

Honorable

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

DECISIÓN UNITARIA

Attn. M.P. Dr. JOSÉ DAVID CORREDOR ESPITIA

sscivcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

PROCESO: RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA - VERBAL.

DEMANDANTES: MARÍA RUBENIL ARIAS OCAMPO Y OTROS

DEMANDADOS: OSCAR HERNAN OSORIO Y OTROS.

RADICADO: 760013103001-2015-00321-03

ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, obrando como apoderado especial de **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, mediante el presente escrito respetuosamente manifiesto que **REASUMO** el poder a mi conferido y, acto seguido, procedo a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia escrita No. 066 del 01 de marzo del 2024, notificada en estados el día 04 de marzo del 2024, y proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, la cual fue desfavorable a los intereses de mi procurada, solicitando desde ya, que sean **REVOCADOS** los numerales quinto, sexto, séptimo, octavo y onceavo de dicha providencia, y en su lugar se niegue la totalidad de las pretensiones propuestas por la parte actora, con fundamento en los argumentos que concretaré en los acápites siguientes:

I. OPORTUNIDAD DEL RECURSO

Como el recurso de apelación fue admitido mediante auto notificado por estados electrónicos del 09 de agosto del 2024, el término de ejecutoria de 3 días de dicho auto feneció el 14 de agosto de la misma anualidad. Por lo cual, los 5 días para sustentar el recurso iniciaron desde el 15 de agosto del 2024 y fenecen el 22 de agosto del 2024. Por lo tanto, este escrito se remite dentro del término procesal oportuno.

II. SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS

1. EL A QUO DESCONOCIÓ LA CONFIGURACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO No. 8001025995 EXPEDIDO POR AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

Se formula el presente reparo toda vez que se evidencia dentro del asunto ventilado, la configuración de la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, de

acuerdo con lo previsto en el artículo 1081 y 1131 del Código de Comercio, ya que de conformidad con los documentos obrantes en el expediente, se evidencia que transcurrieron más de dos (2) años entre la fecha en que se realizó la reclamación por parte de la víctima al asegurado EPS Servicio Occidental de Salud S.A., en la audiencia de conciliación del 31 de enero del 2014 y la fecha en la que se realizó el llamamiento en garantía a la compañía aseguradora AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. En ese orden de ideas, y conforme a las disposiciones normativas del Código de Comercio, se tiene que en el presente caso se encuentra configurada la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro No. 8001025995.

Lo primero que resulta necesario manifestar, es que, dentro del presente asunto, la compañía aseguradora que represento, fue vinculada bajo la figura del llamamiento en garantía, el cual se encuentra consagrado en el art. 64 del C.G.P., el cual reza:

“(…) Artículo 64. Llamamiento en garantía: Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación (...)”

En efecto, la vinculación de mi prohijada a este proceso, se fundamentó en el llamamiento en garantía se efectuó por la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A., en razón al contrato de seguro No. 8001025995 vigente entre el 31 de enero del 2011 al 31 de enero del 2012, el cual se rige por lo pactado entre las partes y el régimen normativo para el caso en particular. Así las cosas, resulta importante exponer que las acciones que se derivan de los contratos de seguro y que pueden iniciar el tomador y asegurado, conforme lo establece el Art. 1081 del Código de Comercio, en concordancia con el Art. 1131 del mismo estatuto, prescriben dentro de los dos (2) siguientes en el que la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.

Así las cosas, de conformidad con los documentos adosados al proceso, quedó claro que los demandantes efectuaron la debida solicitud de conciliación, dentro de la cual fue vinculada la Entidad prestadora de salud SOS S.A.S., conciliación que se llevó a cabo el día 31 de enero del 2014, en las instalaciones del Centro de Conciliación Justicia Alternativa en la ciudad de Cali, como se aprecia en el siguiente extracto:

104



Centro de Conciliación JUSTICIA ALTERNATIVA

Aprobado mediante Resolución No. 1999 del 17 de Julio de 2007
Cra. 5 No. 3-39 Cali - F.E.C. 524.8801

- Exámenes de laboratorio.
- Estudio radiográfico de Imágenes Tequendama.
- Certificado de existencia y representación de Hospimed Colombia S.A.S.
- Certificado de Existencia y Representación de Clínica Comfandi Tequendama.
- Certificado de Existencia y Representación de La ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S.

CUANTIA

Suma total las pretensiones Cuatrocientos cincuenta y seis millones trescientos veinticinco mil pesos (\$456'325.000.00) moneda corriente.

DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

Siendo las 09:10 a.m. del 31 de enero de 2.014 se dio inicio a la diligencia, ilustrando a las partes sobre el objeto e implicaciones del mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado conciliación, se dio lectura a los hechos y pretensiones del convocante y se concedió el uso de la palabra a cada uno de los intervinientes para que fijaran una posición respecto de las pretensiones elevadas en escrito de solicitud de conciliación.

CONSTANCIA

Para los efectos legales, procesales y uso del interesado, el suscrito conciliador deja constancia de:

Fecha de solicitud	26 de Diciembre de 2.013
Fecha de citación	24 de enero de 2.014
<u>Fecha de A. de Conciliación</u>	<u>31 de enero de 2.014</u>
Hora de la audiencia	09:00 a.m.

Una vez instalada y desarrollada la audiencia de conciliación en mención, las partes no llegaron a un acuerdo que pusiera fin a sus diferencias.

