de causalidad natural, todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal". Y sobre la teoría de la causalidad adecuada la acción o la omisión que causa un resultado es aquella que normalmente lo produce. De estas teorías en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito". (Negrilla fuera del texto original)⁴

Al respecto, es menester traer a colación lo que la doctrina ha manifestado al respecto:

"Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado varias teorías; las más importantes son: la "teoría de la equivalencia de las condiciones" y "la teoría de la causalidad adecuada". De acuerdo con la primera, todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causantes del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se la rechaza por su inaplicabilidad práctica, pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría, absurdamente, buscar responsables hasta el infinito. Para suavizar este criterio, se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño.

*"(...) Aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el juez considera que la causa externa ha sido el hecho que normalmente ha producido el daño, y, en consecuencia, el vínculo de causalidad debe romperse de tal modo, que el demandado no se considere jurídicamente como causante del daño..."*⁵

⁴ Sentencia proferida el día 25 de julio de 2002. Sección Tercera del Consejo de Estado. Expediente 13.680.

⁵ Nota original de la providencia citada: TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Edit. Temis, 2ª edición. Tomo I, vol 2., Santafé de Bogotá, 1996. pp. 245, 246.

Con fundamento en los apartados referenciados, es evidente que no es posible atribuir los daños referidos en el libelo demandatorio e indicados en el recurso de alzada, a las actuaciones desplegadas por la entidad asegurada por cuando no existe elemento material probatorio en el proceso que permita evidenciar una sola actuación que pueda catalogarse como la causa eficiente de la producción del hecho dañoso materializado con el fallecimiento de la señora Claudia Martina Jiménez Cardona, esto, en caso contrario al basto material probatorio allegado al expediente, que es unívoco al dar cuenta de que todas las actuaciones desplegadas por el personal médico adscrito al **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA** se realizaron con total apego a los postulados de la *lex artis* y de acuerdo con los protocolos y guías vigentes, lo cual, fue destacado y ampliamente analizado por la sentencia del *A Quo*, que en su apartado final, al referirse al caso concreto manifestó lo siguiente:

Debe resaltarse que, con el transcurrir de los días, fue desarrollando un material purulento en la herida quirúrgica, **sin otros signos de alarma y que fueran diferentes a los esperados en la evolución de ese tipo de procedimientos**, fue tratado con curaciones y antibióticos, además de exámenes adicionales, sin obtener mejoría, surgiendo en menos de 72 horas otros síntomas como la dificultad para respirar, inestabilidad hemodinámica, choque hipovolémico, lo cual conllevó que fuera ingresada a quirófano para realizar una limpieza directa y explorar el estado, no solo 1 sino 2 veces, dado su deterioro generalizado a una falla multiorgánica, peritonitis, finalizando con una parada cardiorrespiratoria, causando su fallecimiento.

Descendiendo a las imputaciones que hace la parte actora en contra de la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira, **se puede evidenciar que, tuvo un cuidado propio de un post quirúrgico**, esto es, el seguimiento de los síntomas de recuperación o alteración, medicación en los primeros días, sumándole a partir del segundo día, las curaciones de la herida quirúrgica que presentaba pus, exámenes adicionales, tanto así, que fue ingresada 2 veces a quirófano nuevamente para limpiar la herida y determinar la causa por la cual se estaba deteriorando, **lo cual permite concluir que se brindó una oportuna atención para procurar la recuperación de la señora Claudia Martina Jiménez Cardona, sin embargo, no pudieron evitar el fatal desenlace.**

Por lo que, una vez analizado nuevamente lo indicado por el perito, se llegó a la inequívoca decisión de:

De lo cual se desprende que, el tratamiento brindado a la señora Claudia Martina Jiménez Cardona, **fue acorde con su diagnóstico y evolución médico**, sin embargo, dado su rápido deterioro, no fue suficiente para salvaguardar su vida, **lo cual no implica que, hubiere sido negligente ni precario, sino que no se pudo evitar el fatal desenlace.**

Con base en esto, no se explica como el demandante sin tener algún soporte técnico – científico, jurisprudencial normativo o médico, pretende recurrir el fallo de primera instancia, al aducir la indebida valoración probatorio, cuando lo cierto es que durante todo el recorrido de la sentencia se hace énfasis en los testimonios recepcionados, además de las anotaciones de la historia clínica que conforman el acervo probatorio, del cual se desprende únicamente la adecuada, pertinente y diligente labor de todos y cada uno de los médicos tratantes, quienes intentaron por todos los medios posibles procurar por el adecuado desarrollo de la paciente, al tener un constante cuidado sobre la misma y desplegar todas las actuaciones necesarias al momento de descubrir la sepsis, pues se realizó la laparotomía, drenaje de peritonitis generalizada, colostomía terminal tipo

Hartman, y demás tratamientos pertinentes descritos en la historia clínica, terminando con un cuidado totalmente diligente en la Unidad de Cuidados Intensivos.

Esto también fue indicado por el perito Gabriel Díaz, al manifestar que “porque todo el manejo del 18, es solicitar exámenes, solicitar ecografías, ampliar antibióticos, definir si la vamos a operar, ósea todo eso es del 18, todo el 18 es mirar como vamos a controlar ese proceso infeccioso, y si mal no estoy, el 18 es cuando llevan entonces a cirugía y encuentran los 3 litros de pus, (...) pero el manejo de todo el día, pues de un SIRS”, además de que frente a la oportunidad del manejo del SIRS, indicó que fue oportuno dado que esto era impredecible en este caso.

En síntesis, la paciente falleció debido a la presentación de una patología que, debido a su naturaleza fue impredecible, dado que se derivó de un procedimiento que comportaba el riesgo inherente de separación de la sutura, o que incluso, sin que esta se separe conlleva la amenaza de que a nivel microscópico, se pueden filtrar a la sangre cerca de 38 mil bacterias que se encuentran en la zona del colón, por lo cual, los profesionales de la salud a pesar de su oportuna y adecuada atención médica, no pudieron evitar ni frenar la cascada infecciosa que se presentó en los diferentes órganos de la paciente que finalmente falleció.

Ahora, en cuanto a los riesgos inherentes al desarrollo de la actividad médica, se tiene que el Consejo de Estado ha enfatizado en que la medicina conlleva riesgos de control que escapan a la ciencia a pesar de los notables avances que se han realizado, y que, por lo tanto, debido a la inexactitud de esta profesión, lo que se debe valorar para analizar la responsabilidad de las entidades y su personal, es que la atención brindada se hubiere dado de acuerdo con el estado de la ciencia médica y la condición de los pacientes. Esto fue precisado en sentencia del 03 de agosto de 2017, Exp. (40683), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en la que se adjugó lo siguiente:

*"En efecto, a pesar de los notables progresos que ha experimentado en los últimos siglos, **el ejercicio de la medicina comporta riesgos cuyo control escapa a la ciencia, haciendo ajena a la actividad la completa exactitud y a cualquier pretensión de infalibilidad**. Esto es así porque siendo la condición humana falible, implica en sí misma riesgo, en particular cuando el estado del paciente así lo advierte; no obstante, la profesión médica con lleva compromiso de atención acorde con el estado del paciente y de la ciencia, de lo que se sigue procurar inicialmente el alivio, acompañado de un diagnóstico certero que el paciente tiene derecho a conocer, para determinarse en consecuencia.*

Es dable afirmar, en consecuencia, que la inexactitud o, si se quiere, el alia, es connatural a la práctica médica y excluye de las obligaciones asistenciales el resultado, sin que ello comporte salvaguarda de responsabilidad, comoquiera que el médico y el centro asistencial deberán estar en condiciones de demostrar que la atención brindada respondió al estado de la ciencia médica. Esto es, que la paciente, al margen de su condición, fue atendida como lo exige su condición inalienable de dignidad.

Lo anterior significa que el paciente tiene derecho a exigir la mayor diligencia posible, de donde se sigue, como inconcuso, que el mero “fracaso” del procedimiento médico no constituye violación de las obligaciones propias de la profesión, mientras que la falta e indebida atención generan de suyo responsabilidad, por violación del bien jurídico fundamental a la salud, sin perjuicio de la vulneración al derecho a la vida, al igual que a la oportunidad de mantener o alcanzar el mejor estado posible. Por lo dicho, se concluye, también,

que la negligencia, así no fuere causa del resultado, ocasiona un daño principal e independiente que deberá ser reparado”.

En esta la misma línea argumentativa, es dable afirmar que la exoneración de la responsabilidad de los profesionales de la salud, de acuerdo con el régimen de esta actividad y la inexorable inexactitud con la que se desarrolla, se da con la demostración de la diligencia y el cuidado, además del adecuado uso de todos los medios que tuviere a su alcance para salvaguardar la vida de los pacientes, por lo tanto, en virtud de esta premisa jurisprudencialmente desarrollada, se tiene que en el caso concreto no es posible establecer responsabilidad alguna en cabeza de nuestra entidad asegurada, por cuanto la paciente recibió todas las atenciones, tratamientos y medicamentos necesarios para procurar por su buen estado de salud, sin embargo, el hecho dañoso se produjo precisamente por la inexactitud de la ciencia médica, puesto que, con anterioridad al día 18 de junio de 2016, la señora Claudia Martina no arrojó signos de alarma más allá de la sintomatología esperada por el procedimiento realizado, que permitiera a los galenos aducir una infección intra abdominal por la ruptura de las suturas, dado que en la constante atención médica se evidenciaba un estado clínico correcto y hemodinámicamente estable hasta el mismo 18 de junio, en donde se comenzó con el manejo de la infección.

De allí que, para el caso de referencia, no es posible estructurar la responsabilidad por la muerte de la paciente en cabeza de la institución asegurada, con base en las conductas de los profesionales de la salud adscritos a su planta de personal, pues no se evidencia una falla en el servicio, debido a que todas las actuaciones realizadas por el cuerpo galénico se ajustaron a los parámetros de la lex artis, razón por la cual, sin una actuación negligente o falta de pericia, no es posible entonces referenciar la posibilidad de establecer una relación causal, lo que finalmente derruye la estructura de la responsabilidad, haciendo evidente que la muerte de la paciente simplemente obedeció a una situación fortuita irresistible en la que se materializó un riesgo inherente al procedimiento realizado, el cual, por demás fue aceptado con la firma del consentimiento informado que obra en el expediente.

➤ **FRENTE AL REPARO DENOMINADO “AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO ADECUADO NO FUE CONTEMPRANO NI VALORADO POR EL JUEZ PARA DICTAR LA SENTENCIA”.**

La parte actora plantea el presente reparo, con base en que se realizó el cambio del procedimiento quirúrgico propuesto, por lo cual, en su sentir la paciente no había aceptado los riesgos de la cirugía que finalmente se realizó, así como indica que la sutura del procedimiento propuesto a la hora de la firma del consentimiento informado se iba a realizar con un elemento quirúrgico denominado grapadora, pero al efectuarse este acto finalmente con una sutura manual, se cambiaron los riesgos aceptados.

Con base en lo dicho, en primer momento es relevante referir que, en el Consejo de estado, ha indicado que el consentimiento informado es idóneo cuando:

“El consentimiento idóneo se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa el procedimiento recomendado luego de tener una información completa acerca de todas las alternativas y los posibles riesgos que implique dicha acción y con posterioridad a este ejercicio tomar la decisión que crea más conveniente.”⁶

⁶ Consejo de Estado, sentencia del 11 de febrero de 2009, Exp. (14726), C.P. Cmyriam Guerrero de Escobar.

