

Señores:

**JUZGADO CUARTO (4) ADMINISTRATIVO DE CARTAGO (VALLE)**

E. S. D.

**REFERENCIA:** REPARACIÓN DIRECTA  
**DEMANDANTE:** LUZ ADRIANA VILLA GONZÁLEZ y OTROS  
**DEMANDADO:** ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN RAFAEL DE ZARZAL y OTROS  
**RADICACIÓN:** 76147-33-33-002-2022-00235-00  
**ASUNTO:** CONTESTACIÓN DEMANDA Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, vecino de la ciudad de Cali, Valle del Cauca, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá D.C., abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de la compañía de seguros **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.**, aseguradora dedicada a los seguros generales, organizada como cooperativa, que tiene el carácter de institución auxiliar del cooperativismo, sin ánimo de lucro, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio principal en la calle 100 No. 9 A – 45 piso 12, de la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT. 860524654-6, representada legalmente por la Doctora **MARÍA YASMITH HERNÁNDEZ MONTOYA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 38.264.817, conforme se acredita con el poder y certificado de existencia y representación legal adjunto. Encontrándome dentro del término legal, comedidamente procedo, en primer lugar, a presentar **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA** impetrada por parte de la señora **LUZ ADRIANA VILLA GONZALEZ** y otros en contra del HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN RAFAEL ESE y otros, en segundo lugar, a **CONTESTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** formulado por el HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN RAFAEL ESE, en contra de mi representada, en la misma forma y orden en que fueron formulados los hechos y las pretensiones para que en el momento en que se vaya a definir el litigio se tenga en cuenta las precisiones que se hacen a continuación, según las pruebas que se practiquen, anticipando que me opongo a todas y cada una de las pretensiones sometidas a consideración de su despacho, de conformidad con lo que se consigna en los acápites siguientes:

#### **OPORTUNIDAD**

Mediante correo electrónico del 24 de enero de 2024, la judicatura notificó el Auto No. 009 de la misma fecha, por medio del cual se resolvió admitir el llamamiento en garantía formulado por el Hospital Departamental San Rafael de Zarzal E.S.E., en contra de mi representada, ordenando a su vez, otorgar a mi mandante el término de 15 días para contestar, por disposición expresa de la Ley 2080 de 2021, se contabiliza una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje de datos. Se tiene entonces que los términos transcurren entre los días 29, 30 y 31 de enero de 2024, y 01, 02, 05, 06, 07, 08, 09, 12, 13, 14, 15, 16 de febrero de 2024. En ese orden de ideas, se colige que este acto se surte dentro de la oportunidad procesal pertinente.

**CAPÍTULO I**

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**I. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS:**

**AL PRIMERO.** No le consta a la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa., como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. De tal modo, lo expuesto deberá ser probado, por la parte actora pues por imperio de ley esta carga le corresponde y al tratarse de manifestaciones ajenas a mi representada, deberán ser idóneamente acreditadas dentro del proceso de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 167 del CGP., aplicable por remisión al artículo 211 del CPACA., y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente, útil y oportunamente incorporada al proceso.

Si bien al proceso se aportaron los registros civiles de nacimiento de Jeffrey Alexis Guzmán Villa y Robinson Jiménez Villa, los cuales acreditan que son hijos de la señora Luz Adriana Villa Gonzalez, no es posible para esta entidad aseguradora conocer si esta última era ama de casa que gozaba de vitalidad, energía y de un excelente estado de salud. Sobre esto último, se debe recalcar que desde que ingresó el día 29 de octubre de 2019 a atención médica en la ESE Hospital San Rafael de Zarzal, esta misma indicó que padecía de hipotiroidismo y hepatitis A. Esto quiere decir que no se puede afirmar que tuviera un estado de salud “excelente”; así lo demuestra la historia clínica:

**Antecedentes**

Planifica:	Si Pomeroy
Personales:	Si ESCOLAR
Patológicos:	Si HEPATITIS A -- HIPOTIROIDISMO CONTROLADO COLELITISIS, QUISTEOVARICO DERECHO
Obstétricos:	Si G3C2A1
Quirúrgicos:	Si APENDICECTOMIA CESAREA POMEROY
Alérgicos:	Si DILOFENACO Y DEXAMETASONA

**AL SEGUNDO.** No es cierto. De acuerdo con la historia clínica el ingreso de la señora Luz Adriana Villa Gonzalez a la ESE Hospital San Rafael ESE fue el día 18 de octubre de 2019 a la atención en urgencias:

<b>Atención: 201910180057 - [748950465601] SAN RAFAEL</b>	
Fecha y Hora de Ingreso: 18/10/2019 08:13:14	Edad en la atención: 29 Año(s)
Identificación: CC 1112128867	Nombre: LUZ ADRIANA VILLA GONZALEZ
Administradora: EMISANAR EPS S.A.S.	Tipo de Usuario: Subscrito Pas
Palma:	Autorización:
Servicio de Ingreso: Urgencias Ambulatorio	
<b>Datos del acompañante</b>	
Tipo: Solo	
Cierre Históric	
Fecha y Hora: 18/10/2019 18:15:52	
<b>TRIAGE</b>	
* Triage	
Fecha y Hora: 18/10/2019 09:06:52	Profesional: Emy Viviana Benavides Valle (medicina )
Motivo: TENGO MUCHOS COLICOS	Identificación: CC 36758753
Signos Vitales	
Peso: 58.00 Kg	Talla: 151.0 cm
MC: 25.44 Kg/m <sup>2</sup>	FC: 97 Min.
	FR: 20 Min.
	Temp: 36.00 °C
	PA: 107/62
	TM: 77
	Saturación: 97.00 %
Hallazgos Clínicos:	MC " UNOS COLICOS " EA PACIENTE DE 29 AÑOS DE EDAD ACUDE A CONSULTA POR CUADRO CLINICO CONSISTENTE EN DOLOR EN FOJA ILIACA IZQUIERDA PACIENTE REFIRE CUADRO PERSISTENTE PERIETEICO TRANSYACINAL YA VIAGRADA POR ESPECIALIDAD EL CUADRO SE PRESTA DE FORMA SUBITA EN ITACORRUSCAPINA PERO NO HA TENIDO MEJORIA HASTA EL MOMENTO POR LO CUAL CONSULTA
Impresión Diag:	R104 DOLOR ABDOMINAL
Clasificación:	Triage II
Conducta:	Urgencias.

**AL TERCERO.** No le consta a mi representada. A la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, como entidad aseguradora no le se puede exigir conocimiento directo o indirecto del hecho, pues dentro de su objeto social no se encuentra el de prestar el servicio médico asistencia. Ahora, según historia clínica no se evidencia tal aseveración realizada por la parte demandante.

De tal modo, lo expuesto deberá ser probado por la parte actora pues por imperio de ley esta carga le corresponde y al tratarse de manifestaciones ajenas a mi representada, deberán ser idóneamente acreditadas dentro del proceso de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 167 del CGP., aplicable por remisión al artículo 211 del CPACA., y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente, útil y oportunamente incorporada al proceso.

**AL CUARTO.** No le consta a Aseguradora Solidaria De Colombia Entidad Cooperativa, como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. De tal modo, lo expuesto deberá ser probado por la parte actora pues por imperio de ley esta carga le corresponde y al tratarse de manifestaciones ajenas a mi representada, deberán ser idóneamente acreditadas dentro del proceso de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 167 del CGP., aplicable por remisión al artículo 211 del CPACA., y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente, útil y oportunamente incorporada al proceso.

Ahora, según historia clínica de la ESE Hospital San Rafael de Zarzal, a la señora Villa se le prestaron todas las atenciones necesarias a su ingreso en urgencias. Debido al cuadro que presentaba y que llevó consigo el resultado de una ecografía realizada el 27 de septiembre de 2019 se programó de urgencia cirugía de colecistectomía por laparoscopia.

**AL QUINTO.** No le consta a Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. De tal modo, lo expuesto deberá ser probado por la parte actora pues por imperio de ley esta carga le corresponde y al tratarse de manifestaciones ajenas a mi representada, deberán ser idóneamente acreditadas dentro del proceso de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 167 del CGP., aplicable por remisión al artículo 211 del CPACA., y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente, útil y oportunamente incorporada al proceso. Sin embargo, de acuerdo con la historia clínica de la ESE Hospital San Rafael de Zarzal a la señora se le practicó la cirugía de colecistectomía por laparoscopia por tratarse de una urgencia. La paciente llevaba varios días con el suministro de hioscina sin resultado favorable alguno, además el resultado de la ecografía abdominal mostró "litiasis vesicular" o los denominados "cálculos", los cuales solo era posible extraerlos mediante el mencionado procedimiento:

No Aplica  
DOLOR ABDOMINAL INTENSO , REFIERE ANTECEDENTE DE CALCULOS EN VESICULA (ALERGICA AL DICLOFENA LA DEXAMETASONA)  
MC" TENGO DOLOR EN EL ESTOMAGO" EA PACIETNE DE 29 AÑOS DE DAD CON CUADRO CLINICO CONSISTE DOLOR ABDOMINAL TIPO COLICO EN HIPOCONDRIO DERECHO, ADEMAS REFIERE NAUSEAS, PACIETNE TRAE ECOGRAFIA DEL 27/9/2019, ECOGRAFIA ABDOMINAL TOTAL, LITIASIS RVESICULAR, SIN DATOS DE COLESISTIT ESTEATOSIS HEPOATIVA DIFUSA EVE, SIN LESIONES FOCALES, QUISTE ANEXIAL DERECHO. REFERE QUR RECIBIO TRATAMIENTO CON HIOSCINA SIN MEJORIA CLINICA PORMLO CUAL CONSULTA

**AL SEXTO.** No le consta a Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. De tal modo, lo expuesto deberá ser probado por la parte actora pues por imperio de ley esta carga le corresponde y al tratarse de manifestaciones ajenas a mi representada, deberán ser idóneamente acreditadas dentro del proceso de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 167 del CGP., aplicable por remisión al artículo 211 del CPACA., y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente, útil y oportunamente incorporada al proceso

Sin embargo, de acuerdo con la historia clínica, la señora Villa González asistió a la atención en urgencias el 31 de octubre de 2019:

<b>Atención: 201910310303 - [768950465601] SAN RAFAEL</b>	
Fecha y Hora de Ingreso: 31/10/2019 13:44:40	Edad en la atención: 29 Año(s)
Identificación: CC 1112128867	Nombre: LUZ ADRIANA VILLA GONZALEZ
Administradora: EMSSANAR EPS S.A.S.	Tipo de Usuario: Subsidiado Pos
Poliza:	Autorización:
Servicio de Ingreso: Ambulatorios	
<b>Datos del acompañante</b>	
Tipo: Solo	
<b>Cierre Historia</b>	
Fecha y Hora: 31/10/2019 14:59:00	

#### CONSULTA ESPECIALIZADA

##### • Anamnesis

Fecha y Hora: 31/10/2019 14:01:03      Profesional: Justo Armando Fuentes Garcia.(ciugia G.)  
Tipo de Consulta: [890302C] CONSULTA CONTROL AMBULATORIA ESPECIALIZADA CIRUJANO  
Finalidad: No Aplica  
Motivo de Consulta: **PACIENTE POST QUIRURGICA DE COLECSITECTOMIA POR LAPAROSCOPIA**, ACTUALMENTE CON TINTE ICTERIO DE MUCOSAS Y CONJUNTIVAS. SE REFIERE ASINTOMATICA CON DOLOR SOLO EN REGION DE LAS CICATRIZES QUIRURGICA. SE INDICA REALIZACION DE HEMOGRAMA Y BILIRRUBINAS DE URGENCIA POR LO QUE SE ENVIA A URGENCIA PARA REALIZACION DE PARACLINICOS.  
Enfermedad Actual: COLELITIASIS CON COLECSITITIS . ICTERICIA DE ORIGE OBSTRUCTIVO.

