

Señores:

JUZGADO CUARTO (04) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI (V)

REFERENCIA: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRIMERA INSTANCIA

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTES: HENRY ISAMEL PAJAJROY Y OTROS

DEMANDADOS: CLÍNICA LA ESTANCIA Y HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E

RADICADO: 190013333004-2017-00379-00

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** conforme al memorial poder que ya obra en el expediente, comedidamente manifiesto que **REASUMO** el poder a mi conferido, y encontrándome dentro del término legal, procedo a presentar los respectivos **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**, solicitando desde ya que se profiera **SENTENCIA FAVORABLE** a los intereses de mi representada, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas al momento de contestar la demanda y el llamamiento en garantía.

I. OPORTUNIDAD

En la audiencia de pruebas llevada a cabo el día veintiocho (28) de mayo de 2024, se dio por concluido el periodo probatorio y se corrió traslado por el término común de diez (10) días a las partes para presentar los alegatos de conclusión, los cuales transcurrieron de la siguiente forma: 29, 30, 31, de mayo y 04, 05, 06, 07, 11, 12 y, 13 de junio de 2024. En este sentido, se colige entonces que el presente escrito de **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA** es radicado dentro del tiempo previsto para tal efecto.

II. FRENTE A LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD SOLICITADA POR EL DEMANDANTE

1. INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO ATRIBUIBLE A LA CLINICA LA ESTANCIA

En esta instancia se encuentra acreditado que en el presente caso no hubo un incumplimiento obligacional a cargo de Clínica La Estancia pues no se logró acreditar el supuesto error de diagnóstico del joven Henry Dayan Pajajroy para febrero de 2017. Se insiste que este es un evento

cobijado por el régimen de culpa probada, así que es el extremo activo por conducto de su apoderado a quien le correspondía durante todo el curso procesal probar sus supuestos de hecho para sacar adelante sus pretensiones, no obstante, este no logró sustentar su dicho.

Del análisis integral de los elementos probatorios recaudados hasta el momento en este proceso, es viable llegar a la conclusión de que no se configuró la responsabilidad alegada por la parte actora, toda vez que no existe prueba que acredite culpa de los demandados por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de las obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, ni el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la parte pasiva. De tal manera que, ante la ausencia de las conductas presuntamente negligentes u omisivas por parte de la Clínica La Estancia, carece este caso de la supuesta falla en el servicio, como elemento constitutivo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, por lo cual, es pertinente afirmar que la responsabilidad por falla del servicio es inexistente, debiéndose exonerar de toda responsabilidad a los demandados y por ende a mi representada.

Para que se configure responsabilidad del Estado, es indispensable la existencia de un daño antijurídico a otro, así como también una relación de causalidad entre la conducta y el daño. Dicho lo anterior, los aquí demandados únicamente podrán considerarse responsables en el evento de estar probado que se ejerció u omitió, imperita, imprudente o negligentemente una actuación que se configurara como la causa eficiente del daño alegado por los actores. Circunstancia ésta, que no fue acreditada en el plenario, teniendo entonces como inexistente la responsabilidad de Clínica La Estancia.

Es importante señalar cada uno de los elementos que constituyen la responsabilidad, que son, el daño antijurídico, la conducta generadora del daño y el nexo causalidad entre estos dos. A continuación, se analizan cada uno frente al caso en cuestión:

La jurisprudencia ha señalado que el **daño antijurídico** es ese daño configurado el actuar negligente, tardío, imprudente u omisivo de la administración que se le produce a una persona que no está en el deber jurídico de soportar, lo cual en el caso en concreto el daño alegado por los actores consiste en que el día 15 de febrero de 2017 los galenos de la Clínica La Estancia debieron extirpar el testículo derecho del joven Henry Dayan Pajajoy Muñoz.

Ahora bien, en relación con la **conducta generadora del daño**, se debe dejar en claro al despacho que CLINICA LA ESTANCIA, no tuvo participación en lo que los demandantes atribuyen como actuación jurídica que le ocasionó el daño discutido, por lo cual no habría razón jurídica para atribuirle algún tipo de responsabilidad, cuando con la historia clínica allegada y los testimonios de los galenos dan cuenta que desde el primero momento de la atención al señor Henry Dayan Pajajoy Muñoz se dio conforme a las necesidades por el presentadas al criterio de los galenos tratantes, esto es, de acuerdo a los signos por el presentados, desplegando ingentes esfuerzos encaminados

a la recuperación de la salud y al diagnóstico.