Así mismo, la literatura médica, indica frente a este importante elemento que debe estar presente en la práctica médica, que debe contener la siguiente información:

"(Texto traducido al español directamente por la pagina de la cual se extrajo).

El proceso de consentimiento informado requiere de cuatro elementos claves:

- 1. Información necesaria.*
 - 2. Entendimiento de la información.*
 - 3. Capacidad para consentir.*
 - 4. Voluntariedad.*
- **La información necesaria.** *Debe basarse en una situación específica para poner en claro la cantidad y el tipo de información que se va a requerir. La información que va a brindarse debe contener, los objetivos, los riesgos y los beneficios propuestos, otras alternativas para llegar a los resultados esperados y darle a conocer al sujeto que puede hacer preguntas sobre dudas que tenga o que puede retirarse de la intervención cuando así lo desee.*

La información debe ajustarse a las particularidades propias de cada participante y del entorno que le rodea. Deben considerarse características biológicas y socioculturales implicadas en el proceso del consentimiento informado y que pueden llegar a interferir de alguna manera.

- **Entendimiento de la información.** *La comprensión hace énfasis en el lenguaje en que debe estar escrito el formato de consentimiento, debe ser comprensible con base en las capacidades de entendimiento de cada sujeto.*

En este sentido, el lenguaje utilizado debe corresponder individualmente al nivel de formación de cada persona, lo que significa que en el mismo proyecto puede haber niveles diferentes de comunicación y uso de lenguaje, acorde igualmente con las creencias y educación de los individuos.

Juega un papel muy importante la sensibilidad y la paciencia del investigador durante el proceso de comunicación.

Algunas dificultades en la transmisión de la información son el uso de tecnicismos y las expresiones largas y complejas por parte del investigador, aunque existe otra dificultad por parte del investigado, que radica en el problema que pudiera tener el participante por sus mayores o menores capacidades psicológicas para entender lo que se le está diciendo.

- **Capacidad para consentir (competencia).** *Este aspecto es uno de los más complejos, entre otras cosas porque este, determinado por el criterio médico-legal. De acuerdo a esto, solo los sujetos considerados como competentes, tienen el derecho ético y legal de aceptar o negarse a participar en una investigación otorgando o no su consentimiento, en tanto que las personas incompetentes no pueden ejercer ese derecho y, por ende, serán otras personas quienes tomen las decisiones por ellos.*

La competencia es entendida como la capacidad física, mental y moral que tiene una persona para comprender la situación que enfrenta, y las consecuencias que esta podría generarle, tomando y fundamentando una decisión o elección basada en sus valores y preferencias de vida.

Es cierto que la capacidad de autodeterminación, es un prerrequisito y un mínimo ético para la obtención del consentimiento informado si se desea participar en una investigación, no obstante, en este rubro también se considera la protección

adicional contra dano o abusos potenciales a quienes tengan una autonomia disminuida.

- **La voluntariedad.** *Requiere que no se coercione o influya indebidamente las condiciones del sujeto. La coerción tiene que ver con obligar a otra persona para obtener su consentimiento, y la influencia indebida con ofrecer algo a cambio por el consentimiento.⁷”*

Pues bien, teniendo en cuenta lo indicado por parte de la literatura médica y el Consejo de Estado, se debe analizar el consentimiento informado firmado por la paciente en señal de aceptación del procedimiento quirúrgico programado, en donde se destacan los riesgos a los que se sujeta, los cuales obedecen a infección, hemorragia, peritonitis, colostomía, sepsis y muerte, además de que en el numeral 3, se expresa que “por medio de la constancia, en forma libre otorgo mi consentimiento para que se me practique el procedimiento descrito arriba y los procedimientos complementarios **o modificados en caso de que se haga un diagnóstico diferente al anterior, al momento de la actividad médica.**”

Por lo tanto, la paciente al firmar dicho documento, no solo estaba expresando su voluntad de acogerse a los riesgos inherentes al desarrollo del procedimiento médico indicado, sino que también manifestó entender que, en medio del desarrollo de la actividad médica este procedimiento podría cambiar, lo cual es plenamente aceptable en la ciencia de la medicina, por cuanto es inexacta y depende en gran medida de las particularidades de cada patología y de cada persona que se someta a un procedimiento, por lo cual, en ocasiones es necesario que se tomen decisiones diferentes de manera intraoperatoria para lograr salvaguardar el bienestar de los pacientes.

En este sentido, el consentimiento informado, fue firmado de la siguiente manera:

⁷ Mondragón-Barrios L. Consentimiento informado: una praxis dialógica para la investigación [Informed consent: a dialogic praxis for the research]. Rev Invest Clin. 2009 Jan-Feb;61(1):73-82.
<https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC2788237/#:~:text=La%20informacion%20que%20va%20a,interve,ntion%20cuando%20asi%20lo%20desea>



 EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE	CODIGO: HO-FR-052 VERSION: 002 FECHA: Abril 2014 Página 1 de 1
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PROCEDIMIENTOS

A. DATOS DE IDENTIFICACION.

Nombres y apellidos del paciente Clavdia Martha Jimenez

Documento No. 42.010.922 Fecha de diligenciamiento 01-12-2015 Hora _____

Nombre técnico del procedimiento que se va a realizar: Sigmoidectomía

Tipo de anestesia (en caso de necesidad): General

B. DECLARACION DEL PACIENTE.

1. Declaro que me han explicado y he comprendido satisfactoriamente la naturaleza y el propósito de este procedimiento. Me han aclarado todas las dudas y me han dicho los posibles riesgos y complicaciones, así como otras alternativas de tratamiento. También me han explicado los posibles riesgos de la anestesia que me van a aplicar. Soy consciente de que no hay garantías absolutas del resultado del procedimiento. Comprendo perfectamente que el procedimiento va a consistir en lo siguiente, (en lenguaje sencillo): Resección sigmoidal que los posibles riesgos son: infección, hemorragia, perforación, colitis, íleon, síndrom, SIBO, SIBET-C

2. y que será practicada por el (los) doctor (es): _____

3. Por medio de la presente constancia, en forma libre otorgo mi consentimiento para que se me practique el procedimiento descrito arriba y los procedimientos complementarios o modificados en caso de que se haga un diagnóstico diferente al anterior, al momento de la actividad médica.

4. Doy mi consentimiento para que me administren la anestesia señalada arriba, así como las medidas complementarias que se estimen oportunas.

5. En cualquier caso deseo que me respeten las siguientes condiciones: _____, si no hay condiciones, escríbase ninguna

6. Entiendo que en caso de no aceptar el tratamiento aquí propuesto, puedo continuar recibiendo atención médica en esta institución.

7. El hospital Universitario San Jorge de Pereira queda autorizado para ordenar la disposición final de los componentes anatómicos que sean retirados de mi cuerpo, previa la toma de muestras o partes adecuadas con destino a exámenes anatomopatológicos, cuya práctica solicite a mi costa.

8. Autorizo para que la Historia Clínica, los exámenes de laboratorio, de patología, radiografías, fotografías y demás anexos de la Historia Clínica, puedan ser revisados con fines de auditoría médica interna y externa, por quien autorice y sea responsable del pago, y por personal en formación, ya que se me ha explicado que esta es una Institución Universitaria.

Firma del paciente. Clavdia M. Jimenez Testigo. _____
 c.c. No. 42010922 (Dasy) Doc. No. _____

C. DECLARACIONES Y FIRMAS

1. Médico (s) responsable (s): _____, he informado al paciente del propósito y naturaleza del procedimiento descrito arriba, de sus alternativas y de los resultados que le esperan.

Firma del profesional (es) Anestesiólogo doc. Identidad 10.140.800 fecha. _____

2. Tutor legal o familiar: _____ se que el paciente, _____ ha sido considerado por ahora incapaz de tomar por sí mismo la decisión de aceptar o rechazar el procedimiento descrito arriba. El médico me ha explicado de forma satisfactoria qué es, como se hace y para qué sirve este procedimiento, también me ha explicado sus riesgos y complicaciones. He comprendido todo lo anterior perfectamente y por ello, Yo _____, con documento de identidad No. _____, doy mi consentimiento para que el (los) doctor (es). _____, y el personal auxiliar que él (ellos) precise (n), le realicen este procedimiento. Puedo revocar este consentimiento cuando en bien del paciente se presuma oportuno.

Firma de familiar: _____, parentesco: _____, Testigo _____

Nota: en el caso de un menor de 18 años, deben firmar los padres.

D. LUGAR Y FECHA: _____

E. NO CONSENTIMIENTO

Manifiesto que habiendo recibido la información solicitada, he decidido no dar mi consentimiento.

Nombre del paciente o persona que no otorga el consentimiento _____

(este documento obra a folio 6 del archivo denominado dentro del expediente digital como "2_CDFOLIO189CUADERNO1).

Por lo anterior, se debe indicar, en primer lugar, que, si bien el procedimiento programado se cambió de una sigmoidectomía a una enterotomía, la razón de esto, según la médico cirujana María Carolina Díaz, se dio debido a que al momento de realizar el procedimiento, se encontró que el tamaño del pólipo no era lo suficientemente grande para indicar una sigmoidectomía, puesto que era una cirugía muy agresiva para los hallazgos intraoperatorios, la idea era no dejar a la paciente en colostomía, sino hacer una anastomosis, pero no fue necesario porque se modificó la conducta intraoperatoria; además de esto, también en su testimonio referenció que la enterotomía que se realizó, es un procedimiento más pequeño y menos agresivo, que consiste en hacer una incisión,

una apertura en el colón sigmoides, se localiza la lesión, se hace resección de la lesión que se había referido y se vuelve y se cierra el sitio por donde se abrió.

En razón de esto, se tienen dos presupuestos relevantes que se deben enfatizar, (I) el cambio de procedimiento se presentó de manera intraoperatoria, que se refiere al periodo de tiempo en el que transcurre el procedimiento quirúrgico, es decir, se presentó en medio del procedimiento, lo que, de acuerdo con el consentimiento informado firmado por la paciente, se podía realizar, y (II) el procedimiento se cambió a una enterotomía dado que era un procedimiento menos agresivo para la paciente, debido a que el tamaño del pólipo no era lo suficientemente grande para realizar la sigmoidectomía.

Ahora bien, en cuanto a lo indicado por la parte demandante en su recurso de alzada, sobre el cambio de la sutura realizada con la grapadora y la sutura finalmente efectuada de manera manual, se debe indicar que esto se realizó con ocasión al cambio de procedimiento, puesto que la grapadora no hay como utilizarla en una enterotomía, además de que ambos tipos de suturas tiene exactamente el mismo tipo de riesgos y probabilidad de dehiscencia, como también fue indicado por la médico María Carolina Diaz, que manifestó lo referenciado en la providencia de cierre de primera instancia de la siguiente manera:

Agrega que, las grapadoras se utilizan para hacer sección de los intestinos y anastomosis. Las grapadoras y la sutura manual tienen exactamente los mismos riesgos de dehiscencia, de complicación, de estenosis. La diferencia radica en el ahorro de tiempo que generan los dos, cuando se utilizan grapadoras mecánicas se ahorra aproximadamente entre 1 y 2 horas de tiempo quirúrgico con respecto a las suturas manuales, se habla principalmente para anastomosis, sin embargo, en el caso de la paciente no es posible utilizar esas grapadoras porque no estaban haciendo recepción del segmento, no hubo un corte completo, ni siquiera hubo un corte parcial, sino lo que hubo fue una apertura del segmento para poder resear un pólipo intraluminal que estaba dentro de la luz, pero en este caso, no hay como utilizar esos elementos porque no tienen cabida en este procedimiento.

