

Señor Juez,
Dr. Luis Antonio Balceró Escobar.
JUZGADO SEGUNDO (2) CIVIL DEL CIRCUITO
Buenaventura, Valle del Cauca.
E. S. D.

REFERENCIA: VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

DEMANDANTES: DEIMER GAMBOA ARROYO Y OTROS.

DEMANDADOS: IPS MANANTIAL DE VIDA S.A.S. Y OTROS.

RADICADO: 76109-31-03-002-2023-00012-00

ASUNTO: **CONTESTACIÓN DE DEMANDA, DE LA SUBSANACIÓN DE DEMANDA Y DE LA REFORMA DE DEMANDA**

HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE, actuando en calidad de apoderado judicial de **LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS** y en tal virtud, mediante este escrito y con el debido respeto, me permito presentar **CONTESTACIÓN DE DEMANDA, DE LA SUBSANACIÓN DE DEMANDA Y DE LA REFORMA DE DEMANDA**, en los siguientes términos:

A LOS HECHOS:

AL HECHO No. 1: NO ME CONSTA. Ni tiene porqué constarle a mi representada lo referenciado en el hecho, toda vez que, **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, desconoce las circunstancias allí narradas al obedecer a aquellas que son propias de la esfera privada de las personas, por demás, dichos vínculos que se reputan, deben ser plenamente probados por la parte demandante. Nos atendremos a lo que resulte debidamente probado durante el proceso.

AL HECHO No. 2: NO ME CONSTA. Ni tiene porque constarle a mi representada el hecho aducido por la parte actora, toda vez que **LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS**, desconoce la afiliación que tuviere el demandante respecto a la demandada IPS, o si este es cotizante de la Caja de Compensación Familiar, circunstancia que debe verse probada en el proceso. Nos atendremos en ese sentido a lo que resulte debidamente probado en el proceso.

AL HECHO No. 3: NO ME CONSTA. Ni tiene porque constarle a mi representada el hecho aducido por la parte actora, toda vez que **LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS**, desconoce las razones, así mismo, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que llevaron, presuntamente, al demandante, a acudir a la mentada cita odontológica, mucho menos las posteriores citas indicadas. Nos atendremos a lo que resulte debidamente probado durante el proceso.

AL HECHO No. 4: NO ME CONSTA. Ni tiene porque constarle a mi representada el hecho aducido por la parte actora, toda vez que **LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS**, no presenció ni fue quien desplegó la supuesta atención odontológica a la que se aduce, de manera que igualmente, desconoce el diagnóstico del paciente, y el posterior tratamiento instaurado por la profesional aludida. En lo que respecta a las demás acepciones en el hecho en realidad obedecen a apreciaciones subjetivas de la parte actora que carecen de prueba. Nos atendremos a lo que resulte debidamente probado durante el proceso.

AL HECHO No. 5: NO ME CONSTA. Ni tiene porque constarle a mi representada el hecho aducido por la parte actora, toda vez que **LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS**, no presenció ni fue quien desplegó la supuesta atención odontológica a la que se aduce, de manera que igualmente, desconoce el diagnóstico del paciente, y el posterior tratamiento instaurado por la profesional aludida. En lo que respecta a las demás acepciones en el hecho en realidad obedecen a apreciaciones subjetivas de la parte actora que carecen de prueba. Nos atendremos a lo que resulte debidamente probado durante el proceso.

AL HECHO No. 6: NO ME CONSTA. Ni tiene porque constarle a mi representada el hecho aducido por la parte actora, toda vez que, **LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS**, desconoce las circunstancias de modo, tiempo y lugar relacionadas con el procedimiento que refuta el paciente, por demás, no existe prueba de las afirmaciones respecto al cumplimiento de las recomendaciones médicas por parte del paciente, circunstancia que deberá acreditarse. Nos atendremos a lo que resulte debidamente probado durante el proceso.

AL HECHO No. 7: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva de la parte actora, hasta esta etapa procesal, dicha disquisición que por demás corresponde a la valoración del juez, no se ha visto probada por la parte demandante, pues no existe indicio siquiera de culpa o negligencia de la profesional acusada, y mucho menos la existencia de causalidad entre aquella y los supuestos perjuicios alegados.

OPOSICION EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

A LA No. 1: Me opongo por carecer de fundamento fáctico y jurídico. No concurren los elementos necesarios para estructurar responsabilidad civil médica en la prestación del servicio médico u odontológico, la Dra. Yessenia Viveros obró conforme a los protocolos vigentes, pero especialmente, la parte demandante no cumplió la carga de la prueba respecto de los elementos de la responsabilidad civil reputada, y por ende, deben negarse las pretensiones de la demanda; al margen de ello, el contrato de seguros objeto de vinculación de mi representada **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** fue contratado bajo el sistema de delimitación temporal Claims Made, que no se encontraba vigente para la fecha de la reclamación.

A LA No. 2: Me opongo por carecer de fundamento fáctico y jurídico. No concurren los elementos necesarios para estructurar responsabilidad civil médica en la prestación del servicio médico u odontológico, la Dra. Yessenia Viveros obró conforme a los protocolos vigentes, pero especialmente, la parte demandante no cumplió la carga de la prueba respecto de los elementos de la responsabilidad civil reputada, y por ende, deben negarse las pretensiones de la demanda; al margen de ello, el contrato de seguros objeto de vinculación de mi representada **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** fue contratado bajo el sistema de delimitación temporal Claims Made, que no se encontraba vigente para la fecha de la reclamación.

A LA No. 3: Me opongo por carecer de fundamento fáctico y jurídico. No concurren los elementos necesarios para estructurar responsabilidad civil médica en la prestación del servicio médico u odontológico, la Dra. Yessenia Viveros obró conforme a los protocolos vigentes, pero especialmente, la parte demandante no cumplió la carga de la prueba respecto de los elementos de la responsabilidad civil reputada, y por ende, deben negarse las pretensiones de la demanda; al margen de ello, el contrato de seguros objeto de vinculación de mi representada **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** fue contratado bajo el sistema de delimitación temporal Claims Made, que no se encontraba vigente para la fecha de la reclamación.

A LA No. 4: Me opongo por carecer de fundamento fáctico y jurídico. No concurren los elementos necesarios para estructurar responsabilidad civil médica en la prestación del

servicio médico u odontológico, la Dra. Yessenia Viveros obró conforme a los protocolos vigentes, pero especialmente, la parte demandante no cumplió la carga de la prueba respecto de los elementos de la responsabilidad civil reputada, y por ende, deben negarse las pretensiones de la demanda; al margen de ello, el contrato de seguros objeto de vinculación de mi representada **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** fue contratado bajo el sistema de delimitación temporal Claims Made, que no se encontraba vigente para la fecha de la reclamación.

A LA No. 5: Me opongo por carecer de fundamento fáctico y jurídico. No concurren los elementos necesarios para estructurar responsabilidad civil médica en la prestación del servicio médico u odontológico, la Dra. Yessenia Viveros obró conforme a los protocolos vigentes, pero especialmente, la parte demandante no cumplió la carga de la prueba respecto de los elementos de la responsabilidad civil reputada, y por ende, deben negarse las pretensiones de la demanda; al margen de ello, el contrato de seguros objeto de vinculación de mi representada **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** fue contratado bajo el sistema de delimitación temporal Claims Made, que no se encontraba vigente para la fecha de la reclamación.

A LA No. 6: Me opongo por carecer de fundamento fáctico y jurídico. No concurren los elementos necesarios para estructurar responsabilidad civil médica en la prestación del servicio médico u odontológico, la Dra. Yessenia Viveros obró conforme a los protocolos vigentes, pero especialmente, la parte demandante no cumplió la carga de la prueba respecto de los elementos de la responsabilidad civil reputada, y por ende, deben negarse las pretensiones de la demanda; al margen de ello, el contrato de seguros objeto de vinculación de mi representada **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** fue contratado bajo el sistema de delimitación temporal Claims Made, que no se encontraba vigente para la fecha de la reclamación.

HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO DE LA DEFENSA

Me opongo a todas y cada una de las declaraciones y condenas que solicita la parte pretensora, debido a que, para esta etapa procesal, no está probada la estructuración de responsabilidad imputable a la odontóloga demandada, no se evidencia de igual manera que haya existido negligencia médica en la atención ofrecida por la misma, mucho menos que se trate de

En materia de responsabilidad civil profesional o galénica, para que se configure la misma, es necesario que converjan tres elementos: daño, culpa y nexo causal entre el daño y la supuesta culpa galénica. Para que la conducta pueda catalogarse como culposa, debe probarse que existió negligencia, impericia, imprudencia, desapego a la lex artis ad hoc o violación de los reglamentos, lo que en el presente caso no ocurrió en lo que respecta a la Dra. Yessenia Viveros, y mucho menos de la IPS codemandada.

La Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

*"La responsabilidad médica se establece a partir del régimen de la culpa probada, pues sabido es que, por regla general, el profesional de la medicina no se compromete a sanar o curar a su paciente, **más bien a hacer todo lo posible, desde su conocimiento, para remediar sus padecimientos**"¹ (Énfasis fuera de texto original)*

Igualmente, la doctrina de esta especialidad ha sostenido de antaño que:

"...Los médicos en una materia tan delicada como es frecuente diagnóstico de las enfermedades no serán jamás responsables de sus errores salvo si estos

¹ Corte Suprema de Justicia en sentencia de 17 de noviembre de 2011.

son el resultado de una culpa, de una inhabilidad evidente...” Francia Tribunal Civil de Nantes Sur Seine 26-I-1912.

Dentro del proceso de la referencia y en virtud del material probatorio allegado y obrante en el expediente, el cual nos permitiremos referenciar, se hace evidente que no existe culpa imputable o reprochable a las demandadas, puesto que las atenciones que se prestaron en sus instalaciones médicas fueron diligentes, oportunas y con total apego a las normas preexistentes, cuidando de los actos y procedimientos médicos, realizando los diagnósticos, exámenes y tratamientos necesarios para el paciente, de acuerdo a los padecimientos debidamente diagnosticados y a las complicaciones que se presentaron por la materialización de riesgos que eran inherentes a la complejidad y dificultad de tratar la salud oral y maxilofacial del paciente, es decir, que por parte de las accionadas no se configuró la culpa o negligencia médica en las atenciones prodigadas, ni mucho menos una relación de causalidad, elementos necesarios y esenciales para que haya lugar a la responsabilidad que pretende endilgar la parte demandante, pues los daños que supuestamente sufrió el demandante, no se debieron a un error de conducta en la atención médica proporcionada, sino a condiciones ajenas o al menos, no probadas.

En este sentido, respecto del nexo causal, este es entendido como:

*"El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a esta por una relación de causa-efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad."*²

Como vemos, la totalidad de elementos de la responsabilidad deben ser probados por el demandante, especialmente, el nexo de causalidad debe ser plenamente probado, nunca se presume, de allí que se desprende, que la carga de la prueba del nexo de causalidad corresponde a la parte demandante de manera exclusiva. En cuanto al fundamento del deber de reparar, tenemos el régimen objetivo de responsabilidad, y el régimen subjetivo, es decir, donde entra en juego la culpa, y en el que se presentan dos escenarios, uno de culpa probada y otro de culpa presunta. Para ilustración, el régimen objetivo no es necesario probar la culpa del demandado, pues se presume. Lo anterior, señora jueza, para señalar que indistintamente del régimen de responsabilidad, objetivo o de responsabilidad con falla, ya sea probada o presunta, corresponde a la parte demandada probar el **NEXO DE CAUSALIDAD**, punto que no se logró acreditar.

En ese sentido, en el caso que nos ocupa no se demostró la existencia del **NEXO CAUSAL**, pues ninguna de las acciones desplegadas por la Dra. Yessenia Viveros tuvo como consecuencia los daños y perjuicios aducidos arbitrariamente por la parte actora, por demás, en lo que tiene que ver con la **CULPA**, esta igualmente debe ser plenamente acreditada por quien lo alega, y en este caso, ninguna prueba apuntala a la Dra. Yessenia como negligente o que hubiere actuado contrario a la ley del arte y a los protocolos vigentes para la atención odontológica refutada.

Ahora bien, en lo que respecta a la demanda instaurada contra mi representada **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, la misma se sostiene en una premisa falaz de existencia de cobertura del citado contrato de seguros, toda vez que, la parte demandante en un evidente desconocimiento de la normativa, pero especialmente de las condiciones particulares y generales del contrato de seguros, olvidó que el contrato de seguros al que se alude fue contratado bajo el sistema de delimitación temporal por **Reclamación** o **CLAIMS**

² Revista de Derecho Privado. "Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración". Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

MADE, como se explicará más adelante, y el reclamo propiamente dicho al asegurado, se realizó de manera extemporánea a la última vigencia contratada.