Sobre este punto, en la audiencia de pruebas se recepcionó el testimonio del perito, profesional de la salud Dr. Carlos Eduardo Gallego Achito, médico especialista en cirugía general, quien fue llamado para la contradicción del dictamen elaborado por este y quien a grandes rasgos manifestó lo siguiente:

Resaltó que los signos y síntomas de la torsión testicular son el dolor y signos inflamatorios, y que ni la torsión testicular ni la Orquiepididimitis producen masa. Sin embargo, si nos fijamos en la historia clínica cuando el paciente recién ingresa a la clínica estancia refiere dolor y hay masa. De acuerdo con la epicrisis y la historia clínica que se aportó junto al escrito de la demanda, el paciente ingresó a la 01:12 am horas del 12 de febrero de 2017, indicándose como motivo de consulta, enfermedad actual y examen físico lo siguiente:

MOTIVO DE CONSULTA

TENGO INFLAMADO EL EPIDIDIMO

ENFERMEDAD ACTUAL

CUADRO CLÍNICO DE 1 HORA 30 MINUTOS CONSISTENTE EN DOLOR SUBITO EN TESTICULO DERECHO, CON PRESENCIA DE MASA A ESE NIVEL POR LO QUE CONSULTA. PACIENTE Y MADRE ANSIOSOS, DEMANDANTES.

EXAMEN FÍSICO

GENITOURINARIO: TESTICULO DERECHO: PRESENCIA DE MASA DOLOROSA, DURA, COMPATIBLE CON HERNIA INGUINO ESCROTAL NO REDUCTIBLE, NO EDEMA, NO CALOR, NO RUBOR, NO SECRECIONES.

De lo anterior se observa que, el paciente fue atendido adecuadamente en urgencias por la médico general, quien encuentra en el examen físico una masa dolorosa en región inguino escrotal derecha, por lo cual los exámenes diagnósticos estaban encaminados a descartar tanto patologías inguinales como escrotales. En la edad del paciente no es infrecuente que las hernias se encarcelen. Es falso que establezca un diagnóstico erróneo e inequívoco, por cuanto la médica tratante indica en historia clínica; "*PACIENTE CON CUADRO CLÍNICO COMPATIBLE CON HERNIA INGUINO ESCROTAL NO REDUCTIBLE, SE REQUIEREN ESTUDIOS COMPLEMENTARIOS.*" (Folio No. 3 de la historia Clínica), por lo cual en su momento era una presunción, un análisis, y hay que recordar que el diagnostico según lo establece la Real Academia de la Lengua es "*determinación de la naturaleza de una enfermedad mediante la observación de sus síntomas*", es decir la médico observó los síntomas del paciente y determinó que esos síntomas son compatibles con una HERNIA INGUINO ESCROTAL NO REDUCTIBLE, sin embargo decidió ordenar una ayuda diagnostica denominada ULTRASONOGRAFIA TESTICULAR CON TRANSDUCTOR DE 7 MHZ O MÁS.", dicho estudio fue realizado por el doctor JOSE OMAR MONTOYA médico radiólogo el cual tiene como conclusión "ORQUIEPIDIDIMITIS DERECHA ASOCIADA PROBALBLEMENTE A FUNICULITIS", por lo cual

la doctora procede a solicitar interconsulta con cirugía general con el fin de descartar el cuadro clínico de HERNIA INQUINO ESCROTAL NO REDUCTIBLE, es una especialidad que está capacitado para realizar extracción de hernias, de ahí la interconsulta. Dicha valoración fue efectuada debido a que el mismo paciente manifestaba sensación de masa en región inguinal derecha tal y como consta en el folio No. 6 de historia clínica.

En el mismo sentido el Dr. Carlos Eduardo Gallego señaló que en primera instancia no se pensó en torsión testicular porque los síntomas del paciente eran dolor y masa, y que, al contrario, si el paciente hubiese presentado dolor más signos inflamatorios, en ese caso la primera posibilidad era el diagnóstico de torsión testicular.

PREGUNTADO: *en la página 08 de la misma literatura que se aportó con el dictamen inicial dice lo siguiente respecto de la clínica “se presenta con cuadro de dolor intenso de aparición brusca irradiado a hipogastrio pubis o región inguinal viene acompañado frecuentemente de náuseas o vómitos, sin fiebre sin síntomas del tracto urinario irritativos a veces y presentarse el paciente agitado” este paciente de acuerdo con la historia clínica ¿tenía estos signos y síntomas que se describen en la clínica de esta patología? RESPONDIÓ:* *No en absoluto, como les mencioné en el resumen de la historia clínica básicamente los síntomas eran dolor, y después cuando consultó en la segunda oportunidad era dolor con signo inflamatorio y limitación para la marcha, no mencionaba náuseas, vomito, dolor abdominal, nada de eso lo mencionó. (minuto 42:00 audiencia de pruebas 28 de mayo de 2024).*

PREGUNTADO: *¿conforme a la sintomatología inicial se podía determinar que era una torsión testicular? RESPONDIÓ:* *no... no, en absoluto, como le mencioné en escroto agudo, todos producen dolor testicular súbito... todas las patologías del escroto agudo producen dolor testicular súbito.*

En igual sentido, en la contradicción del Dictamen, rendida por el Dr. Daniel Barbosa, dijo:

