



MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
POLICÍA NACIONAL
DIRECCION DE SANIDAD

Señor:

JUEZ 35 ADMINISTRATIVO SEC TERCERA ORAL BOGOTA

E. S. D.

REF: Proceso No. 11001334303520180003400

Demandante: JORGE ALEXANDER FLOREZ LUGO Y OTROS

Demandado: Nación - Ministerio De Defensa Nacional - Policía Nacional - Dirección de Sanidad de la Policía Nacional Reparación Directa

RICARDO DUARTE ARGUELLO, abogado en ejercicio identificado como aparece junto a mi firma, obrando en mi condición de apoderado especial de la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional - Dirección de Sanidad - en el proceso de la referencia, doy contestación a la demanda en la siguiente forma:

I. A LOS HECHOS.-

Con fundamento en la auditoria de caso elaborada por el área de sanidad del Tolima se tienen los siguientes registros clínicos:

Atención de urgencias enero 7 de 2016

En la historia se describe: "paciente de 63 años de edad. quien ingresa al servicio de urgencias en compañía de la Policía, refiere que hace aproximadamente 6 horas sufre trauma en regio pósteromedial de muslo izquierdo, al parecer propiciada con proyectil de arma de fuego, paciente niega pérdida del conocimiento, desconoce de dónde se originó el ataque. Refiere que quedó recostado en carretera hasta que llegó alguien a ayudarlo", se describe que los hechos se presentaron en área rural del municipio de Coyaima.

Se realizó atención del paciente en el servicio de urgencias, se solicitaron y tomaron radiografía de fémur y de cadera, evidenciando cuerpo extraño alojado en la articulación de la cadera izquierda, así como una fractura subtrocanterica de fémur izquierdo, se considera que el paciente requiere manejo quirúrgico por fractura abierta. Se inició manejo analgésico y antibiótico triconjugado de amplio espectro, trombo profilaxis, como lo indican los protocolos y guías de manejo de fracturas abiertas, aplicación de toxoide tetánico, se solicitó valoración y manejo médico por la especialidad de ortopedia en forma oportuna, de igual forma se solicitó la

456

254421
2019 ENERO 7 PM 8
CORTE ADMINISTRATIVA
JUZGADO PRIMARIO
ORDENADO

reserva y preparación de unidades de sangre para ser usadas si es necesario durante la cirugía o posterior al procedimiento.

El día 9 de enero y a menos de 48 horas del ingreso a la IPS el Dr Gabriel Ramírez Molina Especialista en Ortopedia, realiza los siguientes procedimientos quirúrgicos:

- Reducción abierta de fractura en cuello de fémur intertrocanterica supracondilea con fijación interna con material de osteosíntesis
- Extracción e cuerpo extraño en fémur por vía abierta
- Lavado y desbridamiento de fractura abierta de fémur

En la historia clínica revisada se evidencia descripción quirúrgica en la cual cirujano describe adecuadamente el proceso de asepsia y antisepsia previa al inicio del procedimiento quirúrgico, se describe la extracción de cuerpo extraño (proyectil), además se describe la utilización de material y equipos para realización de osteosíntesis y reducción de la fractura, se describe como procedimiento sin complicaciones. El especialista tratante continúa tratamiento antibiótico triconjugado, analgesia y manejo intrahospitalario.

El 10 de enero se encuentra paciente con descenso de 2 gramos de su hemoglobina basal en el post operatorio mediato, por lo cual se ordenó la transfusión de 2 unidades de concentrado globular y hemograma post trasfusión, de igual forma continuar tratamiento antibiótico, tromboprofilaxis y analgesia.

El día 11 de enero de 2016, se registra como paciente con buena evolución, no hay signos de respuesta inflamatoria sistémica, adecuado ascenso de cifras de hemoglobina post transfusión, sin embargo se registra que no se logró valorar los rayos x post operatorios por no disponibilidad de los mismos al momento de la valoración por el especialista tratante, sin embargo se da salida al paciente con tratamiento ambulatorio, orden de terapia física, incapacidad y cita control con ortopedista tratante en 15 días.

El 22 de febrero de 2017, el paciente réeconsulta a la IPS hospital San Rafael del Espinal, por incremento del dolor en sitio operatorio, se inicia manejo analgésico, se solcito valoración por ortopedia, se toman rayos x de cadera, la cual evidencia falla del material de osteosíntesis. Al examen físico se evidencia dolor intenso a la movilización de cadera izquierda.

En valoración por ortopedista describe falla en el material de osteosíntesis, dada por la ruptura de los tornillos proximales de la placa con deformidad en varo de la fractura sin evidencia de consolidación del foco de fractura, por lo cual el ortopedista tratante decide llevar a procedimiento quirúrgico y solicita material de osteosíntesis para la realización del procedimiento con estabilización del foco de fractura.

El 26 de febrero de 2016, se realiza nuevo procedimiento quirúrgico en el cual describen el retiro del material de osteosíntesis fracturado y el reemplazo por material de osteosíntesis (clavo endomedular bloqueado), además se encontró en foco de fractura líquido seroso el cual se envía estudio citológico y cultivo de secreción. La coloración gram reporta presencia de coco Gram positivos, por lo que se continua cubrimiento antibiótico iv con amikacina y cefradina. De igual forma se registra como no disponibilidad de medios de cultivo en la institución

Paciente que continúa hasta el día 4 de tratamiento antibiótico, permaneciendo asintomático, sin signos de respuesta inflamatoria sistémica, no signos de dificultad respiratoria, buen control dolor, no signos locales de infección, por tanto dan salida con manejo ambulatorio e indicación de control por consulta externa, con radiografía de control, así como continuar terapia física.

Atenciones IPS Instituto Medico Especialistas de GIRARDOT – Médicos Asociados

Atención de Urgencias, 21 de junio de 2016.

Paciente que reconsulta al servicio de urgencias en IPS en la ciudad de Girardot por presentar dolor intenso y limitación funcional con irradiación a la rodilla izquierda. No se registran otros síntomas como fiebre. Al examen físico encuentran herida en cadera izquierda sin signos de infección, dolor a la flexión de cadera, elevación de la pierna dolorosa, lessague dudoso, adecuada perfusión distal, neurológica sin déficit aparente.

Es valorado por la especialidad de ortopedia quien ordena hospitalizar para toma de paraclínicos, solicita radiografía de cadera y resonancia de la columna lumbosacra, inicio manejo analgésico y revalorar con reportes.

En nota de evolución de ortopedia el 21/06/2016 se registró: "Paciente conocido con fractura subtrocantérica abierta por proyectil de arma de fuego de fémur izquierdo extra institucional con fallo del material de osteosíntesis por lo que requirió el 27 de marzo de 2016, de revisión de osteosíntesis con clavo cefalomedular durante el post operatorio presento buena evolución sin dolor y mejoría progresiva de la movilidad. Hace una semana presenta dolor súbito en cadera y glúteo izquierdo severo irradiado a rodilla izquierda que limita la marcha por lo que usa nuevamente dos muletas sin apoyar la extremidad, niega fiebre, niega traumas recientes, niega otros síntomas.

Al examen físico se encuentra, herida quirúrgica en cadera izquierda, cicatrizadas sanas, sin signos de infección, movilidad de cadera conservada pero dolorosa, principalmente al final de la flexión, lessague izquierdo dudoso, rodilla sin derrame articular con movilidad conservada, roce patelo femoral, no signos de trombosis venosa profunda, neurovascular distal sin déficit, marcha antalgica con gran limitación para el apoyo del miembro inferior izquierdo.

La radiografía de cadera reporta fractura con signos incipientes de consolidación, no hay imágenes sugestivas de secuestro o involucro. No cuttig out, no cambios con respecto a imagen de 14/06/2016.

En el análisis el médico tratante describe: 'Paciente con antecedente de fractura abierta con una reintervención, con alto riesgo de infección, con dudosos signos de radiculopatía. Se decide realizar mañana punción de cadera bajo guía fluoroscópica en quirófanos'.

El 22/06/2016, se describe realización de procedimiento: bajo anestesia local en salas de cirugía y con guía fluoroscópica se realiza artrocentesis de la cadera y dos punciones adicionales en el fémur y se obtiene muestra de líquido la cual se envía a cultivo, en total tres muestras. Con la fluoroscopia reviso en diferentes planos la osteosíntesis y se observa muy estable, sin signos de aflojamiento. Una posibilidad diagnóstica es una infección subclínica por lo cual se inicia tratamiento antibiótico con piperacilina tazobactam y se esperar reporte de cultivos para tomar decisión frente a la continuidad o no de tratamiento antibiótico'.

En las notas de evolución se describe paciente con mejoría clínica, disminución del dolor. El 27 de junio de 2016 llega reporte de cultivo: Microorganismo: Staphylococcus aureus.

Se comentó caso con especialista en infectología (Dr Saavedra), quien considera cambio de tratamiento antibiótico con Oxacilina 2 gramos cada 4 horas y Rifampicina 300 mg vía oral cada 12 horas por 6 semanas.

Como diagnóstico de manejo final se registra: ISO (Infección del sitio operatorio) de osteosíntesis tardía de cadera izquierda más artritis de cadera izquierda. El caso fue valorado en comité de infecciones en la IPS y se considera que el tratamiento debe aplicarse mediante catéter venoso central.

Según notas de evolución y registro de ortopedista tratante, paciente con evolución satisfactoria, mejoría progresiva del dolor, mejoría progresiva de la movilidad, se continuo tratamiento antibiótico según indicación de infectología hasta completar 42 días de tratamiento.

El día 8 de agosto de 2016 se finaliza el tratamiento antibiótico, describen heridas quirúrgicas de muslo y cadera izquierda, cicatrizada y sana, movilidad activa de cadera y rodilla conservadas, manejo diario de terapia física. Se da egreso hospitalario con recomendaciones y control por consulta externa.

II. RAZONES DE DEFENSA.

De acuerdo con la historia clínica se logró evidenciar que se trata de un paciente de 63 años de edad, quien en Enero de 2016 recibió herida por arma de fuego en cadera izquierda con fractura subtrocanterica izquierda, la consulta inicial fue prestada por parte de la IPS en Hospital según los registros clínicos se dio 6 horas después de generada la herida, además dicho paciente provenía de área rural del Municipio de Coyaima (Tolima). Estos factores contribuyen a un incremento en el riesgo de infección, en una fractura abierta grado III, en la cual se presentó compromiso intraarticular como la presentada por este paciente, quien a pesar de recibir manejo antibiótico

triconjugado como se registró en la historia clínica del Hospital San Rafael del Espinal en la atención inicial de urgencias, tiene desde el inicio de la presentación de los síntomas una alta probabilidad de presentar complicaciones entre otras las infecciones por contacto o penetración a tejidos profundos de microorganismos patógenos presentes en el medio ambiente.

Evidenciándose la atención de urgencias oportuna, pertinente con valoración y manejo especializado durante toda su estancia, de igual forma se prescribieron las ayudas diagnosticas necesarias e indicadas para este tipo de fracturas. Como se registró a lo largo del post operatorio inicial, el paciente evolucionó satisfactoriamente y no presento signos de infección.

De igual forma, se debe tener en cuenta que la osteosíntesis es un tipo de manejo quirúrgico de las fracturas y en este caso el antecedente de fractura abierta con exposición de la articulación a microorganismos patógenos presentes en el medio ambiente, hacen que se presente una alta probabilidad de infección en este tipo de procedimientos quirúrgicos, hecho que fue tenido en cuenta por los ortopedistas e informado al paciente y su familia como se registra en los formatos de consentimiento informado, firmado por los pacientes, previo a la realización de todo procedimiento quirúrgico. De igual forma el fallo del material de osteosíntesis hace parte de una de las complicaciones previstas en las reducciones de fracturas, pues su estabilidad no solo depende de la habilidad y destreza del ortopedista para fijarlo y reducir el foco de fractura, ni de la calidad del material de osteosíntesis, sino de factores propios del individuo como el aspecto nutricional, la presencia de infecciones, el adecuado manejo de la extremidad afectada, un óptimo plan de terapia física y rehabilitación para el paciente entre otros factores.

Por otro lado, el paciente posterior al segundo procedimiento quirúrgico presento evolución satisfactoria de su lesión, con mejoría en la marcha y solo aproximadamente 4 meses después presenta manifestación clínica de proceso doloroso inflamatorio, lo cual puede obedecer a una infección subclínica.

Por lo que se concluye que: i) el manejo de la fractura fue adecuado, ii) la infección se considera una complicación de la cirugía, iii) el 50% de las fracturas abiertas presentan infección por que la misma obedece al tipo de fractura y por otro lado no evidencia daño cierto toda vez que el paciente se encuentra en tratamiento con buena evolución.

Por lo anterior, no hay una falla del servicio médico, como quiera que se suministraron todos los medios humanos y científicos al paciente para la recuperación de su salud.

Ahora bien, el Honorable Consejo de Estado ha precisado respecto a la falla en el servicio lo siguiente:

“En casos como el presente en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre

los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria. Así las cosas y teniendo en cuenta que la atribución de responsabilidad reside en la falta de diligencia de la entidad demandada, la cual al parecer no le permitió al paciente el acceso a una nueva intervención quirúrgica en forma oportuna, la Sala estudiará el asunto bajo la óptica de la pérdida de oportunidad, generada en este caso por una falla en el servicio, describiendo en primer lugar los precedentes jurisprudenciales de la Corporación, para luego pasar al análisis del material probatorio que obra en el plenario que permitirá dilucidar si el daño antijurídico sufrido por los demandantes le es imputable al ente público demandado o si por el contrario, nos encontramos frente a una causa de ausencia de responsabilidad". (CONSEJO DE ESTADO, 5 de marzo de 2015, Exp. 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102), M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Radicación número: 25000-23-26-000-1994-9875-01(12706), Actor: LUIS ALFREDO SÁNCHEZ Y OTROS, Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL de data 24 de enero de 2002. Consejero Ponente: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS:

"...Teniendo en cuenta que la conducta de la entidad prestataria del servicio implica la colocación al alcance del paciente de todos los recursos técnicos, científicos, humanos o físicos en el procedimiento a seguir; y que en este caso los facultativos aplicaron el procedimiento adecuado, las maniobras y los elementos utilizados fueron los idóneos en la intervención quirúrgica, en principio no podría deducirse responsabilidad por ese aspecto. Pero paralelamente a esta conducta existía un riesgo propio producto de las condiciones generales del paciente, la gravedad, evolución y estado de la enfermedad que obligaban a tener en cuenta factores como los riesgos de todo paciente asistido en un procedimiento quirúrgico, otros riesgos propios de cada persona en particular según las diferentes condiciones de cada organismo y otros riesgos atinentes a la enfermedad; pues, entre más avanzado se encuentre el estado patológico los riesgos de morbilidad son mayores. Esto quiere decir que si a pesar de aplicarse el procedimiento recomendado y aceptado mundialmente, el paciente no responde adecuadamente o queda sometido a condiciones de incapacidad física y mental como ocurrió en el caso concreto o en el peor de los casos fallece, por ese solo hecho no hay lugar a imputar dicha lesión al establecimiento público, si el daño no obedece efectivamente a falta de diligencia y observación de la lex artis en el procedimiento operatorio..." (Negrilla y subrayado fuera del texto) Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Radicación número: 05001-23-26-000-1990-00690-01(19101), Actor: MATILDE ISABEL MORENO VELILLA Y OTROS, Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA, de 23 de junio de 2010.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 1º de agosto de 2000, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. La sentencia recurrida será confirmada.