En vista de lo anterior, el conciliador al observar que no hay ánimo conciliatorio entre las partes, declara fracasada la presente audiencia de conciliación.

Con la presente constancia se da cumplimiento a lo señalado por el Artículo 35 y 38 de la Ley 640 de 2001, quedando las partes en libertad de acudir a la jurisdicción respectiva.

No siendo más el objeto de la presente diligencia, se da por terminada a las 09:41 del día 31 de enero de 2.014.

Se expide en original y diez (10) copias del mismo tenor destinadas para las partes.

CONCILIADOR,



Dr. NELSON LOBATON CURREA
C.C. No. : 16.657.780 de Cali
T.P. No.: 143.429 del C.S.J.
CODIGO: 1294-0001

**CENTRO DE CONCILIACIÓN
"JUSTICIA ALTERNATIVA"**

Resolución No. 1999 del 17 de Julio de 2007. Ministerio del Interior y Justicia

La presente constancia No. 000001 fue expedida en el Centro No. 01 de Conciliación en el folio número 001 de la 31 de Enero de 2014.

Tipo de Conciliación: de Acuerdo

Nombre Conciliador: Nelson Lobaton

Codigo de Conciliador: 1294-0001



En efecto, a dicha diligencia, según el acta del centro de conciliación, acudió la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A., como se observa a continuación en el siguiente extracto del acta de la audiencia:

**Centro de Conciliación
JUSTICIA ALTERNATIVA**

Aprobado mediante Resolución No.1999 del 17 de Julio de 2007
Cra. 5 No. 3-39 Cali - P.B.X: 524 8801

NOMBRE : AMI AMED ABDUL GIRALDO RODRIGUEZ
REG. MEDICO: 11751
CEDULA : 16'651.202
DIRECCION : Av. 5 N 22 N-25 Of 202
TELEFONO : 667 06 67
CIUDAD : Cali

NOTIFICACION DE LAS PARTES

Las partes fueron notificadas el día 24 del mes de enero del año dos mil catorce (2014) sobre la realización de audiencia de conciliación programada para el día 31 de enero del dos mil catorce (2014), a las 09:00 a.m., notificación que se surtió mediante comunicación despachada a sus respectivas direcciones, tanto al convocante como al representante legal de la convocada.

ASISTENTES:

A la presente audiencia comparecen:

- El Dr. JORGE FERNANDEZ MAYORGA, mayor de edad y vecino de Cali, identificado con cedula de ciudadanía No. 79.389.302 expedida en Bogotá, y T.P. No. 147. 864 del C.S.J, quien actúa en calidad de apoderado de los convocantes, según poder a él debidamente otorgado.
- El señor FERNANDO DUQUE ARBELAEZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 6'109.945, quien actúa en calidad de convocante.
- La Dra. CAROLINA BELTRAN OSPINA, mayor de edad, titular de a cédula de ciudadanía número 38'665.641 de Jamundi, y T.P. No. 192.214 del C.S.J., en calidad de apoderada de la convocada ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S., según poder allegado y otorgado en debida forma por la Dra. JANETH MIREYA CRUZ GUTIERREZ, Representante Legal para Asuntos Judiciales de la convocada, tal como obra en Certificado de Existencia y Representación Legal.

En este orden de ideas, es a partir de la fecha anteriormente expuesta, y bajo el conocimiento previo que tenía la EPS SOS S.A.S., de la reclamación efectuada por los demandantes, y la cual fue la base para instaurar la demanda verbal, que comienza a correr el término de prescripción ordinaria¹ de dos (2) años, para que los interesados (EPS SOS) en su calidad de asegurado, puedan presentar las acciones judiciales pertinentes que se derivan del contrato de seguro, en este caso la radicación del llamamiento en garantía contra la compañía AXA COLPATRÍA SEGUROS S.A.

Dicho anterior, se tiene que el término máximo en el cual, se podría haber vinculado a mi procurada era hasta el **01 de febrero del 2016**, pero de conformidad con los documentos obrantes en el plenario, se tiene que la EPS SOS S.A.S., presentó el escrito de llamamiento en garantía contra AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., hasta el día **03 de junio del 2016**, fecha para la cual ya se había

¹ Código de Comercio, "(...) art. 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. (...)"

configurado la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, sin que antes de esa fecha esta hubiera sido interrumpida.

En lo que respecta a la prescripción, se debe manifestar que es un fenómeno jurídico a través del cual se pueden adquirir derechos o extinguir obligaciones, en efecto, el artículo 2512 del Código Civil establece:

"(...) Artículo 2512. La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción (...)"

Por su parte, el artículo 2535 Ibídem, que contempla la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales y dispone: *"(...) Artículo 2535. La prescripción que extingue las acciones y derechos exige solamente cierto lapso de tiempo durante la cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta ese tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible (...)"*.

El Código de Comercio consagra un régimen especial de prescripción en materia de seguros y en su artículo 1081 establece previsiones no sólo en relación con el tiempo que debe transcurrir para que se produzca el fenómeno extintivo, si no también respecto del momento en que el período debe empezar a contarse. Al respecto señala la mencionada disposición:

"(...) Art. 1081. 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 (...)". (Negrita por fuera del texto original)

Por su parte, el Art. 1131 del C. Co. establece lo 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.**
(...)"