EXCEPCIONES DE MÉRITO

1. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR AUSENCIA DE PRUEBA DEL NEXO DE CAUSALIDAD.

Para el presente caso, brilla por su ausencia elemento de prueba que permita señalar, que existió alguna conducta médica de la Dra. Yessenia Viveros, o de la IPS Manantial de Vida, que tuvieran ligamen causal o fenomenológico con el daño alegado por la parte actora, nada es indicativo de manera fehaciente que determine que en efecto existió un cuerpo extraño en la salud oral del paciente, y mucho menos, que la misma esté precedida de un acto médico culposo.

Teniendo de presente todo lo anterior, es menesteroso manifestar que para que exista responsabilidad extracontractual, deben demostrarse tres elementos esenciales, a saber: (i) actuación o culpa médica, (ii) daño o perjuicio y (iii) nexo causal entre el daño y la actuación. Para que la conducta pueda catalogarse como culposa, debe probarse que existió negligencia, impericia, imprudencia o violación de los reglamentos, lo que en el presente caso no ocurrió en lo que respecta a los demandados.

El profesor Javier Tamayo Jaramillo al referirse al nexo causal, afirma:

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

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, el Nexo de Causalidad significa:

*"Entonces, la declaración de responsabilidad en la actividad médica supone la prueba de "los elementos que la estructuran, como son la culpa contractual, el daño y la relación de causalidad" (Sent. Cas. Civ. de 12 de julio de 1994, Exp. No. 3656). Destácase ahora que acerca del último de los requisitos aludidos, la Corte tiene decantado que **"ese nexo de causalidad debe ser evidente, de modo que el error del Tribunal haya sido del mismo calibre, pues en esta materia tiene esa Corporación discrecionalidad para ponderar el poder persuasivo que ofrecen las diversas probanzas, orientadas a esclarecer cuál de las variadas y concomitantes causas tiene jurídicamente la idoneidad o aptitud para producir el resultado dañoso.***

*"El fundamento de **la exigencia del nexo causal** entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que **requiere que la atribución de consecuencias legales***

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

se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responde de los primeros cuando son 'consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento'. Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. el que da la pauta, junto al anterior precepto, **para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un 'delito o culpa' -es decir, de acto doloso o culposo- hace responsable a su autor, en la medida en 'que ha inferido' daño a otro**.

"Pero si hay consenso en la necesidad de esa relación causal, la doctrina, acompañada en este punto de complejas disquisiciones filosóficas, no ha atinado en ponerse de acuerdo sobre qué criterios han de seguirse para orientar la labor del investigador - jueces, abogados, partes- de modo que con certidumbre pueda definir en un caso determinado en el que confluyen muchas condiciones y antecedentes, cuál o cuáles de ellas adquieren la categoría de causa jurídica del daño. Pues no ha de negarse que de nada sirve el punto de vista naturalístico, conocido como teoría de la equivalencia de las condiciones -defendida hace algún tiempo y hoy abandonada en esta materia-, según el cual todos los antecedentes o condiciones (y aún las ocasiones), tienen ontológicamente el mismo peso para la producción del resultado⁴. **Semejante posición deja en las mismas al investigador, pues si decide mentalmente suprimir uno cualquiera de los antecedentes, con seguridad llegará a la conclusión de que el resultado no se hubiera dado, a más de la necesaria arbitrariedad en la elección de la condición a suprimir, dado que no ofrece la teoría criterios concretos de escogencia.**

"De las anteriores observaciones surgió la necesidad de adoptar otros criterios más individualizadores de modo que se pudiera predicar cuál de todos los antecedentes era el que debía tomar en cuenta el derecho para asignarle la categoría de causa. Teorías como la de la causa próxima, la de la causa preponderante o de la causa eficiente - que de cuando en cuando la Corte acogió- intentaron sin éxito proponer la manera de esclarecer la anterior duda, sobre la base de pautas específicas (la última condición puesta antes del resultado dañoso, o la más activa, o el antecedente que es principio del cambio, etc.). Y hoy, con la adopción de un criterio de razonabilidad que deja al investigador un gran espacio, con la precisión que más adelante se hará cuando de asuntos técnicos se trata, **se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más 'adecuado', el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo**⁵. En fin, como se ve, la gran elasticidad del esquema conceptual anotado, permite en el investigador una conveniente amplitud de movimiento. Pero ese criterio de adecuación se lo acompañó de un elemento subjetivo que le valió por parte de un sector de la doctrina críticas a la teoría en su concepción clásica (entonces y ahora conocida como de la 'causalidad adecuada'), cual es el de la previsibilidad, ya objetiva o subjetivamente considerada. Mas, dejando de lado esas honduras, **toda vez que su**

⁴ Se comprimía esta teoría con la fórmula: "causa causae es causa causati". Y luego se la intentó precisar mediante la aplicación de la "condictio sine qua non", en virtud de la cual, si mentalmente se suprime una de las condiciones, ésta adquiere la categoría de causa, cuando el resultado asimismo se ve suprimido.

⁵ Esta última proposición, la de sopesar antecedentes que sólo de manera anormal o azarosa producen el resultado, se le ha añadido a la teoría de la causalidad adecuada, -que precisamente es criticada en ese aspecto, es decir, en que deja sin explicación aquellos daños que se producen por causas que normalmente no son aptas para ocasionarlo-, pues la ayuda que las ciencias forenses prestan a este propósito, permite que aún en esos raros casos, y junto con la "lógica de lo razonable" (Recasens) más precisamente que con las reglas de la experiencia, dichos eventos puedan esclarecerse.

*entronque con la culpa como elemento subjetivo es evidente, y éste es tema que no se toca en el recurso, el criterio que se expone y que la Corte acoge, da a entender que en la indagación que se haga -obviamente luego de ocurrido el daño (...)- **debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud***” (Sent. Cas. Civ. de 26 de septiembre de 2002, Exp. No. 6878), todo porque “el médico no puede responder sino cuando su comportamiento, dentro de la estimativa profesional, fue determinante del perjuicio causado” (Sent. Cas. Civ. de 30 de enero de 2001, Exp. No. 5507).

En suma, en asuntos semejantes al de ahora, es aceptado que la responsabilidad médica depende del esclarecimiento de la fuerza del encadenamiento causal “entre el acto imputado al médico y el daño sufrido por el cliente. Por lo tanto, el médico no será responsable de la culpa o falta que le imputan, sino cuando éstas hayan sido las determinantes del perjuicio causado. Al demandante incumbe probar esa relación de causalidad o en otros términos, debe demostrar los hechos donde se desprende aquella” (G.J. t. XLIX. p. 120).” (Subrayas y negrillas fuera de texto original).⁶

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

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

Al respecto del nexo de causalidad, el académico del derecho, Dr. Jorge Bustamante Alcina, manifestó que:

*“no se puede atribuir responsabilidad sin que de manera antelada se haya acreditado a plenitud la autoría del perjuicio; ello es así porque como **“el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción”**, emerge “necesaria la existencia de ese nexo de causalidad” ya que, “de otro modo”, podría darse la eventualidad de que se atribuyera “a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro”; de allí que la relación causal, cual presupuesto “del acto ilícito y del incumplimiento contractual, vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva”, y se constituye en “el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar”; es, en fin, “un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa.”*⁷

De otro lado, es conveniente anotar que en Sentencia 5507 del 30 de enero de 2001, Magistrado ponente Dr. José Fernando Ramírez Gómez, la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia se pronunció de la siguiente manera:

⁶ Corte Suprema de Justicia – Exp. 11001-3103-037-2000-67300-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla. 15 de enero de 2008.

⁷ Teoría general de la responsabilidad civil, novena edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, Pag. 267

"Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, **que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor**, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso en concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa." (Negrilla fuera del texto original)

En otra oportunidad, la Corte Suprema de Justicia manifestó que:

"Basta constatar que el nexo causal no es un objeto perceptible por los órganos de los sentidos para admitir de manera concluyente que no es un elemento susceptible de demostración por pruebas directas sino por inferencias lógicas que el juez realiza a partir de un marco de sentido jurídico que le permite comprender la evidencia probatoria para hacer juicios de atribución. La falta de reconocimiento de tal situación conduce a dejar de elaborar los enunciados probatorios con base en un argumentum ad ignoratiam (ausencia de prueba como prueba de ausencia), pasando por alto que la causalidad que interesa al derecho no es un objeto que pueda hallarse en la naturaleza sino una hipótesis que el juez debe construir".⁸ (Negrilla fuera del texto original)

Tal y como ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, es necesario entonces contar con un criterio técnico que permite evaluar la situación de un campo tan amplio y específico como es la medicina, dotando al juez de un espectro suficiente para analizar el caso concreto:

"Cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso los elementos propios de la ciencia- no conocido por el común de las personas y de suyo solo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican – **y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa.**

En otras palabras, en un **dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole**, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en la relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga.

Así, **con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causa o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan.**

De la misma manera, quedará al abrigo de la decisión judicial, pero tomada con el suficiente conocimiento aportado por esas pruebas técnicas a que se ha hecho alusión, la calificación que de culposa o no se de la actividad o inactividad profesional, en tanto el grado de diligencia que le es exigible y se sopesa y determina, de un lado, con la probabilidad de que el riesgo previsto se presente o no y con la gravedad que implique su materialización y de otro, con la dificultad o facilidad que tuvo el profesional en evitarlo o disminuirlo, asuntos todos que, en punto de la ciencia médica, deben ser

⁸ (SC002-2018) Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez.

proporcionados al juez a efectos de ilustrarlo en tan especiales materias..” (Subrayas y negrilla fuera de texto original).⁹

En otra providencia, sostuvo:

*"4.4.2. No obstante, tratándose de asuntos galénicos, cuyos conocimientos son especializados, la conducta anormal o inversa a la buena praxis también requiere **que sea demostrada con pruebas del mismo temperamento**, sin que ello conlleve a desconocer el principio general de libertad probatoria. Para esta Corte:*

«[U]n dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan, pero no ocasionan. De la misma manera, quedará al abrigo de la decisión judicial, pero tomada con el suficiente conocimiento aportado por esas pruebas técnicas a que se ha hecho alusión, la calificación que de culposa o no se dé a la actividad o inactividad del profesional, en tanto el grado de diligencia que le es exigible se sopesa y determina, de un lado, con la probabilidad de que el riesgo previsto se presente o no y con la gravedad que implique su materialización, y de otro, con la dificultad o facilidad que tuvo el profesional en evitarlo o disminuirlo, asuntos todos que, en punto de la ciencia médica, deben ser proporcionados al juez a efectos de ilustrarlo en tan especiales materias»

*Como el juez no es perito en otras áreas del conocimiento, desde luego, **para el análisis jurídico debe auxiliarse en forma inmediata de los criterios científicos suministrados por quienes tienen suficiente preparación en el área del saber respectivo**. La prueba indirecta, no se desconoce, también se admite cuando los daños causados, al resultar abiertamente inexplicables o desproporcionados solo encontrarían justificación en la culpa del galeno (res ipsa loquitur, culpa virtual o probabilidad estadística)”¹⁰*

En síntesis, no se evidencia en el plenario, material probatorio que permita aducir la existencia de un nexo de causalidad entre las actuaciones desplegadas por el cuerpo galénico adscrito a la IPS Manantial de Vida, y mucho menos, que pudieren ser atribuibles a la galeno Dra. Yessenia Viveros, toda vez que la parte demandante no satisfizo dicha carga de la prueba, y luego, dicho elemento esencial yace en lo hipotético, por lo que, consecuentemente no se puede mencionar la existencia de un nexo de causalidad que pueda establecer responsabilidad para el caso concreto, elemento que se recuerda, debe ser probado por la parte actora.

2. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR AUSENCIA DE CULPA, ACTUACIÓN DILIGENTE Y CUIDADOSA

La Jurisprudencia de esta especialidad, es decir, la Corte Suprema de Justicia, ha limitado el alcance de las obligaciones y la responsabilidad que pueda debatirse en la relación médico-paciente, que ha sido estudiada de forma unívoca, y que al respecto no ofrece dudas, que la

⁹ Sentencia de Casación Civil N° 6878 de 26 de septiembre de 2002

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3847-2020, M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de dos mil veinte (2020).

misma, no puede entenderse como aquella obligación cuyo fin es la de garantizar, en este caso, la vida del paciente, la sobrevivencia, la curación y/o el tratamiento ciento por ciento efectivo, pues es sabido que ello es un desbalance jurídico en contra de la ciencia médica, que no es otra cosa que la ciencia que ha sido puesta en pro del beneficio de la población, y que la misma no pende de la sola sapiencia del galeno o del grupo asistencial, mucho menos de la estructura de las instituciones clínicas, por el contrario, es una obligación que es mediata, en cuyo caso, solo se le exige al médico desplegar sus saberes en un intento por salvaguardar la integridad del paciente, en conclusión, es una obligación de **medios y no de resultados**, siendo así que la obligación de medios, exige al sujeto demandado, en este caso a las demandadas, probar de su parte que ante determinado hecho, actuó con la diligencia y el cuidado en la que se hubiere podido sobreponer la conducta de un médico en las mismas condiciones en las que se encontraron las demandadas, bastando solo ello, para derruir, o dar al traste con la estructura de la responsabilidad civil que se le enrostra.