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

"... Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico. Al margen de las discusiones que se presentan en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con el régimen probatorio de los elementos de la responsabilidad patrimonial por los daños que se deriven de la actuación médica del Estado, lo cierto es que existe consenso en cuanto a que la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa

459

prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño. En otros términos, como de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, pero siempre que éste le sea imputable al Estado, entonces, en el juicio de responsabilidad es necesario verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar ese daño y que el mismo le es imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que éste constituyó un efecto no previsible o evitable, de la misma enfermedad que sufría el paciente o de otra causa diferente..." (Negrilla y subrayado fuera del texto)

De los extractos anteriores y trayéndolos sobre el caso en concreto se colige que la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, en ningún momento vulneró los derechos fundamentales del paciente, y mucho menos se incurrió en una presunta falla en la prestación del servicio, argumentado esta teoría en el sentido que se cumplió los protocolos y guías de manejo de la patología, además se obró por parte de la entidad pública que apodero con diligencia, evitando colocar en riesgo la vida, la salud y la integridad del hoy demandante dentro del proceso de la referencia, dando de esta forma un mayor enfoque de la atención suministrada y así poder lograr desvirtuar los sucesos narrados dentro de la presente Litis.

A LAS PRETENSIONES.-

Me opongo a la prosperidad de las pretensiones de la parte actora por los argumentos proyectados, en consecuencia solicito de forma respetuosa a la Señora Juez, denegar las pretensiones de la demanda y condenar en costas procesales a la parte demandante, debido a que la atención médica brindada al paciente CENEN FLOREZ LUGO, desde que ingreso al servicio en la ciudad de Cartagena en la Clínica de la Policía Nacional, fue el adecuado de acuerdo a los compromisos adquiridos por parte de los Profesionales de la Salud. El diagnóstico realizado fue el correcto, teniendo en cuenta los protocolos y las guías para el manejo, la atención suministrada por parte de la demandada fue pertinente, eficaz y adecuada, teniendo siempre como pilares fundamentales y constitucionales, la vida en conexidad con la salud y la integridad física del hoy demandante, el manejo de la fractura fue adecuado, la infección se considera un complicación inherente a los procedimientos quirúrgicos, existe adicionalmente otro factor de riesgo dado que pueden presentar infección por el tipo de fractura; por otro lado no hay daño cierto el paciente se encuentra en tratamiento con buena evolución.

PRUEBAS.-

Solicito a la Señora Juez, que se tengan como pruebas y se decreten las siguientes:

A. TESTIMONIALES.

Solicito a la Señora Juez decretar fecha y hora para escuchar en testimonio a los siguientes profesionales de la medicina, para que se pronuncien sobre la patología, hechos de la demanda y atención suministrada al paciente:

- Doctora GABRIEL GONZALEZ MOLINA Medico Ortopedista del área de Sanidad Tolima, quien puede ser notificado en la carrera 22 No. 14-52 centro Ibagué Tolima.

B. OFICIOS:

Como quiera que en la ciudad de Bogotá no se cuenta con la Historia Clínica del señor CENEN FLOREZ LUGO, solicito al señor Juez se oficie al área de Sanidad Tolima para que remita copia de la Historia Clínica del citado paciente en la carrera 22 No. 14-52 centro Ibagué Tolima.

ANEXOS.-

Con la presente adjunto la siguiente documentación:

- Poder otorgado por el Señor Secretario General de la Policía Nacional y sus anexos.

NOTIFICACIONES.-

a) El Demandado: Recibo notificaciones en la Dirección de Sanidad - Policía Nacional - Calle 44 No. 50 - 51 CAN - Edificio Seguridad Social piso 5°. Tels. 220 7418 / 19/ 20/ 22 y en el correo patricia.caro@correo.policia.gov.co

b) El Demandante: En la dirección que cita en la demanda.

Atentamente,


RICARDO DUARTE ARGUELLO

C.C. No. 79.268.093 de Bogotá

T.P. No. 51.037 del C. S. de la J.

Humanismo y Calidad, Camino a la Excelencia en la Sanidad
Calle 44 No. 50-51 Edificio Sede Seguridad Social
Teléfonos: 2207400 IP 7418 / 7419
disan.asjur-judicial@policia.gov.co



Policia"



Grupo Jurídico LEX
abogados

Señor

JUEZ TREINTA Y CINCO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Bogotá D.C.

Referencia: Descorro traslado de la demanda.-

Rad: 2018-00034

Medio de control: Reparación Directa

Demandante: Ceneh Flórez Lugo y Otros

Demandado: Hospital San Rafael E.S.E. de Espinal- Departamento del Tolima y otros

DIANA MARCELA BARBOSA CRUZ, mayor de edad, identificada con la cedula de ciudadanía número 38.143.353 de Ibagué y T.P. 172592 C.S.J. obrando en calidad de apoderada judicial del Departamento del Tolima - Secretaría de Salud, y conforme al poder conferido por la Dra. Dora Patricia Montaña Puerta, - en calidad de Directora el Departamento Administrativo de Asuntos Jurídicos de la Gobernación del Tolima-, me permito descorrer el traslado de la demanda dentro del término legal, con fundamento en las siguientes consideraciones:

I.- A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

Respetuosamente, señor Juez, me opongo a todas las pretensiones referidas en el medio de control - Reparación Directa -, formuladas en la demanda, en razón a que los hechos en los que se fundamenta la demanda, corresponden al presunto actuar deficiente por parte de las directivas del Hospital San Rafael E.S.E. de Espinal - Tolima, en lo que tiene que ver con el procedimiento practicado tendiente a atender la emergencia consistente en trauma en la región postro medial del muslo izquierdo al parecer propiciada por proyectil de arma de fuego y los posteriores padecimientos que según advierte el actor son imputables a la institución médica demandada.

Frente a esta lamentable situación, debe decirse que el Departamento del Tolima - Secretaría de Salud- no intervino, pues no actuaba como

Calle 7ª N° 1-33 Of. 102 B/ La Pola. Ibagué (Tol.)

grupojuridicolex@gmail.com

☎ 3124627767 ☎ 2623295

466

254421



Grupo Jurídico LEX
abogados

asegurador del paciente, ni prestó el servicio, que se asegura, fue defectuoso, situación que de contera exonera de responsabilidad al ente territorial; así que, si existió omisión, demora, tardanza o negligencia en la prestación del servicio de salud, la responsabilidad recae en, bien sea el asegurador o el prestador del servicio de salud, quienes tienen la obligación Constitucional y legal de brindar el tratamiento oportuno y correcto a sus pacientes.

De acuerdo con los artículos 48 y 49 la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993, el servicio a la salud debe ser prestado conforme con los principios de eficacia, igualdad, moralidad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad e integralidad, lo que implica que tanto el Estado como las entidades prestadoras del servicio de salud tienen la obligación de garantizar y materializar dicho servicio sin que existan barreras o pretextos para ello.

Así pues, el ente territorial no puede ser responsable por la presunta falla del servicio alegada por el accionante; en efecto, el servicio estaba a cargo de del Hospital San Rafael de Espinal- Tolima E.S.E., y no del Departamento del Tolima; lo anterior con fundamento igualmente en el Decreto 4747 de diciembre 7 de 2007.

Se reitera entonces, que el Departamento del Tolima -Secretaría de Salud- no tenía a su cargo el cuidado de la salud del señor CENEN FLÓREZ LUGO, sino que este estaba en cabeza del Hospital San Rafael de Espinal E.S.E., entidad esta que era la responsable de buscar y proveer todos los medios necesarios para garantizar el acceso efectivo y oportuno al servicio de salud, para tratar la patología que padecía el paciente.]

II.- FRENTE A LOS HECHOS Y OMISIONES

AL HECHO PRIMERO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado por la parte actora.

AL HECHO SEGUNDO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado por la parte actora.

Calle 7ª N° 1-33 Of. 102 B/ La Pola. Ibagué (Tol.)

grupojuridicolex@gmail.com

☎ 3124627767 ☎ 2623295



Grupo Jurídico LEX
abogados

AL HECHO TERCERO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado por la parte actora.

AL HECHO CUARTO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado con la correspondiente historia clínica del señor CENEN FLÓREZ LUGO.

AL HECHO QUINTO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado con la correspondiente historia clínica del señor CENEN FLÓREZ LUGO.

AL HECHO SEXTO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado con la correspondiente historia clínica del señor CENEN FLÓREZ LUGO.

AL HECHO SÉPTIMO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado con la correspondiente historia clínica del señor CENEN FLÓREZ LUGO.

AL HECHO OCTAVO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado con la correspondiente historia clínica del señor CENEN FLÓREZ LUGO.

AL HECHO NOVENO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado con la correspondiente historia clínica del señor CENEN FLÓREZ LUGO.

AL HECHO DÉCIMO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado con la correspondiente historia clínica del señor CENEN FLÓREZ LUGO.

AL HECHO DÉCIMO PRIMERO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado con la correspondiente historia clínica del señor CENEN FLÓREZ LUGO.

AL HECHO DÉCIMO SEGUNDO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado por la parte actora.

Calle 7ª N° 1-33 Of. 102 B/ La Pola. Ibagué (Tol.)

grupojuridicolex@gmail.com

☎ 3124627767 ☎ 2623295



Grupo Jurídico LEX
abogados

AL HECHO DÉCIMO TERCERO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado por la parte actora.

AL HECHO DÉCIMO CUARTO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado por la parte actora.

AL HECHO DÉCIMO QUINTO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado por la parte actora.

AL HECHO DÉCIMO SEXTO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado por la parte actora.

AL HECHO DÉCIMO SÉPTIMO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado por la parte actora.

AL HECHO DÉCIMO OCTAVO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado por la parte actora.

AL HECHO DÉCIMO NOVENO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado por la parte actora.

AL HECHO VIGÉSIMO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado por la parte actora. }

AL HECHO VIGÉSIMO PRIMERO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado por la parte actora.

AL HECHO VIGÉSIMO SEGUNDO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado por la parte actora.

AL HECHO VIGÉSIMO TERCERO: No le consta al Departamento del Tolima - Secretaría de Salud-. El mismo deberá ser probado con la correspondiente historia clínica del señor CENEN FLÓREZ LUGO.

AL HECHO VIGÉSIMO CUARTO: Es cierto. Es un fundamento de derecho.-

AL HECHO VIGÉSIMO QUINTO: No se trata de un hecho.

AL HECHO VIGÉSIMO SEXTO: No se trata de un hecho.

Calle 7ª N° 1-33 Of. 102 B/ La Pola. Ibagué (Tol.)

grupojuridicolex@gmail.com

☎ 3124627767 ☎ 2623295



Grupo Jurídico LEX
abogados

AL HECHO VIGÉSIMO SÉPTIMO: No se trata de un hecho. Se trata de una apreciación jurisprudencial.

AL HECHO VIGÉSIMO OCTAVO: No se trata de un hecho. Se trata de una apreciación legal.

III.- FRENTE A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

En lo que respecta a la falla del servicio que le endilga la parte actora a la entidad que represento, es preciso señalar que el Departamento del Tolima -Secretaría de Salud- no es una Institución Prestadora de Servicios de Salud, en tanto que la misma ley 1122 de 2007 en su artículo 31, prohíbe de manera expresa la prestación de servicios de salud, pues esta se encuentra circunscrita a las instituciones prestadoras de servicios de salud, bien sean privadas o Empresas Sociales del Estado, como en el caso que ocupa la atención de las partes, de lo que se desprende necesariamente, que el acto médico desplegado por los médicos tratantes de cualquier institución prestadora de servicios, pública o privada es responsabilidad propia de la misma institución y no del ente territorial, como lo pretende hacer ver el actor.

Así las cosas, se tiene que la controversia nace de la presunta falla del servicio médico asistencial, en lo que tiene que ver con los procedimientos médicos practicados en la humanidad del señor CENEN FLÓREZ LUGO y cuya atención inicial fue llevada a cabo por el Hospital San Rafael de Espinal- Tolima E.S.E.

En la situación fáctica acaecida, se tiene que el Departamento del Tolima -Secretaría de Salud- no tiene ninguna injerencia dado que la atención médica fue llevada a cabo una institución diferente a la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima, razón por la que es esa entidad la que debe explicar el porqué de su presunto actuar negligente y no la entidad que represento.

En igual sentido, el actor en su demanda tan solo menciona al Departamento del Tolima -Secretaría de Salud- como la llamada a responder en el caso materia de estudio, pero ni en los apartes de hecho, ni

Calle 7ª N° 1-33 Of. 102 B/ La Pola. Ibagué (Tol.)

grupojuridicolex@gmail.com

☎ 3124627767 ☎ 2623295



Grupo Jurídico LEX
abogados

en los jurídicos, se hace mención, así sea someramente de porqué debe ser el ente territorial el que responda por los actos propios de la Prestadora del Servicio de Salud, por lo que queda en evidencia que ni el accionante logra establecer un nexo obligacional entre el perjuicio causado y el actuar de la administración – departamento del Tolima, Secretaría de Salud.

Así pues, se advierte, que los presuntos perjuicios ocasionados al actor con la prestación del servicio de salud, no son responsabilidad de mi representada, pues se repite, no actuó ni como aseguradora, ni como entidad prestadora del servicio de salud y en consecuencia debe ser excluida y absuelta por los actos que le pretenden ser endilgados.

IV.- EXCEPCIONES

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

Señor Juez, si bien es cierto que la falta de legitimación en la causa es un asunto sustancial, y los asuntos de este tipo por regla general deben ser decididos en la sentencia, también lo es que la ley 1437 de 2011 en su artículo 180, consagro la facultad.- deber para el juez de dar por terminado el proceso en la primera audiencia, si encuentra que no existe legitimación en la causa por pasiva, en aras de hacer efectivos los principios de economía procesal y celeridad, en tanto que resulta desgastante llevar a su culminación un proceso judicial, pese a que en la audiencia inicial surge de bulto la falta de legitimación de alguna o algunas de las partes intervinientes.-

Las Empresas Sociales del Estado fueron creadas por la ley 100 de 1993 en aplicación al artículo 194 y 195 los cuales establecen claramente la naturaleza y el régimen jurídico que las gobierna, adicional a ello el Decreto reglamentario 1876 de 1994 señala que las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por la ley o por las asambleas o concejos, cuyo objeto es la prestación de los servicios de salud.

Calle 7ª N° 1-33 Of. 102 B/ La Pola. Ibagué (Tol.)

grupojuridicolex@gmail.com

☎ 3124627767 ☎ 2623295



Grupo Jurídico LEX
abogados

Conforme a lo dispuesto en los artículos 42 y 43 de la ley 715 de 2001, corresponde a la nación la dirección del sector de salud y del sistema general de seguridad social en salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y correspondiente a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el sistema general de seguridad social en salud en el territorio de su jurisdicción.-

Así las cosas la función la entidad que represento, esto es la Secretaría de Salud del Departamento no es otra que formular los planes, programas y proyectos para el desarrollo del sector salud y del sistema general de seguridad social en salud a nivel departamental, con la ejecución de programas de políticas en salud definidos en los planes de desarrollo a nivel nacional y territorial y lo cierto es que dentro del caso objeto de estudio no se evidencia, que exista elemento probatorio alguno que acredite que la parte actora hubiese acudido a la entidad que represento con el fin de que se brindara algún tipo de servicio de salud al señor CENEN FLOREZ LUGO, o para que se tomaran medidas frente a su traslado a otra institución y que se hubiese hecho caso omiso frente a lo pedido.

Teniendo en cuenta lo anterior es claro que la prestación de los servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales se hace a través de estas Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, razón por la que no existe legitimación en la causa por pasiva para vincular a la entidad territorial que represento, al no ser, se reitera, ni el asegurador, ni el prestador del servicio, pues en la demanda se evidencian quienes fueron las entidades que asumieron la carga asistencial y de seguro, razón por la que debe configurarse esta excepción.

EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE SALUD dentro de su competencia no tenía la obligación de brindar la atención por cuanto no es una INSTITUCIÓN PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD, NI ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIO DE SALUD.

Calle 7ª N° 1-33 Of. 102 B/ La Pola. Ibagué (Tol.)

grupojuridicolex@gmail.com

☎ 3124627767 ☎ 2623295



Grupo Jurídico LEX
abogados

En cuanto a la excepción, se tiene que la legitimación en la causa es un requisito necesario para la prosperidad de las pretensiones invocadas en el medio de control; en el presente caso, esta falta de legitimación en la causa por pasiva se encuentra configurada de acuerdo a los elementos sustentados en esta contestación y que de acuerdo a los hechos narrados en la demanda no corresponden ni al asegurador, ni al prestador de los servicios de salud, en virtud de que los hechos presuntamente ocurrieron como consecuencia de la tardanza en el traslado del paciente a unidad de cuidados intensivos, responsabilidad que recaía en el prestador del servicio de salud.

Es así como, con la imputación de la conducta y del daño a las entidades públicas demandadas –a favor de quienes se surte este trámite jurisdiccional, se tiene que claramente se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la Nación – Ministerio de Salud, Departamento del Tolima y en consecuencia, debe quedar excluida de la cobertura de la sentencia, como quiera que frente a las misma el daño antijurídico no resulta imputable.

Por tanto y con base en lo anteriormente expuesto, ruego señor juez se sirva declarar probada la presente excepción.

V.- PRUEBAS

Ténganse como pruebas las aportadas con la demanda.-

VI.-ANEXOS

1. Poder para actuar.
2. Documento de representación legal del Departamento del Tolima.
3. Ténganse como pruebas las allegadas con la presentación de la demanda.

VII.-NOTIFICACIONES

A la parte demandada en la dirección suministrada en la demanda.

A Mi poderdante en la Calle 11 con Carrera 3, piso 6 Edificio de la Gobernación del Tolima – Secretaría de Salud,

Calle 7ª N° 1-33 Of. 102 B/ La Pola. Ibagué (Tol.)

grupojuridicolex@gmail.com

☎ 3124627767 ☎ 2623295



Grupo Jurídico LEX
abogados

Autorizo para que se me notifique en el correo electrónico notificaciones.judiciales@tolima.gov.co. Y grupojuridicolex@gmail.com y

A la suscrita, en la calle 7ª #1-33, oficina 102, barrio La Pola. Email: grupojuridicolex@gmail.com y teléfonos 3114492132 y 2623295.-

Sin otro particular,

DIANA MARCELA BARBOSA CRUZ

C.C. No 38.143.353

T.P. No 172592 del C.S.J.

Calle 7ª N° 1-33 Of. 102 B/ La Pola. Ibagué (Tol.)

grupojuridicolex@gmail.com

☎ 3124627767 ☎ 2623295

Ibagué, 14 de enero de 2019

Señor:

JUEZ TREINTA Y CINCO (35) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C. SECCIÓN TERCERA

E. S. D.

REF.: MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA DE JORGE ALEXANDER FLOREZ LUGO Y OTROS CONTRA EL HOSPITAL SAN RAFAEL DE EL ESPINAL E.S.E. Y OTROS. RAD: 2018-00034-00

DIANA LUCERO SANCHEZ BARRERA, mayor de edad, domiciliada y residente en Ibagué, identificada como aparece al pie de mi firma, abogada titulada con Tarjeta Profesional No.169.957 del C. S. de la J., actuando en calidad de apoderada del Hospital San Rafael E.S.E. Espinal - Tolima en el proceso de la referencia, de conformidad con el poder anexo, con todo respeto procedo a CONTESTAR la demanda en los siguientes términos:

A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones por cuanto en el presente asunto no concurren todos los elementos que la ley y la jurisprudencia exigen para que pueda configurarse la responsabilidad de la entidad estatal que represento.

A LOS HECHOS

El Hecho Primero: No me consta que se pruebe.

El Hecho Segundo: Es cierto, según los documentos aportados como prueba.

El Hecho Tercero: Es cierto, según los documentos aportados como prueba.

El Hecho Cuarto: Es cierto, según consta en la historia clínica.

El Hecho Quinto: Es cierto, según consta en la historia clínica.

El Hecho Sexto: Es cierto. El día 11 de enero de 2016 se da egreso hospitalario al señor Cenen Flórez Lugo, se dan recomendaciones y se informan signos de alarma, tal como consta en la historia clínica.

El Hecho Séptimo: Es parcialmente cierto. Es cierto, tal como consta en la historia clínica, que el 22 de febrero de 2016, el señor Flórez Lugo, acude al servicio de urgencias por presentar "aumento del dolor" y comenta "que se encontraba en sus terapias físicas el día de ayer, en una sesión refirió dolor y sensación de como si se me soltara algo"¹; también es cierto que en esta atención como plan se ordenó un RX de cadera izquierda y valoración por ortopedia. Una vez es valorado por el ortopedista se ordena la "extracción de dispositivo implantado en el femur- Extracción material de osteosíntesis de femur". Este procedimiento fue realizado el 26 de febrero de 2016, sin complicaciones. Las demás afirmaciones no me constan y deben probarse.

¹ Ver Historia clínica -interconsulta por medicina especializada -22/ feb/16 19:12

El Hecho Octavo: No es un hecho claro y por lo tanto no estoy obligada a contestarlo.

El Hecho Noveno: No es un hecho que provenga de mi representado por lo tanto no estoy obligada a contestarlo y deberá probarse.

El Hecho Decimo: No me consta que se pruebe.

El Hecho Decimo primero: No me consta que se pruebe.

El Hecho Décimo Segundo: No es un hecho, es una apreciación de la apoderada demandante sin soporte jurídico y probatorio, por lo cual no estoy obligada a contestarlo.

El Hecho Décimo Tercero: No me consta que se pruebe

El Hecho Décimo Cuarto: No es un hecho es una apreciación de la apoderada demandante sin soporte jurídico ni probatorio, por lo tanto no estoy obligada a contestar.

El Hecho Décimo Quinto: No es un hecho es una apreciación de la apoderada demandante sin soporte jurídico ni probatorio, por lo tanto no estoy obligada a contestar.

El Hecho Décimo Sexto: No me consta que se pruebe.

El Hecho Décimo Séptimo: No me consta que se pruebe.

El Hecho Décimo Octavo: No me consta que se pruebe.

El Hecho Décimo Noveno: No me consta que se pruebe.

El Hecho Vigésimo: Es parcialmente cierto. Es cierto, tal como consta en la H.C. que el señor Flórez Lugo, fue atendido en el Hospital San Rafael de el Espinal por encontrarse afiliado a la Policía Nacional-Dirección de Sanidad, las demás afirmaciones no me constan y deberán probarse.

El Hecho Vigésimo Primero: Es parcialmente cierto. Es cierto que el señor Cenen Flórez Lugo ingresó al servicio de urgencias el 07 de enero de 2016 a las 12:51 y su motivo de consulta fue "*herida por arma de fuego*", registrándose en su historia, enfermedad actual: "*cuadro clínico de 6 horas de evolución consistente en trauma en región posterior medial de muslo izquierdo, al parecer propiciada por proyectil de arma de fuego...*". Las demás afirmaciones no me constan y deberán probarse.

El Hecho Vigésimo Segundo: Es cierto, tal como consta en la H.C.

El Hecho Vigésimo Tercero: El Hecho no es claro, pues se afirma que "*...fue llevado el 21 de junio del año 2016 nuevamente*", pero no se dice a dónde fue llevado nuevamente?, y luego se dice que fue remitido a la clínica San Sebastián de Girardot pero no se sabe remitido de dónde?. Revisada la H.C. del señor Flórez Lugo en el Hospital San Rafael de El Espinal no aparece atención realizada el 21 de junio de 2016. Las demás afirmaciones no me constan y deberán probarse.

El Hecho Vigésimo Cuarto: No es un hecho, es una apreciación jurídica de la apoderada demandante por lo tanto no estoy obligada a contestar.

El Hecho Vigésimo Quinto: No es un hecho es una apreciación de la apoderada demandante, sin sustento jurídico ni probatorio, por lo tanto no estoy obligada a contestar.

El Hecho Vigésimo Sexto: No es un hecho es una apreciación de la apoderada demandante, por lo tanto no estoy obligada a contestar.

El Hecho Vigésimo Séptimo: No es un hecho es una apreciación de la apoderada demandante, por lo tanto no estoy obligada a contestar.

El Hecho Vigésimo Octavo: No es un hecho es una apreciación de la apoderada demandante, por lo tanto no estoy obligada a contestar.

RAZONES DE LA DEFENSA

De conformidad con artículo 90 de la Constitución Nacional, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Por su parte, el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que la persona interesada podrá demandar directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

Como se observa de la lectura de las normas transcritas, para que exista responsabilidad de la administración, en nuestro caso el Hospital San Rafael de El Espinal, y para que se pueda acudir a la acción de reparación directa debe existir un daño, un perjuicio demostrado, una actuación o una omisión de la administración y un nexo causal entre éstos, es decir que el perjuicio derive directamente de la actuación de la administración.

1. EL DAÑO NO SE CAUSÓ POR LA CONDUCTA DEL HOSPITAL SAN RAFAEL DE EL ESPINAL.

De acuerdo con Tamayo (2007) "*tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual exigen una conducta del demandado*"², la cual en efecto debe ser probada. Así las cosas, para que pueda predicarse que alguien es responsable de un daño es indispensable que exista una conducta del demandado. El citado autor, al respecto de la responsabilidad ha dicho que:

*"Lo que sí es esencial es el comportamiento activo u omisivo del agente, **aun en la más objetiva de las responsabilidades.***

(...)

*Bien vistas las cosas, **sin que haya una conducta activa u omisiva de por medio, la responsabilidad civil es impensable.** Incluso, toda responsabilidad normativa, bien sea jurídica, moral o religiosa, supone siempre un comportamiento activo u omisivo"*³ (Negrillas y subraya fuera del texto)

Conforme con la anterior cita, en los procesos de responsabilidad ya sean contractuales o extracontractuales, la conducta omisiva o activa del demandado es trascendental para declarar la responsabilidad de una

² TAMAYO JARAMILLO, Javier; Tratado de responsabilidad civil; Tomo I, Editorial LEGIS. Bogotá 2007, pag. 188.

³ Ibídem, pag. 188 y 189.

persona y exigirle a la misma la reparación de los perjuicios ocasionados por ello. En el caso bajo estudio, es necesario que se encuentre acreditado que existió un comportamiento activo u omisivo del Hospital el cual presuntamente genero el daño reclamado por la parte demandante, porque de lo contrario no podría endilgarse responsabilidad alguna a mi defendido.

Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado⁴ lo siguiente:

*"...en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, **de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste.** En materia médica, **para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso.** Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance...."* (Negritas y subrayas fuera del texto).

Conforme con la sentencia atrás citada, en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, es necesario que se acredite la falla propiamente dicha del servicio, es decir, que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado de arte de la ciencia médica o si el servicio médico no fue cubierto en forma diligente.

En el caso bajo estudio, la supuesta falla del servicio que se alega por la parte actora no fue acreditada, pues no se demostró que la atención en salud brindada por el Hospital al señor Cenen Flórez Lugo no cumpliera con los estándares de calidad médicos o este servicio no haya sido cubierto en forma diligente; por el contrario en el presente caso, tal como se acreditara con la Historia Clínica y las demás pruebas que se solicitaran, al paciente se le prestaron todos los servicios requeridos de acuerdo a su patología y se siguieron los protocolos vigentes para este tipo de procedimientos como fueron los exámenes pre quirúrgicos, valoración por anestesia y Ortopedia. Además de precisar que el Ortopedista que intervino el paciente, el Dr. Edgar Gabriel Ramírez Molina, tiene la competencia técnica y científica para este tipo de procedimientos. (se anexa Hoja de Vida del médico)

Respecto de la conducta de la entidad hospitalaria, según reposa en la Historia clínica que se aporta, se observa que el paciente CENEN FLOREZ LUGO, ingresó al servicio de urgencias el 07 de enero de 2016 a las 12:51 y su motivo de consulta fue "herida por arma de fuego", registrándose en su historia, enfermedad actual: "cuadro clínico de 6 horas de evolución consistente en trauma en región posterior medial de muslo izquierdo, al parecer propiciada por proyectil de arma de fuego...". Se realizó revisión

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 05 de Marzo de 2015. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancouth. Radicación No. 2002-00375-01 (30102).

de antecedente e inspección general. Se realizó diagnóstico de herida por arma de fuego y fractura abierta de fémur que requería manejo quirúrgico, previo a los exámenes radiológicos y ordenó valoración por ortopedia.

Posteriormente fue valorado por el médico especialista en ortopedia y fue intervenido quirúrgicamente, según consta en la Historia Clínica, el 09 de enero de 2016, siguiendo todos los protocolos aplicables a este tipo de procedimientos.

El paciente Flórez Lugo con posterioridad a la intervención **evolució satisfactoriamente**, por lo que se le dio salida el 11 de enero de 2016, con indicaciones de signos de alarma, recomendaciones y cita de control. (ver H.C.)

Se realizó control postquirúrgico el día 02 de febrero de 2016, por parte del ortopedista tratante de la institución, y **el paciente manifiesta que se siente bien**, al examen físico miembro inferior izquierdo sin discrepancias ni rotaciones anormales (ver HC). Se anota en la HC que la radiografía de pelvis ordenada muestra parte proximal del fémur donde el material de osteosíntesis está bien y se observa el trazo principal de la fractura bien reducida, se ordena cita de control en 1 mes y terapia física para rehabilitar, **continuar sin apoyo y radiografía de fémur**.

El paciente ingresa nuevamente el 22 de febrero de 2016, por presentar dolor severo y limitación funcional. En esta ocasión se toman radiografías de fémur AP y lateral que evidencia una falla material de osteosíntesis dada por la ruptura de los tornillos proximales de la placa con deformidad en varo de la fractura sin evidencia de consolidación del foco de fractura, por lo que se decide por parte del servicio de ortopedia llevar nuevamente a cirugía para retiro de material de osteosíntesis y nueva fijación de la fractura por lo que se solicitan pre quirúrgicos y valoración por anestesia. El 26 de febrero es llevado nuevamente a cirugía.

Conforme a lo anterior, según reposa en la Historia clínica, se observa que una vez ingresó el paciente al servicio de urgencias fue atendido y se le prestaron los servicios médicos que requería de acuerdo a su motivo de consulta, del mismo modo se siguieron los controles respectivos.

En el presente caso lo que al parecer ocurrió fue una falla en el material osteosíntesis, que posiblemente se generó por proceso infeccioso ocasionado por las condiciones del mecanismo de la fractura (proyectil), acompañado por sobreesfuerzo o sobrecarga durante el proceso de recuperación, tal como lo afirma la Dra. Nelly Belen Arsuza Mendoza, en concepto médico emitido para la emisión de este concepto. En efecto dijo la Dra. Arsuza lo siguiente:

“

- *Analizando la historia clínica de la (sic) paciente encontramos que es un paciente cuyo mecanismo de trauma fue una herida por proyectil de arma de fuego, **estos proyectiles son***

elementos altamente contaminantes que generan siembras de bacterias en tejidos blandos y en los tejidos duros corporales.

En el segundo procedimiento se evidencia que habían signos inflamatorios secundarios a un proceso infeccioso.