Resulta relevante resaltar que, en sentencia del 30 de julio del 2020 emitida por este mismo Tribunal, el Magistrado Dr. Hernando Rodríguez Mesa, Expediente 2011-00226-01, ya había explicado lo siguiente sobre la configuración de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, en el binomio asegurado-aseguradora:

"(...) Estas dos clases de prescripción tienen diferente naturaleza y reclaman distintos supuestos, como quiera que la ordinaria se estructura como subjetiva, al depender del conocimiento que el interesado haya tenido o debido tener del hecho que da base a la acción, la extraordinaria es netamente objetiva, como quiera que se muestra refractaria a cualquier consideración de otro tipo que no sea el simple transcurso del tiempo, pues dicho término comienza desde el momento en que nace el derecho y corre contra toda clase de personas.

En punto de su operancia, cumple anotar que las dos formas de prescripción son independientes, amén que autónomas, aun cuando pueden transcurrir simultáneamente, y que adquiere materialización jurídica la primera de ellas que se configure. Ahora bien, como la extraordinaria aplica a toda clase de personas y su término inicia desde cuando nace el respectivo derecho (objetiva), ella se consolidará siempre y cuando no lo haya sido antes la ordinaria, según el caso.

"Resulta por ende de lo dicho, que los dos años de la prescripción ordinaria corren para todas las personas capaces, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (C. C. art.2541), y no corre contra quien no ha conocido o debido conocer aquel hecho; mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho, como a espacio se refirió, y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria"

*Bajo los parámetros referidos encuentra la Sala que se cristalizó la prescripción, toda vez que, el enteramiento del auto de apertura del juicio a la aseguradora solo se dio el 7 de octubre de 2016, significándose con ello que se efectuó vencido los 2 años previstos en el inciso 3º del artículo 1081 del Código de Comercio, **computado ese plazo a partir del momento en que la víctima le hace la reclamación judicial o extrajudicial al asegurado**-que de acuerdo al acervo probatorio se dio el 29 de abril*

de 200911 fecha en la cual se realizó la conciliación extrajudicial en el Centro de Conciliación Asopropaz sin que hubiese ánimo conciliatorio (...)"

Esto claramente ya lo había definido la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

*"(...) Así las cosas, el artículo 1131 del Código de Comercio con la modificación realizada por el precitado artículo, señala que "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**" (resaltado adrede), de donde al día de hoy y para el seguro de responsabilidad civil, afloran indiscutibles e insoslayables a propósito de la prescripción, dos sub-reglas absolutamente diferenciadas: (i) para la víctima el lapso extintivo discurre desde el hecho externo que estructura el siniestro; y (ii) para la aseguradora a partir de que se le formula la petición judicial o extrajudicial de indemnización por la situación o circunstancia lesiva al tercero".²*

Quiere decir lo anterior que, como los hechos objeto del litigio, fueron reclamados extrajudicialmente por los hoy demandantes a la EPS SOS S.A.S., el día 31 de enero del 2014, fecha en la cual se llevó a cabo la audiencia de conciliación extrajudicial, es desde esa fecha que comienza a computarse el término de prescripción ordinaria, sin embargo, el apoderado judicial de la demandada y llamante en garantía presentó el escrito que vincula a mi procurada, hasta el **03 de junio del 2016**, en la cual ya se encontraban más que prescritas las acciones que se derivan del contrato de seguro.

Así las cosas, y de conformidad con lo consignado en la sentencia escrita No. 066 del 01 de marzo del 2024, es más que claro que el juzgado de conocimiento, pasó por alto la normatividad que regula la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, sin tener presente que el Art. 1081 y 1131 del código de Comercio, son claros al exponer que la **prescripción ordinaria respecto del asegurado (EPS SOS S.A.S.)**, será de dos (2) años y comienza a correr desde el momento en el cual la víctima le formula la primera reclamación judicial o extrajudicial, circunstancia que como quedó demostrado ocurrió el día 31 de enero del 2014, con la celebración de la audiencia de conciliación, pues se resalta que los hechos formulados en el escrito de solicitud de conciliación presentada por los demandantes, son los mismos que dieron lugar a la presentación de la demanda.

Con base en lo anteriormente manifestado, queda más que demostrado, que las acciones derivadas del contrato de seguro No. 8001025995 emitido por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., están

² Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC17161-2015/2006-00343 del 14 de diciembre de 2015, M.P.: Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez.

prescritas, y mi procurada no debió ser condenada por su despacho, a reembolsar a EPS SOS S.A., el pago que deba efectuar con ocasión a la condena impuesta en la sentencia escrita No. 066 del 01 de marzo del 2024.

2. EL A QUO REALIZÓ UNA INDEBIDA APLICACIÓN DEL DEDUCIBLE PACTADO DENTRO DEL CONTRATO DE SEGURO No. 8001025995 EMITIDO POR AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

Resulta importante exponer, que el contrato de seguro No. 8001025995 emitido por mi procurada, se estipuló la existencia de un deducible, el cual legalmente está permitido, y que tuvo que haberse tenido en cuenta por el Juzgador a la hora de emitir la sentencia escrita No. 066 del 01 de marzo del 2024, por cuanto las sumas que se encuentran limitadas bajo el deducible indelegablemente deben ser asumidas por el asegurado sin que a mi prohijada le asista ninguna obligación resarcitoria respecto de las mismas.

Conforme a los parámetros normativos, resulta útil recordarse que la estipulación del deducible en los contratos de seguro, se encuentra consagrada en el Art. 1103 del C. Co.; que reza lo siguiente:

“(...) Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original (...)”