**AL SÉPTIMO.** No le consta a Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. De tal modo, lo expuesto deberá ser probado por la parte actora pues por imperio de ley esta carga le corresponde y al tratarse de manifestaciones ajenas a mi representada, deberán ser idóneamente acreditadas dentro del proceso de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión al artículo 211 del CPACA., y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente, útil y oportunamente incorporada al proceso.

Sin embargo, de acuerdo con la historia clínica, la señora Villa González debió ser hospitalizada mientras se estabilizaba y se remitía posteriormente a una IPS de mayor nivel:

## Nota

PACIENTE REVALORADA POR EL DR BLANDON QUIEN DA ORDEN MEDICA

## ORDENES MEDICAS

- . OBS
- . SSN 0.9% A 80 CC/H
- . DIETA BAJA EN GRASAS
- . AMPICILINA + SULBACTAM AMP 1.5 GR - APLICAR 2 AMP C/6 H - FI 31/10/19 - DIA 0
- . DAPIRONA AMP 1/2 GR/ML - C/8 H SEGUN DOLOR
- . EVITAR OPIOIDES PARA EL DOLOR (ESPASMO DEL ESFINTER DE ODDI)
- . CUIDADOS DE LA HERIDA QX
- . REMITIR A MAYOR NIVEL DE COMPLEJIDAD PARA REALIZACION DE CPRE
- . SS// AZOADOS + PCR
- . CSV-AC

QUEDA PACIENTE EN CAMILLA CON BARANDAS ELEVADAS POR SU SEGURIDAD PENDIENTE CODIGO D  
E REMISION PARA NIVEL DE MAYOR COMPLEJIDAD

**AL OCTAVO.** No le consta absolutamente nada a la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. De tal modo, lo expuesto deberá ser probado por la parte actora pues por imperio de ley esta carga le corresponde y al tratarse de manifestaciones ajenas a mi representada, deberán ser idóneamente acreditadas dentro del proceso de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 167 del CGP., aplicable por remisión al artículo 211 del CPACA., y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente, útil y oportunamente incorporada al proceso.

De acuerdo con la historia clínica, la señora Villa González debió ser remitida a un hospital de mayor complejidad. Sin embargo, debido a trámites administrativos fuera del resorte de la entidad asegurada, no fue recibida en las IPS de Tuluá ni de Buga, por lo que debió ser remitida al Hospital Universitario del Valle del Cauca:

## Nota

PACIENTE QUE SE TRASLADA COMO URGENCIAS VITAL, PACIENTE DURANTE EL TRASLADO SE TORNA ALGICA, QUEJUMBROSA, AL EXAMEN FISICO CON GRAN DISTENSION ABDOMINAL, CON DOLOR A LA PALPACION GENERALIZADA. DE CAMINO A TULUA SE RECIBE LLAMADA DE REFERENCIA DEL HOSPITAL DONDE NOS MANIFIESTA QUE EN NINGUNA DE LAS INSTITUCIONES DE TULUA NI BUGA SE CUENTA CON CUPO, POR LO TANTO NOS TRASLADAMOS DIRECTAMENTE A CALI AL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE DONDE ES COMENTADA CON MEDICO DE URGENCIAS EL CUAL ACEPTA E INDICA HOSPITALIZAR EN SALA DE CRITICOS, PACIENTE QUE QUEDA EN COMPAÑIA DE FAMILIAR EN ACEPTABLES CONDICIONES GENERALES.

**AL NOVENO.** No le consta absolutamente nada a la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. Adicionalmente, lo comentado hace referencia a la atención médica suministrada en una IPS diferente a la asegurada.

**AL DÉCIMO.** No le consta absolutamente nada a la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. De tal modo, lo expuesto deberá ser probado por la parte actora pues por imperio de ley esta carga le corresponde y al tratarse de manifestaciones ajenas a mi representada, deberán ser idóneamente acreditadas dentro del proceso de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 167 del CGP., aplicable

por remisión al artículo 211 del CPACA., y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente, útil y oportunamente incorporada al proceso.

**AL DÉCIMO PRIMERO.** No le consta absolutamente nada a la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. Adicionalmente, lo comentado hace referencia a la atención médica suministrada en una IPS diferente a la asegurada.

**AL DÉCIMO SEGUNDO.** No le consta absolutamente a la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. De tal modo, lo expuesto deberá ser probado por la parte actora pues por imperio de ley esta carga le corresponde y al tratarse de manifestaciones ajenas a mi representada, deberán ser idóneamente acreditadas dentro del proceso de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 167 del CGP., aplicable por remisión al artículo 211 del CPACA., y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente, útil y oportunamente incorporada al proceso.

No obstante, de acuerdo con la historia clínica, la señora Villa González re-ingresó a la entidad asegurada el día 07 de mayo de 2020:

• Remisiones			
Fecha y Hora:	07/05/2020 21:14:39	Profesional:Rodolfo Julio Acosta.(medicina.)	
Remisión N° 1			
Especialidad:	CIRUGIA GENERAL		
Institución:	CLINICA MARIANGEL		
Acepta:	JEFE MARCELA RIVERA	Autorización:	92134
Modalidad:	Remision		
Motivo:	Nivel de competencia	Incluir Ambulancia:	No
Observaciones:	PACIENTE QUE MANIFIESTA ENCONTRARSE CON C/c DE 1 MES DE EVOLUCION CONSISTENTE EN ICTERICIA, ACOLIA, COLURIA Y RASH CUTANEO PROGRESIVO POR LO CUAL ACUDE. NIEGA VOMITOS, DIARREA, FIEBRE, ESCALOFRIOS, MAREOS, MIALGIA, ARTRALGIA. AP: NIEGA ENFERMEDADES. ALERGIAS:DICLOFENACO/DEXAMETASONA. CX: COLECISTECTOMIA LAPAROSCOPICA CON DRENAJE DE COLECCION EN PARED+ APENDICECTOMIA + CESAREA +		

**AL DÉCIMO TERCERO.** No le consta absolutamente nada a la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. Adicionalmente, lo comentado hace referencia a la atención médica suministrada en una IPS diferente a la asegurada.

**AL DÉCIMO CUARTO.** No le consta absolutamente nada a la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. Adicionalmente, lo comentado hace referencia a la atención médica suministrada en una IPS diferente a la asegurada.

**AL DÉCIMO QUINTO.** No le consta absolutamente nada a la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. Adicionalmente, lo comentado hace referencia a la atención médica suministrada en una IPS diferente a la asegurada.

**AL DÉCIMO SEXTO.** No le consta absolutamente nada a la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. Adicionalmente, lo comentado hace referencia a la atención médica suministrada en una IPS diferente a la asegurada.

**AL DÉCIMO SÉPTIMO.** No le consta absolutamente a la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, como llamada en garantía, porque no es un hecho propio que pueda negar o admitir. De tal modo, lo expuesto deberá ser probado por la parte actora pues por imperio de ley esta carga le corresponde y al tratarse de manifestaciones ajenas a mi representada, deberán ser idóneamente acreditadas dentro del proceso de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 167 del CGP., aplicable por remisión al artículo 211 del CPACA., y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente, útil y oportunamente incorporada al proceso.

Adicionalmente, no se trata de una atención médica que fuera realizada en la institución asegurada.

**AL DÉCIMO OCTAVO.** No se trata de un hecho sino de una conjetura. No obra prueba médico-científica que determine que el procedimiento médico realizado en el Hospital Departamental de Zarzal ESE fue errado, que causara o desencadenara el daño que padeció la señora Villa González. Mucho menos se explica cuál era el procedimiento conducente si no se realizaba la colecistectomía laparoscópica.

De tal modo, lo expuesto deberá ser probado por la parte actora pues por imperio de ley esta carga le corresponde y al tratarse de manifestaciones ajenas a mi representada, deberán ser idóneamente acreditadas dentro del proceso de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 167 del CGP., aplicable por remisión al artículo 211 del CPACA., y en ese sentido acreditar lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente, útil y oportunamente incorporada al proceso.

**AL DÉCIMO NOVENO.** No se trata de un hecho que dé base a la acción.

## II. PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL ACÁPITE DE DECLARACIONES Y CONDENAS

De manera general, nos oponemos a la prosperidad de todas y cada una de las declaraciones y condenas deprecadas en la demanda, por cuanto las mismas carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad. En la demanda se imputa una supuesta responsabilidad extracontractual y patrimonial a la ESE Hospital Departamental de Zarzal Nación la cual como se establecerá, no se estructuró, toda vez que en estos casos impera el principio de la carga de la prueba, tanto de la supuesta falla del servicio, como del daño y del nexo de causalidad entre uno y el otro. En este caso, la parte actora no ha cumplido con ello, lo que inviabiliza la declaratoria de responsabilidad solicitada.

Bajo ese contexto, procedo a pronunciarme de manera específica frente a las declaraciones y pretensiones de la parte actora así:

**FRENTE A LA PRETENSIÓN PRIMERA:** Nos oponemos a la declaratoria de responsabilidad que persigue la actora, como quiera que la misma es inexistente. Esto, por cuanto no se han probado las supuestas omisiones, negligencias y deficiente prestación del servicio médico que se atribuye a la entidad ESE Hospital San Rafael de Zarzal, aunado a la ausencia de relación causal entre el presunto hecho dañoso y el actuar de la pasiva. Lo anterior, en razón a que no se acreditó cuál fue la mala *praxis* o si existía un tratamiento más adecuado que el suministrado por la entidad demandada.

**FRENTE A LA PRETENSIÓN SEGUNDA.** En mérito de lo anterior, me opongo a la prosperidad de cada una de las pretensiones, obedeciendo particularmente a la categoría de perjuicio en la que se solicitan las sumas pretendidas, pronunciándome así:

**a) Perjuicios Morales.** Me opongo al reconocimiento de la suma de 100 SMLMV, que persiguen los demandantes para cada uno de ellos. No puede reconocerse el daño reclamado, en razón a que el mismo no ha sido demostrado por quien lo pretende, lo que así sucede por la evidente omisión probatoria en que ha incurrido la parte actora, oposición que resulta consecencial a la pretensión primera y al ser improcedente, bajo el entendido que la indemnización del daño moral solo procede cuando existe responsabilidad del demandado, y como quiera que en este caso no existe tal responsabilidad imputable a quienes conforman el extremo pasivo, claramente no hay lugar a su reconocimiento, por lo que ésta también debe ser desestimada. Adicionalmente, en caso de ser procedente, no se están pidiendo de acuerdo con los baremos establecidos por la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

**b) Lucro Cesante.** Me opongo a la prosperidad de cualquier condena, pues al ser notoria la ausencia de pruebas sobre la responsabilidad de las demandadas y de mi poderdante, no habría lugar a que la parte pasiva se viera obligada a proceder con el pago de la indemnización perseguida por los aquí demandantes, máxime cuando la misma resulta ser improcedente, en tanto nunca se probó que la señora Luz Adriana Villa González realizara una actividad económica y legal, y mucho menos que esta fuera truncada a causa de la actuación u omisión de la ESE Hospital San Rafael de Zarzal.