- Que los procesos de consolidación de este tipo de fracturas, **cuando existen estos procesos infecciosos son más demorados y propician la falla en el material de osteosíntesis en el corto o largo plazo, sobre todo si ha sido sobrecargada, durante el proceso de recuperación.** (El paciente se paró apoyando o hizo movimientos en mitad del miembro inferior). **El material de osteosíntesis utilizado que es el mejor del mercado y además el de mayor costo, no se rompe en un tiempo tan corto a menos que se hayan generado sobrecargas anormales no autorizadas"**
- La complicación de la falla del material no se debe a negligencia del cirujano que es plenamente competente para este tipo de cirugías y es de aclarar que se utilizaron todas las medidas de asepsia y antisepsia durante los procedimientos quirúrgicos realizados como está descrito en los protocolos. **La falla se dio por un proceso infeccioso ocasionado por las condiciones del mecanismo de la fractura que fue un proyectil por arma de fuego que probablemente fueron acompañadas por sobresfuerzo o sobrecarga del material.**
- La complicación presentada se manejó de acuerdo a los protocolos con retiro del material, realización de nueva reducción de la fractura y fijación por osteosíntesis, por lo que consideramos que **el Hospital siempre tuvo la disposición de atender el paciente, el cual fue manejado de siempre por los especialistas del servicio de Ortopedia con protocolos de acuerdo a la mejor evidencia científica disponible.**
- De acuerdo a lo anterior reiteramos que el paciente **CENEN FLOREZ LUGO**, fue intervenido adecuadamente de acuerdo a los protocolos institucionales y estándares internacionales de buena práctica médica. **La complicación presentada no obedece a error en la el acto quirúrgico, dado que se conservaron condiciones de asepsia y antisepsia universales, se realizó lavado y desbridamiento del tejido desvitalizado y se utilizó material de osteosíntesis de la más alta calidad"**.

Así mismo, quedó consignado en la H.C. que el 22 de febrero de 2016, el señor Flórez Lugo, acude al servicio de urgencias por presentar "aumento del dolor" y comenta "que se encontraba en sus terapias físicas el día de ayer, en una sesión refirió dolor y **sensación de como si se me soltara algo**"⁵.

⁵ Ver Historia clínica -interconsulta por medicina especializada -22/ feb/16 19:12



lo que confirma que el procedimiento adelantado por los especialistas del Hospital San Rafael de Espinal fue el adecuado y que la complicación presentada por el paciente no obedece a error en la el acto quirúrgico, dado que se conservaron condiciones de asepsia y antisepsia universales, se realizó lavado y desbridamiento del tejido desvitalizado y se utilizó material de osteosíntesis de la más alta calidad". Que como lo dijo en el concepto la Dra. Arsuza al parecer la complicación que se presentó fue por el mecanismo de la fractura que fue por herida de proyectil de arma de fuego, que son elementos altamente contaminantes que generan siembras de bacterias en tejidos blandos y en los tejidos duros corporales, acompañada por sobreesfuerzo o sobrecarga del material, tal como se dijo atrás, de manera que en el presente caso no existe nexo causal entre el daño causado y reclamado por los demandantes y la atención prestada por la entidad que represento.

Ha manifestado el Consejo de Estado que se puede,

"...deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima..." (Subrayas fuera del texto)

Respecto de la actuación u omisión del Hospital, es menester precisar que cuando una entidad administrativa cumple a cabalidad con sus obligaciones constitucionales o legales, no se configura a cargo de ella falla del servicio alguna, porque se encuentra actuando dentro del ámbito de su competencia. Esto ha sido manifestado por el Consejo de Estado en su jurisprudencia:

"La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual⁶".

⁶ Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, entre muchas otras.

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades **"debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera"**⁷, así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo⁸.

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

La parte demandante ni siquiera precisa cual es el hecho supuestamente dañoso o cual fue la acción del hospital pues como se dijo atrás solo se limitó a decir que existió un *"negligencia médica a título de imputación de responsabilidad contractual del estado por concepto de indebida atención medica"* pero no señala en que consistió tal negligencia médica o por lo menos no precisó, según ellos, que era lo que al parecer debieron haberle hecho al paciente.

Se puede pensar, según la redacción del hecho 25 de la demanda que lo que quiere decir la apoderada demandante es al parecer que el daño se causó porque el paciente *"adquirió una bacteria y/o infección"* en el hospital San Rafael de El Espinal, sin embargo esta afirmación no es cierta por las razones que se expusieron atrás, toda vez que se siguieron los protocolos existentes para el manejo de este caso (respecto de la realización de la cirugía en condiciones de higiene, tal como quedó consignado en la HC), además no existe prueba alguna que acredite lo contrario. Podría pensarse también, toda vez que no es claro en la demanda, que el daño sufrido, se dio como consecuencia de la mala calidad del material de osteosíntesis utilizado en la cirugía que se realizó al paciente el 09 de enero de 2016, lo cual tampoco es cierto toda vez que es el mejor del mercado, pues es una marca reconocida y además por su

⁷ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

⁸ Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

calidad es el de mayor costo, no se rompe en un tiempo tan corto a menos que se haya generado sobrecargas anormales no autorizadas. Además la apoderada demandante no acreditó lo contrario.

De manera que en el presente caso el hospital adelantó todas las gestiones médicas a su cargo para brindar una atención en salud oportuna, según lo reportado en la historia clínica del paciente, pues al ser valorado el proceder de los médicos que lo atendieron desde el ingreso al Hospital, fue adecuado y oportuno de acuerdo a los protocolos médicos.

2. NO HAY NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA Y EL DAÑO.

Teniendo en cuenta que la conducta desplegada por mi defendido se encauzó en el cumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias, y que la consecuencia no fue producto del actuar médico, como se dijo atrás, es palpable que el nexo causal respecto de mi prohijado se encuentra roto, pues así como lo ha señalado el Consejo de Estado en su jurisprudencia, para que se pueda atribuir responsabilidad al Estado como consecuencia de la producción de un daño, por parte de una autoridad pública:

*"Es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligatorio a cargo del órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro, pues una vez se haya establecido que la entidad responsable no ha atendido al contenido obligatorio o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa, porque ha omitido el cabal cumplimiento de las funciones y obligaciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, habría que precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño atendiendo, de acuerdo con la postura que reiteradamente ha sostenido la Sala, a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. En suma son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión: en primer lugar, la existencia de una obligación atribuida a una entidad pública y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, que habría interrumpido el proceso causal de producción del daño; daño que, no obstante no derivarse, temporalmente hablando, de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta"*9.

De lo anterior se pueden colegir primero: **Que al haber cumplido satisfactoriamente el Hospital que represento con sus obligaciones legales y**

9 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejera ponente (E): GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 73001-23-31-000-1997-06706-01(18431).

reglamentarias, no se le debe atribuir el daño, porque obro conforme a los protocolos de atención médica y a su competencia, y segundo, porque los presuntos daños causados al señor Flórez Lugo pudieron haberse generado por diferentes causas, tal como se explicó en el capítulo anterior.

Además debe advertirse que el señor Cenen Flórez al parecer desatendió la orden de **continuar sin apoyo** de acuerdo a su evolución dada en su primer ingreso al Hospital y además se desconocen las actividades que este realizó durante esos días, lo que pudo causar el daño del material que fue retirado. Del mismo modo se desconocen las actividades realizadas por el demandante desde la segunda cirugía, esto es desde el **26 de febrero de 2016 hasta el 21 de junio de 2016**, fecha en que ingresó a la Clínica San Sebastián de Girardot al parecer por presentar aumento de dolor. Debe indicarse que transcurrieron más de cuatro meses entre la segunda intervención y el ingreso a la Clínica San Sebastián de Girardot, lo cual puede dar a entender que hubo una demora del paciente en acudir al servicio pues si según lo afirmado, tenía dolor, lo correcto hubiese sido que acudiera en el menor tiempo posible a un centro hospitalario.

Así las cosas se puede deducir que la conducta desplegada por mi representado no tiene vínculo alguno, o nexo de causalidad con el supuesto "daño" alegado por los demandantes, puesto que dicha ilación se rompe, o se desfigura si observamos que en la generación del mismo, se pudo dar por distintas causas que no son atribuibles a esta entidad, tal como se explicó en el capítulo anterior, los cuales no se relacionan con la atención médica del Hospital San Rafael, ya que a través de la historia clínica del paciente y el concepto médico aportado se ha probado que hubo una adecuada atención médica.

Así, mismo, en Sentencia del 30 de Marzo de 1993, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Alberto Ospina Botero, acogió la teoría de la causalidad adecuada, señalando que

"No basta con establecer la participación de distintos hechos o cosas en la producción del daño, es preciso determinar la idoneidad de la culpa o del riesgo, según los casos, para producir normalmente el hecho dañoso".

Los demandantes se centran en establecer la participación del médico del Hospital que represento, en la producción del daño, sin determinar la idoneidad de la culpa de mi defendido, pues el argumento de los demandados se en que se presentó una negligencia e indebida atención médica, al haber sido el señor Flórez Lugo objeto de "pésimas intervenciones quirúrgicas" lo cual no es cierto, tal como se dijo atrás.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso no existe fundamento legal y probatorio para acceder a la declaratoria de responsabilidad del Estado, por cuanto no se encuentra probada la conducta del Hospital en la generación del daño, y por cuanto las lesiones del actor obedecieron a su propia conducta.

3. CONCURRENCIA DE CULPAS (CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA Y CULPA DE UN TERCERO)

Cabe precisar además, que en el presente caso no existe nexo causal entre el hecho imputado y el deber alegado por la parte demandante, en razón

que se configura la denominada culpa exclusiva de la víctima, para lo cual según la jurisprudencia del Consejo de Estado, basta demostrar que su comportamiento fue decisivo, determinante y exclusivo. En efecto dijo el Consejo de Estado lo siguiente:

Por lo tanto, con el objetivo de acreditar la culpa exclusiva de la víctima en el hecho dañoso, basta la demostración de que su comportamiento fue decisivo, determinante y exclusivo. Así lo ha establecido esta Sección cuando concluye que "no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima, que el presunto responsable acredite que la conducta de aquella fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa a y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación"¹⁰

Debe tenerse en cuenta que el señor Cenen Flórez Lugo al parecer realizó sobrecargas anormales no autorizadas lo que pudo generar la falla en el material de osteosíntesis.

Pero además existió una concurrencia de culpas por el actuar del tercero, que en efecto fue el que le causó las lesiones al señor Flórez, persona de la cual se desconoce su identificación y paradero.

De manera que en el presente caso el daño se causó por la conducta irresponsable del señor Cenen Flórez Lugo al realizar apoyos no autorizados asumiendo su propio riesgo y la concurrencia del tercero que lo lesionó.

La doctrina y la jurisprudencia han sostenido que cuando interviene una causa extraña se dificulta el establecimiento de la relación causal entre la actuación del ente público y el daño.

Para los hermanos Mazeaud falta el vínculo de causalidad cuando el perjuicio es resultado de una causa extraña, y se entiende por tal un acontecimiento ajeno al demandado, que no es obra del demandado. *"Este acontecimiento puede ser obra de la víctima: a menudo acontece que quien pide reparación es la causa misma del perjuicio de que se queja. Puede ser un acontecimiento que a nadie pueda imputarse, como el viento o el rayo, y el perjuicio proviene entonces de fuerza mayor o caso fortuito. Finalmente, puede el perjuicio ser obra de un tercero, es decir de una persona que no es el demandando ni la víctima"¹¹.*

El Consejo de Estado ha precisado que el hecho de la víctima puede alegarse como eximente de responsabilidad cuando ha ocurrido por culpa

¹⁰ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; M.P. Enrique Gil Botero

¹¹ MAZEAUD Henry y MAZEAUD León; Elementos de la Responsabilidad Civil, editorial Leyer, Colección Clásicos del Derecho, Bogotá 2005, Pág. 460.

exclusiva de esta, y ello ocurre cuando se dan los siguientes elementos: a) una relación causal entre el hecho de la víctima y el daño; b) el hecho de la víctima es extraño y no imputable al demandado y c) el hecho de la víctima debe ser ilícito y culpable.

En el presente asunto, se podrá demostrar que el presunto daño causado los convocantes se originó de la actuación imprudente e irresponsable del señor Flórez quien realizó sobrecargas no autorizadas lo que causó la falla al material de osteosíntesis y de la actuación de un tercero que causó las lesiones que generaron la intervención quirúrgica. De manera que no existe ninguna relación causal entre el hecho desplegado por el Hospital y el daño presuntamente sufrido por la parte demandante. En fin, en el presente caso, las lesiones fueron producto de una conducta que dependió de la víctima y del tercero existiendo una concurrencia de culpas y por lo tanto, en el presente caso existe una causal de exclusión de responsabilidad por parte del Hospital ante la inexistencia del nexo causal a que me he venido refiriendo, o como comúnmente se afirma por existir en el presente caso culpa exclusiva de la víctima en concurrencia con la culpa exclusiva de un tercero

Teniendo en cuenta lo anterior, es fácil concluir que el daño causado a la parte actora, no puede imputarse al Hospital San Rafael de el Espinal por las razones expuestas, por las mismas razones tampoco podrá imputarse los daños materiales y morales presuntamente causados.

4. NO SE ENCUENTRA PROBADO EL DAÑO RECLAMADO POR LA PARTE DEMANDANTE.

Se evidencia que el requisito de la responsabilidad estatal del daño así como el perjuicio, no se encuentra probado, puesto que la parte accionante a pesar de que en el escrito de demanda señala haber sufrido unos perjuicios de orden "moral" como "material" y "*alteración de las condiciones de existencia*", no allega elementos materiales probatorios suficientes para corroborarlo.

Se observa que los demandantes no aportaron alguna prueba pertinente para acreditar la existencia de un daño antijurídico como elemento indispensable de la responsabilidad del Estado, pues bien, era necesario que para su configuración reuniera los requisitos señalados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, estos son, que debe ser **cierto, concreto y particular**.

En este sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado respecto de la certeza del daño antijurídico así:

*"En efecto, el daño antijurídico a efectos de que sea resarcible requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) **que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente -que no se limite a una mera conjetura-, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico**, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por*

quien lo reclama, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso"¹².

Por su parte, el tratadista JAVIER TAMAYO JARAMILLO en su libro Tratado de la Responsabilidad civil Tomo II, respecto del daño reparable o indemnizable ha señalado que:

"El daño indemnizable debe ser cierto y, en principio, salvo contadas excepciones, corresponde al demandante probarlo. (Sobre la prueba del daño, infra T. II, 636 y ss.). Si no existe esa certidumbre, no habrá lugar a condenar al autor de la acción lesiva".

"(...)"

"El daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece como evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante."

En cambio, el perjuicio es hipotético, y en consecuencia no hay lugar a reparación, cuando la víctima solo tenía una posibilidad remota de obtener un beneficio en caso de que no se hubiera producido la acción dañina. Solo, pues, cuando la demanda no está basada en una simple hipótesis o expectativa, la víctima tendrá derecho a reparación".

Los presuntos daños aludidos por la parte actora son conjeturas, pues no aportó prueba alguna que respaldara estas afirmaciones, por lo que los perjuicios reclamados no se pueden apreciar material ni jurídicamente en el presente proceso.

5. LA EPS Y LA IPS SON RESPONSABLES SOLIDARIOS EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD A SU CARGO.

Suponiendo que le asiste razón a la parte demandante, y dentro del proceso de la referencia se haya causado un daño antijurídico, lo cual insisto no se encuentra probado que fuera por conducta del hospital que represento, la reparación de los supuestos perjuicio está en cabeza del Hospital San Rafael de El Espinal E.S.E., y la Policía Nacional-Dirección de Sanidad por la responsabilidad solidaria en la prestación del servicio de salud.