El Art. 1103 del Código de Comercio establece claramente la regulación sobre el deducible en los contratos de seguro, precisando que el asegurado no puede protegerse frente a las cuotas de riesgo o pérdida mediante la contratación de un seguro adicional. Esta disposición busca mantener la integridad del contrato original y su incumplimiento puede conllevar la terminación del mismo, subrayando la importancia de respetar las estipulaciones establecidas en el contrato de seguro.

En síntesis, el deducible comporta la participación que asume el asegurado cuando se encuentra probada la responsabilidad civil, el cual se manifiesta en un valor o porcentaje pactado en la póliza de seguro; así entonces, de acuerdo con el contenido de la Póliza de seguro de responsabilidad civil No. 8001025995 vigente entre el 17 de marzo del 2011 hasta 31 de enero del 2012, base en la cual se formuló el llamamiento en garantía, tomada por Servicios Occidental de Salud S.A. se pactó un deducible que no fue tenido en cuenta correctamente por el Despacho.

El deducible estipulado en la póliza de seguro No. 8001025995 establece una clara delimitación de responsabilidades entre el asegurado y la aseguradora. Este deducible no solo es legalmente

válido, sino que también constituye un elemento fundamental en la estructura del contrato de seguro, **que debe ser respetado y aplicado de manera estricta.**

Al no considerar adecuadamente la aplicación del deducible en la sentencia del 01 de marzo de 2024, se está transfiriendo indebidamente a mi prohijada una obligación que, conforme a la normativa vigente y los términos contractuales, corresponde exclusivamente al asegurado. Es decir, las sumas que se encuentran dentro del margen del deducible no pueden ser objeto de resarcimiento por parte de la aseguradora.

Por consiguiente, debe tenerse presente que, dentro del asunto que se ventila, y conforme a las condiciones del contrato de seguro, el juez de manera errona identificó el deducible pactado por las partes vinculadas en el contrato asegurativo, advirtiendo claro que, el deducible pactado debe ser asumido en su integralidad por el asegurado, en este caso EPS Servicios Occidental de Salud S.A.

3. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR AUSENCIA DE LA CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA MISMA

Sea lo primero en exponer, que dentro del asunto que nos convoca, no se encuentran acreditados, ni configurados todos los elementos que determinan la responsabilidad civil médica, que erróneamente se endilgó a la demandada EPS SOS S.A.S., comoquiera que del análisis exhaustivo de los documentos que acompañan en su integralidad el asunto, es claro que no se ha probado la relación del hecho dañoso doloso o culposo con el fatal deceso del señor Diego Fernando Duque Arias, comoquiera que las actuaciones adelantadas por la Empresa Prestadora de Salud SOS ESP S.A.S., fueron diligentes en la prestación del servicio, tanto así que autorizaron y realizaron las actuaciones administrativas pertinentes e idóneas, para que las diferentes IPS prestaran el debido servicio de salud que requería el señor Duque Arias. Resaltando que, de las pruebas técnicas adosadas al proceso, se logra concluir que la atención brindada al paciente, no tuvo injerencia en el hecho reprochado por los demandados, ya que el deceso del paciente, era una situación imprevisible e irresistible y por tanto no se puede atribuir ningún tipo de responsabilidad en contra la empresa prestadora de salud y subsidiariamente mi representada.

La teoría de la causalidad aplicada en Colombia es la causalidad adecuada. A diferencia de la teoría de la equivalencia de condiciones en la que simplemente basta aplicar el método de la supresión mental hipotética y determinar si el hecho final se hubiere o no presentado o no con determinada actuación. La teoría de la causa adecuada exige un filtro adicional, en el que de esa multiplicidad de causas que se pueden presentar en el mundo fenomenológico que pueden ser condiciones sine qua non, serán relevantes solo aquellas **de las que fuera previsible el resultado.** La teoría de la causa adecuada ha sido la elegida por la H. Corte Suprema de Justicia como la teoría aplicable en Colombia, y ha sido definida así:

*“(...) Es sabido que para que exista la responsabilidad se requieren tres elementos absolutamente indispensables y necesarios: el daño, el hecho generador del mismo y un nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) del agente generador. **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 (...)**” (resaltado propio).*

La H. Corte Suprema de Justicia, en su momento se pronunció indicando que:

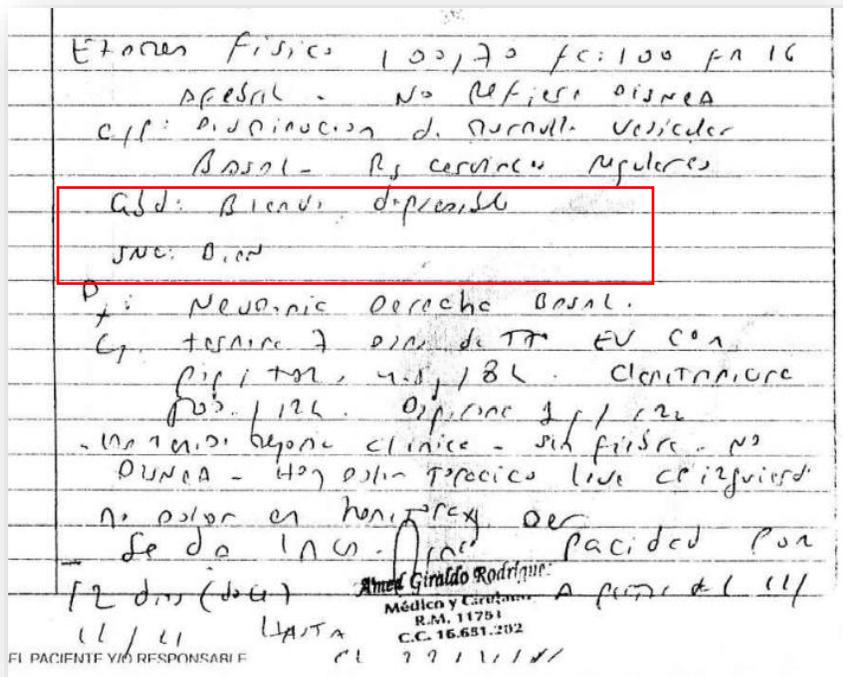
*“(...) El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil Colombiano, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responderá 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 del mencionado estatuto, el que da la pauta, junto con el 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 (...)**”³ (resaltado propio)*