Por lo tanto, se extrae de la prueba testimonial, que el cambio en el tipo de sutura no reflejaba ningún tipo de riesgo adicional para la paciente, además de que necesarios realizar de manual, en razón del cambio de procedimiento que se efectuó en busca de una solución menos agresiva para la señora Claudia Martina Jiménez Cardona.

Adicionalmente, la parte demandante no allega ningún elemento material probatorio, que permita a la Honorable Sala concluir que el procedimiento realizado a la paciente fue inadecuado o se efectuó de manera negligente, que el material o la técnica para hacer la sutura no era el apropiado o que el especialista que la realizó no era idóneo, y mucho menos obra prueba sobre que el uso de las grapadoras minimizase el riesgo de dehiscencia de la sutura.

En suma, el fallecimiento de la paciente encuentra su génesis, en la desafortunada materialización de riesgos, que efectivamente se expusieron en el consentimiento informado, dado que, del análisis de la historia clínica, se extrae que la señora Claudia Jiménez sufrió una infección que la llevo a su muerte, debido a la dehiscencia de la sutura, esto a pesar de que el personal médico efectuó todas las actuaciones que de acuerdo con los protocolos y la lex artis, les eran exigibles.

En síntesis, el consentimiento informado firmado por la paciente tenía plena validez para efectuar el procedimiento quirúrgico, debido a que comprendía el hecho de que en medio de la actividad médica intraoperatoria se pudiera cambiar de procedimiento por las circunstancias presentadas y en busca del bienestar de la paciente, además de que no hay prueba de que el cambio en la técnica y elementos con que se realizó la sutura

comprendiera riesgos mayores a los presentados, aunando en que el resultado del fallecimiento se presentó precisamente por los riesgos que estaban incluidos en dicho consentimiento, que se firmó de manera voluntaria, informada y no se encuentra viciado.

Ahora bien, frente a lo alegado por la parte actora, en cuanto a la supuesta imposibilidad de atribuir el fallecimiento de la señora Claudia Jiménez a un riesgo propio de la cirugía realizada, puesto que manifiesta que este hecho dañoso se presentó por una sumatoria de errores en el proceso de atención post operatoria, esto se refiere únicamente a una reiteración de los argumentos que fueron desechados en el segundo punto del presente escrito, debido a que simplemente se hacen aseveraciones subjetivas, alejadas de los elementos materiales probatorios que fueron allegados al plenario, y que dan cuenta únicamente del correcto, diligente y oportuno actuar del cuerpo galénico adscrito a nuestro asegurado **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**, en todas y cada una de las atenciones médicas proporcionadas a la paciente, tanto de manera previa, como posterior y durante el procedimiento quirúrgico efectuado, puesto que en todo momento se actuó con total apego a lo descrito en los protocolos y guías vigentes, materializando un actuar propio de lo indicado por la *lex artis ad hoc*.

➤ **FRENTE AL REPARO DENOMINADO "INADECUADA VALORACION PROBATORIA DEL INFORMA PERICIAL POR PARTE DEL JUEZ EN LA SENTENCIA AL NO TENERLO COMO INCOMPLETO POR CARECER DE LAS NOTAS DE ENFERMERIA, LO QUE INCIDE EN EL ESTUDIO Y RESULTADO DEL CASO".**

Frente a este punto re reparo, se debe indicar que tal y como se desprende de la contradicción del dictamen pericial realizada en medio de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA, el perito evaluó todas las actuaciones médicas relevantes para llevar a cabo su dictamen, pues incluso refirió los síntomas que la paciente reflejó en los días anteriores a su fallecimiento, incluso, con ocasión a la sintomatología presentada aclaró que esta no puede ser valorada simplemente de manera individual, sino que se debe observar el contexto clínico que referían los galenos al examinar a la paciente en sus rondas de vigilancia.

Además de lo anterior, si lo que se quiere es tachar de falsedad el dictamen pericial aportado, nos encontramos ante un escenario en el cual esta etapa se encuentra precluida, puesto que el recurso de apelación este habilitado para efectuar reparos a la providencia de cierre de la primera instancia, más no a un dictamen pericial que obra como prueba dentro del expediente.

En suma, se encuentra infundado el reparo, debido a que el apoderado de la parte de demandante se sustenta únicamente en una supuesta solidaridad existente entre los galenos, lo cual, referencia que ha sido jurisprudencialmente tratada, aunque carece de este tipo de sustento su argumentación, pues no se refleja antecedente al respecto, además, se trata de una afirmación subjetiva, carente de elemento material probatorio que demuestre su veracidad, pues se denota que en la contradicción de este medio de prueba, que las respuestas del perito fueron totalmente imparciales y basadas en la historia clínica estudiada, lo dictado por la literatura médica y los postulados de la *lex artis*, sin evidenciar vicios de falsedad en sus declaraciones.

Frente a lo que referencio como que pudo ser un error de digitación, lo mismo no lo indicó ánimos de favorecer a la parte pasiva, debido que, en nada se han valido los demandantes en esta declaración para ejercer su defensa, sino que se trató simplemente de una conclusión a la que se llegó, por medio del contraste de las demás anotaciones de la

historia clínica como puede ser observado en la grabación de la audiencia, en la que se puede evidenciar el contexto de lo indicado, lo cual no es referido por el recurrente.

Con base en lo preceptuado, es pertinente analizar lo dicho en cuanto a la prueba pericial por el Consejo de Estado en sentencia del 21 de septiembre de 2020, Magistrado Ponente JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS, Exp. (47106):

*"3.6.1.1. La prueba pericial es, en términos del CPC, "procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos" (Artículo 233), de modo que su ratio reside en las limitaciones razonables del conocimiento del juzgador en materias que son ajenas a su formación. Mediante la peritación se busca, entonces, proveer al Juez, **a través de un experto**, los elementos informativos técnicos o científicos en aspectos sustanciales y pertinentes para la resolución del conflicto.*

*En función de su objeto, el producto de la actividad del perito, esto es, el dictamen, en los términos de la ley procesal **"debe ser claro, preciso y detallado"**, y así mismo explicar "los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones" (artículo 237, numeral 6 - CPC). A esto se suma el artículo 241 del CPC, cuyo inciso primero expresa que:*

"Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso."

*Estos mandatos legales marcan en buena parte los derroteros del juez para determinar si el dictamen posee eficacia probatoria a partir de su contenido, en particular: si es conducente y pertinente para probar los hechos que interesan al proceso; si no adolece de error grave; **si el perito es idóneo e imparcial en el desempeño de su cargo**; si está debidamente fundamentado; **si sus conclusiones son claras, firmes y consecuentes con las razones expuestas; o si no existen otros medios de prueba que desvirtúen o le resten credibilidad al dictamen**⁸.*

Todos estos aspectos son coherentes con el sistema de valoración probatoria de sana crítica instaurado en el ordenamiento jurídico colombiano, que obliga al juez, en palabras de la Sala, al examen de "la ciencia o del rigor científico de sus contenidos, labor que se contrae a la determinación de las razones por las que las conclusiones de esas pruebas, o de solo algunas de ellas, pueden considerarse fiables", verificando su capacidad de convicción que "depende, ante todo, de su "fundamento", "razones de ciencia" o "rigor científico"⁹." (negritas fuera del texto original)

En consecuencia, resulta acertada la valoración probatoria realizada por el A Quo frente al dictamen pericial, toda vez que se analizó de manera íntegra con los demás elementos materiales probatorios a llegado al proceso, y se evidencia que el dictamen cumple con

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007. Rad. 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG). En este aspecto, la providencia se apoya en Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales, Editorial ABC, 1984, p. 346 a 350 y ss.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 1º de abril de 2019. Rad. 25000-23-26-00-2003-01721-01 (41965).

todos los requisitos jurisprudencialmente requeridos para obtener validez, por ser claro, preciso y detallado.

También, se tiene que el apoderado de la parte actora, no refirió pruebas que resten su credibilidad, por lo que sus afirmaciones resultan infundadas y carentes de sustento jurídico y probatorio.

FRENTE A LA RELACIÓN ASEGURADO-ASEGURADOR

Con fundamento en la respuesta dada al supuesto factico, con todo respeto solicito que en el momento de entrar a resolver sobre la relación contractual que existe entre la asegurada **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA** y **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, se circunscriba a los términos, condiciones y exclusiones de los **SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INSTITUCIONES MÉDICAS No. 1601216000040 Y 1601215000067**, para lo cual deberá verificarse que, al momento de producirse evento, el asegurado haya cumplido a cabalidad sus obligaciones, no haya violado prohibiciones que le imponen el contrato y la ley, y no se encuentre en alguna de las exclusiones previstas en las condiciones generales y particulares del contrato.

➤ **CUESTIÓN PREVIA - EXISTENCIA DE OTROS SEGUROS**

La cláusula vigésima de las condiciones generales de las pólizas, establecen que *“en caso que el asegurado contara con otra póliza o pólizas de seguros de responsabilidad civil profesional médica, la aseguradora deberá soportar indemnización debida al asegurado, en proporción a la cuantía de sus respectivos, contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe...”* (resaltado fuera de texto)

FRENTE A LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INSTITUCIONES MÉDICAS N° 1601216000040, BAJO LA MODALIDAD CLAIMS MADE

➤ **AUSENCIA DE COBERTURA POR LIMITE TEMPORAL DE LA PÓLIZA SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INSTITUCIONES MÉDICAS N° 1601216000040, PACTADA BAJO LA MODALIDAD CLAIMS MADE.**

Conforme al acta de conciliación prejudicial, esta se solicitó por la parte demandante el día **13 de junio de 2018** bajo radicación N°2018-137, ante la procuraduría No. 210 judicial I para asuntos administrativos.

En este orden de ideas, se tiene como fecha de reclamación a efectos de analizar la cobertura de la póliza tomando como referencia la modalidad pactada de CLAIMS MADE, el día **13 de junio de 2018**, es decir, esta fecha se debe encontrar dentro de las vigencias de las pólizas en las cuales mi representada funge como coaseguradora, esto es del 31 de enero de 2016 hasta el 30 de enero de 2017, luego entonces se evidencia una ausencia de cobertura por límite temporal, dado que la reclamación se realizó con posterioridad al 30 de enero de 2017, fecha límite para deprecar cobertura del contrato de seguro.

Por lo tanto, en este caso en particular, la fecha del siniestro corresponde al momento en que se radicó la solicitud para la audiencia de conciliación prejudicial, esto es, el día **13 de junio de 2018**, no obstante, por otro lado, tenemos que la vigencia del

seguro inició desde el 31 de diciembre de 2016 y culminó su última vigencia el 30 de enero de 2017, luego no estaría cubierto el presunto hecho dañoso, en razón a que la última vigencia se agotó mucho antes de la fecha de reclamación efectuada por la parte actora.

Con la finalidad de aclarar lo analizado y descrito con anterioridad, las pólizas que dan base a la vinculación al llamamiento en garantía se encuentra bajo la modalidad **CLAIMS MADE**, es decir, conforme a sus condiciones esta clase de póliza opera bajo el sistema de aseguramiento base "reclamación", y como se estableció mediante la ley 389 de 1997, se establece la posibilidad de suscribir pólizas de responsabilidad civil bajo la modalidad de reclamación o *claims made*, en las que el elemento configurador de la responsabilidad de la aseguradora es la reclamación del tercero afectado al asegurador o al asegurado durante la vigencia de la póliza o plazos adicionales acordados.