La Corte Suprema de Justicia¹³ dentro de los procesos de responsabilidad médica extracontractual, ha expresado que la responsabilidad de las EPS deviene del acto o servicio prestado por su IPS, por aquello de la *responsabilidad solidaria*, a saber ha dicho:

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C.

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012).

Expediente: 05001232500019942279 01. Radicación interna No.: 21.861

¹³ Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, noviembre 26 de 1986; S-001 de enero 30 de 2001, Mag. Ponente, Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

152
18-

"...Desde luego que esta unidad de tratamiento tiene asidero no sólo en la estructura fáctica de la relación obligacional establecida entre las partes del proceso, sino en los efectos que a partir de ella se derivan, porque con independencia del vínculo existente entre la clínica y el médico, lo cierto es que la atención al paciente (acreedor) por dicho profesional, fue dispuesta por la primera, se repite, con el consentimiento del último. De modo que la culpa del señalado agente es la culpa de la sociedad, en los términos del art. 1738 del C. Civil, que en atención al vínculo existente con el agente, estatuye como parte integrante del hecho o culpa del deudor, el hecho o culpa del agente, porque al fin de cuentas, como quedó dicho, se trata de la responsabilidad derivada del incumplimiento de una misma prestación, que por lo demás lesiona el mismo interés y produce el mismo daño, lo cual como seguidamente se analizará, incide en el campo de la solidaridad.

Respecto de este tema, es decir, el de la solidaridad, al contrario de lo que piensa el recurrente, la Corporación entiende que ésta nace de la propia ley, que es una de sus fuentes, (art. 1568 del C. Civil), concretamente de la aplicación del principio general consagrado por el art. 2344 del C. Civil, eficaz para todo tipo de responsabilidad, porque lo que hizo el Tribunal no fue otra cosa que a partir de la demostración de la propia culpa del médico, deducir una responsabilidad directa, concurrente con la culpa contractual, no controvertida en este cargo, de la otra codemandada. En otras palabras, lo claro es que la solidaridad no surgió de una inexistente pluralidad de sujetos contratantes, como lo plantea el impugnante, sino de la propia ley, o sea el art. 2344, en tanto el juzgador consideró que el perjuicio había sido consecuencia de la culpa cometida por dos personas, una de ellas el médico encargado del tratamiento. Por supuesto que para arribar a esta nueva conclusión, vuelve a jugar papel determinante la estructura y el vínculo obligacional que hubo de quedar verificado, porque es la unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor, en la forma como quedó averiguada, ligadas a la identidad del interés lesionado y del daño producido, la que permite hacer el predicamento de solidaridad que antes se expresó, porque como explica Adriano de Cupis al ocuparse de situaciones como la que ahora se estudia, para poder sostener la tesis de la solidaridad, "Es decisivo... que tales comportamientos concurren en la lesión del mismo interés y en la producción del mismo daño". Precisamente, agrega, "la diversidad de título, es decir, del fundamento de la responsabilidad, no excluye su solidaridad, porque deriva de comportamientos concurrentes a la producción del mismo daño...". (Negrilla y subraya fuera del texto)

De conformidad con la sentencia antes citada, la IPS es un agente de la EPS en la prestación de los servicios de salud por este ofertados, por lo que los perjuicios causados por el agente, en este caso IPS, inciden en la entidad promotora de salud, teniendo en cuenta que la responsabilidad solidaria, la culpa del agente hace parte de la culpa del deudor. Es decir, que en los proceso de responsabilidad médica, la culpa de la IPS en la

producción de un daño, hace parte integrante del hecho o culpa de la EPS, pues esta última entidad, quien en los términos del artículo 178 numeral 6 es responsable de establecer los procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad de los servicios prestados por las IPS.

De los artículos 1568, 2344 y 1571 del Código Civil se infiere que la obligación de carácter "solidario" impone a los deudores el correlativo deber de estos de pagar la totalidad de la obligación. Para el caso bajo estudio, nos encontramos ante una responsabilidad solidaria entre la EPS y la IPS Hospital San Rafael de El Espinal, por los presuntos perjuicios causados a la parte demandante, por lo que estas entidades, en caso de probarse la ocurrencia del daño, deberán correlativamente resarcir los perjuicios.

La Corte Suprema de Justicia¹⁴ sobre la responsabilidad solidaria entre la EPS y su IPS, recordó que *"la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas"*, y agregó que la Ley 100 de 1993, asignó a las EPS la función básica de organizar y garantizar *"directa o indirectamente"* la prestación del plan de salud obligatorio a sus afiliados, de manera que, los daños causados a sus afiliados con ocasión de la prestación de servicios de salud, le es imputable a las EPS.

En virtud de lo anterior, en caso de encontrarse probado el daño alegado por la parte demandante y la responsabilidad del Hospital San Rafael de El Espinal E.S.E., no puede condenarse a esta empresa social del estado al pago total del daño, pues según lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, cuando se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado (IPS) este responderá solidariamente con la EPS, siempre que concurren los elementos de la responsabilidad en cada una de las partes.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 de la ley 1795 de 2000, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional es una dependencia de la Policía Nacional, encargada de administrar el Subsistema de Salud e implementar las políticas que emita el CSSMP y los planes y programas que coordine el Comité de Salud de la Policía Nacional respecto del SSPN.

Según el artículo 19 ibídem, son funciones de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, entre otras,

"n) Prestar los servicios de salud a los afiliados y sus beneficiarios del Subsistema de Salud de la Policía Nacional, a través de sus Establecimientos de Sanidad Policial; así mismo podrán solicitar servicios preferencialmente con el Hospital Militar Central o con Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y profesionales habilitados, de conformidad con los planes, políticas, parámetros y lineamientos establecidos por el CSSMP.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Sentencia SC-139252016 (05001310300320050017401), sep. 30/16. Publicación Ámbito Jurídico 11 de Octubre de 2016.

o) Apoyar las acciones que en materia de salud se requieren para el desarrollo del Servicio Policial y de los riesgos que de ella se deriven".

6. DESPROPORCIÓN DE LA SUMA PEDIDA EN LA DEMANDA

Teniendo en cuenta que el artículo 206 del Código General del Proceso, advierte que "quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo."

Pongo de presente que la suma estimada por la accionante en la demanda resulta desproporcionada en tanto se solicitan perjuicios morales para cada uno de los demandantes por encima de las sumas establecidas por el Consejo de Estado¹⁵ de conformidad con la gravedad de la lesión probada.

7. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

En los términos del artículo 64 del Código General del Proceso me permito en memorial separado, llamar en garantía dentro del proceso de la referencia a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, identificada con NIT. 860.002.400-2.

PRUEBAS

1. Pruebas aportadas:

Aporto como pruebas las siguientes:

- 1.1. Copia auténtica de la Historia Clínica del paciente CENEN FLOREZ LUGO en cumplimiento de lo dispuesto por el inciso 2º del parágrafo del artículo 175 del CPACA, con la respectiva constancia de que es fiel copia del original que reposa en los archivos sistematizados del Hospital.
- 1.2. Informe médico –concepto del médico de la Dra. NELLY BELEN ARSUZA MENDOZA del Hospital San Rafael de El Espinal, junto con sus anexos.

2. Pruebas a solicitar:

- 2.1. Testimonios:

Ruego respetuosamente que se ordene la recepción de los siguientes testimonios, para lo cual solicito respetuosamente al juez se Comisione a los Juzgados del Espinal- Reparto, teniendo en cuenta que los testigos residen y trabajan en este Municipio:

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales, aprobada mediante acta del 28 de agosto de 2014.

- 2.1.1. Dra. NELLY BELEN ARSUZA MENDOZA, médico del Hospital San Rafael de El Espinal, quien podrá ser localizado a través de la Gerencia del Hospital Rafael de El Espinal, ubicada en la Calle 4 No. 6-29 de este municipio. Tel 2482818 – fax 2482813, para que exponga con claridad y ratifique lo manifestado en su concepto médico, el cual se aporta.
- 2.1.2. Dr. EDGAR GABRIEL RAMÍREZ MOLINA, quien podrá ser localizado a través de la Gerencia del Hospital Rafael de El Espinal, ubicada en la Calle 4 No. 6-29 de este municipio. Tel 2482818 – fax 2482813, para que rinda testimonio sobre los hechos de la demanda, toda vez que fue el médico que realizó la cirugía del 09 de febrero de 2016 al paciente CENEN FLOREZ LUGO.

ANEXOS

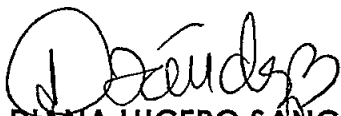
1. Poder a mí conferido.
2. Los documentos relacionados como pruebas.

NOTIFICACIONES

La suscrita apoderada recibirá notificaciones en la carrera 2 No. 6 – 20 Edificio Torreón de la Pola interior 1003 de Ibagué. Tel. 2715800.
Mail: notificacionesasesores@gmail.com

Mi representada recibirá notificaciones en la Calle 4 No. 6-29 del Municipio de Espinal –Tolima. Tel 2482818 – fax 2482813.

Atentamente



DIANA LUCERO SÁNCHEZ BARRERA
C. C. 38.363.556 de Ibagué
T. P. No. 169.957 del C. S. de la J.

384549

384549

A
209

Señor OFICINA DE APOYO
JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E. S. D.

Ref. 2018-00034. Proceso. Reparación Directa. De: CENEN FLOREZ LUGO - OTROS.
Contra. LA NACION - POLICIA NACIONAL - HOSPITAL SAN RAFAEL DEL ESPINAL
E.S.E. - MEDICOS ASOCIADOS I.P.S./NUEVA CLINICA SAN SEBASTIAN DE
GIRARDOT.

RECIBIDA

CORRESPONDENCIA
RECIBIDA

Francisco José Moreno Rivera, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.411.177 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 65.534 del C.S.J., en mi calidad de apoderado especial de Médicos Asociados S.A., conforme al poder conferido por la Dra. Carolina Castillo Perdomo en su condición de Representante Legal, según consta en el certificado de existencia y representación legal adjunto, me permito presentar contestación a la demanda dentro del término legal, a nombre de Médicos Asociados y la Nueva Clínica San Sebastián de Girardot, entidad de la cual es propietaria la primera en cita, contestación conforme a los siguientes fundamentos:

CONSIDERACIONES

Me opongo a todas y cada una de las declaraciones y pretensiones de la demanda, conforme a la exposición que a continuación se presenta frente a los hechos y fundamento de las excepciones de merito.

A.- EN CUANTO A LOS HECHOS

HECHO UNO: No nos consta, que se pruebe. Se trata de eventos íntimos y familiares no susceptibles de verificación por mi asistida.

HECHO DOS: No nos consta, que se pruebe. Se trata de eventos íntimos y familiares no susceptibles de verificación por mi asistida.

HECHO TRES: No nos consta, que se pruebe. Se trata de eventos íntimos, familiares y laborales, no susceptibles de verificación por mi asistida.

HECHO CUATRO: No nos consta, que se pruebe. Se trata de evento verificado en institución de salud con la cual Médicos Asociados S.A., no guarda relación contractual, convenio asistencial, esto es, el Hospital San Rafael de Espinal E.S.E. no es red propia ni alterna de Médicos Asociados ni de su IPS Nueva Clínica San Sebastián de Girardot.

HECHO CINCO: No nos consta, que se pruebe. Se trata de evento asistencial en salud verificado en institución de salud con la cual Médicos Asociados S.A., no guarda relación contractual, convenio asistencial, esto es, el Hospital San Rafael de Espinal E.S.E. no es red propia ni alterna de Médicos Asociados ni de su IPS Nueva Clínica San Sebastián de Girardot.

HECHO SEIS: No nos consta, que se pruebe. Se trata de evento verificado en institución de salud con la cual Médicos Asociados S.A., no guarda relación contractual, convenio asistencial, esto es, el Hospital San Rafael de Espinal E.S.E. no es red propia ni alterna de Médicos Asociados ni de su IPS Nueva Clínica San Sebastián de Girardot.

HECHO SIETE: No nos consta, que se pruebe. Se trata de eventos asistenciales en salud no verificados en establecimiento de salud propiedad o red de mi asistida.

HECHO OCHO: No nos consta, que se pruebe. Se trata de evento asistencial en salud verificado en institución de salud con la cual Médicos Asociados S.A., no guarda relación contractual, convenio asistencial, esto es, el Hospital San Rafael de Espinal E.S.E. no es red propia ni alterna de Médicos Asociados ni de su IPS Nueva Clínica San Sebastián de Girardot.

2
205

HECHO NUEVE: Es parcialmente cierto. El paciente ingresa en la fecha por presentar ocho (8) días de evolución con dolor intenso y limitación para caminar. Al examen físico se define una severa limitación para mover la cadera por dolor, se palpa leve aumento de temperatura, por ortopedia se define fractura subtrocanterica abierta por proyectil de arma de fuego de femur izquierdo extrahospitalario.

Se realizó radiografía de cadera, definiéndose fractura con signos incipientes de consolidación, no hay imágenes sugestivas de sequestrados o involucros, no cutting out, no cambios respecto de imagen del 14/06/2016.

Como plan de manejo se define realizar una punción de cadera bajo guía fluoroscópica en quirófano.

HECHO DIEZ: Es parcialmente cierto. Al paciente se le diagnostica infección en el sitio operatorio extra institucional – esto es, fuera de la institución receptora, esto es Nueva Clínica San Sebastián – el paciente llega a dicha IPS con la infección en sitio operatorio, se logra aislar el germen responsable del proceso infeccioso, requiriendo para ello el usuario tratamiento hospitalario durante un mínimo de 42 días, tiempo durante el cual se le suministró el antibiótico específico frente al foco infeccioso reconocido, con tratamiento con oxacilina y rifampicina.

Se indica en nota médica como soporte de lo anterior: "llega reporte de cultivo de muestra de cadera izquierda – microorganismo: staphylococcus aureus Rm-gp-bl: staphylococcus productor de betalactamasa", se comentó caso clínico con infectólogo de turno, Doctor Saavedra, quien considera cambio de tratamiento antibiótico con oxacilina 2 gramos intravenosos cada 4 horas, rifampicina 300 mg vía oral cada 12 horas por 6 semanas"

HECHO ONCE: Es cierto. El tratamiento instaurado en la IPS Nueva Clínica San Sebastián resulta adecuado.

HECHO DOCE: Es parcialmente cierto. Se presentó infección del sitio quirúrgico, misma que el paciente ya presentaba a su ingreso el 21 de junio de 2016 a la Nueva Clínica San Sebastián, en efecto ello generaba dolor, mas no hay rastro en la historia clínica que soporte que se hubiere indicado que esa infección era producto de la cirugía. No obstante, es necesario anotar que todo procedimiento quirúrgico o invasivo (ventilación mecánica entre otros), y así lo acepta la literatura médica universal, puede generar un proceso infeccioso, de hay, que durante los procedimientos quirúrgicos y en el post operatorio, según la cirugía, se ordene por el médico tratante el manejo por antibioticoterapia, como medio de prevenir procesos infecciosos.

HECHO TRECE: No nos consta, que se pruebe. Se trata de evento no verificable por mi asistida y que se refiere a actividades laborales del actor – paciente.

HECHO CATORCE: Es falso. En lo que respecta a la Nueva Clínica San Sebastián de Girardot, propiedad de Médicos Asociados S.A, no puede pregonarse negligencia médica alguna, mas aun cuando el paciente solo ingresa a la citada IPS el día 21 de junio de 2016, tras pasar seis meses desde que fuera operado para reducción de fractura en la IPS Hospital San Rafael del Espinal, ingreso en el cual se define una infección de sitio operatorio y se trata de forma oportuna y efectiva.