Colindado con lo expuesto, resulta importante exponer que, cuando se trata de probar la posible obligación de indemnizar en materia de responsabilidad médica para establecer el nexo causal, se hace necesario no perder de vista que la acreditación de éste elemento se hace más compleja que en otras áreas del derecho de daños, puesto que como lo indica el autor argentino Ricardo Luis Lorenzetti: *“(...) Es preciso comprender que para la ciencia médica no será una causa lo que produzca un resultado, **sino un conjunto de ellas que en grado diverso aportarán para la conformación del resultado final (...)**”⁴*. De esta manera, puede sostenerse que el nexo causal hace referencia a la relación que debe existir entre el comportamiento o conducta del agente y el resultado desfavorable producido.

³ Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Expediente No. 6.878. M.P. Dr. Jorge Santos Ballesteros.

⁴ GIRALDO, Luis F. La relación de causalidad en los procesos de responsabilidad civil médica profesional. Tomado de: Lorenzetti, R.L. responsabilidad civil de los médicos, tomo II, Buenos Aires, rubinzal-culzoni editores, 1997, p. 115

Teniendo en cuenta la definición jurisprudencial del nexo de causalidad y aterrizando en el caso en estudio, resulta claro que aquí no se configura este elemento de la responsabilidad, comoquiera que no existe prueba alguna en el plenario que acredite una relación de causalidad entre el daño alegado por la activa y la actuación desplegada por la EPS SOS S.A.S. Por cuanto nunca se negó la prestación en el servicio de salud, y la función administrativa de la entidad promotora de salud SOS S.A.S., fue diligente y oportuna, en cuento al servicio médico que el señor Duque Arias requería, tanto así que, para el 18 de noviembre del 2011, la visita del galeno experto, determinó que las condiciones de salud del paciente eran buenas, dándole egreso, confirmando dichas exposiciones con lo manifestado por el paciente, quien expuso sentirse bien, como se observa:



De la historia clínica anexa a la demanda, se logra inferir que la atención al Sr. Diego Fernando Duque (Q.E.P.D), se brindó conforme los protocolos establecidos y con el lleno de los requisitos y estándares de calidad. En todo momento, se siguieron las guías médicas pertinentes y se documentaron de manera exhaustiva los procedimientos y decisiones tomadas durante su tratamiento. Asimismo, el personal médico actuó diligentemente y con estricto apego a las normativas de atención en salud, lo cual demuestra que se ofreció una atención oportuna y adecuada, minimizando cualquier riesgo para el paciente dentro de las posibilidades médicas existentes.

Así las cosas, resulta evidente que el servicio de salud autorizada por la EPS SOS S.A.S., se prestó en debida manera, junto con la atención médica de los galenos expertos, al punto de evidenciar una correcta adherencia del paciente al tratamiento médico dado, al punto se manifestar no presenta dificultad para respirar y manifiesta estar bien.

Por lo anteriormente expuesto, resulta importante manifestar, que sin desconocer que los pronunciamientos jurisprudenciales entorno al verdadero funcionamiento de las entidades promotoras de salud, van encaminadas en manifestar que la función de estas entidades, deben ir más allá del tema administrativo, pues las mismas deben “*propender en que se logre evitar las afecciones **previsibles** y brindar al paciente un trato acorde con la dignidad humana*”⁵, es una circunstancia que a todas luces se cumplió en el caso particular, pues como ha quedado claro de las pruebas obrante en el expediente, la atención médica que requería el señor Diego Fernando Duque Arias siempre fue dada, sin ningún tipo de restricción, autorizando de manera inmediata todos los servicios médicos que el paciente requería para su recuperación.

Es importante no pasar por alto que la carga de la prueba del nexo causal es del demandante. Si el demandante no prueba el nexo las pretensiones de la demanda deben negarse, tal cual debió ocurrir en el caso particular. Es a penas claro que el nexo causal no es un elemento que pueda ser acreditado por medio de pruebas directas, por lo que es preciso incorporar medios de convicción que, mediante la inferencia lógica y con fundamento en el análisis fáctico y jurídico, adviertan la existencia del mismo. Frente al particular la H. Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

“(…) 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 (subjetiva u objetiva), 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 (…)”

Conforme a lo antes dicho, resulta evidente que los demandantes tenían la obligación de demostrar de manera cierta la responsabilidad civil médica, la cual parte de demostrar fehacientemente los perjuicios causados como consecuencia **de un acto médico culposo**, en cabeza de los demandantes, lo cual no ocurrió, pues se resalta que el actuar de la condenada EPS SOS S.A.S., fue más allá del acto administrativo y financiero que la ley le otorga, pues la misma actuó con la finalidad de lograr evitar las afecciones **previsibles** y brindar al paciente un trato digno. Por tanto, para obtener una declaratoria de responsabilidad de la índole del asunto ventilado, era realmente necesario que el demandante pruebe la existencia de un acto médico producido con culpa y la presencia de un daño que tenga un nexo causal con dicho acto médico.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC279-2020, del 31 de agosto del 2020, M.P.: Octavio Augusto Tejeiro.