“En la torsión testicular me hablan de cuáles son los síntomas de una torsión, contesté, basado en la literatura, qué es dolor, escrotal agudo, hinchazón, náusea y vómito, además de la sensación de masa. La sexta pregunta es si la doctora Madroñero Interconsulta, cirugía y orden ecografía de ultrasonido ante la sospecha de una gran inguinoescrotal si esta conducta fue adecuada; mi respuesta fue positiva, considerando que la conducta es adecuada, ya que su compromiso de atención era de dar una valoración inicial y, de acuerdo con los hallazgos, pasar a concepto de Medicina especializada para un manejo definitivo.” (min 1:20:55)

Se le pregunta, si al momento de la consulta con la Dra. Madroñero el paciente presentaba o no signos y síntomas claros de una torsión testicular, respondió: “Señoría, doctor, **en ese momento lo que era claro es que era un síndrome de testículo agudo, es decir, un dolor que había que establecer cuál era la causa. Los síntomas eran de una masa con algo de dolor, lo que encaminaba que podría ser cualquier cosa dentro de del testículo que estaba produciendo dolor; para redondear, a mi modo de ver, en la forma en que se registró no estaba claro si era una torsión testicular, una hernia o algún otro síntoma que pudiera corresponder a cualquiera de las entidades gnoseológicas del testículo agudo.** (min1:27:36).

Frente a la pregunta acerca del diagnóstico de hernia Contestó: “Su Señoría, como lo presenté en el dictamen, de manera esquemática, **la hernia, que es una más en términos coloquiales, una porción del intestino que baja a través del canal inguinal, produce una sensación de masa, se puede sentir endurecido caliente porque puede irritar todo el contenido del testículo del Canal inguinal y puede producir mucho dolor.** Las hernias también se pueden encarcelar y producir edema, entonces considero que al tener síntomas y signos que comparten entre las dos entidades, la doctora madroñero al hacer la palpación, y como esto depende de lo que uno siente en sus manos al momento del palpar, de tocar, de sentir, sospechó ella que era más una masa de origen intestinal que del origen testicular, igual descartar esa condición permitía irse y orientarse por las demás condiciones que pueden producir un síndrome escroto agudo (min1:29:47)

Sobre la pregunta acerca de que si el diagnóstico de torsión testicular que finalmente tenía el paciente era fácil o difícil, contestó: “Considero que situado ahí, de acuerdo a los registros clínicos que se me presentaron para este paciente, **los síntomas no eran patognomónicos, es decir, claramente de una torsión testicular al inicio del cuadro clínico, lo que permitió sospechar primero una hernia en la cual se descartó y después una orquiepidimitis, que después también fue descartada dos días después, en donde incluso creo que fue valorado por especialistas como urología, donde solicitaron más exámenes complementarios para poder llegar un diagnóstico preciso.** “A mi modo de ver, de acuerdo a los registros, no fue fácil” (min 1:33:49)

Conforme lo anterior, no se podría asegurar que se esté erróneamente diagnosticando, al decir que, por el motivo de consulta al paciente con dolor testicular, y masa escrotal se le realice un diagnóstico de hernia inguinal escrotal no reductible. Era un paciente de 17 años que podía presentar una hernia con los hallazgos descritos por la médico general como lo son: dolor testicular y masa a nivel del escroto. Se exalta que es doloroso pero que no hay signos de infección, e igualmente no se puede movilizar a través del conducto inguinal. Por ende, la continuidad de este examen físico y de esta impresión diagnóstica es la verificación con una ecografía del canal inguinal, tal y como se efectuó en el primer ingreso del paciente.

Una vez se confirmó que la estructura atrapada en la parte escrotal no tenía intestino, sino que correspondía a la parte del testículo y el epidídimo, se constató por el cirujano general y se dio el aval para la interconsulta de urología. Al respecto el Dr. Carlos Eduardo Gallego en su dictamen indicó:

3.- Considera que el manejo dado por Cirugía general fue adecuado?

Respuesta: Claro, la especialidad general maneja las patologías que le corresponden a ella, el paciente fue valorado presencialmente 1 hora después de que se hizo la solicitud de la interconsulta, dio respuesta a la pregunta que se le hizo (¿tiene el paciente una Hernia Inguinal Derecha Encarcelada?, No, no hay hernia, encontré una masa en el testículo dolorosa por lo que pido una Ecografía testicular y solicito que el paciente sea valorado por un Urólogo”.

De igual manera no hubo demora en la atención del paciente por cuanto en su primer ingreso se le brindaron los estudios clínicos y ayudas diagnosticas necesarias como lo fueron los exámenes de laboratorio, una ultrasonografía, fue valorado por dos especialistas en cirugía general, brindando la atención requerida de acuerdo a la patología que presentaba en su momento, la cual de acuerdo con el resultado de la ultrasonografía y los resultados de la leucocitosis y neutrófilos estaba cursando un cuadro infeccioso el cual podría ser la orquiepididimitis y se decide dar egreso con CIPROFLOXACINA (CLORHIDRATO) TAB X 500 MG Y ACETTAMINOFEN O CAPSULA X 500 MG y control por urología por consulta externa en dos (2) días tal y como consta en el folio No. 11 de la historia clínica. Sobre este punto el Dr. Carlos Eduardo Gallego en su declaración precisó:

PREGUNTADO: conforme los síntomas que tenía inicialmente el paciente es posible que se diera ese manejo ambulatorio RESPONDIÓ: la orquitis y la Orquiepididimitis sin respuesta inflamatoria, (...) el manejo es ambulatorio con antibióticos orales (...) PREGUNTADO: para el caso particular conforme la sintomatología que tenía en ese momento el paciente es normal la realización del manejo ambulatorio RESPONDIO: si, correcto.