HECHO QUINCE: Es falso. Debe recordarse que incluso el actor en el hecho 5º del libelo de demanda anuncia un procedimiento quirúrgico en el Hospital San Rafael de Espinal E.S.E., el día 9 de enero de 2016, por ende es falso y erróneo imputar a mi asistida supuesta lesión o supuesto daño alguno con ocasión de tal proceder quirúrgico, que no se verifico en la red de Médicos Asociados ni en la Nueva Clínica San Sebastián.

HECHO DIECISIÉIS: No nos consta, que se pruebe. Se trata de eventos íntimos y familiares no susceptibles de verificación por mi asistida.

HECHO DIECISIETE: No nos consta, que se pruebe. Se trata de eventos íntimos y familiares no susceptibles de verificación por mi asistida.

\$ 206

HECHO DIECIOCHO: No nos consta, que se pruebe. Se anuncia en este hecho eventos que no pueden ser verificados por mi asistida, dado que no es la aseguradora en salud del paciente ni ha sostenido con el mismo relaciones comerciales o contractuales.

HECHO DIECINUEVE: No nos consta, que se pruebe. Se anuncia en este hecho eventos que no pueden ser verificados por mi asistida, y que se refieren a actividades diarias laborales del paciente actor.

HECHO VEINTE: Es parcialmente cierto. Es claro que los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, según Ley 100 de 1993 están incursos en un sistema o régimen especial en salud, no tienen E.P.S.S. como ocurre en el régimen ordinario y es la propia Policía Nacional la que se encarga de garantizar los servicios de salud suscribiendo contratos previa licitación con diversas I.P.S.

HECHO VEINTIUNO: No nos consta, que se pruebe. Se trata de evento asistencial en salud verificado en institución de salud con la cual Médicos Asociados S.A., no guarda relación contractual, convenio asistencial, esto es, el Hospital San Rafael de Espinal E.S.E. no es red propia ni alterna de Médicos Asociados ni de su IPS Nueva Clínica San Sebastián de Girardot.

HECHO VEINTIDOS: No nos consta, que se pruebe. Se trata de evento asistencial en salud verificado en institución de salud con la cual Médicos Asociados S.A., no guarda relación contractual, convenio asistencial, esto es, el Hospital San Rafael de Espinal E.S.E. no es red propia ni alterna de Médicos Asociados ni de su IPS Nueva Clínica San Sebastián de Girardot. Es claro si, que ante un rechazo del organismo al material de osteosíntesis, y a criterio del medico tratante y para evitar mayores lesiones al paciente, se puede o debe definir el retiro de tal material como medida para evitar entre otros aspectos, infecciones del hueso.

HECHO VEINTITRES: Es parcialmente cierto. Al paciente se le diagnostica infección en el sitio operatorio extra institucional – esto es, fuera de la institución receptora, esto es Nueva Clínica San Sebastián – el paciente llega a dicha IPS con la infección en sitio operatorio, se logra aislar el germen responsable del proceso infeccioso, requiriendo para ello el usuario tratamiento hospitalario durante un mínimo de 42 días, tiempo durante el cual se le suministro el antibiótico específico frente al foco infeccioso reconocido, con tratamiento con oxacilina y rifampicina.

Se indica en nota medica como soporte de lo anterior: "llega reporte de cultivo de muestra de cadera izquierda – microorganismo: staphylococcus aureus Rm-gp-bl: staphylococcus productor de betalacmasa", se comento caso clínico con infectologo de turno, Doctor Saavedra, quien considera cambio de tratamiento antibiótico con oxacilina 2 gramos intravenosos cada 4 horas, rifampicina 300 mg via oral cada 12 horas por 6 semanas"

HECHO VEINTICUATRO: Es cierto. No hay comentarios.

HECHO VEINTICINCO: No nos consta. No nos consta que el paciente hubiere adquirido infección alguna en el referido hospital, con el cual mi asistida no tiene relación alguna, esto es, no son red propia ni mutua de Médicos Asociados o su IPS Nueva Clínica San Sebastián de Girardot.

HECHO VEINTISEIS: Es cierto. Solo anotar que Médicos Asociados S.A., opera en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud como una I.P.S., así como su establecimiento de comercio denominado Nueva Clínica San Sebastián de Girardot I.P.S..

4207

HECHO VEINTISIETE: Es parcialmente cierto. No hay discusión frente a las diversas jurisprudencias, mas en relación con que el paciente solo requiriera una sola cirugía, ello es erróneo afirmarlo toda vez que el organismo puede desarrollar alergia o rechazar el material de osteosíntesis que se emplea al reducir una fractura y por mas cuidado que se tenga en los procedimientos quirúrgicos y postoperatorios, incluso se trate adecuadamente por antibioticoterapia, siempre existirá como en cualquier cirugía, el riesgo de una infección, o evolución tórpida del paciente pues no se debe omitir dar valor a las patologías base y eventos externos ajenos al servicios de salud, de forma tal que un paciente con evolución tórpida o afectado por eventos adversos, requerirá sin duda de tratamientos terapéuticos, quirúrgicos adicionales para efectos de estabilizar su salud.

HECHO VEINTIOCHO: No nos consta, que se pruebe. No esta aun demostrado en lo que atañe a Médicos Asociados I.P.S. y su establecimiento Nueva Clínica San Sebastián I.P.S., que hubiere existido obrar medico irregular con el cual se generase daño alguno, e incluso el propio actor en el Hecho 26 de la demanda, excluye tal tipo de responsabilidad de mi asistida, de forma tal que no puede advertirse nexos causal alguno entre la conducta medica generada en mi asistida y el supuesto daño que se pretende imputar.

B.- EXCEPCIONES.

Como apoderado de la parte demandada me opongo a todas y cada una de las pretensiones del demandante de la 1ª a la 6a, por carecer de sustento fáctico y jurídico, efecto para el cual se proponen las siguientes excepciones, tanto previas como de merito o fondo:

EXCEPCIONES DE MÉRITO.

B.1.- OBLIGACIONES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO EN EL EJERCICIO MÉDICO.

En Colombia la amplia jurisprudencia de las Altas Cortes ha venido estableciendo el régimen jurídico de responsabilidad aplicable a la actividad médica, teniendo en cuenta la naturaleza de dicha actividad, la incidencia de ésta en la vida y salud de las personas, así como los factores externos e internos que pueden intervenir. Así, recientemente se ha venido determinando un régimen subjetivo de responsabilidad, caracterizado primordialmente por la necesidad de establecer caracteres en la conducta médica, específicamente para determinar la existencia o falta de diligencia y cuidado en la prestación de los servicios de salud. Quiere decir lo anterior, que por regla general, la responsabilidad médica es de medio y no de resultado, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 3 de Noviembre de 1977, es decir, el galeno no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo pero sí de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría. En esta sentencia la Corte consideró que la obligación de medio se presentaba cuando:

"El médico no se obligaba a sanar al enfermo, si no a ejecutar correctamente el acto o la serie de actos, que según, los principios de su profesión ordinariamente debe ejecutarse para conseguir el resultado, que es el mejoramiento de la salud del paciente".-

El haber puesto estos medios con arreglo a la ciencia y a la técnica, constituye el pago de esta clase de obligaciones y lo reitera en la de Sentencia de Septiembre 12 de 1985.

El Consejo de Estado en jurisprudencia del 7 de octubre de 1999, consideró a la actividad médica como una relación jurídica compleja, indicando que para derivar la responsabilidad a cargo de los médicos se deberá analizar los procedimientos realizados de una manera integral. Esa relación está compuesta por una pluralidad de obligaciones, por unos deberes principales y otros accesorios:

- Dentro de los deberes principales encontramos: los de ejecución, diligencia en la ejecución, información y guardar secreto médico.

208
S

- Ya en el acto médico propiamente dicho (desde el diagnóstico), aparecen los deberes secundarios de conducta, como son: elaboración del diagnóstico, información, elaboración de historia clínica... Estos deberes secundarios son los que integran el contenido prestacional médico complejo y es por lo anterior que el Consejo de Estado estipula que debe determinarse cuál de los deberes u obligaciones fueron inobservados, de qué forma y cuál es el alcance de cada uno de ellos, para poder juzgar la conducta del médico frente al caso concreto en caso de un evento dañoso.

La medicina conlleva una enorme responsabilidad que surge de las características que engloban su práctica, por ello, todo procedimiento sea terapéutico, quirúrgico o de diagnóstico tiene asociado un riesgo para el paciente, representado en que las acciones de un médico que produzcan daño o secuelas físicas, psíquicas, tienen implicaciones legales.

Igualmente debe tenerse en cuenta que por la naturaleza misma de la actividad médica, sus resultados de éxito o fracaso no pueden mirarse desde posiciones absolutas de buena conducta – en caso de éxito – o mala conducta generadora de responsabilidad – en caso de fracaso – pues el alea es un factor presente en la actividad. Así, al médico se le exige desplegar su conocimiento y potencial en aras a prevenirlo o, en caso de su materialización, a controlarlo de suerte tal que se mitiguen sus consecuencias nefastas.

Por la naturaleza misma de muchas de las posibles enfermedades que pueden adquirir los pacientes, o ante la dificultad y los riesgos que pueden revestir los tratamientos y procedimientos médicos y quirúrgicos, la figura del médico adquiere su razón de ser: el estar entrenado para asumir situaciones de este tipo, que aunque no se le obliga a eliminarlas del todo, pues su obligación es de medios, eso no lo exime de poner todo su empeño y todo su conocimiento en combatirlas, aún cuando el resultado sea negativo.

Caso particular:

El Sr. Cenen Florez Lugo, ingresa a la Nueva Clínica San Sebastián de Girardot, por cuanto presento a la fecha 21 de junio de 2016 intenso dolor y limitación funcional o de movimiento, tras haber sido operado en el Hospital San Rafael del Espinal casi seis (6) meses antes por fractura en cadera tras herida por proyectil de arma de fuego.

Se establece al ingreso del paciente a la Nueva Clínica San Sebastián una infección en el sitio operatorio y se le da el tratamiento oportuno y adecuado, recibiendo el paciente valoración por especialistas tales como ortopedia e Infectología, paciente que tras 42 días de tratamiento, logra erradicarse la infección y es dado de alta.

Las infecciones en sitio operatorio, están descritas en la literatura medica como un evento adverso esperable y que es recurrente tras procedimientos quirúrgicos o invasivos, de forma tal que presencia si bien es previsible, no resulta ser prevenible, no obstante que los galenos y según la cirugía y órganos comprometidos, suelen previo al procedimiento o acto quirúrgico y en el post, recomendar e iniciar tratamiento por antibioticoterapia.

En el presente asunto, al ingreso del paciente a la Nueva Clínica San Sebastián, se establece la infección y se da tratamiento inmediato y oportuno, infección que se define como extra institucional, esto es, adquirida fuera de la Nueva Clínica San Sebastián, se aísla el germen, se define medicación y se hospitaliza al paciente por mínimo 42 días, lográndose en ese termino de tiempo la erradicación del denominado staphylococcus aureus y con alta o salida del paciente.

En virtud de lo expuesto y lo que se probara, respecto de la gestión adelantada por las demandadas Médicos Asociados y la Nueva Clínica San Sebastián, solicito al despacho se sirva excluir toda responsabilidad en cabeza de las mismas.

B.2 INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR.

Daños Morales y Materiales: La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 26 de agosto de 1982, Sala Casación penal, al sentar jurisprudencia, ha manifestado respecto del daño material que este es el que se puede cuantificar económicamente y el moral, aquel que escapa por su naturaleza a la posibilidad de una valoración en dinero.

Tanto los daños materiales como los morales, exigen para su reconocimiento el que previamente, el Juzgador en una sentencia declare la existencia de nexo causal, entre el hecho y resultado; no puede declararse o reconocerse el pago de daño alguno, sin que exista la plena demostración de la responsabilidad por parte del accionado en el resultado final, lo cual conlleva el demostrarse en juicio que su obrar fue descuidado, negligente, imperito e intencional.

Para el caso sub lite, debe tenerse en cuenta que la parte demandante hace referencia a la indemnización de daños a la salud (paciente), perjuicios morales (paciente, esposa, hijos, hermanos), por alteración condiciones de existencia, y materiales (lucro cesante y daño emergente), con ocasión de los supuestos negligentes procedimientos médicos erróneos, apartándose de que la medicina es un arte o ciencia de medios mas no de resultados.

El daño que - hipotéticamente y sin perjuicio de las causales de justificación o exoneración de la responsabilidad - se le pretende imputar a esta demandada sería apenas eventual, lo que significa que pudo o no ocurrir, siendo su resarcimiento absolutamente improcedente, por cuanto éste no cumple con un elemental requisito para resarcibilidad cual es que el daño sea "cierto".

Es claro que en el presente asunto no puede endilgarse daño a la vida o salud del paciente, por cuanto los procedimientos médicos que se alegan causantes de proceso infeccioso, el mismo actor los imputa a entidad diferente a mi asistida, y que el proceso infeccioso con el cual ingresa el paciente a la Nueva Clínica San Sebastián el 21 de junio de 2016, ya estaba previo a tal fecha en evolución y tras cirugía de seis meses antes, no realizada en la IPS de mi asistida.

Se solicita al Despacho por lo anterior, negar todo reconocimiento de indemnización de perjuicio alguno por daños materiales, morales y de daño a la salud, a favor de la demandante por no existir responsabilidad imputable a las demandadas Médicos Asociados y Nueva Clínica San Sebastián, conforme a lo que se probará.

B.3. INEXISTENCIA RESPONSABILIDAD CIVIL. INEXISTENCIA DEL DAÑO Y RUPTURA DEL NEXO CAUSAL.

Es aquella en virtud de la cual, la víctima o sus herederos, pueden demandar del médico una indemnización pecuniaria por los perjuicios causados con ocasión del ejercicio de la profesión médica.

El tratadista, Dr. Gilberto Martínez Rave, en su libro "Responsabilidad Civil extracontractual en Colombia, 9ª edición, Biblioteca Jurídica Dike, capítulo 11, respecto de la responsabilidad civil por los hechos de la persona jurídica, manifiesta que "son distintas las circunstancias que deben darse en algunos de los elementos que conforman la responsabilidad civil cuando se imputan a las personas jurídicas por las características propias de ese ente que, indiscutiblemente es diferente a la persona humana". Entre dichas diferencias cita el autor las siguientes:

El Hecho. En la persona natural el hecho puede darse por acción u omisión y en igual forma puede darse en la persona jurídica. En la persona natural, ese hecho debe estar circunscrito en el tiempo y en el espacio mientras que para la persona jurídica no siempre es así. En el caso de la persona jurídica puede resultar de acciones, hechos u omisiones que se pueden dar en diferentes circunstancias de tiempo y lugar e inclusive ejecutado por personas naturales diferentes.

La culpa. Este elemento, como elemento subjetivo de la responsabilidad, en el caso de las personas jurídicas puede darse con el simple cambio de una conducta, desarrollada por una misma persona o por diferentes personas en el tiempo, es importante precisar que se debe actuar en cumplimiento de sus funciones para comprometer al ente jurídico.

El nexo causal: Es el vinculo que debe darse entre el hecho, la culpa y el daño.

El daño. Los perjuicios materiales, al igual que en la persona natural, pueden ser el daño emergente y el lucro cesante.

Ruptura del nexo causal. La doctrina y la jurisprudencia han establecido que el nexo de causalidad se interrumpe, se rompe, cuando se dan tres fenómenos que se han cobijado bajo el término "causa ajena", es decir, causa no imputable al presunto responsable: A) Hecho de la víctima. B) Fuerza mayor y caso fortuito. C) Hecho de un tercero.