Lo anterior, debe ser una guía de contexto para el Despacho, para establecer como primer problema a analizar, ¿cuál era el estándar de conducta que se le exigía a la odontóloga demandada y a la IPS? Y si estas son la fuente explicativa del daño del demandante, probando que medió negligencia médica. plantearse este interrogante, y por lo que se ha señalado previamente, se deben evaluar las vicisitudes que rodearon su caso, para así, llegar a la ineludible conclusión que fueron todas y cada una de las maniobras desplegadas por la IPS y la odontóloga, las que estaban llamadas a serle dispensadas al paciente, y como allí no medió la **negligencia, impericia o dolo** de la las demandadas en la prestación del servicio al paciente, luego es irreprochable, y estaría demostrándose en todo caso, la diligencia y el cuidado que le era mandatorio, eximiéndose así, de la responsabilidad endilgada.

Así, lo ha sostenido irrefutablemente la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (SC7110-2017), en reciente sentencia con ponencia del **Dr. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA** del 24 de mayo de 2017:

*"Así, tratándose de obligaciones de **medio**, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia del médico, mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume.*

En las obligaciones de medio, le basta demostrar debida diligencia y cuidado (artículo 1604-3 del Código Civil);

Para elucidar la cuestión, la Sala tiene dicho que "(...) lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado (...), porque es (...) el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma"¹¹.

En esa dirección, la Corte también ha asociado la aleatoriedad del fin perseguido, según el grado de ocurrencia, al decir que "(...) en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.

"En la actualidad (...), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda

¹¹ CSJ. Civil. Sentencia 001 de 30 de enero de 2001, expediente 5507.

tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, **si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor.** Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario”¹².

De ahí, sin abandonar el contenido prestacional asumido, en las obligaciones de medio el médico cumplirá su deber desplegando la actividad impuesta por la lex artis, independientemente del fin perseguido

En las primeras, por tanto, el objeto de la obligación es una conducta idónea, al margen del éxito esperado, como sí acaece en las últimas.

Pero si el compromiso se reduce a entregar su sapiencia profesional y científica, dirigida a curar o a aminorar las dolencias del paciente, **basta para el efecto la diligencia y cuidado**, pues al fin de cuentas, **el resultado se encuentra supeditado a factores externos que, como tales, escapan a su dominio, verbi gratia, la etiología y gravedad de la enfermedad, la evolución de la misma o las condiciones propias del afectado, entre otros. (...)**” (Subrayas y negrilla fuera de texto original).

De lo anterior, se puede concluir que, las demandadas, desplegaron la diagnosis y el tratamiento que en su poder se encontraba para prestarle la atención que era exigible, prestando así la atención de un grupo médico asistencial idóneo, que en todo caso, el paciente acudió a la IPS a fin de que se le suministrara un servicio odontológico que fue exitoso, se le asistió con la diligencia y cuidado esperada, tanto por la odontóloga demandada, como por el personal asistencial, y de ello da cuenta la totalidad de la Historia Clínica.

3. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR TOTAL APEGO A LOS POSTULADOS DE LA LEX ARTIS

Téngase de presente que la atención medica prestada por parte del centro médico y la odontóloga demandada, estuvo enmarcada dentro de los lineamientos y practicas adecuadas, siempre garantizando la vida e integridad del paciente dentro de lo científica y humanamente posible, de igual manera, siempre se garantizó una adecuada seguridad de los procedimientos y el tratamiento del paciente, propendiendo por el ejercicio de prácticas médicas de calidad y superioridad, es preciso mencionar de igual modo que para el caso que nos ocupa, se tuvo de presente desde un principio los antecedentes médicos e historial de enfermedades de este, en ese orden de ideas y como más adelante se mencionará, todas las actuaciones medicas realizadas para la mejoría del señor **DEIMER GAMBOA** fueron respetando los postulados de la **LEX ARTIS**. Además, el referido demandante firmó el consentimiento informado del que se desprende los posibles eventos adversos en este tipo de procedimiento odontológicos los

¹² CSJ. Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 2013, expediente 00025.

cuales están enmarcados dentro de las posibles complicaciones y afectaciones de la atención odontológica.

Al respecto se ha pronunciado la doctrina:

(MARIO FERNANDO PARRA GUZMAN, La carga de la prueba en la responsabilidad médica. Bogotá: EDICIONES DOCTRINA Y LEY LTDA, 2010, P.14)

"Se afirma en torno a las anteriores consideraciones que no deben existir excesos profanos o autorizados en la manera de valorar la actividad del galeno; su compromiso recae en el cuidado, en la aplicación de los conocimientos que posee de manera exacta y activa, por ello hay que ser cauto a la hora de valorar la conducta del profesional, por cuanto cualquier ligereza acarrearía injusticias"

Por tanto, deberá procurar el honorable juez, realizar las valoraciones probatorias y consideraciones necesarias para determinar lo que se está predicando, y es el seguimiento y desarrollo adecuado de la ley del arte, y por definición la ausencia de elementos que puedan configurar responsabilidad alguna como lo son la negligencia, impericia, como forma del comportamiento culposo en el desempeño de una obligación.

Justamente si apreciamos los elementos que componen el litigio podemos evidenciar al momento en que se le realizó el procedimiento odontológico al demandante, tenía inmersas complicaciones inherentes a los posibles riesgos de todo acto médico, para lo cual valga recordar que el componente obligacional de los galenos se circunscribe a ser de medio y no de resultado.

En conclusión, pese a que se materializó un riesgo inherente del procedimiento médico, es menester estudiar la conducta descuidada y desidiosa del demandante, las patologías previas, las enfermedades bucodentales, la mala higiene oral y a grande rasgos su salud dental, para finalmente establecer que el daño alegado podría corresponder a situaciones ajenas al buen actuar médico, el cual se enmarco dentro de los postulados de la lex artis y los protocolos establecidos para este tipo de procedimientos.

Al respecto a de la valoración de la historia médica y la lex artis la Sección tercera Subsección A del Consejo de Estado en sentencia 2015-00376-01 estableció:

"La doctrina ha sostenido que la historia clínica constituye mucho más que una simple recopilación de datos del paciente, de hecho, otorga una importancia tal a ese instrumento, que lo considera no solo una "biografía patológica de una persona", sino también como un "documento fundamental y elemental del saber médico, en donde se recoge la información confiada por el enfermo al médico para obtener el diagnóstico, el tratamiento y la posible curación de la enfermedad". Es así como este documento, en materia de responsabilidad médica, adquiere gran importancia en cuanto constituye el medio de prueba idóneo para determinar si las prestaciones médico-asistenciales de que fue objeto el paciente se adecuaron a los procedimientos establecidos por la ciencia (lex artis ad hoc) en ese campo.

El artículo 34 de la Ley 23 de 1981 define la historia clínica como: "(...) el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley".

En este punto de la providencia resulta oportuno señalar que la jurisprudencia ha sido reiterada en destacar que la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, razón por la cual los galenos están en la obligación de realizar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las patologías

puestas a su conocimiento, procedimientos que, como es natural, implican riesgos de complicaciones, que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina, de conformidad con la lex artis, a agotar todos los medios que estén a su alcance para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente.

Los profesionales de la salud, están obligados a cumplir en su actividad profesional, los protocolos establecidos y las buenas prácticas médicas, a su vez estas tienen necesariamente que ir orientadas a la LEX ARTIS, también debe apreciarse que el conjunto de reglas técnicas que sean ejercidas, deben ir orientadas a la correcta y adecuada praxis médica, no obstante los galenos no pueden garantizar un resultado, pues están realmente obligados al cuidado de su paciente y a realizar todas las actuaciones necesarias y profesionales para que en la medida de lo posible este se recupere de sus dolencias.

Se evidencia que el personal de odontología actuó conforme a lo establecido por la lex artis y las buenas prácticas médicas, sin haber existido en ningún momento algún tipo de negligencia o impericia en su actuar.

4. LA OBLIGACIÓN DE LOS GALENOS EN LA ACTIVIDAD MÉDICA/ODONTOLÓGICA, ES DE MEDIOS Y NO DE RESULTADOS

Habida cuenta de la sintomatología que presentaba el paciente, era necesario que el personal de odontología actuara de forma preventiva de cara al cuidado del mismo y a fin de que se realizara con éxito las atenciones médicas para evitar complicaciones en la salud de **DEIMER GAMBOA ARROYO** se evidencia que en todos y cada uno de los ingresos que se procuró por mejorar el estado de salud del paciente, tratándolo siempre con medicamento antiinflamatorios cuanto ello lo requería.

Al respecto de la obligación de medio, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC-3272/2020 septiembre 7 de 2020.

"Empero, el estado del arte no arroja aún hoy, la posibilidad de mutar una obligación de medios por una de resultados, pues nos encontramos con una disciplina en permanente construcción. Si se quiere, puede entenderse que el campo de la culpa galénica se ha venido achicando; pero lo cierto es, en el caso examinado por la Corte, tal conclusión luciría no sólo precipitada sino equivocada, si de ella se deriva una responsabilidad por no adoptarse una medida inmediata en un paciente de altísimo riesgo y con antecedentes graves. En esos casos, como en este, siguen vigentes las enseñanzas de la jurisprudencia, en cuanto la obligación del médico es poner a disposición del paciente sus capacidades profesionales de acuerdo con un estándar de diligencia profesional con miras a lograr la recuperación, el mantenimiento o la mejora de la salud, sin que en términos generales pueda garantizar el resultado"

Además de lo que ya se ha esbozado, debe tenerse en cuenta que, la actividad médica, como unívocamente lo han referido las Altas Cortes, es una ciencia cuyo estándar de medición de conducta no puede en primer lugar verificarse o analizarse desde la presunción de la culpa, es decir, en estos casos, es menester acreditar por parte de quienes alegan un daño en cabeza de la entidad demandada, que este se comportó de manera negligente, que el daño le es atribuible y sobre todo, que en cumplimiento de las obligaciones de medios, es decir que se pretermitió la posibilidad al paciente de recibir todos los medios, ayudas diagnósticas y tratamientos necesarios para su curación o procedimiento a realizar, es decir, no puede analizarse que la conducta del médico es la del contratante que garantiza el cumplimiento o no de una obligación, pues la misma, como referimos, ampliamente sentada por la jurisprudencia de esta especialidad, ha determinado que para el médico, es menester emplear

todos los conocimientos, herramientas y cualquier apoyo que le sea necesario y que se encuentre a su alcance para **intentar** salvaguardar la vida de sus pacientes, es decir, para el presente caso, el tratamiento brindado al paciente estuvo estrechamente relacionado a su síntomas y patologías, y el objeto de la atención medica fue la mejoría de sus diferentes dificultades de salud bucales.

Respecto a la obligación que les asiste a los médicos de cara al servicio que se presta a la población, ha mantenido su posición uniforme e inamovible la jurisprudencia de esta especialidad, al referir que:

Para elucidar la cuestión, la Sala tiene dicho que "(...) lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado (...), porque es (...) el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma"¹³

"(...) en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor

En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor.

De ahí, sin abandonar el contenido prestacional asumido, en las obligaciones de medio el médico cumplirá su deber desplegando la actividad impuesta por la lex artis, independientemente del fin perseguido; y si son de resultado, por así haberse pactado expresamente, habrá cumplimiento cuando el acreedor obtiene las expectativas creadas. En las primeras, por tanto, el objeto de la obligación es una conducta idónea, al margen del éxito esperado, como sí acaece en las últimas.

Pero si el compromiso se reduce a entregar su sapiencia profesional y científica, dirigida a curar o a aminorar las dolencias del paciente, basta para el efecto la diligencia y cuidado, pues al fin de cuentas, el resultado se encuentra supeditado a factores externos que, como tales, escapan a su dominio, verbi gratia, la etiología y gravedad de la enfermedad, la evolución de la misma o las condiciones propias del afectado, entre otros.¹⁴

En este sentido, se explica también de la siguiente manera por parte de la doctrina nacional:

"La asistencia médica se tipifica por la realización de un conjunto de acciones y procedimientos propios de la disciplina científica que la soporta y los comportamientos y actos personales e institucionales. Esta asistencia debe desenvolverse de manera oportuna y adecuada contando con instrumentos, equipos y personal competente que se corresponda a nivel de complejidad con el grado de atención requerido.