**c) Daño Emergente.** Me opongo al reconocimiento de dicha pretensión, las razones que fundamentan la oposición, toda vez que nunca se probó que la señora Villa González sufriera un detrimento de Cinco millones de pesos (\$5.000.000) a causa de las atenciones médicas realizadas por la ESE Hospital San Rafael de Zarzal.

**FRENTE A LA PRETENSIÓN TERCERA. Intereses.** Me opongo a la prosperidad de esta pretensión en la medida que no existe responsabilidad alguna de las demandadas. Es improcedente lo perseguido al no contar con evidencia suficiente que permita una eventual condena adversa a los intereses de esta pasiva. Por otro lado, no existe ningún título ejecutivo a favor de la parte demandante que le permita computar los denominados intereses comerciales y moratorios.

**FRENTE A LA PRETENSIÓN CUARTA. Cumplimiento de la sentencia.** Me opongo a la prosperidad de esta pretensión en la medida que no existe responsabilidad alguna de las demandadas. Así las cosas, es improcedente lo perseguido al no contar con evidencia suficiente que permita una eventual condena adversa a los intereses de esta pasiva.

**FRENTE A LA PRETENSIÓN QUINTA. Condena en costas:** Me opongo a que se acceda a esta pretensión debido a la nula vocación de éxito del medio de control. Por el contrario, solicito se condene en costas y agencias en derecho a la parte activa.

### **III. EXCEPCIÓN MIXTA FRENTE A LA DEMANDA**

Debido a que en este caso se presentaron una serie de acontecimientos que alteran el juicio causal, se presentan las siguientes excepciones a efectos de exonerar de responsabilidad a las entidades demandadas:

#### **1. CADUCIDAD DEL MEDIO DEL CONTROL – SOLICITUD EXPRESA DE DICTAR SENTENCIA ANTICIPADA.**

Con el fin de estabilizar las situaciones jurídicas y acabar con la incertidumbre que representa para las instituciones la eventualidad de la revocación o anulación de las demandas que comprometen su responsabilidad, el Estado ha impuesto esta figura procesal. Para evitar tal incertidumbre el legislador señaló un plazo perentorio para acceder a la administración de justicia, fenecido este no podrá ejercerse la acción.

El Consejo de Estado manifestó: *“Las normas de caducidad se fundan en el interés general que comporta el que los litigios no persistan en el tiempo, en desmedro de la convivencia pacífica y que las entidades públicas puedan definir las gestiones y las políticas estatales en la materia”*. Entonces, es la parte interesada quien debe impulsar el litigio oportunamente, es decir, en el plazo fijado por la norma, so pena de perder la posibilidad de accionar ante la jurisdicción.

Así las cosas, normativamente y de acuerdo con el artículo 164 del CPACA numeral segundo literal i, el legislador precisó: *“Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.”*

En el caso concreto, a efectos de calcular exactamente el término de caducidad del medio de control de reparación directa, se tomará en cuenta, el hecho “indicador de la falla” en palabras del apoderado de la parte demandante, es decir, el 25 de octubre de 2019, día que le fue realizada el procedimiento de colecistectomía laparoscópica a la señora Villa González, la cual, a su criterio, fue errado. Entonces, desde esa fecha tuvo conocimiento del daño que persigue sea indemnizado,

por sustracción de materia se extrae que la demanda pudo presentarse desde el 26 de octubre del 2019 y hasta el 12 de enero del 2021. Sin embargo, solo con ocasión del día 27 de abril del 2022 la demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial, es decir, cuando los términos habían caducado, por lo que no puede predicarse la interrupción de los mismos con tal convocatoria. Así las cosas, posteriormente el demandante radicó el medio de control el día 21 de junio de 2022, siendo que como se mencionó, de antaño ya se había configurado la caducidad.

En ese sentido, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la Sentencia con Rad. 68001-23-31-000-1999-01452-01(41186) M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, con relación a la caducidad indicó:

(...) La presentación oportuna constituye uno de los presupuestos procesales para el ejercicio de la acción, **en tanto el término de caducidad permite racionalizar su ejercicio y limita el acceso a la justicia, para darle estabilidad a las relaciones jurídicas. La caducidad no se suspende ni interrumpe por ningún motivo, su causación es objetiva sin consideración a las partes.** Es así como la doctrina y la jurisprudencia la han considerado como un fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho para acceder a la jurisdicción, con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable y la posibilidad de ser declarada de oficio, por parte del juez, cuando verifique su ocurrencia. (...). (Negrilla de mi autoría).

Conforme a lo anterior, es claro que los términos establecidos por el legislador permiten racionalizar el ejercicio de la acción y limita el acceso a la justicia para darle estabilidad a las relaciones jurídicas entre la administración y sus administrados.

En conclusión, de conformidad con los artículos 38 y 182 A del CPACA., modificado y adicionado respectivamente por la Ley 2080 del 2021, sírvase señor juez declarar probada esta excepción y dictar sentencia anticipada, en tanto operó el fenómeno jurídico procesal por medio del cual se limitó el derecho de los aquí demandantes para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa

#### **IV. EXCEPCIONES DE MÉRITO**

Debido a que en este caso se presentaron una serie de acontecimientos que alteran el juicio causal, se esgrimen las siguientes excepciones a efectos de exonerar de responsabilidad a la entidad demanda y al asegurado vinculado, y consecuentemente a la llamada en garantía.

##### **4.1. AUSENCIA DE RELACIÓN CAUSAL ENTRE LAS LESIONES DE LUZ ADRIANA VILLA GONZÁLEZ Y LA ATENCIÓN BRINDADA POR LA ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE ZARZAL, POR CUANTO EL PRODUCTO DE COMPLICACIONES ERA INHERENTE A LAS PATOLOGÍAS QUE PRESENTABA A SU INGRESO.**

Las complicaciones de la señora Villa González no tienen como partida la atención brindada por la ESE Hospital San Rafael de Zarzal. En la actividad médica es un hecho que suceden acontecimientos que escapan a la habilidad y conocimiento profesional de los galenos pues son productos inherentes del azar terapéutico. Es por ello que, factores endógenos al cuerpo humano,

características de la patología o el nivel de riesgo propio de la cirugía no constituyen per se una iatrogenia. De esta manera, pueden materializarse complicaciones propias de la naturaleza de la patología o debido a la gravedad en el ingreso a la atención médica mas no una falla reprochable a los profesionales en salud.

La ciencia médica es inexacta y en numerosos escenarios se dificulta encontrar un diagnóstico definitivo, un tratamiento adecuado y/o una cirugía con menor o nulo riesgo terapéutico. Sobre lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha determinado lo siguiente: “...*aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina que no comprometen su responsabilidad*”.<sup>1</sup>

La señora Villa González ingresó en condiciones de gravedad el 25 de octubre de 2019 a atención médica a la ESE Hospital San Rafael de Zarzal. Tenía antecedentes de hipotiroideismo y de hepatitis A, y unos dolores abdominales tomada con la ecografía abdominal del 29 de septiembre de 2019 que confirmaban el diagnóstico de “cálculos biliares” los cuales no podían ser tratados con medicina sino con procedimiento quirúrgico denominado colecistectomía laparoscópica. Inclusive, la hioscina que le fue suministrada no tuvo el efecto esperado, por lo que diagnóstico indicaba la necesidad de realizar dicho procedimiento. En ese orden de ideas, el personal de salud del ESE Hospital San Rafael de Zarzal, trató de salvar la vida de la señora Villa, y para ello prestó todos los servicios disponibles para tal propósito. Esto se puede evidenciar con la historia clínica:

No Aplica  
DOLOR ABDOMINAL INTENSO, REFIERE ANTECEDENTE DE CALCULOS EN VESICULA (ALERGICA AL DICLOFENACO Y LA DEXAMETASONA)  
MC" TENGO DOLOR EN EL ESTOMAGO" EA PACIETNE DE 29 AÑOS DE DAD CON CUADRO CLINICO CONSISTENTE E DOLOR ABDOMINAL TIPO COLICO EN HIPOCONDRIO DERECHO, ADEMAS REFIERE NAUSEAS, PACIETNE TRAE ECOGRAFIA DEL 27/9/2019, ECOGRAFIA ABDOMINAL TOTAL, LITIASIS RYESICULAR, SIN DATOS DE COLESISTITIS, ESTEATOSIS HEPOATIVA DIFUSA EVE, SIN LESIONES FOCALES, QUISTE ANEXIAL DERECHO. REFERE QUR RECIBIO TRATAMIENTO CON HIOSCINA SIN MEJORIA CLINICA PORMLO CUAL CONSULTA

De acuerdo con la literatura médico científica, el procedimiento de la colecistectomía laparoscópica es el más adecuado cuando los pacientes tienen cálculos biliares o si en general la vesícula no funciona bien. Veamos:

Usted puede necesitar esta cirugía si tiene dolor u otros síntomas a raíz de los cálculos biliares. También la puede necesitar si su vesícula biliar no está funcionando normalmente.

Los síntomas comunes pueden incluir:

Indigestión, lo que incluye distensión, acidez estomacal y gas  
Dolor después de comer, normalmente en la zona superior derecha o superior media del abdomen (dolor epigástrico)

Náuseas y vómitos

<sup>1</sup> CSJ, Cas. Civil, Sent. Ago. 08/2011, Rad.: 2001-00778. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

La mayoría de las personas tienen menos problemas y una recuperación más rápida con la cirugía laparoscópica que con la cirugía abierta<sup>2</sup>.

(...)

La colecistectomía se realiza con mayor frecuencia para **tratar los cálculos biliares** y las complicaciones que estos causan.

Tu equipo de atención médica podría recomendarte una colecistectomía si tienes:

- **Cálculos biliares en la vesícula que provoquen síntomas** (colecistitis)
- **Cálculos biliares en el conducto biliar** (coledocolitiasis)
- Inflamación de la vesícula (colecistitis)
- Grandes pólipos en la vesícula biliar, que pueden volverse malignos
- Inflamación del páncreas (pancreatitis) a causa de los cálculos biliares
- Preocupación por cáncer de vesícula<sup>3</sup> (negrita adrede)

A pesar del mal estado en el que entró la señora Luz Adriana Villa Gonzalez el día 25 de octubre de 2019 a la E.S.E. Hospital San Rafael de Zarzal, los profesionales médicos le prestaron todas las atenciones posibles de acuerdo con la *lex artis ad hoc*. No obstante, de acuerdo con la literatura médica mencionada, así como lo consignado en la historia clínica, la paciente tenía antecedentes de cálculos en la vesícula y cursaba con una “litiasis vesicular”, es decir, cálculos en la vesícula, por lo que era conducente para extirparlos y mejor su salud y vida, realizar un procedimiento de colecistectomía laparoscópica. Como puede apreciarse en la historia clínica allegada al proceso, se cumplió cabalmente el manejo de la enfermedad.