De igual manera, la atención brindada durante el segundo ingreso del señor HENRY DAYAN PAJAJÓY MUÑOZ el día catorce (14) de febrero del año 2017 también fue la correcta de acuerdo a la sintomatología que presentaba, se procede a suministrar al paciente clindamicina (15%) solución inyectable, ciprofloxacina solución inyectable 100 mg y tramadol clorhidrato solución inyectable, se efectúa valoración por la especialidad de urología, el cual decide dejar en observación iniciando ceftriaxona y solicita eco Doppler de control para el día siguiente, tal y como consta en el folio No. 15 de historia clínica.

Una vez con el resultado de la ultrasonografía testicular con análisis Doppler indicó como resultado "necrosis testicular derecha con cambios inflamatorios y peri testiculares y el epidídimo severos con liquido escrotal espeso (purulento), testículo izquierdo normal", el doctor ordena la realización del procedimiento denominado orquiectomía con epididimectomía (radical) con o sin resección del cordón espermático, cirugía que es realizada por el doctor Sergio David Arroyo Berrio especialista en urología.

Indicado lo anterior, se concluye que la Clínica La Estancia no incurrió en ninguna de las conductas de las cuales podría elucubrarse el acaecimiento de un error diagnóstico, pues en dicha institución el paciente fue interrogado a cabalidad sobre sus síntomas y evolución, recibió un examen físico completo, se puso a disposición todos los insumos técnicos y humanos de que disponían y realizó un análisis de su sintomatología, estableciendo diagnósticos de impresión, descartando el padecimiento de patologías asociadas, toda vez que los síntomas del entonces menor, eran inespecíficos y por tanto el solo dolor no podían determinar un diagnóstico preciso, sino que para ello, debió pasar por múltiples valoraciones y ayudas diagnósticas, todo lo cual evidencia que la obligación de medio de la institución fue cabalmente cumplida.

Y, por último, por las razones anteriormente expuestas **no existió nexo de causalidad**, puesto que de conformidad con lo señalado las condiciones médicas con las que el paciente Henry Dayan arribó a la Clínica La Estancia, esto es, con dolor súbito en testículo derecho, y con presencia de masa a ese nivel, la entidad asegurada Clínica La Estancia, cumplió con todos los protocolos de la *lex artis* para la atención del paciente, por lo que finalmente el nexo de causalidad se ve quebrantado al no existir conducta generadora del daño ni mucho menos daño antijurídico en cabeza de nuestra asegurada.

Para concluir, es necesario tener en cuenta un aspecto bastante claro en el régimen probatorio indicado aterrizado a este caso y es que los demandantes no aportaron ningún elemento probatorio que indique que el daño alegado obedeció a un comportamiento imprudente o negligente del personal médico asistencial de la Clínica La Estancia, especialmente lo que ellos señalan como el supuesto error de diagnóstico por parte de la Clínica. Como se señaló, no se podría asegurar que se haya diagnosticado erróneamente, al decir que por el motivo de consulta al paciente con dolor testicular, y masa escrotal se le realice un diagnóstico de hernia inguinal escrotal no reductible; pues la apreciación tanto del médico general como del cirujano general era de descartar las patologías para definir la conducta o protocolo a seguir.

2. IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS

2.1. frente al daño moral

Es evidente la ausencia probatoria frente a la gravedad de la lesión sufrida por el demandante, no obra en el plenario dictamen de especialista en daño corporal o médico laboral, que demuestre científicamente la gravedad de la lesión, por lo que es no posible dar por cierto, sin estarlo, que la gravedad de la lesión fue del talante señalado en la demanda.

La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2014, señaló que en caso de lesiones físicas *“se debe verificar la gravedad o levedad de la lesión con fundamento en el dictamen de calificación de la merma de la capacidad laboral, para determinar el monto indemnizatorio de acuerdo con la relación afectiva que existe entre el demandante y el lesionado”*

Ahora, téngase en cuenta que de acuerdo con la literatura médica y la experiencia clínica es conocido que un paciente con un testículo puede llevar una vida normal y saludable. Esto básicamente porque el testículo restante continuará produciendo hormonas sexuales masculinas (como la testosterona) y esperma en cantidad suficiente para mantener la salud sexual y reproductiva.