¹³ CSJ. Civil. Sentencia 001 de 30 de enero de 2001, expediente 5507.

¹⁴ Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Civil – SC7110-2017 – Luis Armando Tolosa Villabona. 24 de Mayo De 2017.

Si el objeto en sí de la asistencia médica consiste en implementar la conducta indicada para promover la salud, prevenir la enfermedad, intentar curar y rehabilitar al paciente, en correspondencia con esto nace una obligación de dar o hacer, o no hacer, siendo una OBLIGACION DE RESULTADO, garantizando no solo una conducta específica, sino también aquello que se pueda esperar, como por ejemplo las lecturas o las prácticas de ciertos exámenes de diagnóstico, un examen sanguíneo, en las que el resultado es objetivo, o en las situaciones que, por simple liberalidad de la parte deudora, se garantiza un resultado.

Si el objeto en sí de la asistencia médica es la creación de una obligación, consistente en implementar la conducta indicada para promover la salud, prevenir la enfermedad, intentar curar u rehabilitar al paciente, dicha conducta consiste en la realización del acto de asistencia acorde con la Lex Artis, lo que significa que el asistente se obliga a colocar unos medios y procedimientos en correspondencia al grado de complejidad de la atención brindada, acorde con los estándares típicos. Estamos, así, ante una OBLIGACIÓN DE MEDIO.

Ahora bien, podríamos deducir, por simple lógica, que si se realizan todos los actos circunscritos al cumplimiento de la conducta médica e institucional, estos serían los actos de la atención o la prestación del servicio en salud – en forma típica – el resultado no se podría garantizar dado a que depende de las condiciones inherentes a la respuesta del cuerpo humano, a las situaciones de salud y enfermedad del paciente acreedor, a la circunstancias aleatorias, que conllevan a limitar la expectativa del acreedor, reduciendo al alcance de la obligación del deudor, convirtiéndola tan solo es una obligación de medio.

EN LAS OBLIGACIONES DE MEDIO la sola falta del resultado deseado no basta para determinar responsabilidad en el deudor o deudora, pues, se requiere, además, una conducta culpable del el/la prestador/a del servicio en la generación del daño: estamos ante una responsabilidad subjetiva”.¹⁵

De otro lado, el artículo del Decreto 3380 de 1981, por medio del cual se reglamenta la Ley 23 de 1981, la cual a su vez dicta normas en materia de ética médica, refiere lo siguiente

“Artículo 13. *Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico.”* (Negrilla fuera del texto original)

Así, lo ha sostenido irrefutablemente la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ([SC7110-2017](#)), en reciente sentencia con ponencia del **Dr. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA** del 24 de mayo de 2017:

“Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia del médico, mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume.

En las obligaciones de medio, le basta demostrar debida diligencia y cuidado (artículo 1604-3 del Código Civil);

Para elucidar la cuestión, la Sala tiene dicho que “(...) lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado (...), porque es (...) el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que

¹⁵ Revista Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado Número 20 Octubre de 2006, Artículo Obligación de Medio y Obligación de Resultado.

configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma”¹⁶.

En esa dirección, la Corte también ha asociado la aleatoriedad del fin perseguido, según el grado de ocurrencia, al decir que:

“(…) en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.

“En la actualidad (...), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, **si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor.** Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario”¹⁷.

De ahí, sin abandonar el contenido prestacional asumido, en las obligaciones de medio el médico cumplirá su deber desplegando la actividad impuesta por la lex artis, independientemente del fin perseguido

En las primeras, por tanto, el objeto de la obligación es una conducta idónea, al margen del éxito esperado, como sí acaece en las últimas.

Pero si el compromiso se reduce a entregar su sapiencia profesional y científica, dirigida a curar o a aminorar las dolencias del paciente, **basta para el efecto la diligencia y cuidado**, pues al fin de cuentas, **el resultado se encuentra supeditado a factores externos que, como tales, escapan a su dominio, verbi gratia, la etiología y gravedad de la enfermedad, la evolución de la misma o las condiciones propias del afectado, entre otros. (...)**” (Subrayas y negrilla fuera de texto original).

La medicina se basa en la evidencia, en los síntomas, sin preceptos o principios matemáticos aplicables. Al profesional no se le puede exigir una conducta distinta, exacta, matemática, toda vez que el médico trabaja sobre pacientes, que son seres humanos. Para el caso de la referencia, no se prueba, siquiera indiciariamente, la falla o error de conducta en cabeza del personal de odontología, *contrario sensu*, éste actuó con toda la diligencia y el cuidado para el caso particular. De otro lado, como no nos encontramos frente a una obligación de resultado, la diligencia y cuidado se prueba con la demostración de haber utilizado los medios idónea y oportunamente, como se ha hecho en el presente caso, se obró en cumplimiento

¹⁶ CSJ. Civil. Sentencia 001 de 30 de enero de 2001, expediente 5507.

¹⁷ CSJ. Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 2013, expediente 00025.

estricto y oportuno de las obligaciones a su cargo, brindando una atención integral en las mejores condiciones. De esta manera, queda claro que la atención fue eficiente, oportuna, segura, adecuada e idónea; lo cual no implicaba garantizar que el paciente obtuviera un resultado determinado.

Contrario a como lo adujo la parte actora, quien realizó un análisis a posteriori de la conducta, los diferentes actos desplegados por el cuerpo médico odontológico por los que pasó Juan Carlos Estrella, actuaron de conformidad a las imposiciones de la lex artis y los protocolos de atención.

En relación al carácter obligacional de los galenos, el Consejo de estado se ha pronunciado así:

*"Para esto último, debe tenerse en cuenta que, según la posición jurisprudencial reiterada de la corporación, "la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que lleva a entender que **el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que, por regla general, conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance, conforme a la lex artis, para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho**"¹⁸.*

Es importante recordar que la imputación fáctica del daño y la falla del servicio no pueden ser analizadas desde una perspectiva ideal, crítica o abstracta del funcionamiento del servicio, sino que requieren ser estudiadas desde un ámbito real que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y capacidad operativa o funcional de la administración pública al momento de la producción del daño. (...)"

Adicionalmente, frente al tema, de igual e inamovible posición se ha referido el Honorable Consejo de Estado, al tratar la responsabilidad desde la perspectiva de la falla médica, que, para el caso concreto, no es aquella deprecada por los demandantes, veamos:

No todo error o equivocación, puede considerarse como culpa del médico, o falla en el servicio. Si bien es cierto que al médico por la especial naturaleza de su oficio, en el cual se involucra la vida humana, debe exigírsele una especial prudencia y diligencia, no es menos cierto que si en el proceso aparece probado que un médico especialmente prudente y diligente habría podido incurrir en el mismo error, es claro que no puede endilgársele culpa, en la medida en aquí la culpa sólo puede deducirse cuando, comparado el comportamiento del responsable con el que en abstracto habría tenido una persona diligente la conducta del primero pueda ser susceptible de un juicio reproche. En este punto señalan los hermanos Mazeaud que la pregunta que debe formularse el tribunal es: "un médico prudente colocado en iguales condiciones externas habría obrado como el autor del daño?"

El comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio, sólo pueden ser juzgados teniendo en cuenta de una parte la denominada "lex artis", lo que, de acuerdo con lo expresado en la obra "La práctica de la medicina y la ley", implica tener en cuenta "las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011 (expediente 18947).

momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente": razón por la cual se comparten las apreciaciones de la misma obra en la que se señala que **"no se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables deberían ser "pagadas" por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta del a disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso."** (La práctica de la medicina y la ley, Fernando Guzmán Mora, Eduardo Franco Delgadillo y Diego Andrés Roselli Cock, biblioteca jurídica Diké, 1 edición, 1.996, pags. 53 y s.s.). (Énfasis fuera de texto).

Por lo anterior, resulta imperativo para el fallador, teniendo en cuenta que las pruebas allegadas no ofrecen duda respecto al cumplimiento a la lex artis del personal y la profesional odontológica, de igual modo de lo que se puede percibir de las historias clínicas, se tiene que tanto la institución como la profesional, fueron diligentes y cuidadosos por tal motivo no hay lugar a la declaratoria de prosperidad de las pretensiones por cuanto no se dan los presupuestos facticos ni jurídicos para sustentar las solicitudes y por el contrario se debe desechar la tesis de la parte demandante.

5. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR SEGUIMIENTO DE LA LEX ARTIS. Apreciación de la culpa, falla o error de conducta a priori mas no a posteriori

No se vislumbra, ni de manera aparente, que haya existido falla o error de conducta en cabeza de las codemandadas, ni siquiera de la lectura de los hechos de la demanda se puede al menos inferir con claridad en qué consiste el reproche del actor. Claramente no existió negligencia, impericia o alguna violación a los protocolos médicos preexistentes. Todas las actuaciones se ajustaron a los postulados de la *Lex Artis*, para las atenciones brindadas. Basta con leer la historia clínica del paciente para advertir que ninguna de las actuaciones pudo haber sido la causa eficiente y determinante del supuesto yerro en su atención. En consecuencia, no existe culpa o falta en la prestación del servicio ni relación de causalidad adecuada que permita imputar responsabilidad alguna.

Para establecer si el comportamiento fue culposo o no, se debe recurrir a la apreciación "a priori" y no "a posteriori" de la culpa, y téngase en cuenta que en la primera se tiene a consideración las medidas razonables y no las necesarias, lo cual corresponde a un análisis ex ante, valga decir, el juez se coloca en la posición de un hombre prudente y normal que, en el actuar de su vida, prevé razonablemente como pueden suceder las cosas, sin exigirle tomar y proveer todas y cada una de las medidas necesarias para evitar el daño. Al respecto ha manifestado la doctrina nacional:

"... apreciación "a priori" o "a posteriori" de la culpa". Pero además de la diferencia entre culpa en abstracto y culpa en concreto, encontramos otros dos métodos de apreciación de la culpa que se contraponen radicalmente y que tienen una marcada importancia práctica, se trata de la apreciación a priori y de la apreciación a posteriori de la culpa. La adopción de uno u otro método conduce a soluciones severas o benignas para con el causante del daño.

En efecto, si se hace una apreciación a priori de la conducta del causante del daño, el juez debe preguntarse cuáles eran las medidas razonables que el primero debía haber tomado para evitarlo. El juez se coloca en la posición de un hombre prudente y normal, que, en el actuar de su vida, prevé razonablemente como pueden suceder las cosas,

sin exigirle tomar y prever todas y cada una de las medidas necesarias para evitar el daño.

En cambio, si adopta el método de la apreciación a posteriori, el juez debe preguntarse cuáles eran las medidas necesarias (no solo las razonables) para evitar el daño. Ocurrido el daño, fácil es advertir que, de haberse realizado u omitido determinada conducta, aquel no habría existido, lo que significa que lo prudente era haber realizado y omitido dicha conducta y como ésta de hecho no se realizó o no se omitió, el demandado incurrió en culpa.

Como se ve, si el juez aplica la segunda solución siempre encontrara que el causante del daño es culpable, en cambio, si aplica la primera solución, el juez puede llegar a la conclusión de que el causante del daño no cometió culpa, en la medida que haya tomado las medidas razonables....

...En general, los tribunales acogen la doctrina de la apreciación a priori de la culpa, pues de lo contrario la responsabilidad se convertiría en objetiva, aunque disfrazada de subjetiva.

Este tipo de apreciación a priori es recomendable ante todo entratándose de responsabilidades profesionales, especialmente la médica. En efecto, si un médico realiza un tratamiento a un paciente, su comportamiento, por muy diligente que sea, siempre va acompañado de errores que solo se ven con claridad una vez ocurrió un daño. Ya causado un daño, los expertos con facilidad del mundo, pueden afirmar que si el médico tratante hubiera realizado u omitido una determinada conducta, el daño se habría evitado. En el escritorio y no el quirófano era muy fácil explicar cuál era la conducta recomendable..."¹⁹

No se logra apreciar de modo satisfactorio culpa alguna en el comportamiento galénico. No se desprende del escrito de demanda, o de la histórica clínica del paciente ningún acto imperito o negligente desplegado por parte de la IPS o de la Dra. Yessenia Viveros; como lo manifestó la demandante, el personal médico ordenó los diagnósticos y tratamientos que, para los cuadros clínicos presentados, eran menesterosos, al paciente para entonces se le facilitó un cuerpo médico odontológico completo, idóneo y con suficiencia en cuanto a profesionales especializados ninguna actuación se alejó de los mandatos de la *Lex Artis*.