De esta manera se indica que en su caratula en su apartado de "modalidad de cobertura: CLAIMS MADE". Y bajo su connotación de clausula base de reclamos hechos (claims made).

En este orden de ideas, se tiene que la obligación indemnizatoria se activa con la ocurrencia del siniestro y con la reclamación por parte del afectado, es decir estas fechas deben estar **DENTRO DE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA CONTRATADA.**

Recientemente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC10300-2017 del 18 de julio de 2017 fue precisa al explicar que en las pólizas bajo modalidad de reclamación el siniestro es la ocurrencia del daño a un tercero, pero se consagró una formalidad adicional para que la aseguradora quede obligada al pago de la indemnización, lo cual es la reclamación dentro de la vigencia del seguro o plazos adicionales acordados.

Así como lo expresa el Dr. German Cajamarca en artículo del día 2 de octubre de 2017, para revista digital "ASUNTOS LEGALES":

"Así las cosas, conforme con lo manifestado en la precitada sentencia de la Corte, los operadores jurídicos deben entender que las pólizas bajo reclamación o claims made no modifican lo que se entiende por siniestro, pues lo que realmente constituyen es una limitación temporal al cubrimiento de los riesgos, como quiera que no basta que ocurra el hecho dañoso a un tercero sino que también es necesario que la víctima presente la reclamación durante la vigencia del seguro, por lo que en caso de no presentarse, la aseguradora no es responsable aun cuando se haya presentado el hecho generador de responsabilidad, aclarando que tampoco existe obligación de pago si hay reclamación, pero no hecho dañoso."

Ahora bien, en apoyo a lo anteriormente deprecado **en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, radicación 76001-31-03-001-2001-00192-01, expediente Sc 10300-2017, del dieciocho de julio de dos mil diecisiete:**

"Efectivamente, esa Colegiatura tras afirmar que la demandante tenía legitimación por activa y que no estaba prescrita la acción, consideró: Descendiendo al caso sub lite, memórese que las coberturas contratadas en la póliza de seguro de responsabilidad civil para directores y administradores por la Corporación Financiera del Pacífico se circunscribían a '...'

Tal redacción, por supuesto, se muestra fiel de que la póliza en referencia se contrató bajo la modalidad 'claims made', aserto que cobra pleno vigor al escudriñar las 'condiciones' de dicha póliza, en cuyo numeral DÉCIMOcuarto se señaló, expresamente, que 'la póliza opera bajo el sistema de aseguramiento base reclamación, es decir, se cubren todas las reclamaciones presentadas por primera vez durante la vigencia de la póliza, en un todo de acuerdo con lo establecido en el artículo 4º de la Ley 389 de 1997'.

5.3. Precisado lo anterior, relíevase que, aunque la póliza de seguros contratada por Corfipacífico S.A. (matriz de Fidupacífico S.A.) se encontraba vigente entre el 3 de junio de 1998 y el 3 de junio de 1999, la reclamación correspondiente sólo vino a presentarse por parte del FCE Superrenta el día 25 de abril de 2001, según puede observarse del radicado del documento obrante a folios 93 a 97 del cuaderno principal, probanza que aportó el actor junto con su demanda.

Así las cosas, y dado que la reclamación en comento se efectuó con bastante posterioridad a la fecha en la que expiró la vigencia de la póliza de la que pretende beneficiarse el fondo común demandante, fuerza concluir, en concordancia con la doctrina expuesta en líneas precedentes, -y, por supuesto, respetando las estipulaciones contractuales que recoge el mencionado negocio asegurativo, a las cuales habrá que atenerse en obediencia del principio de autonomía de la voluntad privada- que el siniestro al que alude el FCE Superrenta en el libelo incoativo de esta tramitación (aun de suponerse su verificación) no estaba llamado a ser reparado por la entidad demandada. Y, por supuesto, en tal virtud, la acción en estudio no puede abrirse paso

(...)

Con antelación a esta última reforma, el artículo 1131 del Código de Comercio era claro en señalar que, en materia de seguro de responsabilidad, el siniestro se entendía ocurrido en el momento de acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado, quedando cubierto por la póliza vigente para dicho momento.

Sin embargo, a partir de la citada ley, se consagró la posibilidad de que, por un pacto expreso entre los contratantes, se límite temporalmente la cobertura, o incluso, se extienda a hechos anteriores a su vigencia, siempre que ambos casos se cumplan con la exigencia de que la reclamación se haga dentro del lapso de vigencia de la convención. Se permitió, entonces, no sólo los seguros basados en la ocurrencia del daño (losses occurrence), que constituyen la regla general en el derecho continental, sino también los que se fundamentan en la reclamación (claims made), caracterizados porque el amparo únicamente se activa si, durante la vigencia del seguro, se hace el reclamo, de suerte que cesa el deber indemnizatorio después de extinguido.

Por su parte, las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso.”

En conclusión, conforme a lo anteriormente deprecado se vislumbra la **AUSENCIA DE COBERTURA DEL SINIESTRO ALEGADO** por cuanto, **la reclamación realizada se efectúa en fecha fuera de la vigencia de las pólizas contratadas**, no estando entonces vigente para la acción indemnizatoria o de reembolso, **máxime cuando no se acordó prórroga de dicha póliza o plazos adicionales para cubrir siniestros como el presente, pues nada se dijo en el contrato de seguro celebrado y por tanto, no se estipuló expresamente la cobertura hasta tiempos futuros a la terminación de la vigencia de dicha póliza.**

En este orden de ideas, eventualmente si se llegase a considerar que hubo negligencia o impericia por parte de la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**, este evento no está cubierto por el contrato de seguro referenciado por cuanto la reclamación se realizó por fuera de la vigencia de la póliza.

➤ **EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD POR GARANTIAS A CARGO DEL ASEGURADO**

En las condiciones generales de la póliza de R.C. PROFESIONAL CLINICAS Y HOSPITALES de MAPFRE SEGUROS, se incluye expresamente en la condición segunda GATANTÍAS A CARGO DEL ASEGURADO., la que indica:

"EL ASEGURADO ESTA OBLIGADO A CUMPLIR CON LAS NORMAS QUE REGULAN LA PROFESION MÉDICA (LEY 23 DE 1981), LAS DISPOSICIONES LEGALES Y ADMINISTRATIVAS DE CADA ACTIVIDAD PROFESIONAL QUE LAS REGULAN Y CUYO INCUMPLIMIENTO TORNARIA ILEGAL LA ACTIVIDAD.

EL ASEGURADO GARANTIZARÁ, SO PENA DE LAS SANCIONES CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 1061 DEL CODIGO DE COMERCIO, LO SIGUIENTE:

1. *QUE EXIGIRÁ A TODOS LOS PROFESIONALES DE LA DEDICINA, A SU PERSONAL Y/O A LOS PROFESIONALES EN RELACION DE DEPENDENCIA Y/O APRENDIZAJE, SEAN O NO DE DICHO PERSONAL, QUE INCLUYE A LOS PROFESIONALES, TÉCNICOS Y AUXILIARES QUE INTERVIENEN EN LA ATENCIÓN DEL PACIENTE, Y A LOS QUE POR EL MOTIVO QUE FUERE, TRABAJEN CON EL ASEGURADO:*
 - A. *APLICAR LAS NORMAS QUE RIGEN EL MANEJO DE LA HISTORIA CLINICA, PREVISTAS EN LA RESOLUCIÓN N° 1995 DE 1999 DEL MINISTERIO DE SALUD Y DEMÁS NORMAS PERTINENTES, ESPECIALMENTE QUE CONTENGAN LAS CARACTERISTICAS BÁSICAS DE INTEGRIDAD, SECUENCIALIDAD, RACIONALIDAD CIENTÍFICA, DISPONIBILIDAD Y OPORTUNIDAD, CON LA OBLIGACIÓN DE SENTAR EN LA HISTORIA CLINICA, UN REGISTRO ADECUADO DEL ACTO REALIZADO O INDICADO A LOS PACIENTES, LAS OBSERVACIONES, CONCEPTOS, DECISIONES Y RESULTADOS DE LAS ACCIONES EN SALUD DESARROLLADAS QUE PERMITAN DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE LA PRESTACION DEL SERVICIO Y DEL CUIDADO DE LA SALUD BRINDADO AL PACIENTE.*
 - B. *IDENTIFICAR LA HISTORIA CLINICA CON NUMERACION CONSECUTIVA Y EL NUMERO DE DOCUMENTO DE IDENTIFICACION DEL PACIENTE INCLUYENDO IDENTIFICACION DEL PACIENTE (USUARIO), REGISTROS ESPECIFICOS ANEXOS A TODOS AQUELLOS DOCUMENTOS QUE SIRVEN COMO SUSTENTO LEGAL, TECNICO, CIENTIFICO Y/O ADMINISTRATIVO DE LAS ACCIONES REALIZADAS EN LOS PROCESOS DE ATENCION, TALES COMO: AUTORIZACIONES PARA INTERVENCIONES QUIRURGICAS...*
 - C. *VERIFICAR, CONTROLAR Y ASEGURAR QUE TODAS Y CADA UNA DE LAS HISTORIAS CLINICAS CONTENGAN FORMULARIO QUE DEMUESTRE QUE CON*

LOS PACIENTES SE HA REALIZADO UN PROCESO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO A LA INTERVENCION QUIRURGICA O TRATAMIENTO PROGRAMADO DEL PACIENTE ...

- D. CONSERVAR TODAS LAS HISTORIAS CLINICAS Y TODOS LOS REGISTROS CONCERNIENTES A TRATAMIENTOS Y/O SERVICIOS PRESTADOS A PACIENTES....
- E. CONSERVAR EN PERFECTAS CONDICIONES DE MANTENIMIENTO, CONFORME A LO ESTIPULADO POR LOS FABRICANTES, TODOS LOS EQUIPOS USADOS PARA EL DIAGNOSTICO Y/O TRATAMIENTOS DEL PACIENTE....

En virtud de la presente cláusula de garantía a la que se ha obligado el asegurado y conforme con lo consagrado en el artículo 1061 del Código de Comercio, se colige que, si dentro del desarrollo del proceso o en la verificación que efectúe la aseguradora, se advierte el incumplimiento de alguna de las obligaciones a cargo del asegurado, el contrato de seguros sería nulo y por lo tanto cesaría cualquier obligación indemnizatoria en cabeza de la aseguradora.

Como corolario de los anteriores pronunciamientos, la cláusula DÉCIMA SEGUNDA de las condiciones de la póliza, denominada PÉRDIDA DEL DERECHO DE INDEMNIZACIÓN, consagra que:

"El asegurado y/o los beneficiarios perderán en forma total los derechos que se derivan de esta póliza e los siguientes casos:

...b) por el incumplimiento de las garantías exigidas al asegurado en esta póliza..."

➤ **EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD POR OBLIGACIONES DEL ASEGURADO EN CASO DE UN ACONTECIMIENTO ADVERSO.**

Dentro de las condiciones generales de la póliza se incluye la SÉPTIMA- OBLIGACIONES A CARGO DEL ASEGURADO EN CASO DE UN ACONTECIMIENTO ADVERSO, que expresamente consagra:

El asegurado deberá notificar al asegurador, o a su representante nombrado en las condiciones particulares, cualquier acontecimiento adverso que, según su conocimiento, pudiera derivar en un reclamo, incluyendo el hurto, extravió o pérdida de historias clínicas. Dicha notificación deberá hacerse dentro de las setenta y dos horas (72) luego de haber recibido noticia u obtenido conocimiento de dicho acontecimiento adverso....