En conclusión, la parte activa erró al atribuir responsabilidad al E.S.E. Hospital San Rafael de Zarzal pues esta institución prestadora de salud prestó sus servicios médicos de acuerdo con lo establecido por la *lex artis* y con el propósito de salvaguardar la vida de la señora Villa González, lastimosamente por las condiciones de salud con las que se encontraba la misma, era un riesgo inherente que tuviese complicaciones.

Por lo anterior, respetuosamente solicito se dé por probada esta excepción.

#### **4.2. NO ESTÁ PROBADA LA FALLA EN EL SERVICIO ALEGADA POR EL APODERADO DEMANDANTE. LA ACTIVIDAD MÉDICA MATERIALIZADA POR LOS PROFESIONALES DE LA SALUD DE LA E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE ZARZAL SE SUJETÓ A LA *LEX ARTIS AD-HOC*.**

Es preciso argüir que los profesionales de la salud adscritos a la E.S.E., en mención cuando atendieron a la señora Villa González se sujetaron a la evidencia científica. La *lex artis* se ha consagrado como la herramienta para determinar si se estructura o no la responsabilidad médica, en tanto es el baremo con el que se establece si la actividad materializada por el profesional se ciñó a la diligencia y cuidado.

<sup>2</sup> Tomado de:

<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007371.htm#:~:text=Por%20qu%C3%A9%20se%20realiza%20el%20procedimiento&text=Usted%20puede%20necesitar%20esta%20cirug%C3%ADa.distensi%C3%B3n%2C%20acidez%20estomacal%20y%20gas>

<sup>3</sup> Tomado de: <https://www.mayoclinic.org/es/tests-procedures/cholecystectomy/about/pac-20384818>

El acto médico es permeado por variables correspondientes a la evidencia empírica, los reglamentos institucionales y literatura científica. Sobre la *lex artis ad hoc* la Corte Suprema de Justicia ha determinado lo siguiente:

...para determinar el momento en que se incurre en responsabilidad médica, el baremo o límite lo constituye el criterio de la normalidad emanado de la *Lex Artis*. Esto, porque si al médico, dada su competencia profesional, le corresponde actuar en todo momento con la debida diligencia y cuidado, en el proceso debe quedar acreditado el hecho contrario, esto es, el desbordamiento de esa idoneidad ordinaria calificada, según sea el caso, por infracción de las pautas de la ley, de la ciencia o del respectivo reglamento médico.<sup>4</sup>

Sobre el tratamiento a seguir, la comunidad científica ha determinado que después de la estabilización se debe realizar exámenes diagnósticos y suministro de medicamentos. De acuerdo con la historia clínica aportada al proceso su cumplió con lo anterior.

La historia clínica se constituye como prueba reina en los procesos de responsabilidad médica. La historia clínica de la señora Villa González indicó que la atención prestada fue la adecuada, no omisiva y fue oportuna. Sobre la importancia de este documento, en reciente jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se determinó que:

Por mandato normativo, la historia clínica consigna de manera cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación hasta su culminación, a partir del ingreso del paciente a una institución de salud a su salida, incluso en la rehabilitación, seguimiento y control; contiene el registro de los antecedentes, y el estado de salud del paciente, la anamnesis, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos aplicados, la evolución, el seguimiento, control, protocolo quirúrgico, indicación del equipo médico, registro de la anestesia, los estudios complementarios, la ubicación en el centro hospitalario, el personal, las pruebas diagnósticas, etc. (...) ostenta **una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico**, la atención médica al paciente, **su elaboración en forma es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras del servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias**, no sólo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en especial, de responsabilidad civil, **por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación.**<sup>5</sup>

Por otro lado, el Consejo de Estado ha determinado lo siguiente en materia probatoria frente a la responsabilidad médica:

De tiempo atrás la Sala tiene establecido que la falta del éxito médico no conduce necesariamente a la obligación de resarcir al damnificado, pues el médico cumple empleando la razonable diligencia que es dable requerir a quienes se les confía la vida de una persona o su atención, ya que en general **el éxito de un tratamiento o de una operación no depende por entero del profesional, sino que a veces influyen factores ajenos a él. En este orden de ideas al no estar debidamente probada la falla en el servicio médico asistencial prestado a la paciente Balcázar Hurtado, carga probatoria que le correspondía a la parte demandante**, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda<sup>6</sup>. (negrita adrede)

<sup>4</sup> CSJ, Cas. Civil, Sent. SC003-2018 ene. 12/2018, Rad. 11001-31-03-032-2012-00445-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2021). Radicación 08001-31-03-010-2017-00267-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta. Octubre 5.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera (2011). Radicado 19001-23-31-000-1997-03015-01, C.P. Hernán Andrade Rincón. Agosto 11.

De acuerdo con la enfermedad con las que acudió Luz Adriana Villa González, los médicos tratantes prestaron sus servicios con pericia, diligencia y cumplimiento de los protocolos médicos previamente establecidos. Los apoderados de la parte demandante, no probaron *iatrogenia* alguna del asegurado. Inclusive para endilgar responsabilidad médica los accionantes deben cumplir con una actividad investigativa mínima, la cual es posible mediante literatura médica que puede encontrarse en las diferentes bases de datos en internet o libros especializados sobre la materia.

Por lo anterior, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

#### **4.3. LA LESIÓN DE LOS CONDUCTOS BILIARES ES UN RIESGO QUE CONLLEVA EL PROCEDIMIENTO DE COLICESTOMIA LAPAROSCÓPICA - LA OBLIGACIÓN DE LOS MÉDICOS ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO.**

Todo procedimiento médico tiene la dimensión de ocasionar efectos secundarios. Al ser la intervención médica una actividad desplegada por el ser humano, es normal que esta tenga la gran posibilidad de ocasionar otros efectos en el cuerpo intervenido. Es por ello que en toda actividad médica existen riesgos, los cuales tratan de ser minimizados por los profesionales de la salud pero siempre existe el alea de que ocurran.

Al día de hoy, en lo que alude a la responsabilidad médica, no cabe duda de la tesis mayoritaria la cual se inclina a que la obligación asumida por el galeno es de medio y no de resultado, lo que es determinante para efectos de definir el régimen de responsabilidad aplicable en los eventos en los que se discute un daño como producto de la actividad médica. Esto incluso aplica en lo que atañe a la especialidad de urgencias, internista y/o de reanimación, pues se ha señalado que no puede exigirse al profesional en salud un resultado concreto, una garantía o un producto determinado, sino que su única obligación es la de realizar su actividad de la mejor manera posible, de acuerdo a los conocimientos adquiridos, actualizados y conforme las técnicas y usos existentes aceptados por las autoridades médicas, con el propósito de que el resultado sea el que normal y ordinariamente debe producirse.

En este orden de ideas, salta a la vista que la corriente doctrinal minoritaria que se inclina por reconocer obligaciones de resultado para ciertas ramas de la medicina o procedimientos médicos concretos constituye una tesis que fue ampliamente superada por la jurisprudencia colombiana. A continuación, deben tenerse en cuenta los siguientes puntos que refuerzan el despliegue de las actuaciones médicas correctas y tendientes al tratamiento terapéutico adecuado:

- **La urgencia del tratamiento:** De acuerdo con la historia clínica la señora Luz Adriana Villa González ingresó en malas condiciones por lo que fue sometida a diagnóstico, procedimiento de estabilización, evaluación del diagnóstico mediante el examen de ecografía que traía, suministro de medicamentos, dieta y procedimiento de colecistectomía laparoscópica

- **Existencia de otros tratamientos:** No existe tratamiento que reemplace a los suministrados o que tuvieran mayor éxito. La señora Villa tenía antecedentes de cálculos y la ecografía abdominal tomada a finales de septiembre de 2019 mostró la presencia de más cálculos en la vesícula. La Universidad del Rosario de Colombia ha determinado: *“La colecistectomía laparoscópica es el patrón oro en el tratamiento de la enfermedad de la vesícula biliar y se ha demostrado una mejor relación costo –efectividad– eficiencia frente a la cirugía abierta”*<sup>7</sup>.
- **Comprensión de los efectos:** El paciente y su familia conocieron de la gravedad con la que ingresó la paciente y la necesidad de un tratamiento dentro de la institución de salud. Fue así como refirió comprender el tratamiento y los posibles riesgos, incluso firmó consentimiento informado el 25 de octubre de 2019 a las 10:45 am:

CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE PARA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA Y OTROS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Nombre del paciente: Luz Adriana Villa Gomaske

Fecha: 25-10-19 Hora: 10:45

No. Historia Clínica: 110128867 Servicio: Cirugía

Yo, Luz Adriana Villa Gomaske con C.C. No. 1112128867

1. Por medio de la presente declaración, en pleno y normal uso de mis facultades, otorgo en forma libre mi consentimiento al Doctor: Fuentes para que con el concurso de los demás profesionales de la salud que se requieran y él ocupará, así con la ayuda del personal auxiliar los servicios asistenciales que el Hospital Departamental "San Rafael" señale para los efectos, en mi práctica la intervención quirúrgica:

2. El Doctor: Fuentes, en su condición de médico tratante queda autorizado para llevar a cabo igualmente la práctica de conductos o procedimientos médicos adicionales a los ya autorizados en el punto 1). Si en el curso de la intervención quirúrgica llegara a presentarse una situación inadvirtida o imprevista, que a su juicio, los haga aconsejables.

- **Dificultad del tratamiento:** Como todo tratamiento, este tenía posibles riesgos y de acuerdo con la literatura científica, es posible que se lesionen los conductos biliares a causa del procedimiento.

Es menester plasmar en este medio exceptivo lo determinado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en 2017 en un proceso de responsabilidad médica:

**Frecuentemente el médico se encuentra con los riesgos inherentes al acto médico**, sea de ejecución o de planeamiento, los cuales son inseparables de la actividad médica, por cuanto no puede predicarse que la medicina sea una ciencia exacta y acabada, sino en constante dinámica y evolución. Al respecto, **la literatura sobre responsabilidad médica, como la reiterada jurisprudencia de esta Sala, es pacífica en sostener y reconoce que la Medicina es una ciencia en construcción, y por tanto, apareja la existencia de ciertos riesgos inherentes a la realización de ciertos procedimientos médicos, los cuales hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa.** ... Por lo tanto, debe juzgarse dentro del marco de la responsabilidad médica que riesgos inherentes son las complicaciones, contingencias o peligros que se pueden presentar en la ejecución de un acto médico e íntimamente ligados con éste, **sea por causa de las condiciones especiales del paciente, de la naturaleza del procedimiento, la técnicas o**

<sup>7</sup> Tomado de: <https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/c44fe137-6c65-499d-9461-60e436e96564/content>

instrumentos utilizados en su realización, del medio o de las circunstancias externas, que eventualmente pueden generar daños somáticos o a la persona, no provenientes propiamente de la ineptitud, negligencia, descuido o de la violación de los deberes legales o reglamentarios tocantes con la *lex artis*.