Por lo dicho, se concluye que no existe relación de causalidad entre el deceso del señor Diego Fernando Duque Arias, y los hechos reprochados a la pasiva. Por lo que, en consecuencia, no le era posible atribuirle ningún tipo de responsabilidad a la EPS SOS S.A.S., pues como quedó acreditado, no sólo todas sus actuaciones estaban dirigidas en cumplir con la normatividad ajustada a su función, que fue autorizar el servicio médico y determinar la red de apoyo que prestó el servicio de salud, misma que fue idónea y perita, cumpliendo también así, con las determinaciones jurisprudenciales del lograr evitar afecciones previsibles y brindar un trato digno al señor Diego Fernando Duque Arias.

4. EL A QUO DESCONOCIÓ EL VALOR PROBATORIO DEL DICTAMEN PERICIAL EMITIDO POR EL DR. NEFTALI GIL

Resulta pertinente manifestar, que el *a quo*, dentro de la parte motiva de la sentencia escrita No. 066 del 01 de marzo del 2024, no realizó apreciaciones respecto de la información dada por el galeno experto en medicina interna Dr. Hernán Neftalí Marín, y quien, de conformidad con la experticia probada al proceso, dejó consignado en su informe pericial, que el señor Diego Fernando Duque Arias, para el día 18 de noviembre del 2011, presentaba una buena evolución a un proceso neumónico o infeccioso pulmonar, por lo cual la causa de la muerte del señor Duque, siendo según el reporte de necropsia, un Tromboembolismo Pulmonar Masivo, no podría ser determinado ni sospechado.

Así las cosas, resulta necesario destacar que la prueba pericial emitida por el medico experto Dr. Neftalí Marín, no fue debidamente valorada por el juez de primera instancia, quien más allá de exponer que la causa de muerte del señor Diego Fernando Duque fue imprevista y repentina, resalto que los síntomas vitales del hoy fallecido para el día 18 de noviembre del 2011 eran normales, y que al no encontrar ningún tipo de síntoma que permitiera inferir sobre la presentación de una patología adyacente a la cual se estaba tratando, resulta claro que el paciente no requería de una atención intrahospitalaria, y que el tratamiento con antibióticos permitió establecer que la evolución en su estado de salud, fue favorable.

Por todo lo manifestado y consignado anteriormente, resulta importante traer a colación lo establecido en el Art. 176 del C.G.P., el cual reza:

“(…) Artículo 176. Apreciación de las pruebas: Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba (...)

Bajo lo señalado en el artículo antes expuesto, es claro que las pruebas deben ser apreciadas de manera conjunta, tanto documentales, como testimoniales, a fin de brindar una adecuada resolución al litigio, y generar un análisis adecuado, valorando de manera objetiva las pruebas, sin dejar pasar por alto, el valor probatorio que cada una de ellas tiene para resolver el litigio.

Por todo lo expuesto, resulta realmente importante señalar, que el juzgado de conocimiento, no realizó una debida valoración probatoria a todos y cada uno de los elementos que se comportan de manera conjunta el expediente por lo cual, es evidente se le otorga un único valor probatorio a los documentos aportados por los demandantes, los cuales incluyen in informe de necropsia que fue elaborado sin el previo conocimiento de la historia clínica del señor Diego Duque Arias, y el informe pericial rendido por el Dr. Izquierdo, quien refirió que el paciente no presentaba antecedentes, y que bajo las condiciones médicas del paciente si era factible realizar la hospitalización en caso, concluyendo adicionalmente que el 18 de noviembre del 2011 terminaron los tratamiento por mejoría.

Por lo expuesto, queda claro que la valoración probatoria entorno a los documentos que comportan el expediente no fue ejercida en debida forma, denotando que se le dio prevalencia únicamente a las pruebas aportadas por la activa, desconociendo de pleno derecho las pruebas adosadas por los demandados, quienes bajo el derecho a la defensa y conforme a los lineamientos jurisprudenciales, a través de todos los medios de convicción, demostrar que no se efectuó ninguna conducta culposa, relacionada y atribuible con el deceso del señor Duque Arias.

Así pues, este despacho cometió error manifiesto al no valorar las pruebas, comportamiento con el que dejó de lado los criterios de la sana crítica, inaplicado la lógica y la razón y lo que es más importante dejando de lado una valoración integral y en conjunto de toda la prueba recaudada que daban cuenta de la verdadera ocurrencia de los hechos que dieron lugar al litigio.

5. EXCESIVA TASACIÓN DEL PERJUICIO DENOMINADO DAÑO MORAL POR PARTE DEL A QUO A LOS SEÑORES MARIA RUBIELA ARIAS Y FERNANDO DUQUE

El *A quo* desconoció plenamente que el extremo procesal activo no acreditó, argumentó, explicó ni justificó de manera alguna el perjuicio reclamado por concepto de daño moral, pues esta únicamente se limitó a realizar una tasación de una suma de dinero pretendidas bajo tal concepto, desconociendo que dicho menoscabo debe ser plenamente probado, por los medios pertinentes. En este caso únicamente se cuenta con las meras manifestaciones de la ocurrencia del evento del 20 de noviembre del 2011, y con base en ello el despacho decidió otorgar tal reconocimiento a todos los demandantes sin que efectivamente se haya probado la afectación, lo que evidencia ser

contrario a los postulados jurisprudenciales, al reconocer una afectación sin que esté plenamente acreditada.