Es importante destacar que la mayoría de las actividades cotidianas, incluyendo el trabajo, el ejercicio físico, las relaciones sexuales y la reproducción, pueden realizarse sin problemas significativos después de la pérdida de un testículo. Desde el punto de vista estético se puede colocar una prótesis testicular para mantener una apariencia estética equilibrada en el escroto, aunque esto es una preferencia personal y no una necesidad médica. La pérdida de un testículo no debería limitar significativamente la capacidad de una persona para llevar una vida normal y saludable. Con el cuidado adecuado y el seguimiento médico, los hombres pueden adaptarse con éxito a esta situación y continuar disfrutando de todas las actividades.

Recuérdese que el daño es un perjuicio interno-subjetivo y sin lugar a equívocos debe existir realmente, no basta solo con su enunciación, sin embargo, los soportes documentales allegados con la demanda no fundamentan detrimento inmaterial, y como ya se indicó la prueba idónea viene a estar concebida por la experticia médica, de la cual se pueda inferir un perjuicio moral, dictamen que no tiene sustento en el acervo probatorio.

En conclusión, comoquiera que el demandante, no aportó prueba que pudiese efectivamente corroborar la gravedad de la lesión sufrida por este, el despacho no tendrá otra opción más que declarar no probada esta tipología de perjuicio. Aunado a la inexistencia de elementos materiales probatorios que pudiesen eventualmente considerar el reconocimiento y pago de perjuicios morales a favor del demandante, es importante resaltar que la cuantía que la parte actora reclama por este concepto se encuentra completamente sobreestimada, como quiera que la suma reclamada no se compadece con los criterios que han sido decantados pacíficamente por parte del Honorable Consejo de Estado.

Por todo lo anterior, su falta de actividad en la tasación y discriminación de los perjuicios contraviene el principio indemnizatorio por calificarse de arbitrario.

2.2. Frente al daño a la vida de relación

Es menester resaltar que es jurídicamente improcedente condenar a la parte pasiva de la litis al pago de suma alguna a título de daño a la vida de relación, toda vez que este concepto no tiene ninguna viabilidad jurídica, en cuanto dicha categoría del daño se encuentra totalmente desechada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sobre el particular, el Consejo de Estado en la sentencia del 20 de octubre de 2014 afirmó:

(...) Por consiguiente, **se denegará la solicitud en relación con el reconocimiento del perjuicio denominado “daño a la vida en relación”, por ser una categoría desechada en la jurisprudencia unificada de esta Sección.** De otra parte, se negará la indemnización a “bienes constitucionales autónomos”, ya que de los medios de convicción que fueron arrimados al proceso no se desprende la configuración de esas categorías de perjuicios (...)

En sus planteamientos, la Corte distingue tres clases de daños extra patrimoniales: i) el daño moral; ii) el daño a la vida de relación y iii) el daño a derechos fundamentales o constitucionales. **Sin embargo, deja de lado que la noción de daño a la vida de relación ya ha sido ampliamente superada, como se explicó en párrafos precedentes de este proveído, por tratarse de una categoría abierta y que le abría paso a la indemnización indiscriminada de toda clase de perjuicios.** (...)¹(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De acuerdo con el Acta del 28 de agosto de 2014 expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, la tipología del perjuicio inmaterial está integrada por los siguientes perjuicios: daño moral, daño a la salud y la afectación a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados. No es procedente reconocer el daño a la vida en relación o perjuicio fisiológico como perjuicios autónomos, toda vez que de conformidad con la unificación jurisprudencial dictada por dicha Corporación éste adquirió unidad con el daño a la salud y por lo tanto es el único perjuicio indemnizable cuando se pretenda resarcir afectaciones psico físicas.

Así las cosas, tenemos que el perjuicio solicitado ya no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, como una categoría independiente de daño, por el contrario, se encuentra subsumido en el concepto de daño a la salud. Por tanto, ningún juez administrativo en virtud de la unificación jurisprudencial podrá reconocer esta categoría de perjuicio.

2.3 Frente a la afectación a derechos constitucionales

Solicita el extremo activo el reconocimiento y pago por concepto de daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos constitucionalmente amparados. Pues bien, al respecto el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado señalando lo siguiente:

(...) para efectos de unificación de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisa: El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características: i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., 20 de octubre de 2014.

causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño autónomo (...)

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva (...) La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

ii) La reparación del daño es dispositiva (...)

iii) La legitimación de las víctimas del daño (...)

iv) **Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario (...)**

v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración (...) vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados (...)²

Sin que implique reconocimiento de responsabilidad, se precisa entonces que tal y como lo señala la precitada sentencia, y en caso de que el Juez acceda al reconocimiento de esta tipología de perjuicios, deberá privilegiarse por excelencia las **medidas reparatorias no indemnizatorias.**

III. **ANÁLISIS PROBATORIO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

1. EN EL REMOTO EVENTO EN QUE SE LLEGARE A DECLARAR PROBADA LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA CLÍNICA LA ESTANCIA, LA ÚNICA PÓLIZA QUE ESTARÍA LLAMADA A AFECTARSE SERIA LA No. 022094774/0 POR CUANTO ESTA SE ENCONTRABA VIGENTE AL MOMENTO EN QUE LOS DEMANDANTES FORMULARON LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL, LA CUAL CONSTITUYÓ LA PRIMERA RECLAMACIÓN ESCRITA

Para el presente caso, la única póliza llamada a ser afectada en virtud del contrato de seguro sería la No. **022094774/0**, lo anterior, teniendo en cuenta que es esta la única póliza que se encontraba vigente al momento de hacer la reclamación al asegurado, la cual se entiende realizada con la

² Consejo de Estado, sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, rad. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero.

audiencia de conciliación extrajudicial como requisito para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y que fue llevada a cabo el día 08 de septiembre de 2017.