(...)

A renglón seguido la aseguradora establece en la condición OCTAVA- DENUNCIA DE "RECLAMOS", que:

"el asegurado se obliga a notificar al asegurador, por escrito, cualquier reclamo de un tercero que llegue a su conocimiento. Dicha notificación deberá hacerse dentro de los tres (3) días hábiles a partir del momento en que el asegurador haya sido informado de tal reclamo.

La notificación escrita para el asegurador deberá contener los elementos requeridos en la condición séptima, si tal información no hubiese sido ya comunicada por el asegurado."

➤ **EXCLUSIÓN POR RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL PROPIA DE MÉDICOS**

Conforme se aprecia a página 3 del Clausulado aplicable a la presente póliza, numeral 1.2 de las exclusiones pactadas, se tiene que no habrá cobertura en los siguientes eventos:

"1. EXCLUSIONES ABSOLUTAS

*1.2. LA **RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INDIVIDUAL PROPIA DE MÉDICOS** Y/U ODONTÓLOGOS, O DE CUALQUIER PROFESIONAL DE LA SALUD."*

Así las cosas, en el eventual caso en que se encontrase probado por la Honorable Sala, que la responsabilidad profesional individual de cualquier galeno adscrito a la plata de personal de la asegurada, fue la que conllevó a la causación del daño alegado por los demandantes, la presente póliza no tendría cobertura en virtud de la citada exclusión.

➤ **EXCLUSIÓN POR RESPONSABILIDAD CIVIL COMO CONSECUENCIA DE ABANDONO O NEGATIVA DE ATENCIÓN AL PACIENTE**

Conforme se aprecia a página 3 del Clausulado aplicable a la presente póliza, numeral 1.2 de las exclusiones pactadas, se tiene que no habrá cobertura en los siguientes eventos:

"1. EXCLUSIONES ABSOLUTAS

1.22. TODA RESPONSABILIDAD CIVIL Y/O PENAL COMO CONSECUENCIA DE ABANDONO Y/O NEGATIVA DE ATENCIÓN AL PACIENTE."

Así las cosas, en el eventual caso de que la Honorable Sala encontrase probado que el daño alegado por la parte actora tiene su génesis en el abandono y/o negativa de atención dada a la paciente por los diferentes servicios médicos con los que pudiera contar la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**, la presente póliza no tendría cobertura en virtud de la citada exclusión.

➤ **INASEGURABILIDAD DEL DOLO Y/O LA CULPA GRAVE**

En evento de una declaración de condena frente al asegurado con fundamento en la culpa grave, no habrá lugar a la obligación de reembolso que implica la pretensión revérsica, en razón a que este riesgo no es de obligatoria aceptación por parte del asegurador.

El artículo 1055 del Código de Comercio establece:

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

En este sentido, J. Efrén Ossa señala:

"La doctrina es ampliamente favorable a esta conclusión, que no admite duda en la ley colombiana (...) porque el artículo 1055 transcrito fulmina con la

inasegurabilidad del dolo y la culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario, y no la de las personas que de ellos dependen de un modo u otro, como agentes o empleados, como hijos menores, como pupilos, como discípulos, como sirvientes o domésticos, es decir, el dolo y culpa grave propios, personales, directos, y no las denominadas culpas in vigilando o in eligendo, en que, por muchos decenios, ha encontrado soporte jurídico la responsabilidad indirecta o por el hecho de otro. No es dable al intérprete extender más allá de sus justos límites el alcance de la ley, menos aún si esta es de naturaleza restrictiva..."¹⁰

Si bien es cierto en el seguro de responsabilidad civil por regla excepcional el legislador permitió la asegurabilidad de la culpa grave, también lo es, que dicho aseguramiento requiere de manifestación expresa, como no ocurre en el presente caso, como se establece taxativamente en el acápite de "EXCLUSIONES", NUMERAL 1.11, página Nro. 3.

"EXCLUSIONES

El asegurador no cubrirá bajo ninguna circunstancia reclamaciones y/o indemnizaciones que el asegurado tenga que pagar por lesiones corporales que sean consecuencia directa o indirecta de:

1. *Exclusiones absolutas:*

(...)

b. **Del daño (dolo) y/o culpa grave** e el ejercicio de la prestación de los servicios de salud.

Por lo anterior, en el evento en que se llegare a probar que el asegurado incurrió en una conducta dolosa o gravemente culposa con ocasión al fallecimiento del paciente, no habrá lugar a cobertura, por estar expresamente excluido.

➤ **ACTOS MÉDICOS OCURRIDOS POR FUERA DEL PERIODO DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA.**

Conforme se aprecia a página 3 del Clausulado aplicable a la presente póliza, numeral 1.2 de las exclusiones pactadas, se tiene que no habrá cobertura en los siguientes eventos:

"1. EXCLUSIONES ABSOLUTAS

1.31. ACTOS MÉDICOS OCURRIDOS FUERA DEL PERIODO DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA.

Lo anterior, se ha de expresar claramente, en conformidad con la vigencia del contrato de seguro celebrado para R.C. PROFESIONAL INSTITUCIONES MEDICAS N° 1601216000040, pues como obra en la caratula de dicha póliza, su vigencia es desde el 31 de enero de 2016 hasta el 30 de enero de 2017, y los hechos ocurrieron con mucha anterioridad, incluso antes de la correspondientes suscripción de tal contrato de seguro, por demás la reclamación efectiva o sea conciliación prejudicial se peticiono el día 24 de noviembre de 2017, por tanto, estos actos médicos se dieron en lapsos de tiempo no contratados.

¹⁰ Teoría General del Seguro. El Contrato. Editorial Temis, 2º. Ed. Bogotá. 1991. Pág. 104.

➤ **LIMITE DE VALOR ASEGURADO Y DEDUCIBLE PACTADO**

Según como se desprende del condicionado aplicable a los presentes contratos de seguros de RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INSTITUCIONES MÉDICAS, se ha de especificar de la siguiente manera:

De acuerdo con la Póliza DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INSTITUCIONES MÉDICAS **No. 1601215000040** con vigencia comprendida entre 31 de enero de 2016 hasta el 30 de enero de 2017, el amparo de R.C. acto médico clínicas valor total asegurado de \$2.200.000.000, el cual corresponde a mi representada **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA** con ocasión del 30% del coaseguro pactado, **un límite máximo de \$660.000.000 menos el deducible debidamente pactado.**

DEDUCIBLE corresponde al 10% del valor de la pérdida, mínimo \$50.000.000

Ahora bien, en relación con la reclamación conforme a la R.C. por daños extrapatrimoniales este estará sublimitado al 30% del valor asegurado, por evento/vigencia. Este valor está incluido en el límite asegurado básico y no en exceso de este.

"DEDUCIBLES

El deducible determinado para cada amparo en la carátula de la póliza, es el monto o porcentaje del daño indemnizable que invariablemente se deduce de éste y que por tanto siempre queda a cargo del asegurado y que no podrá asegurarse adelante contratación de un seguro adicional. (...)"

A este valor se limitará la obligación de reembolso del asegurador, siempre que el valor asegurado global por vigencia no se hubiera agotado con ocasión de otros siniestros ocurridos en la misma vigencia.

Frente al monto asegurado, se debe tener en cuenta que mi representada SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. únicamente es responsable del 30% de las presentes pólizas, es decir, se encuentra vinculada como coaseguradora de la Póliza DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INSTITUCIONES MÉDICAS No. 1601215000040 con vigencia comprendida entre 31 de enero de 2016 hasta el 30 de enero de 2017 de la cual MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. cuenta con el 70% de responsabilidad.

➤ **COASEGURO PACTADO**

Otro de los puntos importantes que deberá tenerse en cuenta al momento de entrar a resolver la relación de mi representada con la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira es la existencia de un Coaseguro aceptado, en el cual los suscriptores se obligan en las siguientes proporciones, tal y como se indica en la carátula de la póliza:

- **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. (30%)**
- **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. (70%)**

La modalidad del Coaseguro se encuentra contemplada en nuestro Código de Comercio así:

"ARTÍCULO 1095. <COASEGURO>. Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición

del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro.”

Teniendo en cuenta el contrato de seguro que media en el presente asunto, y dado que se encuentra en debate la relación obligacional que del mismo yace, esto es la relación asegurado-asegurador; es necesario tener también en cuenta que la eventual obligación que pudiere derivarse en el presente asunto, sin que ello implique confesión alguna respecto del objeto de la demanda, deberá surtirse igual análisis respecto de las particularidades en las que se pactó el precitado contrato de seguro, esto es al tratarse de un **coaseguro pactado**, en la cual mi representada **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** se obliga en un **30%**, y **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** en un **70%**.

El doctor Jorge Eduardo Narváez Bonnet¹¹, define el Coaseguro como:

"(...) una operación en virtud de la cual varios aseguradores asumen, bajo un mismo contrato de seguro, un riesgo determinado o un conjunto de riesgos que son materia de amparo bajo una póliza de seguro y donde cada uno de ellos contrae una obligación individual e independiente respecto del asegurado"

A su vez, el maestro Efrén Ossa anota que:

*"Es la distribución horizontal o primaria de los riesgos. Mediante este sistema un conjunto de compañías, entre las cuales no median relaciones recíprocas de aseguramiento, asumen responsabilidades individuales con respecto a un mismo riesgo. Que haya o no haya entre ellas un acuerdo previo para asumir cada una cuota de responsabilidad total, es una circunstancia extraña a la naturaleza técnica del coaseguro, la distribución puede derivarse de la iniciativa del asegurado, que quiere hacer partícipes del mismo seguro a dos o más compañías, o tener origen en una de estas que, incapaz de asumir la responsabilidad total, y con la aquiescencia del interesado, propone a otras instituciones aseguradoras la repartición del riesgo"*¹²

Lo anterior quiere decir que, en el hipotético caso de preferirse condena en contra del asegurado, la obligación que pudiere establecerse en cabeza de cada una de las aseguradoras, además de ser una obligación conjunta y no una obligación solidaria, no solo estará sujeta al límite de valor asegurado para el caso en concreto y al deducible debidamente pactado, sino que deberá además establecerse dicha obligación de pago en proporción a la participación de cada una de las compañías aseguradoras.

➤ **INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL COASEGURO**

El maestro y jurista Joaquín Garrigues sobre el coaseguro precisaba que:

"... lo que caracteriza este tipo de seguro es el reparto de cuotas entre diversos aseguradores y sobre el mismo riesgo, interés y duración del seguro. Esta

¹¹ El autor es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, profesor de la Especialización en Seguros de la Universidad Externado de Colombia, de la Maestría y la Especialización en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana. En los últimos 30 años, se ha desempeñado como Gerente de Seguros Generales y Gerente de Reaseguros de COLSEGUROS, Vicepresidente Técnico de Reaseguradora Hemisférica, Gerente General de Guy Carpenter Reinmex Corredores de Reaseguros Ltda. Es autor de varios libros y de artículos especializados en materia de seguros. En la actualidad es socio de la firma Narváez & Peláez –Abogados–, donde se desempeña como abogado litigante, consultor privado y árbitro de los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, del Autorregulador del Mercado de Valores –AMV–, de la Federación Nacional de Comerciantes –FENALCO– y de la Sociedad Colombiana de Ingenieros –SCI–.