6. PROHIBICIÓN DEL MÉDICO DE APLICAR O REALIZAR TRATAMIENTOS/PROCEDIMIENTOS INNECESARIOS O FÚTILES.

La *lex artis* y la conducta médica no solo va encaminada a aplicar rigurosamente los últimos tratamientos y los mejores disponibles en el mercado terapéutico y disponibles en nuestro sistema, sino que su conducta médica debe ir encaminada a los medios por los cuales pueda obtenerse la curación o el alivio del paciente, siempre ligado a la DIGNIDAD HUMANA, así, no puede extenderse el concepto de responsabilidad civil extracontractual, en este caso médica, como una ventana para poner sobre la lupa el acto médico, y mal interpretarlo como un servicio para dañar al paciente, como bien lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, pues por el contrario es un servicio en beneficio de la sociedad y como toda ciencia, puede constituir errores o fallas que sean inherentes a las condiciones del paciente o al tratamiento mismo, esto se acompasa con el criterio inequívoco de la Corte Constitucional, quien tantas veces se ha referido a este tipo de asuntos:

Sentencia C-233/2014 Corte Constitucional:

¹⁹ Tamayo Jaramillo, Javier. Teoría General de la responsabilidad contractual, Temis. 1999. Pág. 192 y s.s

"Otro aspecto sobre el que debe existir claridad es quién determina el carácter de innecesario de un tratamiento. En tanto **la necesidad de un tratamiento atiende a la posibilidad curativa del mismo**, así como a los efectos que el éste pueda generar en el paciente, no es otro que el médico o el grupo de médicos que están a cargo del tratamiento de un paciente los que en cada situación específica **determinarán cuáles tratamientos resultan necesarios y cuáles, precisamente por las circunstancias que afronta el paciente devienen fútiles o innecesarios para la situación que se afronta.**" (Subrayas y negrilla fuera de texto original).

Y en Argentina en providencia del Tribunal Argentino, citado por el doctor Carlos. A Gherzi en su obra "Responsabilidad por prestación medico asistencial" en la cual se lee:

"...Saber si un tratamiento bien o mal ordenado, sino hubiere sido preferido otro, si tal operación era o no indispensable, si hubo o no imprudencia al arriesgarla, habilidad o no al ejecutarla, si este o aquel instrumento, según este o aquel procedimiento no habría resultado mejor, son cuestiones científicas a debatirse entre médicos y que ni puede constituir casos de responsabilidad civil, ni caer bajo el examen de los tribunales, pero ello no es así, desde el momento en que los hechos reprochados a los médicos salen de la clase de los que, por su naturaleza, están exclusivamente reservados a las dudas y discusiones de la ciencia, desde el momento en que se complican de negligencia, ligereza o ignorancia de cosas que necesariamente deben saber..." (Voto del doctor Igarzabal, C.N Civ, sala A 29/7/77, obra citada, página 76).

En el presente caso, no solo se actuó con diligencia y cuidado, si no que al haber aplicado el tratamiento y las ayudas diagnosticas que los galenos consideraron pertinentes, eran las atinadas y correspondientes según la ciencia médica y la citada *lex artis*, pues según ello y las reglas de la experiencia en las que se sitúa el médico tratante, no era otra la conducta a seguir.

Por tanto, debe decirse que cuando hay diferentes opiniones médicas aceptadas por diversos sectores científicos, el jurista debe cuidar de no inmiscuirse en ellas, ni sentar, como principio de responsabilidades que el médico haya seguido cualquiera de tales teorías. Cabe ahondar en este principio tanto más cuando la medicina es una ciencia en constante evolución, y las opiniones que hoy parecen acertadas podrían no serlo dentro de unos años, por lo que la adopción de criterios rígidos por parte de los tribunales puede entorpecer el proceso de la ciencia médica.

Tampoco se puede descalificar la adopción de un método de diagnóstico o de tratamiento cuando este se haya precisamente ligado al principio de libertad de acción puramente profesional que debe ser respetado. En este sentido se ha manifestado la doctrina y la jurisprudencia europea de Francia, Suiza, y Bélgica (Savatier, Mazzeaud y Tunc y Ponmerol) reconociendo el principio de la no injerencia del juez en las controversias científicas.

Para el caso que nos reúne, no pueden generarse hipótesis a posteriori de lo que en voces del apoderado de la parte actora, en su desconocimiento en materia médica, corresponde al buen obrar médico, pues es precisamente la discrecionalidad acompañado del sano conocimiento de los profesionales especializados que se toma una determinación de qué diagnósticos y tratamientos son los indicados, en qué momento, y cuáles no aportan con suficiencia, y dadas las circunstancias precisas para cada cuadro clínico en completo, un tratamiento que por tanto debería ser descartado, y el médico no está obligado a tal situación, sino en su sabiduría en el campo de la medicina a intentar paliar el padecimiento de un paciente, conforme al tratamiento más idóneo y menos invasivo, doloroso, de ser posible, sin someter al paciente a sufrimientos innecesarios o a una inmensidad de diagnósticos que no necesariamente son la solución a cada evento.

7. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CUANDO SE MATERIALIZAN RIESGOS INHERENTES AL ACTO MÉDICO PROPIAMENTE O A LAS CONDICIONES CLÍNICAS DE UN PACIENTE

Si en gracia de discusión y sin que ello implique algún tipo de confesión de cara al presente caso, riesgo materializado en la intervención odontológica al demandante, pero aquellas propiamente no devienen de un actuar culposos de los galenos, sino del contexto propiamente dicho, deben analizarse bajo los criterios permitidos en la ciencia médica, esto es, las contingencias, riesgos inherentes o peligros que están ínfimamente ligados a la ciencia, pero NO necesariamente ligados a la negligencia médica, luego no estamos ante un daño propiamente indemnizable, pues es precisamente aquellos que se encuentran ínsitos en la vida en sociedad, y que necesariamente se materializan por la necesidad del individuo de acudir al servicio de salud, a la ciencia médica para intentar curar sus dolencias, sin que pueda interpretarse como una ciencia infalible, es decir, se encuentran dentro del marco de normalidad permitido, y no implica necesariamente culpa, negligencia o desapego del galeno de la *lex artis* aplicable al caso.

Retomando lo antes citado y dicho por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (SC7110-2017), en reciente sentencia con ponencia del **Dr. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA** del 24 de mayo de 2017:

"En el punto, resulta cuestionable que haya lugar a responsabilidad civil derivada del acto médico, cuando se materializa un riesgo que es propio, natural o inherente al procedimiento ofrecido. En estos casos, el daño causado no tiene el carácter de indemnizable, al no estar precedido de un comportamiento culposos.

*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, aparea 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.*

*La expresión riesgo inherente, se compone de dos términos: de riesgo, el cual, según la RAE, es "contingencia o proximidad de un daño (...). Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro (...). Estar expuesto a perderse o a no verificarse"²⁰; e inherente entendido como aquello: "Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello"²¹. **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 de el paciente, de la naturaleza del procedimiento, la técnicas o 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.***

De tal manera, probable es, que el médico en la ejecución de su labor lesione o afecte al paciente; no obstante, no puede creerse que al desarrollar su actividad curativa y al

²⁰ RAE. Diccionario esencial de la lengua española. 22 edición, Madrid: Espasa, 2006, p. 1304

²¹ RAE. Diccionario esencial de la lengua española. 22 edición, Madrid: Espasa, 2006, p. 824.

acaecer menoscabos lesivos, **pretenda ejecutar un daño al enfermo o, incursione por ejemplo, en las lesiones personales al tener que lacerar, alterar, modificar los tejidos, la composición o las estructuras del cuerpo humano**. De ningún modo, el delito o el daño a la humanidad del doliente es la excepción; no es regla general, por cuanto **la profesión galénica por esencia, es una actividad ligada con el principio de beneficencia**, según el cual, es deber del médico, contribuir al bienestar y mejoría de su paciente. Al mismo tiempo la profesión se liga profundamente con una obligación ética y jurídica de abstenerse de causarle daño, **como desarrollo del juramento hipocrático, fundamento de la lex artis, que impone actuar con la diligencia debida para luchar por el bienestar de el paciente y de la humanidad, evitando el dolor y el sufrimiento**.

El criterio de normalidad está ínsito en la lex artis, y permite inferir ese carácter antijurídico cuando supera ese criterio, cuando la lesión excede el parámetro de normalidad, en cuanto en todo momento el médico debe actuar con la diligencia debida. En consecuencia, se exige por parte de la demandante o del paciente afectado que demuestre en definitiva, tanto la lesión, como la imprudencia del facultativo en la pericia, en tanto constituye infracción de la idoneidad ordinaria o del criterio de la normalidad previsto en la Lex Artis, las pautas de la ciencia, de la ley o del reglamento médico.

Aquí nos adentramos en el campo del criterio del riesgo general de la vida o del riesgo permitido. **No deben ser imputados al demandado aquellos daños que sean materialización de los riesgos normales o permitidos en la vida en sociedad**. Así por ejemplo, el ingreso de una persona en el hospital para curarse de una agresión, sin embargo, cuando sale le cae una teja, implica una relación causal entre la agresión y la teja? ¿Si no hubiera sido agredido, la teja no le hubiera caído? ¿En este evento, existe una materialización del riesgo normal o general?

En consecuencia, los errores cobijados por el marco de excusabilidad, se relacionan con los que ocurren a pesar de la idoneidad y de la experiencia médica, punto en el cual, **es bueno señalar que los médicos, están guiados, en general, por un régimen de obligaciones de medios** (salvo algunas excepciones), **no son infalibles, porque muy a pesar suyo y del cuidado, es probable, el paciente resulte lesionado**."

Por lo anterior, en el curso procesal se establecerá que el daño alegado por la parte demandante deviene de la estructuración de un riesgo inherente a la salud del paciente o del acto médico propiamente dicho, y al estructurarse de tal manera, no surge responsabilidad en cabeza de los demandados, toda vez que es un alea que escapa al control de la ciencia médica y que no implica *per se*, negligencia alguna.

8. IMPOSIBILIDAD DE APLICAR LA TEORIA DE CAUSALIDAD DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES, EN SU LUGAR DEBE APLICARSE LA TEORIA DE CAUSALIDAD ADECUADA - APRECIACIÓN DE LA CULPA EN CONCRETO, MÁS NO EN ABSTRACTO - LA APRECIACION DE LA CULPA EX – ANTE, NO EX – POST

El profesor Javier Tamayo Jaramillo, al referirse al nexo causal, afirma:

"... Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado teorías; las más importantes son: la "teoría de la equivalencia de las condiciones" y "la teoría de la causalidad adecuada". De acuerdo con la primera todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causante del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se la rechaza por su inaplicabilidad práctica, pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría absurdamente,

buscar responsables hasta el infinito. Para suavizar este criterio se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción de daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica de perjuicio; se considera que solamente causo el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño...”²²

Al respecto de la causalidad adecuada o determinante, nuestra Corte Suprema de Justicia, citando a Hans Kelsen, ha manifestado que:

«...la causalidad adecuada que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente, debe ser entendida en términos de 'causa jurídica' o imputación, y no simplemente como un nexo de causalidad natural».²³

En esta misma providencia manifestó la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“La 'causa jurídica' o imputación es el razonamiento por medio del cual se atribuye el resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico. Mediante la imputación del hecho se elabora un juicio que permite considerar a alguien como artífice de una acción (u omisión), sin hacer aún ningún juicio de reproche. «A través de un acto semejante se considera al agente como autor del efecto, y éste, junto con la acción misma, pueden imputársele, cuando se conoce previamente la ley en virtud de la cual pesa sobre ellos una obligación».

A partir de entonces la conducta a la que se atribuye la consecuencia lesiva asume el significado de hecho jurídicamente relevante imputable a un agente que tenía el deber de actuar de acuerdo con la función que el ordenamiento le asigna (imputatio facti), pero aún no se dice nada sobre cómo debió ser esa acción u omisión (imputatio iuris), ni sobre cuál es la consecuencia jurídica que ha de imponerse en virtud de la constatación del supuesto de hecho previsto en la norma (applicatio legis).