En ese sentido, deberá tenerse en cuenta que la modalidad de cobertura ofrecida en estas pólizas es la denominada “*claims made*” o reclamación y que se encuentra anotada en las condiciones generales del contrato de seguro, en los siguientes términos:

CLAIMS MADE

Bajo la presente póliza se amparan las indemnizaciones por las reclamaciones escritas presentadas por los terceros afectados y por primera vez al asegurado o a la aseguradora durante la vigencia de la póliza, siempre y cuando se trate de hechos ocurridos durante la misma vigencia o dentro de las vigencias anteriores contadas a partir de ABRIL 16 DE 2010 y por los cuales el asegurado sea civilmente responsable.

Ahora, las pólizas que sirvieron de base para la vinculación de mi representada fueron las siguientes:

PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CLÍNICAS Y HOSPITALES		
PÓLIZA	VIGENCIA	PERIODO DE RETROACTIVIDAD
No. 022094774/0	Vigente desde el 14 de mayo de 2017 hasta el 13 de mayo de 2018	16 de abril de 2010
No. 021932843	Vigente desde el 15 de mayo de 2016 al 14 de mayo de 2017	16 de abril de 2010
No.021752907/0	Vigente desde el 15 de mayo de 2015 al 14 de mayo de 2016	16 de abril de 2010

No obstante, y teniendo en cuenta la vigencia pactada en la póliza No. **022094774/0**, esto es, del 14 de mayo de 2017 hasta el 13 de mayo de 2018, sería esta la única póliza llamada a afectarse.

2. AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 021932843 y No. 021752907

Las Pólizas de Responsabilidad No. 021932843 y No. 021752907, no prestan cobertura temporal a los hechos materia de controversia, lo anterior teniendo en cuenta que las mismas fueron tomadas bajo la modalidad temporal de cobertura denominada *claims made*. En virtud de lo anterior, éstas solo se podrían afectar si se reúnen dos presupuestos a saber: (i) que el siniestro hubiera ocurrido dentro del periodo de retroactividad pactado en el seguro y (ii) **que la reclamación se presente dentro de su vigencia**, siempre que no hubiera operado ninguna exclusión. Pues bien, tal y como se mencionó anteriormente, estas pólizas no ofrecen cobertura para los hechos materia de este litigio, pues para la fecha de la reclamación **08 de septiembre de 2017**, ya había expirado la vigencia

de las pólizas, siendo así que **la reclamación al asegurado se formuló fuera del límite temporal del seguro** dejando por fuera de la cobertura, el cumplimiento de uno de los requisitos indispensables para que opere este tipo de pólizas. Por lo que las pólizas en comento no podrán ser afectadas.

Es imperativo recordar que existen diferentes modalidades de cobertura en los contratos de seguro. Las más comunes en la actividad aseguradora son las siguientes: ocurrencia, descubrimiento y reclamación o *claims made*. se tiene que el seguro pactado bajo la modalidad de reclamación o *claims made* opera, de un lado, si el interesado presentó su reclamación dentro de la vigencia de la póliza y, de otro, si los hechos por los que se reclama ocurrieron dentro del período de retroactividad pactado.

Específicamente la modalidad de cobertura por reclamación o *claims made* tiene su fundamento en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997. Con la nombrada norma se introdujo esta nueva figura, cuya finalidad es que la aseguradora indemnice los perjuicios causados a terceros por hechos pretéritos a la vigencia del contrato de seguro, siempre y cuando, la reclamación, al asegurado o a la aseguradora, se realice dentro de dicha vigencia. La respectiva norma establece lo siguiente:

“En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años”. (negrita adrede)

Si bien el artículo 1131 del Código de Comercio estipula que el siniestro se entiende ocurrido “*en el momento de acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado*”, con la precitada norma se permitió, a través del pacto expreso entre contratantes, que se amparen hechos anteriores a la vigencia del seguro (retroactividad), bajo la condición de que la reclamación se realice dentro de la referida vigencia. Esto no quiere decir que el requerimiento sea requisito para que se configure la responsabilidad, sino que la obligación de pago de la aseguradora se sujeta al reclamo en el curso de la póliza.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la modalidad *claims made* y su posibilidad de coexistir con las demás disposiciones que se encuentran en el Código de Comercio:

*“Entonces, la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 ejusdem es suficiente para la configuración del siniestro, empero, **si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (claims made), también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza -de existir acuerdo contractual”**³. (negrita fuera del texto original)*