...Ello no significa soslayar los errores. Estos pueden ser excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, se hallan los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado, y por tanto injustificados, motivo por el cual resultan abiertamente inexcusables y consecuentemente, reparables “in natura” o por “equivalente”, pero integralmente. Todos los otros resultan excusables.<sup>8</sup> (Negrita adrede).

Por otro lado, la literatura médico científica ha sido clara en explicar que uno de los riesgos inherentes a la colecistectomía laparoscópica es la lesión de los conductos biliares. Así lo han determinado:

#### Riesgos

Una colecistectomía conlleva un pequeño riesgo de complicaciones, incluidas las siguientes:

- Fugas biliares
- Sangrado
- Infección
- Lesiones en las estructuras cercanas, como los conductos biliares, el hígado y el intestino delgado
- Riesgos de la anestesia general, como coágulos de sangre y neumonía

El riesgo de sufrir complicaciones depende de tu estado general de salud y del motivo por el cual te sometes a una colecistectomía<sup>9</sup>.

(...)

#### Riesgos

Los riesgos de la anestesia y la cirugía en general incluyen:

- Reacciones a los medicamentos
- Problemas respiratorios
- Sangrado, coágulos sanguíneos
- Infección

Los riesgos de la cirugía de la vesícula biliar incluyen:

- **Daño a los vasos sanguíneos que van al hígado**
- Lesión al conducto colédoco
- **Lesión al intestino delgado o colon**
- Inflamación del páncreas (pancreatitis)<sup>10</sup> (negrita fuera del texto original)

Entonces, los profesionales de la salud adscritos a la E.S.E., E.S.E. Hospital San Rafael de Zarzal, utilizaron todos los medios que tenían a su alcance para realizar un análisis empírico y descartar las múltiples patologías que se relacionan con un “dolor abdominal” y tienen como síntomas los mismos con que ingresó la paciente. Luego realizaron estabilización. Después de ello y con un análisis de la ecografía abdominal confirmaron el diagnóstico de “Litiasis vesicular” o cálculos en la vesícula por lo que procedieron prontamente a realizar cirugía. Se hace énfasis en el cumplimiento de las obligaciones médicas, pues los galenos desplegaron los tratamientos, exámenes y servicios médicos como se los demanda la *lex artis*, y respetando siempre el juramento hipocrático, con el único fin de salvaguardar la vida de la occisa.

<sup>8</sup> Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (2017). Radicación 05001-31-03-012-2006-00234-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Mayo 24.

<sup>9</sup> Tomado de: <https://www.mayoclinic.org/es/tests-procedures/cholecystectomy/about/pac-20384818>

<sup>10</sup> Tomado de: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007371.htm#:~:text=Por%20qu%C3%A9%20se%20realiza%20el%20procedimiento&text=Usted%20puede%20necesitar%20esta%20cirug%C3%ADa,distensi%C3%B3n%2C%20acidez%20estomacal%20y%20gas>

En mérito de lo expuesto, comedidamente solicito declarar probada la presente excepción.

#### **4.4. LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR QUIEN FORMULÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.**

Coadyuvamos las excepciones propuestas por la ESE Hospital San Rafael de Zarzal, solo en cuanto las mismas no perjudiquen los intereses de mi representada y bajo ese mismo tenor se formulan las siguientes.

#### **4.5. CARENCIA DE PRUEBA DE LOS SUPUESTOS PERJUICIOS E INCORRECTA TASACIÓN DE LOS MISMOS.**

Como se explicó en líneas anteriores, la tasación de los perjuicios no obedece a un sustento probatorio que fehacientemente indique el daño que han debido soportar los demandantes. De este modo, el juzgador no está obligado a reconocer pretensiones indemnizatorias que no estén claramente acreditadas y tasadas porque no puede presumirlas y se debe atener a lo allegado oportunamente y probado en el proceso. En el caso de marras, no está demostrada la responsabilidad de la demandada, en suma a que las pretensiones resultan ser exorbitantes y las mismas no se encuentran acreditadas. Por el contrario, solamente demuestran un claro afán de lucro de la parte activa, los cuales no pueden ser endilgados a las llamadas a juicio.

En gracia de discusión y ante la remota posibilidad de una condena en contra de la demandada, ésta excepción enerva las pretensiones en cuanto ellas se erigieron pese a la carencia de medios de prueba contundentes sobre la responsabilidad endilgada a la parte pasiva de ésta acción, y sobre la producción, naturaleza y por la cuantía del supuesto detrimento alegado y éste no es susceptible de presunción, pues requiere de su fehaciente demostración para poder ser considerado, luego la falta de certidumbre sobre el mismo se traduce en un obstáculo insalvable para su reconocimiento.

Lo anterior se afirma en atención a que la demandante formula acciones indemnizatorias de manera dispersa y sin claridad en la forma que imputa responsabilidad y sin siquiera tener claridad, por lo menos argumental en inicio de indicar en qué momento o etapa precisa del acto médico estriba la falla que aduce (atención – diagnóstico), por lo que vincula como demandada a la entidad que prestó atención inicial, así como aquella que la brindo hasta el momento del fallecimiento de la señora Villa González, sin indicar puntualmente cual es la falla, o conducta aparentemente culpable, así, de forma abstracta demanda bajo la única premisa de ser supuesto actor del daño por una indebida atención médica o eso es lo que con esfuerzo se colige.

Siendo consciente de que la facultad de acceder a la petición o no de condenar por los presuntos perjuicios inmateriales y a tasarlos es una prerrogativa exclusiva del juez, no está demás traer a colación la posición de la jurisprudencia entorno a dicho tópico, puesto que las pretensiones dobles por perjuicio inmaterial en este evento resultan desbordantes frente a los lineamientos

jurisprudenciales en materia de indemnización de perjuicios morales en caso de muerte conforme lo dispone el Consejo de Estado.

Es así como en documento aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014, referente para la reparación de perjuicios inmateriales, que se tuvo por fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales, el apoderado demandante formuló pretensiones que resultan en una cifra desproporcionada ante cualquier criterio indemnizatorio que extralimitan los baremos establecidos por el Consejo de Estado, dicho documento establece la *“Prohibición de pago doble de daño o perjuicio inmaterial. Ningún daño o perjuicio inmaterial podrá ser indemnizado doblemente”*. (Subraya y cursiva adrede).

Si bien dicho documento contempla varias tipologías de perjuicio inmaterial no quiere decir que al demandante le sea posible pedir doble resarcimiento con base en una misma causa o presunto perjuicio, la diversidad de perjuicios aceptados por la jurisprudencia se encamina a facilitar la carga probatoria o labor probatoria que ella le implica al demandante, pues podrá probar que sufrió una afectación moral que le aflige emocionalmente o bien podrá probar que la base patológica de la lesión le restringe su funcionalidad – daño a la salud, en todo caso la pretensión debe ser excluyente, no puede pretender doble indemnización por la misma causa, ello sería lucrar indebidamente a la presunta víctima aun en el escenario hipotético en el que a dicha parte le asista razón.

Igualmente, debe resaltarse que NO OBRA en el plenario prueba que acredite el supuesto daño inmaterial de ninguno de los demandantes, especialmente en lo que atañe con la solicitud de daño moral, sin que se pruebe la responsabilidad de la demandada en los hechos que evidencian la lesión de la señora Villa González, por lo que no puede aseverarse que con causa de estas se han afectado a los demandantes en las esferas ocupacional, laboral, educativo, lúdico e incluso sexual. En, tal sentido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en sentencia de 25 de mayo de 2010 se indicó:

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

En conclusión, al no allegarse prueba del perjuicio inmaterial solicitado, no hay lugar al reconocimiento de los mismos, pues ante la incertidumbre de su ocurrencia, no hay otro camino que declarar el éxito de esta excepción, como quedó ampliamente demostrado en el pronunciamiento frente a las excepciones, argumentos a los que me remito y que solicito sean tenidos en cuenta como fundamento de este medio exceptivo, inclusive para la negativa del petitum de cualquier pretensión indemnizatoria, ya que no se ha demostrado un daño imputable a la pasiva. Como la parte actora pretende los perjuicios de manera separada, es necesario complementar el medio exceptivo así:

**4.5.1. IMPOSIBILIDAD DE RECONOCER EL DAÑO MORAL.**

En el asunto que nos ocupa, lo demandantes pretenden el reconocimiento e indemnización del daño en moral en suma de 100 SMMLV., para cada uno, sin embargo, el mismo se torna en improcedente, habida de cuenta que de ningún modo han logrado acreditar la responsabilidad de la pasiva por acción u omisión en los hechos demandados, entre otras cosas, por la más que evidente insuficiencia probatoria.

Así las cosas, es pertinente aclarar que ya el Consejo de Estado a partir del Acta No. 28 de 2014 fijó los baremos para reconocerlo. En dicho sentido se enseñan los toques indemnizatorios en caso de lesiones:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
<b>GRAVEDAD DE LA LESIÓN</b>	Victima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Este perjuicio se ha definido de antaño por la jurisprudencia como “el dolor, la aflicción” y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra etc. que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo. Esta afectación, conocida también como duelo, se ha calificado científicamente por la doctrina médica que ha señalado:

(...) afecta prácticamente todos los aspectos de la vida de un sobreviviente. A menudo, el duelo acarrea un cambio de estatus y de papel (por ejemplo, de esposa a viuda o de hijo o hija a huérfano). También tiene consecuencias económicas y sociales (la pérdida de amigos y en ocasiones de ingreso). En primer lugar se presenta la aflicción, que es la respuesta emocional experimentada en las primeras fases del duelo (...) la aflicción, al igual que la muerte es una experiencia personal. La investigación actual ha cuestionado las nociones previas de un solo patrón “normal” de aflicción y un programa “normal” de recuperación. El hecho de que una viuda hablara con su difunto marido era considerado como una señal de perturbación emocional, que ahora se reconoce como una conducta común y útil (...)<sup>11</sup>

Según la jurisprudencia citada, es inviable el reconocimiento de los perjuicios morales, pues en primer lugar, debe esclarecerse como ya se ha expuesto, que en congruencia con lo perseguido en

<sup>11</sup> Papalia, Diane E. Wendkos Olds Rally y Duskin Feldman Ruth en “Desarrollo Humano”, Editorial Mc Graw Hill. Novena edición. México D.F. 2004. OP CIT, pág. 766 y s.s.

la pretensión primera del acápite de declaraciones y condenas del escrito de la demanda, que el acto sobre el cual se pretende la declaratoria de responsabilidad se configure por acción u omisión de la demandada, lo que no se ha acreditado, motivo por el cual los montos solicitados por la parte accionante no pueden ser ni reconocidos, ni cancelados a modo de indemnización. Por otro lado, sin aceptar responsabilidad alguna y a modo de ilustración, la parte demandante solicita 100 smlmv para la hermana de la señora Luz Adriana Villa González, desconociendo los baremos determinados por la Sección Tercera del Consejo de Estado; en el hipotético escenario que se prueba que la gravedad de la lesión de la señora Villa fue igual o mayor al 50%, a la hermana, por estar en el nivel 2, solo se le reconocería 50 smlmv.