Dentro del llamado hecho de la víctima, encontramos el llamado "consentimiento de la víctima", diferente al problema de la aceptación del riesgo, que en épocas anteriores fue tenido como liberatorio de la responsabilidad pero ya no, es el consentimiento de la víctima, que debe ser persona mayor y en uso de sus facultades.

Hablar de la responsabilidad del galeno, bien sea civil, penal, administrativa, etc., es referirse inevitablemente a un fenómeno moderno, casi de nuestros días ya que solo la sociedad consumista y reivindicativa defensora de los derechos individuales, y algunos por qué no, de los derechos fundamentales pudo conseguir sentar al banquillo para pedir reparación jurídica y material a los médicos que ocasionan un daño en el desempeño de su profesión. Esto, porque en los albores de la humanidad la responsabilidad médica no existía, dado el carácter sagrado que tenía el médico, lo que lo colocaba mas allá de toda pena o de cualquier indemnización pecuniaria, sin embargo, esto era de preocupación social y legal, por lo que Hammurabi, rey de Babilonia, penalizó a los médicos imperitos y negligentes. Posteriormente, la ley aquiliae romana reguló el resarcimiento del daño causado a otro.

Pero, la responsabilidad civil sea contractual o extracontractual, el hecho generador de responsabilidad bien sea del médico o de la institución, lo constituye el llamado acto médico, que exige el cumplimiento de unos requisitos mínimos y esenciales.

El Acto Médico:

Son aquellas actividades o diligencias que deben cumplirse por el profesional de la medicina para resolver adecuadamente el caso, del cual conoce.

Está formado por varias etapas o momentos, que van concatenándose hasta lograr éxito final en el mismo.

1. El Diagnóstico: Es el momento inicial del acto médico, en el que el profesional de la medicina busca las causas o motivos que originan la consulta. Para ello, utiliza los medios clínicos y técnicos, donde el paciente deberá explicar con veracidad y certeza, los síntomas o manifestaciones del trastorno de salud.
2. Información: Consiste en proporcionarle al paciente una información adecuada y suficiente sobre los trastornos de salud que lo aquejan con claridad.
3. Consentimiento: Lo anterior tiene como objetivo obtener el consentimiento del paciente para ejecutar los tratamientos o procedimientos, dispuestos por el profesional. A eso se le conoce como el "consentimiento informado del paciente", es decir, una autorización expresa, consciente.
4. Tratamiento: Si se obtiene el consentimiento deberá disponer cual es el tratamiento al paciente, que puede darse en dos formas.

- Quirúrgico, cuando no existe otro camino

- Terapéutico, cuando con drogas se puede enfrentar el trastorno de salud.

5. Postratamiento: Actividades que deben cumplirse después del tratamiento quirúrgico o terapéutico para un final exitoso del proceso, como por ejemplo: los controles.

Adicionalmente y en relación a la responsabilidad extra o contractual, en la Sentencia emanada el 9 de mayo de 2011 dentro del proceso No. 11001310303019980105202 del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil, se anotó:

“De lo reseñado en precedencia se colige nítidamente que los demandantes pretendieron la indemnización del daño material y moral que personalmente sufrieron a raíz de la muerte de su madre, y no la reparación del daño que esta soporto por el cumplimiento defectuoso de las obligaciones emergentes del contrato de prestación de servicios médicos celebrado con las demandadas, pues aparte de no relacionar perjuicio alguno ocasionado a la señora María escobar Vda. De Vásquez, cuyo resarcimiento se reclame, no se presentan o comparecen al proceso como sus herederos, ni solicitan para la sucesión la indemnización invocada, alcance que desde luego no se puede asignar a su invocación de la calidad de hijos de aquella, dado que solo tiene por propósito justificar, en la relación de parentesco existente, la causación del daño cuya reparación persiguen”.

En el asunto que nos ocupa, se aprecia que no existe nexos causal, no hay relación entre el hecho y el daño, debiéndose tener en cuenta que el paciente al ingresar a la Nueva Clínica San Sebastián ya presentaba una afectación por infección de sitio operatorio, cirugía no realizada en la IPS en cita y practicada con seis (6) meses de antelación, no obstante es claro que todo procedimiento quirúrgico o invasivo es susceptible de generar focos de infección, no atribuibles de forma exclusiva a aquellas nosocomiales, sino también por eventos ajenos a la atención médica, como lo son los estados de inmunosupresión, aparición de enfermedades o patologías que afectan al paciente y no relacionadas con el sitio quirúrgico, descuido del propio paciente entre otras.

No se presentó daño al paciente durante la atención brindada en la Nueva Clínica San Sebastián, centro asistencial en el cual se dejó a disposición del paciente el equipo técnico científico y de profesionales adecuado, mas y no obstante una evolución de mas de 42 días, el paciente es dado de alta una vez el foco infeccioso es erradicado.

Se solicita al despacho con fundamento en lo anterior, excluir en sentencia, toda responsabilidad imputable a Médicos Asociados S.A. o la Clínica Nueva San Sebastián en los eventos fundamento de la presente demanda y como consecuencia se abstenga el despacho en dar trámite a las peticiones económicas solicitadas por la actora.

B.4. EXCEPCIÓN GENÉRICA.

Me permito solicitar a su señoría tenga presente toda aquella excepción que pueda surgir con ocasión del desarrollo de la etapa probatoria y demás que componen el proceso, que favorezca los intereses de mi representada.

C.- PRUEBAS

Solicito muy comedidamente al señor juez, se sirva tener como pruebas, decretar y practicar las siguientes:

C.1.- Documentales

C.1.1. Poder conferido y Certificado de existencia y representación de la demandada Médicos Asociados.

C.1.2. Copia de la Historia clínica No. 14.215.885 a Nombre de Cenen Florez Lugo, en medio magnético – 1 CD.

202
9

C.2.- Oficios: Solicito se requiera por medio de oficio, a la Secretaria de Salud de Cundinamarca, para que informe lo siguiente, respecto de la atención en salud brindada al paciente Cenen Florez Lugo, así:

Si obra u obro investigación administrativa y caso afirmativo sus resultados, por la atención brindada en salud al señor CENEN FLOREZ LUGO con identificación C.C. 14.215.885 entre los días 21 de Junio de 2016 al 20 de Septiembre de 2016 en la IPS Nueva Clínica San Sebastián de Girardot.

C.3.- Testimoniales

Solicito se fije hora y fecha para que sean escuchados en testimonio sobre los hechos de la demanda, los siguientes testigos:

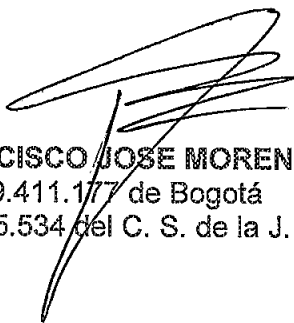
Drs. Andrés Felipe Patiño Bonnet, Luis Francisco Restrepo Suarez, Mauro Enrique Rubio Fuenmayor, Doris Elliane Mendoza Giraldo, Mds. Ortopedia y Traumatología; Natalia Montenegro G, Diego Fernando Gaitan Garzon, Mauricio Humberto Sanchez, Julie Andrea Guzman Menjura, Md. Generales, quienes fueron médicos tratantes del señor Cenen Florez Lugo en la Nueva Clínica San Sebastián.


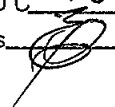
Para efectos de ser escuchados en testimonio, solicito desde ya, se libre Despacho Comisorio para ante los Juzgados Administrativos de Girardot, por ser el lugar de residencia y domicilio laboral de los citados galenos y quienes prestan labores profesionales en tal ciudad a otras IPS ajenas a Médicos Asociados y en la Nueva Clínica San Sebastián.

D.- ANEXOS.

Las enunciadas en el acápite de pruebas documentales del presente escrito.

Atentamente,


FRANCISCO JOSE MORENO RIVERA
CC. 79.411.177 de Bogotá
T.P. 65.534 del C. S. de la J.


RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO
OFICINA DE APOYO PARA LOS JUZGADOS
ADMINISTRATIVOS DE BOGOTÁ
DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL
El documento fue presentado personalmente por
FRANCISCO JOSE MORENO RIVERA
Quien se identifico C C No. 79.411.177
T P No. 65534 Bogotá. D C 13 NOV. 2018
Responsable Centro de Servicios. 

34
AG
ABOGADOS
425
30
33

Señores:

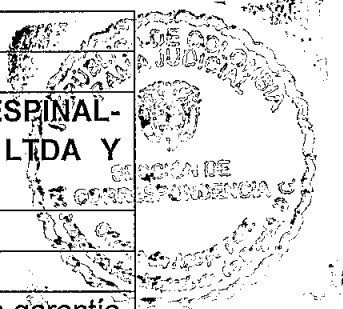
JUZGADO TREINTA Y CINCO (35) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

-SECCIÓN TERCERA-

E. S. D.

10 1 AGO. 2018

Proceso:	Acción de Reparación Directa
Demandante:	JORGE ALEXANDER FLOREZ LUGO Y OTROS
Demandados:	HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. DE EL ESPINAL-TOLIMA, CLÍNICA SAN SEBASTIÁN Y CIA LTDA Y OTROS
Li. en garantía:	PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
Radicado:	2018-0034
Asunto:	Contestación de la demanda y del llamamiento en garantía formulado por HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. DE EL ESPINAL - TOLIMA



RAFAEL ALBERTO ARIZA VESGA, mayor de edad, con domicilio en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 79.952.462 expedida en Bogotá D.C., y portador de la T.P. No. 112.914 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado especial de la **PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGURO**, según poder debidamente otorgado y que se aporta al expediente, por medio del presente escrito procedo a contestar la demanda formulada ante usted por **JORGE ALEXANDER FLOREZ LUGO Y OTROS** (Primer Capítulo del documento); así mismo, se procede a contestar el llamamiento en garantía formulado por el **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. DE EL ESPINAL - TOLIMA** (Segundo Capítulo del documento), todo lo anterior de la siguiente manera:

PRIMER CAPÍTULO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Pese a que la vinculación de mi mandante se realiza en la condición de llamado en garantía por parte del **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. DE EL ESPINAL - TOLIMA** en desarrollo del derecho fundamental de defensa y contradicción, así como haciendo uso de lo establecido en el segundo inciso del artículo 66 del C.G.P.¹, se procede igualmente a contestar la demanda, en los siguientes términos:

I. PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA:

Doy respuesta a cada uno de los hechos utilizando la misma numeración establecida por el demandante en su escrito de demanda:

AL HECHO 1: NO ME CONSTA que los señores **CENEN FLOREZ LUGO** y **ALITH LIS LIS** sean compañeros permanentes, considerando que se trata de un hecho ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado dentro del presente proceso.

AL HECHO 2: NO ME CONSTA que el señor **CENEN FLOREZ LUGO** sea el padre de **EMERSON ALBERTO FLOREZ NOVA** y **CATERIN SHIRLEY FLOREZ NOVA**, pues se trata de una circunstancia ajena a mi mandante, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

¹ Código General del Proceso: Artículo 66. "TRÁMITE. (...) El llamado en garantía podrá contestar en un solo escrito la demanda y el llamamiento, y solicitar las pruebas que pretenda hacer valer. (...)"

AL HECHO 3: NO ME CONSTA que los demandantes CENEN FLOREZ LUGO, ILDA NOHORA FLOREZ LUGO, RUBIELA FLOREZ LUGO, OLGA FLOREZ LUGO, BAUDELINO FLOREZ LUGO, JULIO CESAR FLOREZ LUGO, JORGE ALEXANDER FLOREZ LUGO sean hermanos, considerando que se trata de una circunstancia ajena a mi mandante, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 4: NO ME CONSTA que el señor CENEN FLOREZ LUGO haya ingresado al servicio de urgencias el 7 de enero de 2016 al HOSPITAL SAN RAFAEL ESE DEL ESPINAL - TOLIMA, pues se trata de una circunstancia ajena a mi mandante, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 5: NO ME CONSTA que el 9 de enero de 2016, al señor CENEN FLOREZ LUGO se le haya practicado un procedimiento quirúrgico en el HOSPITAL SAN RAFAEL ESE DEL ESPINAL - TOLIMA, puesto que se trata de un hecho ajeno a mi mandante, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 6: NO ME CONSTA que el 11 de enero de 2016 el HOSPITAL SAN RAFAEL ESE DEL ESPINAL – TOLIMA haya dado la orden de salida del paciente CENEN FLOREZ LUGO, toda vez que se trata de un hecho completamente ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que se pruebe en el presente proceso.

AL HECHO 7: NO ME CONSTA que el 22 de febrero de 2016 el señor CENEN FLOREZ LUGO haya sido llevado a urgencias, por presentar aumento de dolor en la pierna izquierda, donde se le ordena valoración por ortopedia y como procedimiento quirúrgico la extracción de dispositivo implantado en el fémur, pues se trata de un hecho ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 8: NO ME CONSTA que al señor CENEN FLOREZ LUGO se le haya dado la salida del HOSPITAL SAN RAFAEL ESE DEL ESPINAL – TOLIMA hasta el 23 de febrero de 2016, considerando que se trata de un hecho ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 9: NO ME CONSTA que el señor CENEN FLOREZ LUGO haya sido llevado por urgencias a la CLINICA SAN SEBASTIAN DE GIRARDOT- CUNDINAMARCA, por presentar aumento de dolor con limitación funcional, puesto que se trata de un hecho ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado dentro del presente proceso.

AL HECHO 10: NO ME CONSTA que el señor CENEN FLOREZ LUGO haya presentado mejoría o evolución clínica progresiva, en manejo con rifampicina + oxacilina en el día 36 de 42 que duraba el tratamiento, considerando que se trata de un hecho ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 11: NO ME CONSTA que el señor CENEN FLOREZ LUGO al día 42 estaba en buen estado de salud y la zona de catter sin signos de infección, toda vez que se trata de un hecho completamente ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 12: NO ME CONSTA que a los demandantes CENEN FLOREZ LUGO y ALITH LIS LIS se les haya informado que el paciente presentaba una infección y que por ello era el dolor, toda vez que se trata de un hecho completamente ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 13: NO ME CONSTA que la situación económica de los señores CENEN FLOREZ LUGO y ALITH LIS LIS, haya empeorado a razón de que les tocó contratar un empleado para que hiciera las labores del accionante CENEN FLOREZ, toda vez que se trata de un hecho

completamente ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 14: NO ES CIERTO que en el presente caso se haya presentado alguna negligencia médica a título de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, considerando que la atención médica brindada al señor CENEN FLOREZ LUGO fue la idónea, pertinente y de conformidad con las reglas y protocolos de la lex artis, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 15: Toda vez que la parte demandante incorpora varios supuestos fácticos en un mismo numeral, para contestar apropiadamente, se separa como sigue:

- **NO ME CONSTA** que los demandantes CENEN FLOREZ LUGO, ALITH LIS LIS y demás familiares, hayan padecido algún sufrimiento con ocasión de los hechos narrados en la demanda, toda vez que se trata de un hecho completamente ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
- **NO ES CIERTO** que en el presente caso se haya presentado alguna negligencia médica con ocasión de los tratamientos quirúrgicos brindados al paciente, considerando que la atención médica brindada al señor CENEN FLOREZ LUGO fue la idónea, pertinente y de conformidad con las reglas y protocolos de la lex artis, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 16: NO ME CONSTA que el demandante CENEN FLOREZ LUGO haya mantenido una especialísima y estrecha relación y permanente comunicación y trato con su compañera permanente, hijos y hermanos, puesto que se trata de un hecho ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado dentro del presente proceso.