En el caso de marras, las Pólizas de Responsabilidad No. 021752907 y No. 021932843 no ofrecen cobertura toda vez que las mismas se pactaron bajo la modalidad temporal conocida como **claims made** y no se reúnen los presupuestos para que se puedan afectar en el evento en que Clínica la Estancia llegase a ser declarada responsable. En primer lugar, es indispensable precisar las vigencias de las pólizas que estuvieron comprendidas entre el 15 de mayo de 2015 hasta el 14 de mayo de 2016 y del 15 de mayo de 2016 hasta el 14 de mayo de 2017, respectivamente. En segundo lugar, se anota que la reclamación se entiende presentada con la audiencia de conciliación extrajudicial como requisito para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y que fue llevada a cabo el día 08 de septiembre de 2017, fecha para la cual ya había expirado la vigencia de las pólizas. Con fundamento en lo anterior, se concluye que **la reclamación al asegurado se formuló fuera del límite temporal del seguro dejando por fuera de la cobertura, el cumplimiento de uno de los requisitos indispensables para que opere este tipo de pólizas.**

Por último, y sin perjuicio de lo inmediatamente explicado, se debe reiterar que los contratos de seguros por los que fue llamada en garantía mi representada, se circunscriben a lo expresamente estipulado en sus condiciones, en donde se establecen su ámbito, extensión y alcance del respectivo amparo, así como sus límites, sumas aseguradas, deducibles, las exclusiones de amparo, su vigencia, y por supuesto que exista responsabilidad civil comprobada, que en el presente caso tampoco ocurrió.

3. NO SE HA CONFIGURADO SINIESTRO A LA LUZ DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 022094774/0, Y POR TANTO NO ES EXIGIBLE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE LA ASEGURADORA.

En la medida en que el daño no es imputable ni fáctica ni jurídicamente a la Clínica la Estancia, la asegurada, se tiene que no se configuró el riesgo asegurado, elemento indispensable para que surja la obligación a cargo de mi representada. De allí que, al no realizarse el riesgo asegurado (responsabilidad), se tiene que no se ha demostrado la ocurrencia del siniestro según el artículo 1072 del Código de Comercio, en armonía con el artículo 1054 del mismo estatuto.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de julio de 2017, MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, radicado 76001-31-03-001-2001-00192-01.

Respecto al llamamiento en garantía se debe destacar como primera medida, que la obligación de pago en relación con mi prohijada solo puede verse comprometida ante el cumplimiento de la condición pactada, de cual pende el surgimiento de la obligación condicional, esto es, la realización del riesgo asegurado. No obstante, al ser claro como la causa adecuada del cuestionado daño no se ha probado con carga al asegurado por no demostrarse la presunta acción u omisión en su actuar, ni que el mismo haya sido inapropiado, no puede predicarse la realización del riesgo amparado.

Es así, como resulta a cargo del demandante probar la falla del servicio a cargo de las demandadas, por tanto, bajo el incumplimiento de este deber y al no estar acreditada la mentada por no vislumbrarse responsabilidad alguna dentro de la demanda, queda automáticamente desvirtuada la responsabilidad que la actora atribuye. Por lo que resulta inocuo estudiar la relación causal entre una falla inexistente y el daño alegado por quien llama a juicio. Así, es necesario señalar que para que exista la obligación de indemnizar por parte de la compañía aseguradora, es requisito *sine qua non* la realización del riesgo asegurado de conformidad con lo establecido en el artículo 1072 del Código de Comercio: “... *Definición de riesgo asegurado: Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.*”

En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, pues en su Sección Tercera recordó que el siniestro es la materialización del riesgo asegurado conforme a los artículos 1072 y 1131 del Código de Comercio. Es decir, el hecho acaecido configura el suceso incierto contenido en la póliza de seguro y es responsabilidad del asegurado. También indicó que, en un seguro de responsabilidad civil, el siniestro es generado cuando ocurre el hecho dañoso y este afecta a un tercero, lo que da lugar a una indemnización al afectado.

Al respecto, resulta preciso señalar que la eventual obligación indemnizatoria en cabeza de mi representada se encuentra supeditada al contenido de la póliza, es decir a sus diversas condiciones, el ámbito del amparo, a la definición contractual de su alcance o extensión, a los límites asegurados para cada riesgo tomado, etc. El riesgo asegurado en el contrato de seguros en comento y consignado en su condicionado – clausulado particular corresponde a:

La responsabilidad civil profesional del **ASEGURADO** por los perjuicios causados a terceros a consecuencia de un servicio médico, quirúrgico, dental, de enfermería, laboratorio, o asimilados, prestados durante la misma vigencia dentro de los predios asegurados.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el riesgo asegurado en el contrato de seguros en comento no es otro que la “Responsabilidad Civil Profesional” en que incurra Clínica la Estancia asegurado de acuerdo con la legislación colombiana. Dicho de otro modo, el contrato de seguro documentado en la Póliza Responsabilidad Civil No. **022094774/0** entrará a responder, si y solo si el asegurado, en este caso Clínica la Estancia declarada patrimonialmente responsable por los

daños irrogados a terceros y siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que enerve los efectos jurídicos del contrato de seguro. Así las cosas, esa declaratoria de responsabilidad Civil Profesional constituirá el “siniestro”, esto es, la realización del riesgo asegurado (Art. 1072 del C.Co.).