En conclusión, es inviable el reconocimiento por daño moral en las sumas pretendidas por la parte demandante, por cuanto la tasación propuesta, por cuanto no se allegaron pruebas que acrediten la responsabilidad de la pasiva. En tal sentido, no hay lugar al reconocimiento de suma alguna por concepto.

Por lo anterior, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

#### **4.5.2. IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LUCRO CESANTE.**

Solicita el demandante que se reconozca, por concepto de lucro cesante la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$150.000.000) sin embargo, dichos perjuicios no se encuentran probados en tanto no se acreditó que la lesionada estuviera vinculado laboralmente y/o que realizara alguna actividad económica independiente a partir de la cual percibiera ingresos económicos al momento de los hechos.

Sobre la definición del lucro cesante, el Consejo de Estado ha dicho que “**el lucro cesante hace referencia a la ganancia que deja de percibirse, o la expectativa cierta económica de beneficio o provecho que no se realizó como consecuencia del daño.**” (subrayado y negrilla fuera de texto).

Y, en igual sentido, esta corporación, frente a los presupuestos para que se constituya el lucro cesante ha dicho:

##### **1.1. Presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante**

**2.1.2 Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno** (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.).

(...)

##### **2.2.2 Ingreso base de liquidación**

(...) **El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado** y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas, las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario, o que se haya

allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso<sup>12</sup>.” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Por otra parte, sobre la prueba del lucro cesante, esta corporación ha indicado que el lucro cesante de estar debidamente probado por quien lo alega, pues este no se presume, ni es eventual o hipotético. En su tenor literal dijo: “(...) no hay lugar a la condena por este aspecto, toda vez que el lucro cesante no se presume, ni es eventual o hipotético, sino que debe ser adecuadamente probado. (...)”<sup>13</sup> (subrayado y negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, y abordando al caso concreto, es menester precisar que con la demanda no se aporta ninguna prueba, siquiera sumaria, que acredite la actividad económica que supuestamente realizaba la señora Villa González ni el monto de los ingresos que presuntamente recibía. Por lo tanto, al no aportar una prueba útil que permita inferir que la señora Luz Adriana Villa González realizara una actividad económica ni el monto de los supuestos ingresos de dicha actividad, resulta abiertamente injustificado cualquier valor económico que se pretenda sea reconocido a favor del solicitante por el rubro aquí pretendido, siendo consecuencia directa de lo anterior, la imposibilidad de que prospere lo aquí solicitado.

En consecuencia, la falta de prueba suficiente que permita demostrar la actividad laboral productiva del señor Luz Adriana Villa González y el monto que presuntamente recibía con fundamento en dicha actividad, se traduce en que no puede generarse un pago a cargo del demandado sobre supuestos fácticos que no han sido corroborados.

Por lo anterior, solicito declarar **PROBADA** esta excepción

#### 4.5.3. FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO EMERGENTE.

Pretenden la parte actora que se reconozca a su favor, por concepto de daños materiales (daño emergente), la suma de Cinco millones de pesos M/TCE (\$5.000.000), monto que no es procedente reconocer teniendo en cuenta que, con la demanda no se aporta ninguna prueba pertinente y/o conducente que acredite con certeza el supuesto detrimento patrimonial de la actora debido al presunto pago por concepto de transporte, compra de medicamentos y alimentación.

Sobre los daños materiales, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

16.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido los perjuicios materiales en dos modalidades, a saber: (i) daño emergente y (ii) lucro cesante; lo que supone que ambas modalidades refieren a situaciones distintas, cuyas nociones se hallan consagradas en el artículo 1614 del Código Civil, a cuyo tenor:

Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera (2019). Radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Julio 18.

<sup>13</sup> Ibidem.

cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento (i).

En ese orden de ideas, **el daño emergente corresponde a una pérdida patrimonial sufrida con la consiguiente necesidad para el afectado de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente necesariamente determina que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima como consecuencia principalísima del hecho dañoso, es decir, debe existir una relación directa de causalidad entre este y el detrimento o disminución patrimonial que se alega.** (subrayado y negrilla fuera de texto)

En igual sentido, en sentencia del trece (13) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), esta corporación dijo lo siguiente:

La Sala recuerda que el artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”. En tal virtud, como lo ha sostenido reiteradamente la Sección, estos perjuicios se traducen en las pérdidas económicas que se causan con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación y que en consideración al principio de reparación integral del daño, consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1.998, **solamente pueden indemnizarse a título de daño emergente los valores que efectivamente empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo.** (subrayado y negrilla fuera de texto)

Conforme a las reglas jurisprudenciales expuestas, la pretensión del daño emergente no puede estar infundada, sino que obedece al pago que el demandante tuvo o debe realizar con ocasión del daño causado, imputable a la administración, frente a lo cual se debe precisar lo siguiente:

Con la demanda no se aportó prueba, al menos sumaria, que acreditara que la demandante haya efectuado algún pago con ocasión de la atención médica, por lo tanto, no habría lugar a resarcimiento bajo este concepto. En otras palabras, no hay certeza de cuáles fueron los supuestos gastos en que incurrió la demandante ni su pago efectivo. Es así como brilla por su ausencia pruebas de los soportes de pago por estos conceptos.

Así las cosas, es claro que no existe prueba de los daños materiales reclamados por la parte actora ni de su cuantía, por lo que se hace imposible imponer obligación de pago al asegurado por este concepto; y, por ende, tampoco a mi representada.

Por lo anterior, solicito declarar **PROBADA** esta excepción.

#### **4.6. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.**

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

Por lo anterior, solicito declarar probada esta excepción.

#### **4.7. GENÉRICA O INNOMINADA.**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 282 de la Ley 1564 del 2012<sup>14</sup>, solicito sea declarada cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, ya sea frente a la demanda o al contrato de seguro utilizado para convocar a mi representada al presente litigio mediante los llamamientos en garantía.

Por lo expuesto, solicito respetuosamente a la judicatura en su deber, declarar probada esta excepción.

### **CAPITULO II**

### **CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR EL HOSPITAL SAN RAFAEL DE ZARZAL E.S.E.**

#### **I. FRENTE A LOS HECHOS**

**FRENTE AL HECHO “1”.** Es cierto.

**FRENTE AL HECHO “2”.** No es un hecho que refiera al llamamiento en garantía pero es cierto, en tanto, según la historia clínica diligenciada por los profesionales de la salud de la ESE Hospital San Rafael de Zarzal, la señora Villa González fue atendida por esta institución el pasado 25 de octubre de 2019.

**FRENTE AL HECHO “3”.** No es un hecho que se refiera al llamamiento en garantía pero es cierto.

**FRENTE AL HECHO “4”.** Es cierto parcialmente. Si bien el Hospital San Rafael de Zarzal E.S.E., tomó la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Centros Médicos No. 660-88-99400000016, para una vigencia comprendida entre el 01 de enero de 2019 y el día 01 de enero de 2021 (anexo 2), ésta no opera de forma automática. Para que el seguro pueda afectarse, necesariamente se debe cumplir la condición suspensiva de la que pende el surgimiento de la obligación de indemnizar de la aseguradora. Esto acompañado con las condiciones particulares y generales del contrato, y una vez verificado que no se configuren fenómenos que interfieran con la cobertura, como lo son la prescripción la nulidad relativa, el incumplimiento de garantía y/o la ineficacia del llamamiento en garantía.

<sup>14</sup> *Artículo 282. Resolución sobre excepciones.* En cualquier tipo de proceso, cuando el Juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda. Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada. Si el Juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia. Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el Juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.

En tal virtud, se debe tener en cuenta desde ahora que el seguro no presta cobertura temporal, toda vez que, como se apunta, el mismo fue pactado bajo la modalidad “*claims made*”, y siendo que su vigencia inició el día 01/01/2019 y terminó el 01/01/2021, su periodo de retroactividad se pactó desde el 01 de enero de 2019 y atendiendo a que la primera reclamación al asegurado se hizo por fuera de dicha vigencia con ocasión de la radicación de la solicitud de conciliación extrajudicial del 21 de abril de 2022, es evidente que la póliza que se busca afectar no presta la referida cobertura. Solo se cumplió una de las condiciones: que el hecho ocurriera dentro de la vigencia o dentro del periodo de retroactividad. Sin embargo, no fue así con la otra, la cual demandaba que la primera reclamación se realizara dentro del periodo de retroactividad, es decir, máximo hasta el día 01 de enero de 2021.

## **II. FRENTE A LA TÁCITA PRETENSIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

Nos oponemos, toda vez que, no puede surgir obligación indemnizatoria alguna en cabeza de mi representada, por cuanto la Póliza De Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Centros Médicos No. 660-88-99400000016 vigente del 01/01/2019 hasta 01/01/2021, **no ofrece cobertura temporal**, dada su modalidad “*Claims Made*”, al tenerse que la primera reclamación no se realizó dentro de la vigencia de la misma, pues esta solo se surtió hasta el día 27 de abril de 2022, con ocasión de la solicitud de conciliación prejudicial, por lo que la cobertura de notas se hace inoperante.

Adicionalmente, frente a la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas Y Centros Médicos No. 660-88-99400000016 se aclara que la obligación indemnizatoria de la aseguradora que represento sólo puede predicarse si se comprueba que se realizó el riesgo asegurado, sujeto a las distintas condiciones de la póliza, siempre y cuando no se configure alguna de las causales de exclusión o de inoperancia del contrato de seguro, ya sea de origen convencional o legal. Bajo ese entendido, conforme se ha señalado a lo largo de este escrito, ante la ausencia de la responsabilidad deprecada del hospital asegurado, al configurarse la ausencia de pruebas que permitan imputar responsabilidad a la entidad demandada, se concluye que no se configuró o realizó el riesgo asegurado.

## **III. EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

### **1. AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DADA LA MODALIDAD *CLAIMS MADE* SUSCRITA EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICAS Y CENTROS MÉDICOS No. 660-88-99400000016.**

Se invoca el medio exceptivo, atendiendo que se ha pactado que la póliza citada opera bajo la modalidad de cobertura “*claims made*”, lo que indica que los hechos que revistan responsabilidad amparada deben ser cumplir los siguientes requisitos: 1) que sean reclamados dentro de la vigencia del contrato de seguro y 2) que se materialicen en el periodo de retroactividad o de vigencia de la

póliza. En dicha póliza se pactó una vigencia entre el día 01/01/2019 hasta el día 01/01/2021 (Anexo No. 2), con un periodo de retroactividad del 01 de enero de 2019.

Ahora bien, el hecho por el cual se presentó el medio de control data del 25 de octubre de 2019 y la primera reclamación se entiende surtida con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial el día 27 de abril de 2022. En ese orden de ideas, si bien el hecho ocurrió dentro del periodo de vigencia de la póliza y/o de retroactividad, el reclamo fue posterior al 01 de enero de 2021, fecha en la cual finalizó la vigencia del seguro según el Anexo No. 2. Ahora, en el caso que el despacho estime que el hecho en realidad se configuró el 14 de mayo de 2020 cuando a la señora Villa se le realizó el procedimiento de drenaje en la Clínica María Ángel Dumian Medical S.A.S., seguiría sin cumplirse el requisito de temporalidad de la reclamación.