Resulta pertinente recordar que, con relación a la ponderación del daño moral, la misma se encuentra deferida al recto criterio del fallador, estas deben ser debidamente acreditadas, demostradas y tasadas por quien las pretende, teniendo en cuenta además que, este tipo de perjuicios “(...) se trata de agravios que recaen sobre intereses, bienes o derechos que por su naturaleza extrapatrimonial o inmaterial resultan inasibles e inconmensurables (...)”⁶. Sobre este tipo de perjuicio, la Corte ha reseñado que el mismo no “constituye un «regalo u obsequio»” por el contrario, se encuentra encaminado a “(...) reparar la congoja, impacto directo en el estado anímico espiritual y en la estabilidad emocional de la persona que sufrió la lesión y de sus familiares (...)”⁷, con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa. Sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia⁸.

En este orden de ideas, si bien es cierto que no existen criterios objetivos aplicables de manera mecánica a los casos en los que se deba reparar este daño, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia ha establecido unos parámetros para la cuantificación de este.

La Corte Suprema de Justicia a través de sus múltiples pronunciamientos ha dejado decantados los límites máximos de reconocimiento de perjuicios, como lo es en el caso del daño moral. En tal sentido, es importante señalar que los perjuicios morales reconocidos a la parte demandante resultan equivocados y exorbitantes. Puesto que, siguiendo con los lineamientos jurisprudenciales fijados por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia para la tasación de los perjuicios morales en casos análogos de fallecimiento, la Corte ha reconocido sumas máximas de \$53.000.000 para padres y hermanos del causante, como se observa:

“(...) La tasación del daño moral de hijo menor de edad, sus padres y hermanas en cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000), para cada uno, a causa de la muerte del estudiante, como consecuencia de una infección padecida con posterioridad a una intervención quirúrgica, (...). Responsabilidad solidaria de la EPS y la IPS (...)”⁹

Por tanto, es claro el valor reconocido por el *a quo* bajo el concepto de daño moral, resulta contrario a los postulados jurisprudenciales, pues se expone que se reconoció a los señores Mariela Arias y

⁶ Sentencia de casación civil del 13 de mayo de 2008, Exp.1997-09327-01.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de mayo de 2016. Rad: 2004-032 (M.P: Luis Armando Tolosa Villabona)

⁸ *Ibidem*.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 17 de noviembre del 2011, Rad. 1001-3103-018-1999-00533-01.

Fernando Duque la suma de \$61.600.000 a cada uno, con ocasión a la errónea atribución de responsabilidad en cabeza de la demandada EPS SOS S.A., exponiendo de esta manera que la tasación que realizó el despacho no sólo es desproporcionada frente a los postulados jurisprudenciales, sino también frente a la acreditación de tal perjuicios. Así, es claro que en el presente caso no existen argumentos fácticos ni elementos probatorios suficientes que justifiquen la estimación que sobre tales perjuicios realizó la primera instancia.

6. EL A QUO RECONOCIÓ INDEBIDAMENTE EL DENOMINADO LUCRO CESANTE PASADO A LOS DEMANDANTES

La primera instancia reconoció en favor de los demandantes señores María Rubiela Arias y Fernando Duque la suma de \$ 34.775.691 y a las señoras Diana Duque Arias, Zoraida Duque Arias y Paola Duque Arias la suma de \$23.183.794 por concepto de lucro cesante pasante. Presumió equivocadamente el juzgado, que los argumentos que dieron origen a la solicitud de reconocimiento de tal concepto, fueron que los demandantes con ocasión al fallecimiento del señor Diego Fernando Duque Arias, dejaron de percibir un ingreso económico brindado por este de manera directa y mensual, y la colaboración con los gatos del hogar, sin embargo, lo cierto es que tales argumentos no se probaron a lo largo del proceso, y el reconocimiento de perjuicio patrimonial denominado lucro cesante, resulta a todas luces ser indebidamente reconocido.

Es pertinente manifestar que el lucro cesante ha sido entendido como una categoría de los perjuicios materiales de naturaleza económica y de contenido pecuniario. Es decir, que puede cuantificarse en una suma de dinero y que consiste en la afectación o menoscabo de un derecho material o patrimonial, reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir y que no ingresará al patrimonio de la persona. En otras palabras, se deja de recibir cuando se sufre un daño y puede ser percibido a título de indemnización por las víctimas directas o indirectas cuando se imputa al causante del perjuicio la obligación de reparar.