¹² Teoría general del seguro - La Institución, Editorial Temis, Bogotá, 1988, pág. 99

hipótesis es frecuente en la práctica para evitar los inconvenientes de los seguros de riesgos particularmente graves. Para evitar el gravamen económico de una operación de esta naturaleza se reparte la suma asegurada entre varios aseguradores de modo que cada uno de ellos consiga liberarse de un riesgo sumamente gravoso para él. El coaseguro puede pactarse en un contrato único firmado por diversos aseguradores o en diversos contratos separados concluidos con cada uno de ellos, previo acuerdo entre los mismos. Este acuerdo preventivo es precisamente el rasgo que distingue el coaseguro de la pluralidad de seguros separados. **Que en el coaseguro no existe solidaridad entre varios aseguradores se desprende del mismo texto citado, ya que cada uno de ellos resultará obligado frente al asegurado solo por la cuota correspondiente al riesgo que asume. Por ello cada asegurador, como dice la ley, estará obligado al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva sin que quepa derecho de regreso de un asegurador respecto de otro. Las obligaciones de este contrato son independientes aunque se pacten en un contrato único**¹³ (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 27 de noviembre de 2002, M.P. María Elena Giraldo Gómez, expuso a propósito del ejercicio de una acción subrogatoria por parte de una aseguradora participante en un coaseguro de una póliza de transportes, lo siguiente:

"...para efectos indemnizatorios cada coaseguradora se entiende que concurre conforme a su importe y por tanto las obligaciones que asume cada coaseguradora no se torna en relación con las otras coaseguradoras en obligaciones solidarias que impliquen que si alguna paga la indemnización total pueda reembolsarse en términos del artículo 1096 ibídem, sobre la subrogación. Recuérdese además que el artículo 1092 ibídem establece que "En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad"

(...)

"En consecuencia, y como además se conoce del caso en grado jurisdiccional de consulta, no es procedente reconocer a la actora el total de la indemnización pagada al asegurado sino el valor en el que concurrió como Coaseguradora..." (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Sin mayores disertaciones al respecto, es suficientemente claro que las obligaciones de las coaseguradoras que manifiestan su voluntad de compartir un riesgo asegurado, se obligan únicamente en el porcentaje convenido en el contrato de seguro, y es en esa misma proporción que participan de las primas y de las indemnizaciones a causa de la ocurrencia de un siniestro, pues se trata de una obligación conjunta y no de una obligación solidaria. En otras palabras, cada coaseguradora responde hasta la concurrencia de su respectiva participación en el riesgo.

¹³ Contrato de seguro terrestre, Imprenta Aguirre, Madrid, 1983, pág. 192

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

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

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

*"(...) En ese sentido, conforme lo dispone el artículo 1037 del Código de Comercio, **el asegurador es la persona que asume los riesgos del interés o la cosa asegurada, obligación muy diferente a la solidaridad derivada de un contrato o por ministerio de la ley, ya que es la realización del riesgo asegurado lo que da origen a la obligación del asegurador**, tal como lo dispone el artículo 1054 del Código de Comercio¹⁴(...)"* (Subrayas y negrilla mías)

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

*"(...) Por último, **la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual**, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del artículo 1134 del C. de Co ¹⁵ (...)"* (Subrayas y negrilla mías)

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

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

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

¹⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta CP. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAD: 25000-23-27-000-2012-00509-01 (19879) del 21 de mayo del 2014.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ SC20950-2017 Radicación nº 05001-31-03-005-2008-00497-01 (Aprobada en sesión 15 de agosto del 2017)

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley. (...)

Por lo anterior, en el hipotético caso en que se profiera un fallo adverso a los intereses de nuestro asegurado, y que este a su vez repercuta en una obligación a cargo de la compañía de seguros en virtud del contrato de seguro objeto del llamamiento en garantía, la obligación que se imponga a mi representada no podrá ser solidaria, únicamente a manera de reembolso, conforme se explicó con suficiencia, ambas tienen fuentes obligacionales distintas.

FRENTE A LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INSTITUCIONES MÉDICAS N° 1601215000067 BAJO LA MODALIDAD CLAIMS MADE

- **AUSENCIA DE COBERTURA POR LIMITE TEMPORAL DE LA PÓLIZA SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INSTITUCIONES MÉDICAS N° 1601215000067, PACTADA BAJO LA MODALIDAD DE CLAIMS MADE.**

Conforme al acta de conciliación prejudicial, esta se solicitó el día 13 de junio de 2018 bajo radicación N°2018-137, ante la procuraduría No. 210 judicial I para asuntos administrativos, y la cual fue llevada a cabo para el día 26 de julio de 2018.

En este orden de ideas, se tiene como fecha de reclamación a efectos de analizar la cobertura de la póliza tomando como referencia la modalidad pactada de CLAIMS MADE, el día **13 de junio de 2018**, es decir, esta fecha se debe encontrar dentro de las vigencias de las pólizas en las cuales mi representada funge como coaseguradora, esto es del **31 de enero de 2015 hasta el 30 de enero de 2016**, luego entonces se evidencia una ausencia de cobertura por límite temporal dado que la reclamación se realizó con posterioridad al 30 de enero de 2017, fecha límite para deprecar cobertura del contrato de seguro.

Por lo tanto, en este caso en particular, la fecha del siniestro corresponde al momento en que se radicó la solicitud para la audiencia de conciliación prejudicial, esto es, el día **13 de junio de 2018**, no obstante, por otro lado, tenemos que la vigencia del seguro inició desde el 31 de enero de 2015 y culminó su última vigencia el 30 de enero de 2016, luego no estaría cubierto el presunto hecho dañoso, en razón a que la última vigencia se agotó mucho antes de la fecha de reclamación efectuada por la parte actora.

Con la finalidad de aclarar lo analizado y descrito con anterioridad, las pólizas que dan base a la vinculación al llamamiento en garantía se encuentra bajo la modalidad **CLAIMS MADE**, es decir, conforme a sus condiciones esta clase de póliza opera bajo el sistema de aseguramiento base "reclamación", y como se estableció mediante la ley 389 de 1997, se establece la posibilidad de suscribir pólizas de responsabilidad civil bajo la modalidad de reclamación o *claims made*, en las que el elemento configurador de la responsabilidad de la aseguradora es la reclamación del tercero afectado al asegurador o al asegurado durante la vigencia de la póliza o plazos adicionales acordados.

De esta manera se indica que en su caratula en su apartado de "modalidad de cobertura: CLAIMS MADE". Y bajo su connotación de clausula base de reclamos hechos (claims made).

En este orden de ideas, se tiene que la obligación indemnizatoria se activa con la ocurrencia del siniestro y con la reclamación por parte del afectado, es decir estas fechas deben estar **DENTRO DE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA CONTRATADA.**

Recientemente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC10300-2017 del 18 de julio de 2017 fue precisa al explicar que en las pólizas bajo modalidad de reclamación el siniestro es la ocurrencia del daño a un tercero, pero se consagró una formalidad adicional para que la aseguradora quede obligada al pago de la indemnización, lo cual es la reclamación dentro de la vigencia del seguro o plazos adicionales acordados.

Así como lo expresa el Dr. German Cajamarca en artículo del día 2 de octubre de 2017, para revista digital "ASUNTOS LEGALES":

"Así las cosas, conforme con lo manifestado en la precitada sentencia de la Corte, los operadores jurídicos deben entender que las pólizas bajo reclamación o claims made no modifican lo que se entiende por siniestro, pues lo que realmente constituyen es una limitación temporal al cubrimiento de los riesgos, como quiera que no basta que ocurra el hecho dañoso a un tercero sino que también es necesario que la víctima presente la reclamación durante la vigencia del seguro, por lo que en caso de no presentarse, la aseguradora no es responsable aun cuando se haya presentado el hecho generador de responsabilidad, aclarando que tampoco existe obligación de pago si hay reclamación, pero no hecho dañoso."

Ahora bien, en apoyo a lo anteriormente deprecado **en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, radicación 76001-31-03-001-2001-00192-01, expediente Sc 10300-2017, del dieciocho de julio de dos mil diecisiete:**

"Efectivamente, esa Colegiatura tras afirmar que la demandante tenía legitimación por activa y que no estaba prescrita la acción, consideró: Descendiendo al caso sub lite, memórese que las coberturas contratadas en la póliza de seguro de responsabilidad civil para directores y administradores por la Corporación Financiera del Pacífico se circunscribían a '...'

Tal redacción, por supuesto, se muestra fiel de que la póliza en referencia se contrató bajo la modalidad 'claims made', aserto que cobra pleno vigor al escudriñar las 'condiciones' de dicha póliza, en cuyo numeral DÉCIMOcuarto se señaló, expresamente, que 'la póliza opera bajo el sistema de aseguramiento base reclamación, es decir, se cubren todas las reclamaciones presentadas por primera vez durante la vigencia de la póliza, en un todo de acuerdo con lo establecido en el artículo 4º de la Ley 389 de 1997'.

5.3. Precisado lo anterior, relíevase que, aunque la póliza de seguros contratada por Corfipacífico S.A. (matriz de Fidupacífico S.A.) se encontraba vigente entre el 3 de junio de 1998 y el 3 de junio de 1999, la reclamación correspondiente sólo vino a presentarse por parte del FCE Superrenta el día 25 de abril de 2001, según puede observarse del radicado del documento obrante a folios 93 a 97 del cuaderno principal, probanza que aportó el actor junto con su demanda.

Así las cosas, y dado que la reclamación en comento se efectuó con bastante posterioridad a la fecha en la que expiró la vigencia de la póliza de la que pretende beneficiarse el fondo común demandante, fuerza concluir, en

concordancia con la doctrina expuesta en líneas precedentes, -y, por supuesto, respetando las estipulaciones contractuales que recoge el mencionado negocio asegurativo, a las cuales habrá que atenerse en obediencia del principio de autonomía de la voluntad privada- que el siniestro al que alude el FCE Superrenta en el libelo incoativo de esta tramitación (aun de suponerse su verificación) no estaba llamado a ser reparado por la entidad demandada. Y, por supuesto, en tal virtud, la acción en estudio no puede abrirse paso

(...)

Con antelación a esta última reforma, el artículo 1131 del Código de Comercio era claro en señalar que, en materia de seguro de responsabilidad, el siniestro se entendía ocurrido en el momento de acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado, quedando cubierto por la póliza vigente para dicho momento.

Sin embargo, a partir de la citada ley, se consagró la posibilidad de que, por un pacto expreso entre los contratantes, se limite temporalmente la cobertura, o incluso, se extienda a hechos anteriores a su vigencia, siempre que ambos casos se cumplan con la exigencia de que la reclamación se haga dentro del lapso de vigencia de la convención. Se permitió, entonces, no sólo los seguros basados en la ocurrencia del daño (losses occurrence), que constituyen la regla general en el derecho continental, sino también los que se fundamentan en la reclamación (claims made), caracterizados porque el amparo únicamente se activa si, durante la vigencia del seguro, se hace el reclamo, de suerte que cesa el deber indemnizatorio después de extinguido.

Por su parte, las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso.”