Tal valoración no corresponde a un proceso de subsunción del hecho en la ley, toda vez que las pautas jurídicas de conducta son preconcepciones hermenéuticas que permiten apreciar un dato como hecho jurídico atribuible a un agente. Estas pautas establecidas por el ordenamiento jurídico impiden que la imputación sea un proceso arbitrario, pues a ellas se ajustan tanto la valoración que hace el juez de un evento, como la conducta del autor. La imputación jurídica del hecho, en suma, es el razonamiento que abre la vía para imponer consecuencias jurídicas al artífice por sus actos, mas no es la subsunción lógica que impone la sanción prevista en la ley al caso concreto.”²⁴
(Negrilla fuera del texto original)

En reciente providencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (**SC3272-2020**) Rad. **05001-31-03-011-2007-00403-02**. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, Sentencia del 7 de septiembre de 2020, reafirmó que:

“5.4.3. Las buenas prácticas al fin de cuentas tienen un especial valor para establecer la culpa galénica, al margen del acierto del diagnóstico; y en el caso, la actuación constatada estuvo conforme a lo aceptado por los declarantes como un grupo de médicos calificados, justamente acorde con los procedimientos técnicos y científicos evaluados, al margen de una cobertura formal rigurosa, justamente, por la equivocidad

²² Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Temis, Bogotá D.C., 2009, Pag. 374 y ss.

²³ CSJ, SC13925 del 30 de septiembre de 2016.

²⁴ CSJ, SC13925 del 30 de septiembre de 2016.

y multiplicidad de factores que intervienen en la escogencia de la decisión o solución precisa y en lo posible acertada.

Por esto, resulta razonable sostener que en el deber de cuidado, el estándar de diligencia esperable en esa concreta prestación no puede extremarse, como lo propone la censura, a reclamar -ex post facto, claro está- que debían haberse desplegado acciones inmediatas cuando en el paciente se manifestaron los primeros síntomas -equivocos, confusos, enmascarados- de una eventual sepsis.

La calidad del diagnóstico, la pericia evidenciada en los resultados de la operación, el tratamiento y cuidado posteriores, estuvieron acordes con las buenas prácticas, según las probanzas recaudadas. Por ello, un posible error de juicio o diagnóstico debido a un cuadro clínico complejo, que dificultaba la adopción de una terapéutica inequívoca, no puede ser fuente de responsabilidad civil.

Se trata, en últimas, conforme lo resaltó el Tribunal, de que la decisión sobre el tratamiento a seguir fuese el correcto. **De ahí, el control judicial posterior de esa conducta y decisión no puede partir de la base de los resultados adversos o de la falta de acierto, para concluir que hubo incumplimiento, tardanza, y en definitiva culpa.**

(...)

Si bien en la materia se ha dejado a un lado esas calificaciones, en tanto, la culpa profesional se infiere a partir de lo prescrito para un caso específico en la lex artis, cierto es, precisadas en un proceso las buenas prácticas esperables y comparadas con las desplegadas, en el examen de la conducta profesional de los galenos debe también agregarse -in concreto- otras circunstancias.

La medicina es de las actividades profesionales más propensas hoy en día al cuestionamiento de sus resultados cuando no son los esperados. Los avances en áreas de diagnóstico temprano, los métodos terapéuticos y tratamientos antes insospechados han permitido que en muchos casos los errores puedan ser advertidos con facilidad, pues el espectro científico y la experiencia adquirida, compartida incluso a nivel mundial, **permiten mejores soluciones y certeros tratamientos contra la enfermedad o el dolor.** Empero, **el estado del arte no arroja aún hoy, la posibilidad de mutar una obligación de medios por una de resultados, pues nos encontramos con una disciplina en permanente construcción.**

Si se quiere, puede entenderse que el campo de la culpa galénica se ha venido achicando; pero lo cierto es, en el caso examinado por la Corte, tal conclusión luciría no sólo precipitada sino equivocada, si de ella se deriva una responsabilidad por no adoptarse una medida inmediata en un paciente de altísimo riesgo y con antecedentes graves.

En esos casos, como en este, siguen vigentes las enseñanzas de la jurisprudencia, en cuanto la obligación del médico es poner a disposición del paciente sus capacidades profesionales de acuerdo **con un estándar de diligencia profesional con miras a lograr la recuperación, el mantenimiento o la mejora de la salud, sin que en términos generales pueda garantizar el resultado.** (Subrayas y negrilla fuera de texto original)".

En otras palabras, si un médico receta una pastilla que no corresponde a la enfermedad por la cual que se consulta, pero luego el paciente muere por un infarto, sin que este haya sido el motivo de consulta, se concluye que existe un error de conducta, una falla, o una culpa, esto es, recetar una pastilla que no corresponde a la enfermedad por la que se consulta, pero ello no prueba que la pastilla fue la que causó la muerte, y en ello consiste el nexo de causalidad, probar que conducta del demandado causó el daño, y habrá casos en los cuales se demuestre

una culpa, falla, o error, pero no quede probado en nexo de causalidad porque dicha falta o falla no fue la causa eficiente y determinante el daño.

9. PRINCIPIO DE BENEFICENCIA DEL ACTO MÉDICO- *PRIMUM NON NOCERE*

Todos los individuos de la sociedad estamos enfrentados a infinidad de eventualidades, entre tantas, aquellas que aquejan nuestra salud, bajo ese contexto yace una máxima que envuelve las instituciones médicas, en tanto es precisamente por ello, que se acude al servicio de salud, a efectos de que los galenos en su saber y experticia, intenten aliviar las dolencias que aquejan a las personas, y en virtud de ello yace un principio de beneficencia, para el cual fue estatuida la medicina, no debe malinterpretarse, como ya lo explicáramos en líneas anteriores, como una ciencia destinada a dañar la integridad de las personas.

Si la parte actora se duele de la materialización de un riesgo inherente a las intervenciones, diagnósticos, o cualquier atención brindada, no necesariamente medió en ello una intención de irrogarle daños, pues solamente pudo atribuírsele a la materialización de un evento que no deriva de la culpa médica, sino de aquellos que como lo explicamos están ínsitos en la medicina y en las condiciones clínicas de cada paciente.

Riesgo que se materializo para el paciente, sin que esto implique culpa por parte de los galenos como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en providencia reciente **SC917-2020**:

"Cuando se materializa una contingencia innata a la intervención, el daño no tiene carácter indemnizable porque no proviene de un comportamiento culposo atribuible al galeno. Sobre este concepto, recientemente decantó la Sala:

*«La expresión riesgo inherente, se compone de dos términos: de riesgo, el cual, según la RAE, es "contingencia o proximidad de un daño (...). Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro (...). Estar expuesto a perderse o a no verificarse"; e inherente entendido como aquello: "Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello". 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 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.***

De tal manera, probable es, que el médico en la ejecución de su labor lesione o afecte al paciente; no obstante, no puede creerse que al desarrollar su actividad curativa y al acaecer menoscabos lesivos, pretenda ejecutar un daño al enfermo o, incursione, por ejemplo, en las lesiones personales al tener que lacerar, alterar, modificar los tejidos, la composición o las estructuras del cuerpo humano.

*De ningún modo, el delito o el daño a la humanidad del doliente es la excepción; no es regla general, por cuanto **la profesión galénica por esencia, es una actividad ligada con el principio de beneficencia, según el cual, es deber del médico, contribuir al bienestar y mejoría de su paciente.*** Al mismo tiempo la profesión se liga profundamente con una obligación ética y jurídica de abstenerse de causarle daño, como desarrollo del juramento hipocrático, fundamento de la lex artis, que impone actuar con la diligencia debida para luchar por el bienestar del paciente y de la humanidad, evitando el dolor y el sufrimiento. (**SC7110-2017**)

*"Para el efecto, precisamente, corresponde a **quien demanda la declaración de responsabilidad y la correspondiente condena: 1. Desvirtuar los principios de benevolencia o no maledicencia. 2. Según la naturaleza de la responsabilidad en que se incurra (subjettiva u objettiva), o de la modalidad de las obligaciones adquiridas (de medio o de resultado), mediante la prueba de sus requisitos axiológicos.** En particular, probar la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla, así como la culpabilidad. En todo caso, no basta la afirmación del actor carente de los medios de convicción demostrativos de los hechos que se imputan."* (SC3847-2020)

"El compromiso del facultativo se reduce a entregar su sapiencia científica dirigida a curar o a aminorar las dolencias del paciente. Para el efecto basta la diligencia y cuidado. El resultado está supeditado a factores externos, los cuales escapan a su dominio, verbi gratia, la etiología y gravedad de la enfermedad, la evolución de la misma o las condiciones propias del afectado, entre otros." (SC917-2020)

En ese sentido la parte actora no logra acreditar que la conducta médica se desplegara con inobservancia de los principios de benevolencia ligados a la obligación ética y jurídica de la profesión médica, pues por el contrario es este espectro el que en todo momento envuelve el acto médico, y no sólo ello, se actuó con la intención de prestarle la atención requerida al paciente, no obstante y sin que implique confesión, si ello en voces del paciente, posteriormente de la parte actora, resulta insatisfactorio, es de recordar, que no existía un resultado esperado o una garantía, pero además del empeño del cuerpo médico, se tornan incontrolables aquellas circunstancias como la que alega la parte actora, de la cual no deviene responsabilidad alguna.

10. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR

Conforme se desprende de la información que el proceso otorga y la argumentación de los medios exceptivos propuestos, no surge para la parte demandada, la obligación de indemnizar los perjuicios que se aducen; toda vez que no fue la conducta de esta la causante del supuesto perjuicio indicado, por demás, como se verá argumentado y probado, no recae sobre mi representada **LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS** la obligación de brindar algún tipo de cobertura como erróneamente lo pretende la parte demandante, pues en un evidente desconocimiento de la normativa, pero especialmente de las condiciones particulares y generales del contrato de seguros, olvidó que el contrato de seguros al que se alude fue contratado bajo el sistema de delimitación temporal por *Reclamación* o **CLAIMS MADE**, como se explicará más adelante, y el reclamo propiamente dicho al asegurado, se realizó de manera extemporánea a la última vigencia contratada.

11. COBRO DE LO NO DEBIDO E INTENTO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

En concordancia con la defensa expuesta y lo que se demostrará en el proceso, la parte actora pretende cobrar una suma indebida e injustificada y por esa vía enriquecerse a costa del correlativo empobrecimiento de los accionados.

12. PRESCRIPCIÓN, CADUCIDAD Y COMPENSACIÓN

Solicito declarar la caducidad de la acción o la prescripción del derecho, al configurarse tal situación extintiva sobre cualquier tipo de obligación relacionada en el presente litigio.

13. GENÉRICA

Deberá el despacho reconocer oficiosamente las que resulten demostradas en el curso del proceso y cuyas circunstancias obstruyan el nacimiento o determinen la extinción de los efectos en que se apoya la demanda y que impidan parcial o totalmente el pronunciamiento judicial impetrado por el demandante inicial o el llamante en garantía.

OPOSICIÓN A LA VINCULACIÓN DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

Con fundamento en la respuesta dada al supuesto fáctico, con todo respeto solicito que en el momento de entrar a resolver sobre la relación contractual que existe entre el llamante en garantía y **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, se circunscriba a los términos, condiciones y exclusiones del **SEGURO RESPONSABILIDAD CIVIL PÓLIZA RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1014729** con vigencia desde el 28 de mayo de 2018 y hasta el 28 de mayo de 2019, esta póliza sólo tienen esta connotación para efectos de contestación de la vinculación como demandada que se prueben en el proceso, vigentes al momento de producirse la reclamación de acuerdo al sistema de delimitación temporal por reclamación de la cobertura, o mejor conocida como "*Claims Made*", siempre y cuando el asegurado haya cumplido a cabalidad sus obligaciones, no haya violado prohibiciones que le imponen el contrato y la ley, y no se encuentre en alguno de las exclusiones previstas en las condiciones generales y particulares del contrato.

Delanteramente, se recuerda que dicho sistema de delimitación temporal, implica que la reclamación a quien se reputa asegurado, debe darse dentro de la vigencia contratada, y para este caso no ocurre, teniendo en cuenta que la audiencia de conciliación extrajudicial, en la cual se refleja dicha primera reclamación al asegurado, se solicitó el **07 de marzo de 2022**, y se celebró el **23 de marzo de 2022**, en el Centro de Conciliación de la Fundación Alianza Efectiva, es decir, más de tres años después de culminada la vigencia contratada.

EXCEPCIONES Y EXCLUSIONES APLICABLES AL CONTRATO DE SEGURO

1. AUSENCIA DE COBERTURA POR LIMITE TEMPORAL DE LA PÓLIZA- SISTEMA DE DELIMITACIÓN TEMPORAL BAJO MODALIDAD CLAIMS MADE O RECLAMACIÓN DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1014729

Conforme al acta de conciliación prejudicial, y los hechos confesados en la demanda, la solicitud de conciliación (reclamación) judicial se presentó el día **07 de marzo de 2022** ante la El Centro de Conciliación de la Fundación Alianza Efectiva, y fue realizada en misma entidad el día **23 de marzo de 2022**, entendida esta como los extremos en que debió realizarse la reclamación frente al **ASEGURADO**, en este caso, a pesar de que ello no acaeció pues la vinculación de mi representada se da con ocasión al auto admisorio de la reforma de la demanda, donde se ordenó vincular a mi representada, luego, no hay lugar a cobertura del evento conforme se expone a continuación.