No obstante, para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o futura, es necesaria su plena demostración en el proceso con elementos probatorios fidedignos e idóneos, como lo son aquellos medios permitidos en el ordenamiento jurídico. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

***(...) en cuanto perjuicio, el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual.** (...) Vale decir que el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afinca en una situación real, existente al momento del evento dañoso, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy*

*probablemente (...) **Por último están todos aquellos “sueños de ganancia”, como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea, la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables** (...)*” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Así, resulta evidente que para reconocer la indemnización del lucro cesante es necesario, de un lado, estar en presencia de una alta probabilidad de que la ganancia esperada iba a obtenerse y de otro, que sea susceptible de evaluarse concretamente. Sin que ninguna de esas deducciones pueda estar soportada en simples suposiciones o conjeturas, porque de ser así, se estaría en frente de una utilidad meramente hipotética o eventual. De manera que el lucro cesante solo se reconocerá cuando obren pruebas suficientes que acrediten que efectivamente la víctima dejó de percibir los ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos. En un pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia manifestó literalmente lo siguiente:

“(...) Esta tipología de daño patrimonial corresponde a la ganancia esperada, de la que se ve privada la víctima como consecuencia del hecho dañoso padecido; desde luego, a condición de que no sea sólo hipotética, sino cierta y determinada o determinable, y se integra por «todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirían luego, con el mismo fundamento de hecho», según lo explicó esta Corporación en CSJ SC, 28 jun. 2000, rad. 5348, reiterada en CSJ SC16690-2016, 17 nov (...)”

Por el mismo sendero, en sentencia CSJ SC11575-2015, 31 ago., la Sala enfatizó que la reparación del lucro cesante

*“(...) resulta viable en cuanto el expediente registre prueba concluyente y demostrativa de la verdadera entidad y extensión cuantitativa del mismo. En caso contrario, **se impone rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido** (...)*” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En este orden de ideas, es claro que para que proceda el reconocimiento económico por concepto de lucro cesante, el mismo debe estar plenamente acreditado y se debe basar en simple o esperanzas ilusorias, sin el debido respaldo probatorio, de modo que, siguiendo los derroteros jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, ante la ausencia de certeza del lucro, es decir, la existencia real, tangible y no meramente hipotética o eventual, es impropio el reconocimiento

de indemnización por esta tipología de perjuicios. En tal virtud, ante la ausencia de prueba del lucro, claramente debió negarse por su Despacho totalmente esta pretensión incluida en la demanda.

Sin embargo, resulta importante exponer que tal reconocimiento resultaba a todas luces improcedentes por cuanto **(i)** No se determinó de manera cierta y verídica que el señor Diego Fernando Duque Arias hubiera entregado un valor económico mensual a cada uno de los demandantes, y que dichos ingresos efectivamente formaron parte del patrimonio de los mismos, **(ii)** Las señoras Paola, Zoraida y Diana, para la fecha de ocurrencia del fatal deceso del señor Diego Fernando Duque Arias, ya contaba con la mayoría de edad, por lo cual resulta apenas lógico inferir que las mismas se encontraba en una edad laboral productiva, y **(iii)** finalmente se tiene que los demandantes NO probar la dependencia económica que presuntamente había con el señor Diego Fernando Duque, pues únicamente se tiene que los demandantes manifestaron que recibían un ingreso económico por parte del hoy fallecido, sin especificar la cantidad exacta.

Así las cosas, resulta más que claro, que la activa dentro del desarrollo del presente asunto, NO probó ciertamente que el perjuicio patrimonial de lucro cesante se hubiera causado con ocasión a los hechos reprochados, máxime cuando dentro del expediente no reposa pruebas de la dependencia económica de cada uno de los demandantes con el fallecido, tal cual ha sido establecido en las reiteradas posturas jurisprudenciales.

En conclusión, es claro cómo no se materializó el perjuicio pretendido por la parte demandante, como consecuencia de los hechos objeto del litigio, y que a todas luces el reconocimiento de lucro cesante fue indebido, e injustificado, pues los argumentos del Despacho, para dar lugar a tal reconocimiento, vulnera las determinaciones normativas y jurisprudenciales, comoquiera, que el mismo no debe ser hipotético o eventual, sino que claramente debe configurar una menoscabo cierto y real, lo cual NO ocurrió en el asunto ventilado.

III. PETICIONES

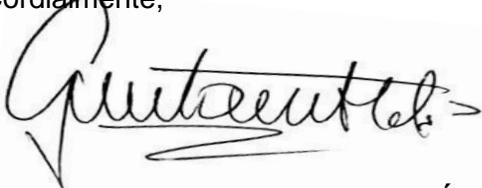
En atención a lo expuesto solicito respetuosamente al H. Tribunal Superior de distrito Judicial de Cali, lo siguiente:

PRIMERO: que sean **REVOCADOS** los numerales quinto, sexto, séptimo, octavo y onceavo de la sentencia escrita No. 066 del 01 de marzo del 2024, la cual fue notificada en estados el día 04 de marzo del 2024, proferida por parte del Juzgado Primero (1) Civil del Circuito de Cali, en donde de manera equivocada se condenó a mi prohijada en virtud del llamamiento que le efectuó la EPS SOS S.A.S. y además se declaró la responsabilidad civil en cabeza de esta última, con ocasión al fallecimiento del señor Diego Fernando Duque el día 20 de noviembre del 2011.

SEGUNDA: En su lugar, se **DECLAREN** probadas las excepciones propuestas por la Compañía de Seguros, en particular la referente a la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro tomado por la EPS SOS S.A.S.

TERCERA: Como consecuencia de la anterior petición, se NIEGUEN totalmente las pretensiones de la demanda, y en particular las pretensiones formuladas en este proceso en contra de mi mandante y se **CONDENE** en costas y agencias en derecho en doble instancia a la parte Demandante, en favor de la parte Demandada.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA.

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.

T.P. No. 39.116 del C. S. de la J.