De acuerdo con lo anterior, es menester indicar que, confrontando las pruebas recaudadas hasta el momento, es notorio que en el caso sub examine, la responsabilidad civil del asegurado no se acreditó. Para la atribución de responsabilidad civil, es indispensable la concurrencia de unos elementos sine qua non, estos son, un hecho dañoso, un daño y un nexo causal entre el daño y el hecho; debe acreditarse irrefutablemente el vínculo que une el hecho al daño acaecido, como quiera que, cuando este no está debidamente demostrado, se convierte en una circunstancia que obstaculiza la atribución de responsabilidad. Así pues, del análisis del acervo probatorio que milita en el expediente, se advierte que no existe prueba que acredite la existencia de un nexo causal como presupuesto para la configuración de la responsabilidad civil, por el contrario, sí se tienen elementos que permiten advertir la fractura o carencia del mentado requisito.

En pocas palabras, si se da una remota sentencia en contra de los intereses del asegurado, mi representada no estará obligada al pago por suma alguna que no tenga cobertura. Así las cosas, de conformidad con lo establecido en la normatividad mercantil para poder que exista obligación alguna de indemnizar en cabeza del asegurador se hace indispensable que concurren los siguientes elementos: la realización de un riesgo asegurado, frente al cual se encuentre debidamente acreditado su ocurrencia y cuantía y que además el asunto no se enmarque dentro de ninguna de las exclusiones contenidas en la póliza.

Por lo tanto y como conclusión, no se puede pretender una indemnización por parte de Allianz Seguros S.A., toda vez que para ser beneficiario de tal amparo debe encontrarse configurada la existencia del siniestro. Sin embargo, al no encontrarse demostrada la responsabilidad en cabeza del asegurado no se puede afectar la garantía.

4. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.

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

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada: **“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.**

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, **el valor de la prestación a cargo de la aseguradora**, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, **se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado**, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización⁴ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

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

Coberturas	Límite Asegurado Evento	Límite Asegurado Vigencia
1.Predios, Labores y Operaciones	2.800.000.000,00	2.800.000.000,00
10.RC. Profesional	2.800.000.000,00	2.800.000.000,00

Este valor se encontrará disponible de acuerdo con los siniestros que se hayan materializado en la vigencia de la póliza. El valor máximo se condiciona a que en la vigencia total de la Póliza no se hubiere indemnizado por otras reclamaciones pagadas conforme a la Póliza No. 022094774/0. Lógicamente este valor se va reduciendo con cada siniestro pagado judicial o extrajudicialmente. Lo anterior significa que la responsabilidad se predicará cuando el suceso esté concebido en el ámbito de la cobertura del contrato, según su texto literal y por supuesto la responsabilidad de la aseguradora se limita a dicha suma.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al honorable despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado y que el contrato de seguro no presta cobertura por las razones previamente anotadas. En todo caso, dicha póliza contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el despacho en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

5. EXISTENCIA DE DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO PACTADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL NO. 022094774/0.

En gracia de discusión y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que de la eventual obligación de mi procurada se debe descontar el deducible pactado. Debe tenerse en cuenta que el deducible corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado, **CLÍNICA LA ESTANCIA** y, en este caso para la Póliza de Responsabilidad Civil No. **022094774/0**, se pactó en el **10% del valor de la pérdida mínimo \$5.000.000.**

DEDUCIBLES: (para toda y cada pérdida)

El deducible convenido se aplicará a cada reclamación presentada contra el asegurado, así como a los gastos de defensa que se generen, con independencia de la causa o de la razón de su presentación, o de la existencia de una sentencia ejecutoriada o no.

10% sobre el valor de la pérdida, mínimo COP\$5.000.000

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada responsable de pagar la indemnización a la parte actora en virtud de la aplicación del contrato de seguro, es de suma importancia que el Honorable Juzgador descuente del importe de la indemnización la suma pactada como deducible expuesta anteriormente.

Sin más consideraciones, elevo la siguiente:

PETICIÓN

De conformidad con lo anteriormente expuesto, en garantía a nuestro asegurado, solicitamos al honorable despacho, se sirva denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda. De manera subsidiaria, en el remoto e hipotético caso que se considerara acceder a las pretensiones de la demanda, en contra de Clínica la Estancia, ruego se tenga la ausencia de cobertura temporal la

póliza que sirvió de base para el llamamiento en garantía efectuado en el presente proceso, así como todas y cada una de las condiciones generales y particulares pactadas en esta.

No siendo otro el motivo de la presente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. 19.395.114 de Bogotá

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