En este orden de ideas, se tiene como fecha de reclamación a efectos de analizar la cobertura de la póliza tomando como referencia el sistema de delimitación temporal CLAIMS MADE, el día **07 de marzo de 2022** fecha en que fue radicada la solicitud de conciliación prejudicial ante Centro de Conciliación de la Fundación Alianza, y celebrada el **23 de marzo de 2022**, por lo tanto, estas fechas deben encontrarse dentro de las vigencias de las pólizas en las cuales mi representada funge como aseguradora, y si analizamos la última vigencia contratada esta operó desde el **28 de mayo de 2018 hasta el 28 de mayo de 2019**, luego entonces se evidencia **la ausencia de cobertura por límite temporal dado que la reclamación se realizó con posterioridad al 28 de mayo de 2019, fecha para deprecar cobertura del contrato de seguro en referencia a la póliza No. 1014729.**

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

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

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

Por ende, lo anterior se ha de observar que, este hecho debe ser imputable al asegurado y que la reclamación se debe realizar en vigencia del seguro, pues esta es la condición para que el siniestro sea indemnizable, de acuerdo a la modalidad contratada CLAIMS MADE.

Así las cosas, claro se encuentra que la reclamación realizada con posterioridad al 28 de mayo de 2019, se encuentra fuera de la vigencia de la última vigencia póliza, toda vez que esta se realiza en el año 2022 como se expuso; lo que genera claramente la AUSENCIA DE COBERTURA del presente asunto, es decir, en un eventual caso en que se condene a la asegurada DRA. YESSANIA VIVEROS, dicho evento no se encuentra cubierto por la póliza SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1014729 MODALIDAD CLAIMS MADE por mi representada tomando en cuenta las declaraciones indicadas anteriormente.

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

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

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

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

"Efectivamente, esa Colegiatura tras afirmar que la demandante tenía legitimación por activa y que no estaba prescrita la acción, consideró:

Descendiendo al caso sub lite, memórese que las coberturas contratadas en la póliza de seguro de responsabilidad civil para directores y administradores por la Corporación Financiera del Pacífico se circunscribían a '...'

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

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

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

(...)

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

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

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

En conclusión, conforme a lo anteriormente deprecado se vislumbra la **AUSENCIA DE COBERTURA DEL SINIESTRO ALEGADO** por cuanto, **la reclamación realizada se efectúa en fecha fuera de la vigencia de la póliza SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1014729 MODALIDAD CLAIMS MADE contratada**, no estando entonces vigente para la acción indemnizatoria o de reembolso, esto de conformidad con lo visible a pág. 1 y s.s., se encuentra expresamente excluido conforme al condicionado aplicable RCP-004-6:

"1. AMPAROS

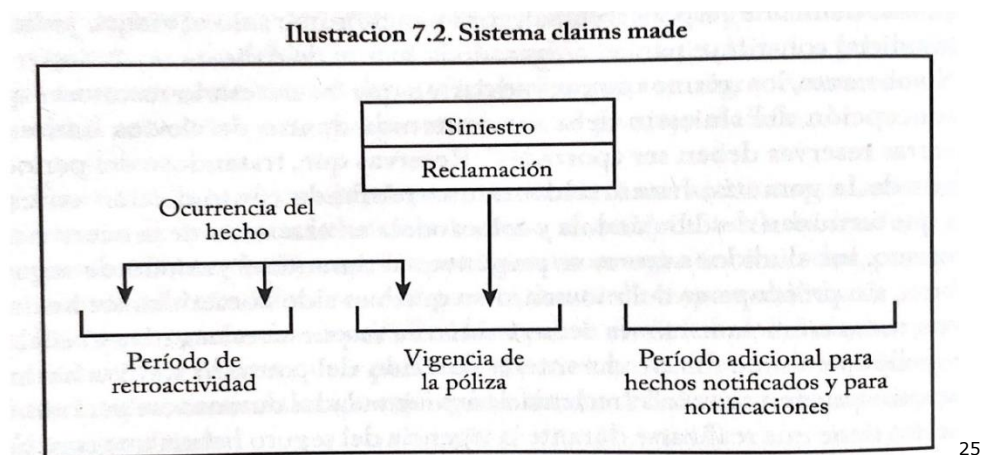
1.1 AMPAROS CUBIERTOS

1.1.1 RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MÉDICA:

A. **PREVISORA** RECONOCERÁ A LOS **TERCEROS**, HASTA EL (LOS) LÍMITE (S) DE EL (LOS) VALOR (ES) ASEGURADO (S) INDICADO (S) EL LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA Y/O CONDICIONES PARTICULARES, LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES QUE CAUSE EL **ASEGURADO** CON MOTIVO DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN QUE INCURRA DE ACUERDO CON LA LEY COLOMBIANA, EN EL EJERCICIO DE LA ESPECIALIDAD MÉDICA DECLARADA EN LA SOLICITUD DE ASEGURAMIENTO, POR **ACTOS MÉDICOS**, REALIZADOS DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA O CON POSTERIORIDAD A LA **FECHA DE RETROACTIVIDAD** PACTADA EN LAS CONDICIONES PARTICULARES, SIEMPRE QUE DICHA RESPONSABILIDAD SEA RECLAMADA POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA O DENTRO DEL PERIODO EXTENDIDO DE **RECLAMACIONES** EN CASO DE QUE EL MISMO FUERE ADQUIRIDO.

LA COBERTURA DE ESTE AMPARO COMPRENDE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL **ASEGURADO**, FUNDADA EN LAS ACCIONES U OMISIONES DE SUS EMPLEADOS Y/O DE LOS PROFESIONALES Y/O AUXILIARES LEGALMENTE HABILITADOS PARA EL EFECTO, INTERVINIENTES EN EL **ACTO MÉDICO**, BAJO RELACIÓN DE DEPENDENCIA O NO CON EL **ASEGURADO**, SIEMPRE QUE DICHA RESPONSABILIDAD SEA RECLAMADA POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA O DENTRO DEL PERIODO EXTENDIDO DE **RECLAMACIONES**, EN CASO DE QUE EL MISMO FUERE ADQUIRIDO."

La doctrina, ha ilustrado gráficamente la manera en que opera el sistema de seguro bajo la modalidad por reclamación o *claims made*, de la siguiente manera:

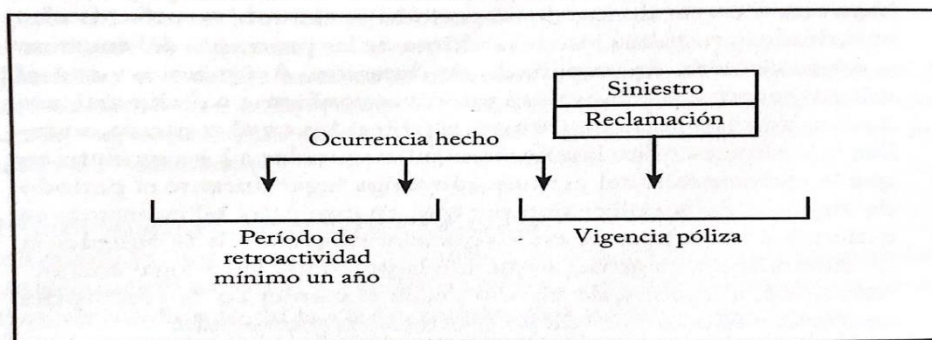


En este escenario, la póliza pactada bajo la modalidad claims made tiene dos connotaciones; la primera es que se pacte con la condición de retroactividad, es decir, que además el siniestro,

²⁵ P. 154. El siniestro. Teorías sobre la configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad. DIAZ-GRANADOS. Juan Manuel en "EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD" segunda edición. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C.

se entenderá si el hecho que da base a la reclamación ocurre entre el periodo de retroactividad pactado y la vigencia de la póliza, pero adicionalmente, con la condición de que la reclamación como ya lo hemos indicado previamente, es decir el envío previo de la solicitud de conciliación prejudicial que es el momento en que el asegurado da cuenta de la existencia de una reclamación, igualmente se haga dentro de la vigencia para evaluar la cobertura o no del evento presuntamente dañoso; con la posibilidad de pactar un periodo adicional para reclamos o hechos notificados con posterioridad a la vigencia, lo que NO ocurre en el presente caso.

Ilustración 8.2. Esquema español
Modalidad 1 – reclamación con cobertura retroactiva



26

En el otro escenario que nos explica la doctrina, tenemos que igualmente operan las dos condiciones previamente descritas, en el sentido que, el hecho podrá entenderse cubierto con la primer condición que el hecho que da base a la reclamación ocurra en el periodo de retroactividad y hasta el último periodo de vigencia contratado por el asegurado para la póliza, además de la ya indicada condición adicional de que la reclamación deba presentarse con el envío previo de la solicitud de la conciliación prejudicial, previo a su admisibilidad, y que el asegurado demuestre a la compañía que efectivamente dicho envío previo y su recibo efectivo se dio en la vigencia contratada.

En este mismo sentido, se ha explicado sobre las pólizas pactadas bajo la modalidad *claims made* con periodo de retroactividad, que:

*"Claims made con retroactividad: en esta alternativa se cubren las reclamaciones presentadas al asegurado o aseguradora durante la vigencia de la póliza y que tengan su origen en hechos anteriores a la entrada en vigencia de la póliza, pues el asegurado cuenta con un período de retroactividad otorgado por la compañía aseguradora. Este período es pues un lapso previo al comienzo de la vigencia de la póliza. Con esta, como establece Uribe Lozada (2013, p. 362), se terminan cubriendo hechos pasados, pero bajo la condición de que los mismos sean desco nocidos por el asegurado y no haya debido conocerlos."*²⁷

*"Claims made con período de retroactividad: Este tipo de cláusulas otorgan cobertura para las reclamaciones formuladas durante la vigencia del seguro, siempre y cuando los hechos que dan lugar a la reclamación se hubiesen presentado dentro del período de retroactividad estipulado en la póliza. Este período de retroactividad dependerá del acuerdo al que lleguen las partes del contrato."*²⁸

Con base en lo anterior, para definir la cobertura de la póliza objeto de análisis, debe verificarse no solo el hecho de que la reclamación se haya efectuado entre el periodo de vigencia del contrato, sino que además la condición de que el hecho constitutivo del pleito

²⁶ P. 166. El siniestro. Teorías sobre la configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad. DIAZ-GRANADOS. Juan Manuel en "EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD" segunda edición. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C.

²⁷ Begué Hoyos, María del Pilar & Valencia Cardona, Daniela, Modalidad de cobertura por reclamación o "Claims made" en Colombia, 54 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 305-360 (2021) – Repositorio de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.

²⁸ La vinculación del asegurador en el marco del proceso de responsabilidad con fundamento en la expedición de pólizas Claims Made – Repositorio de la Universidad EAFIT de Colombia - <https://repository.eafit.edu.co/server/api/core/bitstreams/2cc66967-5aeb-41b7-b285-307ac8319b8b/content>

debe acaecer dentro del periodo de retroactividad, condiciones sin las cuales no opera la cobertura en la modalidad contratada, pues debe cumplirse ambos escenarios para la virtual cobertura de la póliza, como no ocurre en el particular. En este caso, no se cumple una de las condiciones previstas, que corresponde a la tantas veces nombrada reclamación realizada por fuera de la última vigencia contratada.

2. INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD RESPECTO DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

Llama la atención, que mi representada fue vinculada al presente asunto en acción directa por los demandantes, no obstante, no se avizora que frente a éstas, se hubiere agotado el requisito de procedibilidad que exige el Código General del Proceso, y así lo prevé el numeral 7 del inciso tercero del art. 90 del Código General del Proceso, y dicha circunstancia a la fecha no se ha agotado, ello además, al tenor del art. 146 de la Ley 2220 de 2022:

"ARTÍCULO 90. ADMISIÓN, INADMISIÓN Y RECHAZO DE LA DEMANDA. *El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. En la misma providencia el juez deberá integrar el litisconsorcio necesario y ordenarle al demandado que aporte, durante el traslado de la demanda, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante.*

El juez rechazará la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia o cuando esté vencido el término de caducidad para instaurarla. En los dos primeros casos ordenará enviarla con sus anexos al que considere competente; en el último, ordenará devolver los anexos sin necesidad de desglose.