En conclusión, conforme a lo anteriormente deprecado se vislumbra la **AUSENCIA DE COBERTURA DEL SINIESTRO ALEGADO** por cuanto, **la reclamación realizada se efectúa en fecha fuera de la vigencia de las pólizas contratadas**, no estando entonces vigente para la acción indemnizatoria o de reembolso, **máxime cuando no se acordó prórroga de dicha póliza o plazos adicionales para cubrir siniestros como el presente, pues nada se dijo en el contrato de seguro celebrado y por tanto, no se estipuló expresamente la cobertura hasta tiempos futuros a la terminación de la vigencia de dicha póliza.**

En este orden de ideas, eventualmente si se llegase a considerar que hubo negligencia o impericia por parte de la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**, este evento no está cubierto por el contrato de seguro referenciado por cuanto la reclamación se realizó por fuera de la vigencia de la póliza.

➤ **EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD POR GARANTIAS A CARGO DEL ASEGURADO**

En las condiciones generales de la póliza de R.C. PROFESIONAL CLINICAS Y HOSPITALES de MAPFRE SEGUROS, se incluye expresamente en la condición segunda GATANTÍAS A CARGO DEL ASEGURADO., la que indica:

"EL ASEGURADO ESTA OBLIGADO A CUMPLIR CON LAS NORMAS QUE REGULAN LA PROFESION MÉDICA (LEY 23 DE 1981), LAS DISPOSICIONES LEGALES Y ADMINISTRATIVAS DE CADA ACTIVIDAD PROFESIONAL QUE LAS REGULAN Y CUYO INCUMPLIMIENTO TORNARIA ILEGAL LA ACTIVIDAD.

EL ASEGURADO GARANTIZARÁ, SO PENA DE LAS SANCIONES CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 1061 DEL CODIGO DE COMERCIO, LO SIGUIENTE:

1. QUE EXIGIRÁ A TODOS LOS PROFESIONALES DE LA DEDICINA, A SU PERSONAL Y/O A LOS PROFESIONALES EN RELACION DE DEPENDENCIA Y/O APRENDIZAJE, SEAN O NO DE DICHO PERSONAL, QUE INCLUYE A LOS PROFESIONALES, TÉCNICOS Y AUXILIARES QUE INTERVIENEN EN LA ATENCIÓN DEL PACIENTE, Y A LOS QUE POR EL MOTIVO QUE FUERE, TRABAJEN CON EL ASEGURADO:

F. APLICAR LAS NORMAS QUE RIGEN EL MANEJO DE LA HISTORIA CLINICA, PREVISTAS EN LA RESOLUCIÓN N° 1995 DE 1999 DEL MINISTERIO DE SALUD Y DEMÁS NORMAS PERTINENTES, ESPECIALMENTE QUE CONTENGAN LAS CARACTERISTICAS BÁSICAS DE INTEGRIDAD, SECUENCIALIDAD, RACIONALIDAD CIENTÍFICA, DISPONIBILIDAD Y OPORTUNIDAD, CON LA OBLIGACIÓN DE SENTAR EN LA HISTORIA CLINICA, UN REGISTRO ADECUADO DEL ACTO REALIZADO O INDICADO A LOS PACIENTES, LAS OBSERVACIONES, CONCEPTOS, DESICIONES Y RESULTADOS DE LAS ACCIONES EN SALUD DESARROLLADAS QUE PERMITAN DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE LA PRESTACION DEL SERVICIO Y DEL CUIDADO DE LA SALUD BRINDADO AL PACIENTE.

G. IDENTIFICAR LA HISTORIA CLINICA CON NUMERACION CONSECUTIVA Y EL NUMERO DE DOCUMENTO DE IDENTIFICACION DEL PACIENTE INCLUYENDO IDENTIFICACION DEL PACIENTE (USUARIO), REGISTROS ESPECIFICOS ANEXOS A TODOS AQUELLOS DOCUMENTOS QUE SIRVEN COMO SUSTENTO LEGAL, TECNICO, CIENTIFICO Y/O ADMINISTRATIVO DE LAS ACCIONES REALIZADAS EN LOS PROCESOS DE ATENCION, TALES COMO: AUTORIZACIONES PARA INTERVENCIONES QUIRURGICAS....

H. VERIFICAR, CONTROLAR Y ASEGURAR QUE TODAS Y CADA UNA DE LAS HISTORIAS CLINICAS CONTENGAN FORMULARIO QUE DEMUESTRE QUE CON LOS PACIENTES SE HA REALIZADO UN PROCESO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO A LA INTERVENCION QUIRURGICA O TRATAMIENTO PROGRAMADO DEL PACIENTE ...

I. CONSERVAR TODAS LAS HISTORIAS CLINICAS Y TODOS LOS REGISTROS CONCERNIENTES A TRATAMIENTOS Y/O SERVICIOS PRESTADOS A PACIENTES....

J. CONSERVAR EN PERFECTAS CONDICIONES DE MANTENIMIENTO, CONFORME A LO ESTIPULADO POR LOS FABRICANTES, TODOS LOS EQUIPOS USADOS PARA EL DIAGNOSTICO Y/O TRATAMIENTOS DEL PACIENTE....

En virtud de la presente cláusula de garantía a la que se ha obligado el asegurado y conforme con lo consagrado en el artículo 1061 del Código de Comercio, se colige que, si dentro del desarrollo del proceso o en la verificación que efectúe la aseguradora, se advierte el incumplimiento de alguna de las obligaciones a cargo del asegurado, el contrato de seguros sería nulo y por lo tanto cesaría cualquier obligación indemnizatoria en cabeza de la aseguradora.

Como corolario de los anteriores pronunciamientos, la cláusula DÉCIMA SEGUNDA de las condiciones de la póliza, denominada PÉRDIDA DEL DERECHO DE INDEMNIZACIÓN, consagra que:

“El asegurado y/o los beneficiarios perderán en forma total los derechos que se derivan de esta póliza e los siguientes casos:

...b) por el incumplimiento de las garantías exigidas al asegurado en esta póliza...”

➤ **EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD POR OBLIGACIONES DEL ASEGURADO EN CASO DE UN ACONTECIMIENTO ADVERSO.**

Dentro de las condiciones generales de la póliza se incluye la SÉPTIMA- OBLIGACIONES A CARGO DEL ASEGURADO EN CASO DE UN ACONTECIMIENTO ADVERSO, que expresamente consagra:

El asegurado deberá notificar al asegurador, o a su representante nombrado en las condiciones particulares, cualquier acontecimiento adverso que, según su conocimiento, pudiera derivar en un reclamo, incluyendo el hurto, extravió o pérdida de historias clínicas. Dicha notificación deberá hacerse dentro de las setenta y dos horas (72) luego de haber recibido noticia u obtenido conocimiento de dicho acontecimiento adverso...

(...)

A renglón seguido la aseguradora establece en la condición OCTAVA- DENUNCIA DE “RECLAMOS”, que:

“el asegurado se obliga a notificar al asegurador, por escrito, cualquier reclamo de un tercero que llegue a su conocimiento. Dicha notificación deberá hacerse dentro de los tres (3) días hábiles a partir del momento en que el asegurador haya sido informado de tal reclamo.

La notificación escrita para el asegurador deberá contener los elementos requeridos en la condición séptima, si tal información no hubiese sido ya comunicada por el asegurado.”

➤ **EXCLUSIÓN POR RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL PROPIA DE MÉDICOS**

Conforme se aprecia a página 3 del Clausulado aplicable a la presente póliza, numeral 1.2 de las exclusiones pactadas, se tiene que no habrá cobertura en los siguientes eventos:

“1. EXCLUSIONES ABSOLUTAS

1.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INDIVIDUAL PROPIA DE MÉDICOS Y/U ODONTÓLOGOS, O DE CUALQUIER PROFESIONAL DE LA SALUD.”

Así las cosas, en el eventual caso en que se encontrase probado por la Honorable Sala, que la responsabilidad profesional individual de cualquier galeno adscrito a la plata de personal de la asegurada, fue la que conllevó a la causación del daño alegado por los demandantes, la presente póliza no tendría cobertura en virtud de la citada exclusión.

➤ **EXCLUSIÓN POR RESPONSABILIDAD CIVIL COMO CONSECUENCIA DE ABANDONO O NEGATIVA DE ATENCIÓN AL PACIENTE**

Conforme se aprecia a página 3 del Clausulado aplicable a la presente póliza, numeral 1.2 de las exclusiones pactadas, se tiene que no habrá cobertura en los siguientes eventos:

"1. EXCLUSIONES ABSOLUTAS

1.22. TODA RESPONSABILIDAD CIVIL Y/O PENAL COMO CONSECUENCIA DE ABANDONO Y/O NEGATIVA DE ATENCIÓN AL PACIENTE."

Así las cosas, en el eventual caso de que la Honorable Sala encontrase probado que el daño alegado por la parte actora tiene su génesis en el abandono y/o negativa de atención dada a la paciente por los diferentes servicios médicos con los que pudiera contar la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**, la presente póliza no tendría cobertura en virtud de la citada exclusión.

➤ **INASEGURABILIDAD DEL DOLO Y/O LA CULPA GRAVE**

En evento de una declaración de condena frente al asegurado con fundamento en la culpa grave, no habrá lugar a la obligación de reembolso que implica la pretensión revérsica, en razón a que este riesgo no es de obligatoria aceptación por parte del asegurador.

El artículo 1055 del Código de Comercio establece:

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

En este sentido, J. Efrén Ossa señala:

"La doctrina es ampliamente favorable a esta conclusión, que no admite duda en la ley colombiana (...) porque el artículo 1055 transcrito fulmina con la inasegurabilidad del dolo y la culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario, y no la de las personas que de ellos dependen de un modo u otro, como agentes o empleados, como hijos menores, como pupilos, como discípulos, como sirvientes o domésticos, es decir, el dolo y culpa grave propios, personales, directos, y no las denominadas culpas in vigilando o in eligendo, en que, por muchos decenios, ha encontrado soporte jurídico la responsabilidad indirecta o por el hecho de otro. No es dable al intérprete extender más allá de sus justos límites el alcance de la ley, menos aún si esta es de naturaleza restrictiva..."¹⁶

¹⁶ Teoría General del Seguro. El Contrato. Editorial Temis, 2º. Ed. Bogotá. 1991. Pág. 104.

Si bien es cierto en el seguro de responsabilidad civil por regla excepcional el legislador permitió la asegurabilidad de la culpa grave, también lo es, que dicho aseguramiento requiere de manifestación expresa, como no ocurre en el presente caso, como se establece taxativamente en el acápite de "EXCLUSIONES", NUMERAL 1.11, página Nro. 3.

"EXCLUSIONES

El asegurador no cubrirá bajo ninguna circunstancia reclamaciones y/o indemnizaciones que el asegurado tenga que pagar por lesiones corporales que sean consecuencia directa o indirecta de:

2. Exclusiones absolutas:

(...)

b. **Del daño (dolo) y/o culpa grave** e el ejercicio de la prestación de los servicios de salud.

Por lo anterior, en el evento en que se llegare a probar que el asegurado incurrió en una conducta dolosa o gravemente culposa con ocasión al fallecimiento del paciente, no habrá lugar a cobertura, por estar expresamente excluido.

➤ **ACTOS MÉDICOS OCURRIDOS POR FUERA DEL PERIODO DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA.**

Como se establece taxativamente en el acápite de "EXCLUSIONES", NUMERAL 1.31, página Nro. 5.