La modalidad de seguro *Claims Made* fue introducida a nuestro ordenamiento jurídico por medio del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, en virtud del cual se permitió la expedición de pólizas cuya cobertura estuviere determinada por la fecha de la reclamación: *“ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación”.*

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato. Sobre la reseñada modalidad de seguro, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

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.

Se itera que, para que opere la cobertura de un seguro la cual se pactó bajo la modalidad “*claims made*” o “de reclamación”, deben cumplirse, además de la ocurrencia del riesgo asegurado, los siguientes requisitos: (i) que los eventos que dieron origen al proceso se encuentren dentro de la vigencia o del período de retroactividad de la póliza y (ii) que dichos eventos sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza. Esta doble exigencia consagrada en la Ley 389 de 1997 (siniestro y reclamación dentro del término específico) deberá agotarse en todos los casos para el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurador.

En el caso que nos ocupa, se tiene que el contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Centros Médicos No. 660-88-99400000016, concertada entre el HOSPITAL SAN RAFAEL DE ZARZAL E.S.E., y mi representada, fue pactada bajo modalidad “*Claims Made*”, como se puede apreciar:

MODALIDAD DE COBERTURA:

La póliza opera bajo el sistema de aseguramiento base reclamación **Claims-Made**, donde se entiende por Claims-Made la cobertura a las indemnizaciones que el asegurado debe pagar en virtud de las reclamaciones, **sucedidas por primera vez y reportadas durante el periodo del seguro**, como consecuencia de los perjuicios patrimoniales causados por alguna causa cubierta bajo los amparos de la póliza en sus amparos generales y particulares, **sucedidos durante la vigencia de la póliza o desde la fecha de retroactividad otorgada**.

Complementariamente, se indica lo siguiente sobre el periodo de retroactividad:

RETROACTIVIDAD:

**La fecha de Periodo de Retroactividad que se otorga es A PARTIR DE ENERO 01 DE 2019**, en cuanto al momento en que se presente el siniestro, siempre y cuando el asegurado no tuviera conocimiento de una reclamación potencial.

En consecuencia, para que opere la cobertura de la póliza, debe acreditarse, además de la ocurrencia del riesgo asegurado, que la primera reclamación con ocasión a los hechos que motivaron el presente litigio, se realizó dentro del periodo de vigencia de la reseñada póliza, lo que no ha sucedido, y por tanto, esta garantía no debe afectarse.

Para aclarar en lo que concierne a la reclamación, la misma hace referencia a cualquier comunicación o requerimiento por escrito en petición de resarcimiento o demanda judicial que se presente reclamando la indemnización de perjuicios, por una causa imputable al asegurado. En este sentido, de la revisión del material documental aportado con la demanda, se observa que la presentación de la solicitud de conciliación, hecho que constituye la primera reclamación, se dio el 27 de abril de 2022, esto es, por fuera del periodo de vigencia del contrato de seguro.

Por tal razón, cabe relacionar la vigencia de la póliza que nos atiende y sus certificados así:

- Póliza No. 660-88-99400000016 anexo 0 y 1: 01/01/2019 hasta 01/01/2020.
- Póliza No. 660-88-99400000016 anexo 2: 01/01/2019 hasta 01/01/2021.

Con base en lo anterior, no se efectuó la comunicación o requerimiento al asegurado o aseguradora de petición de resarcimiento en la vigencia del contrato. Atendiendo lo previsto legal y contractualmente, solamente se amparan las indemnizaciones por las reclamaciones escritas presentadas al asegurado o la aseguradora durante la vigencia de la póliza, y como se indicó, esta situación no se presentó con el contrato objeto del llamamiento en garantía. Entonces, de acuerdo a la modalidad de cobertura explicada, debe necesariamente concluirse por el juzgado que dicha póliza no tendría cobertura temporal, debido a que la reclamación a la entidad asegurada se presentó por fuera de la vigencia pactada en el contrato de seguro.

En conclusión, es claro que la póliza opera bajo la modalidad de cobertura "claims made", y que su vigencia inició el 01/01/2019 y terminó el día 01/01/2021, siendo el primer reclamo el del día 27 de abril de 2022. Por lo tanto, no presta cobertura temporal.

Por lo anterior solicito declarar probada esta excepción.

**2. NO EXISTE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA TODA VEZ QUE NO SE HA REALIZADO EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA No. 660-88-99400000016.**

Se invoca el medio de excepción atendiendo que de las pruebas aportadas con la demanda y frente al llamamiento en garantía formulado frente a mi representada, no existe mérito para entender realizado el riesgo asegurado, pues no se demuestra la responsabilidad de los hechos demandados frente al asegurado de mi mandante, esto es, la E.S.E., HOSPITAL SAN RAFAEL DE ZARZAL, y existen causales eximentes de responsabilidad como el hecho de un tercero y la ausencia de nexo causal.

Es fundamental que el honorable despacho tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato asegurativo respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

(...) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que

de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)<sup>15</sup>

Lo anteriormente mencionado, debe ser interpretado armónicamente con los principios generales del derecho comercial denominados “autonomía de la voluntad” y “buena fe”, tal como lo explica la Corte Constitucional en Sentencia T-065 de 2015, de la siguiente manera:

**La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe.** Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como pacta sunt servanda, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos.

Una vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo acuerdo, o al cumplimiento de una de las causales previstas en la ley o en el mismo contrato. Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron.

[...]

5.3. Según lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, **tratándose específicamente de un contrato de seguro, la buena fe que se espera de las partes es cualificada.** Es decir, que la persona no solo debe tener conciencia de celebrar y ejecutar el contrato de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad que persiguen los firmantes. Sino que, además, debe tener certeza de que efectivamente lo está haciendo. De esta manera, la buena fe aplicable a este tipo de situaciones exige un elemento subjetivo, que se refiere a la intensión del actor, y un objetivo, que tiene que ver con la efectiva realización del comportamiento esperado.

5.4. **En conclusión, la celebración y ejecución de un contrato de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe, le permite a cada uno de los contratantes confiar en la palabra del otro y tener una expectativa cierta de los efectos jurídicos del acuerdo celebrado.** De esta manera, la alteración unilateral de alguno de los términos contractuales, o su lectura literal y maliciosa, se traducirían en un acto sorpresivo que traicionaría la confianza depositada. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones en las cuales asumen los mismos.

Debe decirse que no existe obligación indemnizatoria a cargo de mi prohijada respecto de la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Centros Médicos relacionada, por cuanto no se ha realizado el riesgo asegurado y amparado en la misma, esto es, la responsabilidad civil del tomador o asegurado. Lo anterior habida cuenta que no se configura el siniestro, pues no ha sido demostrado en cuanto las circunstancias de tiempo, modo y lugar que pudieron producirlo.

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

En conclusión, no ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional en cabeza de mi mandante, puesto que no hubo certeza sobre las causas de los daños por los que se llama a juicio, toda vez que como se ha desarrollado a lo largo del presente escrito, todo obedece a situaciones ajenas a mi representada, máxime cuando quien llama en garantía no es el asegurado o tomador, hace inviable la afectación del contrato de seguro. En consecuencia, no existe realización de riesgo asegurado.

Ruego declarar probada la excepción.

### 3. LÍMITE ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CLÍNICA Y CENTROS MÉDICOS No. 660-88-99400000016.

En gracia de discusión y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. En el caso en concreto se establecieron unos límites, los cuales se encuentran sujetos a la disponibilidad de la suma asegurada. La ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando dicha suma, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra del asegurado.

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

Ahora bien, exclusivamente en gracia de discusión, sin ánimo de que implique el reconocimiento de responsabilidad en contra de mi representada, se debe manifestar que en la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Centros Médicos No. 660-88-99400000016, se indicaron los límites para los diversos amparos pactados, de la siguiente manera:

DESCRIPCION	AMPAROS	SUMA ASEGURADA
DAÑO EMERGENTE POR EL SERVICIO MEDICO		\$ 1,000,000,000.00
	RESPONSABILIDAD CIVIL INSTITUCIONAL	1,000,000,000.00
	TRANSPORTE EN AMBULANCIA	1,000,000,000.00
	RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DIRECTOR MEDICO	1,000,000,000.00
	USO DE EQUIPOS DE DIAGNOSTICO O DE TERAPEUTICA	1,000,000,000.00
	SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS	1,000,000,000.00
	GASTOS DE DEFENSA	100,000,000.00

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

asegurado por vigencia anual se reducirá en la suma de los montos de las indemnizaciones pagadas. La suma indicada en la carátula de Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Centros Médicos No. 660-88-9940000016 es el límite máximo de responsabilidad de la compañía por todos los daños y perjuicios causados por todos los siniestros ocurridos durante la vigencia anual del seguro.

De este modo, en ningún caso y por ningún motivo la responsabilidad de la compañía puede exceder este límite durante la vigencia anual, aunque durante el mismo periodo ocurran uno o más siniestros. Según el condicionado materializado en Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Centros Médicos No. 660-88-9940000016, el límite máximo de responsabilidad pactado fue de \$1.000.000.000.

Conforme a lo señalado anteriormente, en este caso en particular, no queda duda sobre las sumas aseguradas. Como fuere, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados y a la fehaciente demostración, por parte del asegurado en este caso, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

De conformidad con estos argumentos, respetuosamente solicito declarar probada la excepción planteada en favor de los derechos e intereses de mi procurada.

#### **4. EXISTENCIA DE UN DEDUCIBLE QUE SE ENCUENTRA A CARGO DEL ASEGURADO.**

Adicionalmente y sin perjuicio de las razones expuestas que indican que no hay responsabilidad de mi representada, ni de los demás argumentos expuestos atrás, también se debe tener presente que al momento de convenir los amparos en la póliza que nos ocupa, se impuso una carga al asegurado o al beneficiario en caso de siniestro, por virtud de la cual este asumirá una parte del mismo, esto es, el deducible.

Lo que se denomina deducible, corresponde a una suma de dinero del valor del siniestro que se asumirá como coparticipación en el mismo. Es por ello, que en las caratulas de la póliza expedida por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., se concertó un deducible el cual corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado. En este caso se pactó de manera específica un deducible que corresponde al 10,00% del valor de la pérdida, mínimo por \$10.000.000, como se enseña a continuación:

##### DEDUCIBLES:

- " Gastos Médicos: sin aplicación de deducible.
- " Gastos de Defensa, Cauciones Judiciales y Costas del Proceso: sin aplicación de deducible.
- " **Demás Eventos: 10% del valor de la pérdida, mínimo \$10.000.000**

Por otra parte y de acuerdo con la normatividad vigente, la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto No. 2019098264 del 29 de agosto de 2019, ha sido clara en definir en qué consiste el deducible indicando lo siguiente:

...Sin embargo, es preciso señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición que obligue al asegurador a indemnizar conforme a determinado régimen específico, en consecuencia, sea que la incapacidad o la lesión se acredite en las formas mencionadas en su comunicación, la fijación del monto de la indemnización se rige por las estipulaciones que al respecto hubieren pactado el tomador y el asegurador.