Mediante auto no susceptible de recursos el juez declarará inadmisibile la demanda solo en los siguientes casos:

(...)

7. Cuando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad..." (Énfasis es mío).

A su turno, la Ley 2220 de 2022:

"Artículo 38. Requisito de procedibilidad en asuntos civiles. *Si la materia de que trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil en los procesos **declarativos**, con excepción de los divisorios, los de expropiación y aquellos en donde se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados."* (Énfasis es mío).

En este caso, la solicitud de conciliación prejudicial únicamente se acreditó haberse agotado respecto de la IPS Manantial de Vida y la Dra. Yessenia Viveros, pero con la reforma de la demanda no se aportó prueba siquiera sumaria de haberse agotado dicho requisito de procedibilidad respecto de mi representada en el trámite para reformar la demanda, por lo cual, la demanda no es procedente, y mucho menos su admisión, es decir, deviene en inepta.

3. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO

Teniendo en cuenta que el evento acaeció según hechos confesados en la demanda, los días 20 y 25 de junio de 2018 y 9 de julio de 2018, y que la vinculación de mi representada tan sólo se dio para el día 22 de agosto de 2023 conforme a la presentación de la reforma de la

demanda sin fundamento alguno y sin prueba del tal calidad, lo cierto es que han transcurrido más de cinco (5) años desde el acaecimiento del presunto daño y la vinculación de mi representada, lo que indudablemente configura la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, conforme se cita a continuación:

"ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. *La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes."

En efecto, y teniendo en cuenta las premisas reseñadas en el inciso anterior, el hecho constitutivo de la acción que nos reúne, ocurrió para el año 2018, la vinculación de mi representada se da más de cinco años después, por lo que, han trasegado más de los cinco años que le extiende la norma como prescripción extraordinario, sin perjuicio de la aplicación del inciso segundo de la norma, en tanto evidentemente han transcurrido más de dos años.

ARTÍCULO 1131. <OCURRENCIA DEL SINIESTRO>. *<Artículo subrogado por el artículo 86 de la Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.*

Tratándose de reclamaciones y una acción interpuesta por fuera de los términos otorgados por la ley respecto del contrato de seguro, se configura la prescripción extintiva de las acciones derivadas del mismo por haber transcurrido más del tiempo permitido para ello, en tal sentido, resultará imposible obligar a mi representada en virtud de dicha vinculación como litisconsorte necesario.

4. INASEGURABILIDAD DEL DOLO Y/O LA CULPA GRAVE

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

El artículo 1055 del Código de Comercio establece:

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

Si bien es cierto en el seguro de responsabilidad civil por regla excepcional el legislador permitió la asegurabilidad de la culpa grave, también lo es, que dicho aseguramiento requiere de manifestación expresa, y para el presente caso no ocurre pues se encuentra expresamente excluido conforme al condicionado aplicable RCP-004-6:

"2. CLAUSULA SEGUNDA: EXCLUSIONES

PREVISORA NO CUBRIRÁ BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA, RECLAMACIONES Y/O INDEMNIZACIONES QUE SEAN CONSECUENCIA DIRECTA O INDIRECTA DE:

9. LA PROVOCACIÓN INTENCIONAL DEL DAÑO (DOLO) EN EL EJERCICIO DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD.

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

5. RESPONSABILIDAD CIVIL POR ABANDONO O NEGATIVA DE ATENCIÓN AL PACIENTE

Conforme se aprecia en el Clausulado RCP-004-6 aplicable a la presente póliza, se tiene que no habrá cobertura en los siguientes eventos:

"2. CLAUSULA SEGUNDA: EXCLUSIONES

PREVISORA NO CUBRIRÁ BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA, RECLAMACIONES Y/O INDEMNIZACIONES QUE SEAN CONSECUENCIA DIRECTA O INDIRECTA DE:

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

En el remoto caso que se profiera un fallo, mediante el cual se indique la responsabilidad del asegurado en virtud de un evento como consecuencia de abandono o negativa de atención al paciente en cuestión, no habrá lugar a cobertura, por estar expresamente excluido.

6. LIMITE DE VALOR ASEGURADO Y DEDUCIBLE PACTADO

De acuerdo con la póliza de **SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1014729** modalidad "claims made", el límite máximo del valor asegurado es de **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.00.)** para la cobertura **R.C. CLINICAS Y HOSPITALES**

Cabe agregar que dicha póliza tiene una cobertura por responsabilidad civil de clínicas y hospitales con un **deducible del 10% del valor de la pérdida, mínimo 2 smmlv.**

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

Precisamos que, si la vigencia señalada ya se encuentra afectada por otros eventos, en caso de una sentencia condenatoria para el asegurado, deberá tenerse en cuenta que el valor asegurado se aplicará a los eventos reclamados y reservados con anterioridad al reclamado con ocasión de este llamamiento en garantía, y siempre hasta el agotamiento de la suma asegurada.

7. SUBLÍMITE PARA PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES

Conforme se observa en la carátula de la póliza, se indica como Sublímite a la suma previamente relacionada como máximo valor asegurable de \$300.000.000 para la Cobertura de R.C. Clínicas y Hospitales, se tiene que, para el caso de Perjuicios extrapatrimoniales, como lo indica el numeral tercero de la sección "SUBLÍMITES", estos encuentran sublimitados **a 15% por EVENTO** y 30% por vigencia. Esto en el hipotético evento que se obligue al

asegurado a indemnizar ya sea por perjuicios morales, fisiológicos y daño a la vida de relación, siempre que se deriven de una lesión corporal cubierto por la póliza.

3. PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES, SUBLIMITADO A 15% POR EVENTO Y 30% POR VIGENCIA. INCLUYE PERJUICIO MORAL, FISIOLÓGICO Y DAÑOS A LA VIDA DE RELACIÓN SIEMPRE QUE SEDERIVEN DE UN DAÑO MATERIAL Y/O LESIÓN CORPORAL CUBIERTO POR LA PRESENTE PÓLIZA.

Así las cosas, hasta dicho tope podrá, hipotéticamente, generarse una obligación de reembolso a cargo de la compañía de seguros, conforme a lo pactado para el contrato de seguro objeto del llamamiento en garantía.

8. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL CONTRATO DE SEGURO

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

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

*"(...) En ese sentido, conforme lo dispone el artículo 1037 del Código de Comercio, **el asegurador es la persona que asume los riesgos del interés o la cosa asegurada, obligación muy diferente a la solidaridad derivada de un contrato o por ministerio de la ley, ya que es la realización del riesgo asegurado lo que da origen a la obligación del asegurador**, tal como lo dispone el artículo 1054 del Código de Comercio²⁹(...)" (Subrayas y negrilla más)*

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

*"(...) Por último, **la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual**, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del artículo 1134 del C. de Co ³⁰ (...)" (Subrayas y negrilla más)*

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

²⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta CP. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ RAD: 25000-23-27-000-2012-00509-01 (19879) del 21 de mayo del 2014.

³⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ SC20950-2017 Radicación nº 05001-31-03-005-2008-00497-01 (Aprobada en sesión 15 de agosto del 2017)

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

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

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

Por lo anterior, en ningún momento podrá endilgarse una obligación solidaria a cargo de la compañía de seguros, pues como ya se indicó ampliamente, las fuentes de las obligaciones resarcitorias suscitadas a raíz de la acción de reparación directa no se relacionan a las emanadas del contrato de seguro que invoca al asegurado y asegurador, obligación que además de no poderse imponer de manera solidaria, sólo corresponde a título de reembolso.

OBJECIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

No es debido pretender dentro del proceso un enriquecimiento injustificado en detrimento del patrimonio de los aquí demandados; como es sabido, de acuerdo con el principio de la reparación integral, se debe indemnizar el daño causado y nada más que el daño causado. De otro lado, iteramos que la causa eficiente del daño es una causa extraña a mi representada, sin que le puedan ser imputados dichos perjuicios, mucho menos habrá razón para que se obligue a nuestra asegurada a pagar las exageradas sumas de dinero pretendidas por la actora. Por regla técnica, corresponde probar el daño a quien lo alega; el daño no se presume, si el daño no es probado luego no es posible acceder a las pretensiones de la demanda. Es decir, la carga probatoria en materia de daños, por regla general, corresponde a la parte actora probar, lo relacionado al supuesto daño a la vida en relación y perjuicios morales.

Sobre este tipo de rubros, suficientemente sabido es que la Jurisprudencia de las altas cortes si bien no establece una tarifa legal en el régimen probatorio, tampoco permite las presunciones de hecho o de derecho al respecto, es decir, es menester conforme a las cargas probatorias que se imponen mediante el tantas veces citado artículo 167 del Código General del Proceso, probar sin sospecha alguna la existencia del perjuicio en toda su dimensión.

Lo anterior, no solo conlleva a que los perjuicios para las personas arriba referenciadas se encuentran exagerada e indebidamente tasados, sino que carecen de fundamento fáctico y soportes probatorios que permitan llegar a la certeza del rubro presuntamente indemnizable, por lo cual los mismos deberán ser desfavorablemente despachados por el señor Juez.

Por esto, no puede realizarse una liquidación de perjuicios alternativa, pues se está atacando la realizada por la parte demandante, desde su génesis, esto es, la existencia de un ingreso que no es comprobado. Con esta objeción se está señalando que el ingreso no existió, por

Por lo tanto, el monto configurado por las pretensiones de la presente acción deberá ser objeto de análisis riguroso por parte del operador jurídico, pues el mismo excede en más de un 50% a lo que objetivamente se pudiere tasar, y en caso de que llegue a evidenciarse la ausencia de justificación de las sumas pretendidas se impondrá la sanción que refiere la norma previamente citada, consistente en el 10% del valor de la diferencia.

• PETICIÓN POR INEXACTITUDES ATRIBUIDAS AL JURAMENTO ESTIMATORIO DE LA DEMANDA:

Está probado el obrar ligero y escueto en la estimación de los daños y perjuicios por parte del demandante. Luego, en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso, y la sentencia C-157-279 DE 2013 de la Corte Constitucional, solicitamos amablemente que se apliquen las siguientes sanciones una vez haya sentencia.

1. Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.
2. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

OPOSICION A MEDIOS DE PRUEBA EMANADOS DE TERCEROS

En cuanto a los documentos y declaraciones emanadas de terceras personas, que se aporten al proceso por la parte demandante, deberán ser ratificadas previamente por aquellas personas que las suscribieron o de donde emanaron, tal como lo dispone la legislación vigente, en especial los artículos 185 del Código General del Proceso, oponiéndome a la presunción de autenticidad consagrada en el artículo 11 de la ley 446 de 1998.

MEDIOS DE PRUEBA

1. INTERROGATORIO DE PARTE

Sírvase señor juez, citar a la parte demandante, esto es a los señores, **DEIMER GAMBOA ARROYO, JOHAN SNEIDER GAMBOA ARROYO, DANNA LISETH GAMBOA ARROYO, JENNYFER ANGULO MINA y YARLENY ARROYO VALENCIA**, para que absuelvan interrogatorio que les formularé en la correspondiente audiencia sobre los hechos de la demanda, la subsanación, los del escrito de contestación y las excepciones propuestas.

Igualmente, solicito se decrete en mi favor, el interrogatorio de parte que realizaré al representante legal o quien haga sus veces al momento de la audiencia, del representante legal de la demandada **IPS MANANTIAL DE VIDA S.A.S.**, y a la **DRA. YESSANIA ELEIDA VIVEROS OBANDO**.

2. DECLARACIONES DE TERCEROS

En su oportunidad, solicito al Despacho se me permita interrogar a los testigos solicitados por las demás partes.

3. DOCUMENTALES

- Poder debidamente otorgado por el representante legal de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**
- Certificado de existencia y representación legal de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**
- Carátula de la Póliza **SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PÓLIZA RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1014729**.
- Condiciones generales y particulares aplicables al **SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PÓLIZA RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1014729**, con código de proforma interno RCP-004-6.

ANEXOS

Me permito anexar al presente escrito, las relacionadas en el acápite de pruebas, junto con el poder que me confiere el representante legal de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** y el certificado de existencia y representación legal de la compañía.

DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

- Mi representada recibirá notificaciones en la Calle 57 No. 08B-05, Bogotá D.C.
- El suscrito apoderado se notificará en la secretaria de su despacho o en la Calle 19 No. 9-50 Of. 1902. Complejo Urbano Diario del Otún. Pereira y al correo electrónico: hector.giraldo@giraldoduqueandpartners.com

Del Señor Juez,



HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE
C.C. No. 9.870.052 de Pereira.
T.P. No. 142.328 del C.S.J.