"1. EXCLUSIONES ABSOLUTAS

1.32. ACTOS MÉDICOS OCURRIDOS FUERA DEL PERIODO DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA.

Lo anterior, se ha de expresar claramente, en conformidad con la vigencia del contrato de seguro celebrado para R.C. PROFESIONAL INSTITUCIONES MEDICAS, pues como se indicó atrás, la reclamación se realizó por fuera del último periodo contratado, encontrándose por fuera de cobertura.

➤ **LIMITE DE VALOR ASEGURADO Y DEDUCIBLE PACTADO**

Según como se desprende del condicionado aplicable a los presentes contratos de seguros de RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INSTITUCIONES MÉDICAS, se ha de especificar de la siguiente manera:

De acuerdo con la Póliza DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INSTITUCIONES MÉDICAS No. **1601215000067** con vigencia comprendida entre 31 de enero de 2015 hasta el 30 de enero de 2016, el amparo de R.C. acto médico clínicas valor total asegurado de \$2.200.000.000, el cual corresponde a mi representada **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA** con ocasión del 30% del coaseguro pactado, **un límite máximo de \$660.000.000 menos el deducible debidamente pactado.**

DEDUCIBLE corresponde al 10% del valor de la pérdida, mínimo \$50.000.000

Ahora bien, en relación con la reclamación conforme a la R.C. por daños extrapatrimoniales este estará sublimitado al 25% del valor asegurado, por

evento/vigencia. Este valor está incluido en el límite asegurado básico y no en exceso de este.

"DEDUCIBLES

El deducible determinado para cada amparo en la carátula de la póliza, es el monto o porcentaje del daño indemnizable que invariablemente se deduce de éste y que por tanto siempre queda a cargo del asegurado y que no podrá asegurarse adelante contratación de un seguro adicional. (...)"

A este valor se limitará la obligación de reembolso del asegurador, siempre que el valor asegurado global por vigencia no se hubiera agotado con ocasión de otros siniestros ocurridos en la misma vigencia.

Frente al monto asegurado, se debe tener en cuenta que mi representada SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. únicamente es responsable del 30% de las presentes pólizas, es decir, se encuentra vinculada como coaseguradora de las Pólizas DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INSTITUCIONES MÉDICAS No. 1601215000067 de la cual MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. cuenta con el 70% de responsabilidad.

➤ **COASEGURO PACTADO**

Otro de los puntos importantes que deberá tenerse en cuenta al momento de entrar a resolver la relación de mi representada con la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira es la existencia de un Coaseguro aceptado, en el cual los suscriptores se obligan en las siguientes proporciones, tal y como se indica en la carátula de la póliza:

- **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. (30%)**
- **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. (70%)**

La modalidad del Coaseguro se encuentra contemplada en nuestro Código de Comercio así:

"ARTÍCULO 1095. <COASEGURO>. *Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro."*

Teniendo en cuenta el contrato de seguro que media en el presente asunto, y dado que se encuentra en debate la relación obligacional que del mismo yace, esto es la relación asegurado-asegurador; es necesario tener también en cuenta que la eventual obligación que pudiere derivarse en el presente asunto, sin que ello implique confesión alguna respecto del objeto de la demanda, deberá surtirse igual análisis respecto de las particularidades en las que se pactó el precitado contrato de seguro, esto es al tratarse de un **coaseguro pactado**, en la cual mi representada **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** se obliga en un **30%**, y **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** en un **70%**.

El doctor Jorge Eduardo Narváez Bonnet¹⁷, define el Coaseguro como:

¹⁷ El autor es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, profesor de la Especialización en Seguros de la Universidad Externado de Colombia, de la Maestría y la Especialización en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana. En los últimos 30 años, se ha desempeñado como Gerente de Seguros Generales y Gerente de Reaseguros de COLSEGUROS, Vicepresidente Técnico de Reaseguradora Hemisférica, Gerente General de Guy Carpenter Reinmex Corredores de Reaseguros Ltda. Es autor de varios libros y de artículos

"(...) una operación en virtud de la cual varios aseguradores asumen, bajo un mismo contrato de seguro, un riesgo determinado o un conjunto de riesgos que son materia de amparo bajo una póliza de seguro y donde cada uno de ellos contrae una obligación individual e independiente respecto del asegurado"

A su vez, el maestro Efrén Ossa anota que:

"Es la distribución horizontal o primaria de los riesgos. Mediante este sistema un conjunto de compañías, entre las cuales no median relaciones recíprocas de aseguramiento, asumen responsabilidades individuales con respecto a un mismo riesgo. Que haya o no haya entre ellas un acuerdo previo para asumir cada una cuota de responsabilidad total, es una circunstancia extraña a la naturaleza técnica del coaseguro, la distribución puede derivarse de la iniciativa del asegurado, que quiere hacer partícipes del mismo seguro a dos o más compañías, o tener origen en una de estas que, incapaz de asumir la responsabilidad total, y con la aquiescencia del interesado, propone a otras instituciones aseguradoras la repartición del riesgo"¹⁸

Lo anterior quiere decir que, en el hipotético caso de proferirse condena en contra del asegurado, la obligación que pudiese establecerse en cabeza de cada una de las aseguradoras, además de ser una obligación conjunta y no una obligación solidaria, no solo estará sujeta al límite de valor asegurado para el caso en concreto y al deducible debidamente pactado, sino que deberá además establecerse dicha obligación de pago en proporción a la participación de cada una de las compañías aseguradoras.

➤ **INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL COASEGURO**

El maestro y jurista Joaquín Garrigues sobre el coaseguro precisaba que:

"... lo que caracteriza este tipo de seguro es el reparto de cuotas entre diversos aseguradores y sobre el mismo riesgo, interés y duración del seguro. Esta hipótesis es frecuente en la práctica para evitar los inconvenientes de los seguros de riesgos particularmente graves. Para evitar el gravamen económico de una operación de esta naturaleza se reparte la suma asegurada entre varios aseguradores de modo que cada uno de ellos consiga liberarse de un riesgo sumamente gravoso para él. El coaseguro puede pactarse en un contrato único firmado por diversos aseguradores o en diversos contratos separados concluidos con cada uno de ellos, previo acuerdo entre los mismos. Este acuerdo preventivo es precisamente el rasgo que distingue el coaseguro de la pluralidad de seguros separados. **Que en el coaseguro no existe solidaridad entre varios aseguradores se desprende del mismo texto citado, ya que cada uno de ellos resultará obligado frente al asegurado solo por la cuota correspondiente al riesgo que asume. Por ello cada asegurador, como dice la ley, estará obligado al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva sin que quepa derecho de regreso de un asegurador respecto de otro. Las obligaciones de este contrato son**

especializados en materia de seguros. En la actualidad es socio de la firma Narváez & Peláez –Abogados–, donde se desempeña como abogado litigante, consultor privado y árbitro de los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, del Autorregulador del Mercado de Valores –AMV–, de la Federación Nacional de Comerciantes –FENALCO– y de la Sociedad Colombiana de Ingenieros –SCI–.

¹⁸ Teoría general del seguro - La Institución, Editorial Temis, Bogotá, 1988, pág. 99

independientes aunque se pacten en un contrato único¹⁹ (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 27 de noviembre de 2002, M.P. María Elena Giraldo Gómez, expuso a propósito del ejercicio de una acción subrogatoria por parte de una aseguradora participante en un coaseguro de una póliza de transportes, lo siguiente:

"...para efectos indemnizatorios cada coaseguradora se entiende que concurre conforme a su importe y por tanto las obligaciones que asume cada coaseguradora no se torna en relación con las otras coaseguradoras en obligaciones solidarias que impliquen que si alguna paga la indemnización total pueda reembolsarse en términos del artículo 1096 ibídem, sobre la subrogación. Recuérdese además que el artículo 1092 ibídem establece que "En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad"

(...)

"En consecuencia, y como además se conoce del caso en grado jurisdiccional de consulta, no es procedente reconocer a la actora el total de la indemnización pagada al asegurado sino el valor en el que concurrió como Coaseguradora..." (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Sin mayores disertaciones al respecto, es suficientemente claro que las obligaciones de las coaseguradoras que manifiestan su voluntad de compartir un riesgo asegurado, se obligan únicamente en el porcentaje convenido en el contrato de seguro, y es en esa misma proporción que participan de las primas y de las indemnizaciones a causa de la ocurrencia de un siniestro, pues se trata de una obligación conjunta y no de una obligación solidaria. En otras palabras, cada coaseguradora responde hasta la concurrencia de su respectiva participación en el riesgo.

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

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

¹⁹ Contrato de seguro terrestre, Imprenta Aguirre, Madrid, 1983, pág. 192

las obligaciones del asegurado y de la aseguradora en obligaciones independientes y que no son solidarias.

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

*"(...) En ese sentido, conforme lo dispone el artículo 1037 del Código de Comercio, **el asegurador es la persona que asume los riesgos del interés o la cosa asegurada, obligación muy diferente a la solidaridad derivada de un contrato o por ministerio de la ley, ya que es la realización del riesgo asegurado lo que da origen a la obligación del asegurador**, tal como lo dispone el artículo 1054 del Código de Comercio²⁰(...)" (Subrayas y negrilla mías)*

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

*"(...) Por último, **la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual**, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del artículo 1134 del C. de Co ²¹ (...)" (Subrayas y negrilla mías)*

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

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

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

***La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.** (...)"*

Por lo anterior, en el hipotético caso en que se profiera un fallo adverso a los intereses de nuestro asegurado, y que este a su vez repercuta en una obligación a cargo de la compañía de seguros en virtud del contrato de seguro objeto del llamamiento en garantía, la obligación que se imponga a mi representada no podrá ser solidaria, únicamente a manera de reembolso, conforme se explicó con suficiencia, ambas tienen fuentes obligacionales distintas.

SOLICITUD

Solicito respetuosamente por todo lo dicho hasta este punto, que la Honorable Sala del Tribunal Administrativo de Risaralda, se sirva **CONFIRMAR** íntegramente la sentencia recurrida, por cuanto el recurso de apelación presentado carece de soporte fáctico, probatorio y jurídico respecto al evento que nos convoca, por demás, no se probó ninguno de los elementos axiológicos de la falla en el servicio imputada, pero

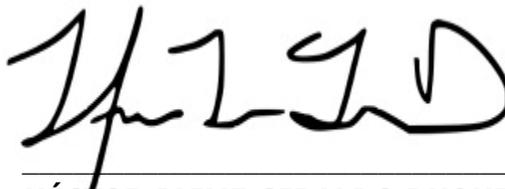
²⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta CP. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAD: 25000-23-27-000-2012-00509-01 (19879) del 21 de mayo del 2014.

²¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ SC20950-2017 Radicación n° 05001-31-03-005-2008-00497-01 (Aprobada en sesión 15 de agosto del 2017)

principalmente, no se estructura un nexo de causalidad como elemento esencial de la responsabilidad, entre el actuar del cuerpo galénico adscrito a la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA**, y la materialización del hecho dañoso, lo que por se derruye el fundamento de la pretendida declaratoria de responsabilidad, por lo que en fracaso de la alzada, deberá condenarse en costas a la parte actora.

En defecto de lo anterior, solicito respetuosamente sean tenidas en cuenta las circunstancias alegadas entorno al contrato de seguro mediante el cual se invocó en llamamiento en garantía a mi representada.

Del H. Magistrado,



HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE

C.C. No. 9.870.052 de Pereira.

T.P. No. 142.328 del C.S.J.

hector.giraldo@giraldoduqueandpartners.com