Dicho esto, en una póliza donde se ampara la responsabilidad civil extracontractual el monto de la indemnización puede verse disminuido si las partes han pactado que un porcentaje de la pérdida se asumirá a título de deducible por el asegurado, convenio que resulta legalmente viable, de acuerdo con nuestro ordenamiento mercantil.

En efecto, la Sección I del Capítulo II, Título V, Libro Cuarto del Código de Comercio, en su artículo 1103, consagra dentro de los principios comunes a los seguros de daños la posibilidad de pactar, mediante cláusulas especiales, que el asegurado "...deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño.

Una de tales modalidades, la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.

Por tanto, el valor del ofrecimiento extendido por la compañía aseguradora, podría variar en función de los perjuicios sufridos por el reclamante, así como los elementos probatorios que se hubieren allegado para acreditar el valor de la pérdida, conforme lo presupuestado en el artículo 1077 del código de comercio, aunado a las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza, como lo son el límite del valor asegurado, el deducible pactado con el asegurado, entre otros factores.<sup>16</sup> Ruego al despacho tener en cuenta cada una de las condiciones establecidas en la póliza en comento, haciendo especial hincapié en la suma amparada mediante el contrato y al deducible pactado en el mismo. De igual manera, solicito que en el remoto evento de que se llegare a encontrar responsable al asegurado, se apliquen todas y cada una de las cláusulas y condiciones del contrato de seguro.

## **5. CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE COBERTURA EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICAS Y CENTROS MÉDICOS No. 660-88-99400000016.**

Sin perjuicio de las demás excepciones propuestas, es menester advertir que en las condiciones pactadas en el contrato de seguro documentado en la Póliza No. 660-88-99400000016, se establecieron unos parámetros que enmarcan la obligación contraída por ASEGURADORA

<sup>16</sup> Superfinanciera (2019). Concepto 2019098264. "Seguros, Pago de Indemnización, Seguro de Responsabilidad Civil". Agosto 29.

SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, delimitando el riesgo asumido por esta. Ahora bien, tal como lo señala el Artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador puede, a su arbitrio, delimitar los riesgos que asume: *“Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”*.

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro de la póliza, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro.<sup>17</sup>

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se exhorta a los jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los Contratos de Seguro, razón por la cual, es menester señalar que la Póliza No. 660-88-99400000016, en su clausulado o condiciones, relaciona una serie de exclusiones que según lo probado en el proceso deberán aplicarse.

Las exclusiones en este caso cumplen con las exigencias en el Estatuto del Consumidor en tanto que yacen descritas en carácter legible, visible y comprensible en la proforma anexa que se entregó al tomador con la suscripción del seguro, el pacto de estas exclusiones hace parte del ejercicio legal y libre de la actividad mercantil aseguraticia en tanto que el art. 37 de la Ley 1480 del 2011 permite a la aseguradora, en tanto que los seguros son contratos de adhesión, instrumentar la prerrogativa del art. 1056 del Código de Comercio a través de la institución de exclusiones.

La Superintendencia financiera Colombia bajo Radicado 2019153273-007-000, procedió a dar una posición frente a los amparos y exclusiones de la póliza, emitiendo la siguiente consideración:

Bajo esta línea de interpretación, debe entenderse que en aquellos casos en que en consideración al número de amparos y sus respectivas exclusiones, así como la necesidad de ofrecer una descripción legible, clara y comprensible de los mismos, no sea susceptible incorporar todos estos conceptos en una sola página, pueden quedar, tanto los primeros como las segundas, consignados en forma continua a partir de la primera página de la póliza, como lo precisa la instrucción de este Supervisor.”

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B., Mayo 27 de 2020.

El día 4 de febrero de 2020 la Dirección Legal de Seguros de la Superintendencia Financiera de Colombia a través de respuesta a petición con radicado 2019153273-007-000, consideró que “en aquellos casos en que en consideración al número de amparos y sus respectivas exclusiones, así como la necesidad de ofrecer una descripción legible, clara y comprensible de los mismos, no sea susceptible incorporar todos estos conceptos en una sola página, pueden quedar, tantos los primeros como las segundas, consignados en forma continua a partir de la primera página de la póliza [...]

La regla consistente en que las exclusiones deben figurar en la primera página de la póliza so pena de ineficacia de la estipulación se encuentra en el art. 44 de la Ley 45 de 1990 y el art. 184.2 del EOSF que dicen:

Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

1. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, a la presente Ley [o estatuto, según el caso] y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva.

[...]

3o. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.

Pero dicha norma no define qué es y qué no es póliza y tampoco establece qué se entiende por primera página de la misma, es decir, si con base en el art. 1047 y 1048 del Código de Comercio, las condiciones generales y particulares son la Póliza y la integran, ¿cuál es la pauta normada de la que la juez concluye que las exclusiones deben estar indefectiblemente en la carátula (que no es lo mismo que primera página) de la Póliza si el art. 184 del EOSIF no hace tal distinción?

Tal es la disonancia semántica del fallo con las normas que ha aplicado irregularmente que ni siquiera, la reglamentación de la Superintendencia Financiera le da la razón a la jueza, dicha entidad expidió la Circular Básica Jurídica 07 de 1996 indicando respecto de las pólizas de seguros lo siguiente:

#### 1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros

Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el art. 184 numeral 2 del EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información:

##### 1.2.1.1. En la carátula

- a. Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del Código de Comercio.
- b. En caracteres destacados o resaltados (es decir que se distingan del resto del texto de la impresión) el contenido del inciso primero del art. 1068 Código de Comercio. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal.

##### 1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones)

Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral.

La CBJ 07 de 1996 fue remplazada por la CBJ 029 de 2014 más actual, pero en esta se reprodujeron sin alteración sintáctica ni semántica las disposiciones de la primera circular.

En conclusión, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse alguna de las exclusiones que constan en las condiciones generales y particulares de las pólizas de citas, éstas deberán ser aplicadas y deberán dársele los efectos señalados por la jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza de la aseguradora como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

Suplico declarar probada la excepción.

## 6. CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL CONTRATO DE SEGURO.

Es un principio que rige el contrato de seguro de daños, el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo. De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado. Así las cosas, el carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización.

Es decir no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato.

En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio estableció lo siguiente: **“Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En consonancia, es preciso citar el artículo 1127 del Código de Comercio, que dispone:

El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado...

Así las cosas, no debe perderse de vista que las solicitudes deprecadas en el escrito de demanda por conceptos de perjuicios inmateriales, no son de recibo por cuanto su reconocimiento por parte

del asegurado, implicaría correlativamente una transgresión del principio indemnizatorio esencial del contrato de seguro. Lo anterior, puesto que se enriquecería la parte demandante recibiendo una indemnización por parte de la pasiva que nada tuvo que ver ni con la causa que desencadenó las lesiones de la señora Villa.

Adicionalmente, no habría lugar al reconocimiento de estos conceptos, dado que: (i) No procede el reconocimiento por daño moral, puesto que no se ha demostrado la responsabilidad del asegurado (ii) La póliza no ofrece cobertura temporal (iii) Han prescrito las acciones derivadas del contrato de seguro.

Conforme a ello, dado que los perjuicios solicitados en el petitum de la demanda presentan serias inconsistencias, reconocer el pago de suma alguna con cargo a la póliza de seguro, implicaría correlativamente transgredir el carácter meramente indemnizatorio que revisten los contratos de seguro. En efecto, se estaría supliendo la carga probatoria de la parte actora frente a los presupuestos de una responsabilidad patrimonial del Estado y eventualmente enriqueciendo a las accionantes.

En conclusión, no puede perderse de vista que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento y que el mismo atiene a un carácter meramente indemnizatorio. Por todo lo anterior y teniendo en cuenta la indebida solicitud y tasación de perjuicios, se deberá declarar probada la presente excepción, y así evitar la contravención del carácter indemnizatorio del contrato de seguro y un correlativo un enriquecimiento sin justa causa en cabeza de las actoras.

## **7. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO.**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 Código de Comercio, el valor asegurado se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la Aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que para la fecha de la sentencia se han realizado pagos con cargo al valor asegurado, habrá de reducirse entre monto en los correspondientes rubros pagados.

## **8. PAGO POR REEMBOLSO.**

Sin que el planteamiento de esta excepción constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada. Se solicita al honorable juez que, en el remotísimo caso de encontrar responsable al asegurado y de llegar a establecer que ha surgido alguna obligación resarcitoria en cabeza de la aseguradora, respetuosamente se manifiesta que la obligación de mi representada deberá imponerse por reembolso y no por pago directo a los demandantes, ya que es el asegurado quien debe decidir si afecta o no el seguro, quedándole la opción de realizar el pago directo de la hipotética condena.

## 9. LA INNOMINADA O GENÉRICA.

La fundamentación en todos los hechos excepcionales que demostrados en el proceso sean favorables a la entidad que represento, por tanto acudo a lo estipulado en el artículo 282 de la Ley 1564 de 2012, si de los hechos alegados por las partes se encuentra alguna excepción que deba declararse de oficio.

### CAPÍTULO IV PRUEBAS Y ANEXOS

#### • DOCUMENTALES

Solicito se tengan como tales las siguientes:

1. Carátula de la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Centros Médicos No. 660-88-99400000016 anexos 0, 1 y 2.
2. Condicionado general de la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Centros Médicos No. 660-88-99400000016.
3. Certificado Superintendencia Financiera de Colombia de Aseguradora Solidaria.
4. Poder especial conferido al suscrito para actuar.

#### • INTERROGATORIO DE PARTE.

Solicito su Señoría, citar a todas las personas que conforman el extremo activo para realizar interrogatorio de parte sobre los hechos de la demanda, cuestionario que presentaré el día de la diligencia, quien se hará comparecer por medio de las direcciones aportadas con la demanda.

#### • TESTIMONIALES

Solicito su señoría citar al Doctor **GONZALO RODRÍGUEZ CASANOVA**, abogado externo de la compañía, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.144.201.314 de Cali, portador de la Tarjeta Profesional No. 338.588 del Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de que exponga y amplíe en detalle, todas y cada una de las condiciones generales y particulares de la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Centros Médicos No. 660-88-99400000016 anexos 0, 1 y 2, con la cual fue vinculada al litigio Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa.

El aludido abogado puede ser citado en la dirección física: Calle 2 A Bis # 79-42 (segundo piso) de la ciudad de Cali, o al correo electrónico: [gonzalorodriguezcasa62@gmail.com](mailto:gonzalorodriguezcasa62@gmail.com)

**CAPÍTULO V**  
**NOTIFICACIONES**

La parte demandante, en las direcciones físicas y electrónicas aportadas con el libelo introductorio; respecto de las demandadas y quien formula el llamamiento en garantía, ruego se tengan las direcciones físicas y electrónicas que reposan en sus escritos de contestación y formulación del llamamiento en cita.

El suscrito en la Avenida 6A Bis N° 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212, de la ciudad de Cali, o en la Secretaría de su Despacho. Dirección electrónica: [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co)

Cordialmente,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. 19.395.114 de Bogotá

T.P. 39.116 del C. S. de la J.