AL HECHO 17: NO ME CONSTA que la vida familiar, sentimental, vida en relación y laboral del demandante CENEN FLOREZ LUGO se encuentre muy afectada, toda vez que se trata de un hecho completamente ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 18: NO ME CONSTA que la pérdida de movilidad parcial del señor CENEN FLOREZ LUGO, haya afectado su patrimonio a razón de que no ha podido percibir ingreso laboral como costurero, toda vez que se trata de un hecho completamente ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que se pruebe en el presente proceso.

AL HECHO 19: NO ME CONSTA que el señor CENEN FLOREZ LUGO haya contratado al señor FERLIZ RUBEN MALAMBO PAYANENE para realizar labores del agro en su finca, considerando que se trata de un hecho ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado dentro del presente proceso.

AL HECHO 20: Toda vez que la parte demandante incorpora varios supuestos fácticos en un mismo numeral, para contestar apropiadamente, se separa como sigue:

- **NO ME CONSTA** que el accionante CENEN FLOREZ LUGO este afiliado a seguridad social por parte de la Policía Nacional en razón a que es Agente, toda vez que se trata de un hecho completamente ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.
- **NO ME CONSTA** que el demandante haya sido llevado por urgencias al HOSPITAL SAN RAFAEL ESE DEL ESPINAL – TOLÍMA por tener convenio con la Policía Nacional, toda vez que se trata de un hecho completamente ajeno a la compañía

que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 21: NO ME CONSTA que al momento de la lesión, el demandante haya sido llevado por urgencias al HOSPITAL SAN RAFAEL ESE DEL ESPINAL – TOLIMA, pero que continuaba presentando dolor que le impedía movilizarse, toda vez que se trata de un hecho completamente ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 22: NO ME CONSTA que luego de otorgársele la salida del centro hospitalario, el demandante es llevado nuevamente por sus familiares y se le ordena extracción de dispositivo implantado en el fémur, toda vez que se trata de un hecho completamente ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 23: NO ME CONSTA que el demandante CENEN FLOREZ LUGO haya adquirido una infección y que el 21 de junio de 2016 haya sido dirigido a la CLÍNICA SAN SEBASTIAN DE GIRARDOT – CUNDINAMARCA, por presentar aumento de dolor con irradiación en la rodilla izquierda, toda vez que se trata de un hecho completamente ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 24: NO ME CONSTA que la Policía Nacional esté adscrita al ministerio de Defensa Nacional y que dicha entidad sea la que presta la seguridad social al accionante, a través de la dirección de sanidad, considerando que se trata de un hecho ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado dentro del presente proceso.

AL HECHO 25: NO ME CONSTA que se convoque al Departamento del Tolima a razón de que el HOSPITAL SAN RAFAEL ESE DEL ESPINAL – TOLIMA hace parte de la Junta Directiva, toda vez que se trata de un hecho completamente ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 26: NO ME CONSTA que se convoque a la entidad MEDICOS ASOCIADOS S.A. a razón de que es la propietaria de la CLÍNICA SAN SEBASTIAN DE GIRARDOT – CUNDINAMARCA, toda vez que se trata de un hecho completamente ajeno a la compañía que represento, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

AL HECHO 27: NO ME CONSTA, considerando que en estricto sentido no se trata de un hecho, sino de una referencia o interpretación subjetiva que hace la parte actora de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre responsabilidad médica, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado dentro del presente proceso.

AL HECHO 28: NO ES CIERTO que exista una relación de causalidad entre una acción u omisión imputable al Estado y el presunto daño sufrido por la parte actora, considerando que dichos elementos de la responsabilidad no se encuentran probados dentro del presente proceso; y además, se evidencia que en el presente caso, la atención médica brindada al señor CENEN FLOREZ LUGO fue la idónea, pertinente y de conformidad con las reglas y protocolos de la lex artis, en consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

II. PRONUNCIAMIENTO EXPRESO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

ME OPONGO a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones y peticiones declarativas y de condena propuestas por la parte actora, teniendo en cuenta que no le asiste el derecho invocado y no existe responsabilidad en cabeza de la parte demandada y, por contera, de la

llamada en garantía PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Así las cosas, de manera expresa manifiesto al Despacho que coadyuvo la oposición formulada por el HOSPITAL SAN RAFAEL ESE DEL ESPINAL – TOLIMA a todas las pretensiones que se elevan en la demanda, y solicito que ésta sea absuelta de toda responsabilidad.

Es importante indicar que la eventual obligación de mi mandante se encuentra limitada a los estrictos términos del contrato de seguro de responsabilidad civil No. 1001936, con base en el cual fue llamada en garantía, el cual establece condiciones de cobertura, exclusiones, límite de valor asegurado, deducibles, entre otros y que en el presente caso, no brinda cobertura a la situación que nos ocupa. Lo pertinente a esa relación será expuesto al contestar en capítulo separado el llamamiento en garantía formulado en contra de mi Mandante.

Adicionalmente, solicito que se condene a la parte demandante al pago de las costas y agencias en derecho que se causen en este proceso.

Como fundamento de dicha oposición, se proponen las siguientes:

III. EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE A LA DEMANDA

PRIMERA: AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y PATRIMONIAL DEL HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. DEL ESPINAL, TOLIMA - AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS FUNDANTES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO:

Fundo la presente excepción en el hecho de que en el presente caso, no se encuentran probados los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado, en los términos de la ley y la jurisprudencia aplicable en esta materia.

Como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, entre otras, en sentencia de 7 de julio de 2011 CP. Olga Melida Valle de la Hoz:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en casos como el que es objeto de estudio en el presente asunto, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio.

La responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución jurídica que goza en nuestros días de rango constitucional. Es evidente que la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991 se fundamenta en el artículo 90 del estatuto superior, el cual como lo ha venido sosteniendo en forma reiterada esta Sala, estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico.

El inciso primero del texto constitucional antes señalado, es del siguiente tenor literal:

*“El Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos que le sean imputables**, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (...)”.*²
(Negrillas fuera de texto original)

Igualmente, se ha reconocido dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado que, **en tratándose de responsabilidad médica**, deben estar acreditados los elementos que la configuran, a saber, **el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre esta y aquel, encontrándose en la parte demandante la carga de prueba**. Es esta la posición actual de la

² Consejo de Estado Sección Tercera: Sentencia del 7 de julio de 2011. Expediente 19707. Consejera ponente: Olga Mérida Valle de la Hoz.

Sección Tercera del Consejo de Estado, tal como se desprende de la decisión de 29 de Agosto de 2013 C.P. Danilo Rojas Betancourth³, que sobre el particular señaló:

*“Actualmente, la jurisprudencia aplica la regla general que señala que **en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre ésta y aquel**, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados (...)*”

Así las cosas, analizando los supuestos fácticos que establecen las normas y la jurisprudencia atrás citada, no existe en el presente asunto responsabilidad patrimonial y extracontractual en cabeza del HOSPITAL SAN RAFAEL ESE DEL ESPINAL – TOLIMA, como pretende hacerlo entender de manera injustificada y equívoca la parte demandante, por las razones que a continuación se van a exponer, dejando en todo caso claro que, la carga de la prueba de estos elementos se encuentra a cargo de la parte demandante.

A) INEXISTENCIA Y/O AUSENCIA DE PRUEBA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

El primer y principal elemento sobre el que gravita la responsabilidad, se entiende como la pérdida, afectación o menoscabo, cierto y particular, sufrido en los derechos, intereses, libertades y creencias, **que una persona no tiene por qué soportar**. Al punto que si no se configura un daño antijurídico, nada se debe indemnizar y establecido, corresponde determinar a quién le resulta imputable, para conminarlo a indemnizar al perjudicado.

Al respecto, en sentencia del 28 de enero de 2015, la Sección tercera del Consejo de Estado, MP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, precisó lo siguiente:

*“En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que **“ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”**⁴ En este sentido se ha señalado que **“en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”**⁵.*

*Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado **“responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”**, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. **No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como **“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”****⁶, en otros términos, **aquel que se produce a pesar de que **“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”****⁷” (Se resalta)*

³ Expediente: 30283Radicación: 25000 2326 000 2001 01343 01
⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.
⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.
⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000. C.P. Mará Elena Giraldo Gómez. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.
⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10867, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

En el presente asunto, resulta claro la ausencia del daño antijurídico en la dimensión que presenta la parte demandante. Ello se hace claro al revisar los fundamentos de hecho y las pretensiones de la demanda, puesto que NO está probado que la parte demandante hubiera sufrido un daño que no este llamado a soportar en razón de la fractura derivada de la herida por proyectil de arma de fuego que padeció el señor CENEN FLOREZ LUGO el 7 de enero de 2016.

Es de observar que la propia parte actora indica en los hechos de la demanda (hechos 9, 10 y 11) que con la atención médica brindada en la CLINICA SAN SEBASTIAN a partir del 21 de junio de 2016 hasta el 8 de agosto del mismo año, presentó mejoría o evolución clínica progresiva, y finalmente, a la fecha de egreso de la clínica, *“estaba en buen estado de salud sin dolor y la zona de cater sin signos de infección”*. Es decir, la salud del señor CENEN FLOREZ LUGO no se vio afectada, sino mejorada, si se tiene en cuenta el hecho por el cual ingresó al Hospital, esto es, una herida por proyectil de arma de fuego. Circunstancia que por sí sola constituye una lesión o daño a la esfera del cuerpo y de la salud del señor CENEN FLOREZ, luego, ante la atención e intervención médica dirigida a la recuperación de la salud del paciente, ningún daño le fue causado al demandante.

Aunado a lo anterior, el demandante CENEN FLOREZ LUGO no ha sufrido ninguna disminución de su pérdida de capacidad laboral con ocasión de la atención médica brindada por el HOSPITAL SAN RAFAEL DEL ESPINAL ni de la CLINICA SAN SEBASTIAN, máxime cuando en dichos entes hospitalarios se recupero la salud del mismo. En este sentido, mal puede calificarse la existencia de un daño antijurídico causado al paciente, cuando incluso el presunto proceso infeccioso en la pierna izquierda del demandante fue superado con la atención médica, por ende, ningún daño se pudo generar ante la ausencia de secuela en salud, diferente a la herida propia que recibió el señor CENEN FLOREZ por el proyectil de arma de fuego.

En consecuencia, no se ha demostrado dentro del presente caso, que se haya causado un daño, y menos, que el mismo pueda ser considerado o reputado como *“irrazonable”*⁸ o antijurídico, o contrario a las normas del caso, en perjuicio de los derechos e intereses reconocidos, pues el proceso infeccioso de la fractura que sufrió el demandante CENEN FLOREZ no derivó de alguna mala praxis o negligencia médica, sino de otros riesgos inherentes a la herida por proyectil de arma de fuego, máxime cuando la atención por parte de los entes hospitalarios llevó a que el paciente recupere completamente la salud, sin presentar ninguna secuela o deformidad por alguna infección, por lo que, en este caso no existe prueba del daño reclamado, ni el mismo tiene la connotación de ser antijurídico.

B) AUSENCIA DE FALLA DEL SERVICIO - INEXISTENCIA DE CULPA MÉDICA EN CABEZA DEL HOSPITAL SAN RAFAEL ESE DEL ESPINAL, TOLIMA – LOS SERVICIOS MÉDICOS PRESTADOS POR DICHA ENTIDAD SE AJUSTARON A LA LEX ARTIS MÉDICA:

Resulta claro que a la luz de la jurisprudencia del consejo de Estado, la responsabilidad de las entidades prestadoras del servicio de salud es subjetiva, es decir se aplica el régimen de responsabilidad de **FALLA PROBADA EN EL SERVICIO**, razón por la cual es menester acreditar que se presentaron incumplimientos en la prestación del servicio de salud de acuerdo con los criterios médicos al momento de los hechos. Al respecto, en sentencia del 5 de marzo de 2015, se señaló:

⁸ *“(…) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”*. Pantaleón, Fernando. *“Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”*. ob., cit., p. 186.

Ariza & Gómez Abogados S.A.S.

Calle 33 No. 6B - 24 Oficina 505 - PBX: (+571) 4660134 - Móvil (+57) 3185864291

www.arizaygomez.com

Bogotá D.C. - Colombia

“La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance.”⁹
 (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que las obligaciones de los médicos o centros hospitalarios son de medio y no de resultado, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado:

*“En otras palabras, **demostrado como está en el sub júdice que el servicio se desarrolló diligentemente; o, lo que es lo mismo, evidenciada la ausencia de falla en el servicio, la entidad demandada queda exonerada de responsabilidad,** toda vez, como ha tenido oportunidad de reiterarlo la Sala, la obligación que a ella le incumbe en este tipo de servicios no es obligación de resultado sino de medios, en la cual la falla del servicio es lo que convierte en antijurídico el daño.”¹⁰* (Se resalta)

Aplicando los anteriores criterios al caso concreto, tenemos que la obligación de hacer adquirida por el HOSPITAL SAN RAFAEL ESE DEL ESPINAL – TOLIMA, de garantizar la prestación de los servicios y atenciones médicas requeridos por el paciente CENEN FLOREZ LUGO, a su ingreso al servicio de urgencias el 7 de enero de 2016, se realizó con la diligencia debida y bajo los protocolos que les son exigibles a su actividad, sin que haya quedado obligado a la obtención de un resultado en particular. No obstante, la parte actora endilga responsabilidad por la presunta mala praxis o indebida atención médica del HOSPITAL SAN RAFAEL, negligencia que se habría concretado el día 9 de enero de 2016, al practicársele una cirugía en el fémur de la pierna izquierda, en la cual adquirió una infección.

Lo cierto es que, analizados técnicamente los hechos que rodean el caso *sub examine*, revelan otra realidad.

En efecto, en el caso que se analiza, el HOSPITAL SAN RAFAEL no incurrió en culpa, ni por acción ni por omisión, pues realizó su actividad de manera diligente, prudente, oportuna y bajo los presupuestos propios de la profesión médica que se requería frente a las condiciones de salud que presentaba el señor CENEN FLOREZ LUGO al ingreso al HOSPITAL. Además, no existe ningún reparo ético o disciplinario a la actividad de los galenos ni del Hospital en este caso, ni estuvo presente incumplimiento alguno de sus obligaciones profesionales.

En este sentido, el tratamiento y atención médica brindada por la entidad hospitalaria fue adecuada y pertinente frente a los hallazgos clínicos evidenciados a la fecha de ingreso el 7 de enero de 2016. El tratamiento y atención se adecuó a los parámetros definidos en las normas que regulan el sistema de seguridad social en salud y desde el punto de vista médico, a la *lex*

⁹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, Bogotá, cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015), Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102).

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 3 de abril de 1997, Expediente No. 9467, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

Ariza & Gómez Abogados S.A.S.

Calle 33 No. 6B - 24 Oficina 505 - PBX: (+571) 4660134 - Móvil (+57) 3185864291

www.arizaygomez.com

Bogotá D.C. - Colombia

artis. Siendo importante señalar los siguientes aspectos de la **HISTORIA CLÍNICA** del Hospital San Rafael ESE aportada al expediente:

- **Registro clínico del 07/01/ 2016:**

<<< CONSULTA DE URGENCIAS POR MEDICINA GENERAL – 07/Ene/16 12:51 >>>

Motivo de consulta: HERIDA POR ARMA DE FUEGO

Enfermedad actual: PACIENTE DE 63 AÑOS QUIEN INGRESA EN COMPAÑÍA DE POLICIA NACIONAL SEGÚN REFIERE PACIENTE POR CUADRO CLÍNICO DE 6 HORAS DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN TRÁUMA EN REGIÓN POSTERIOR MEDIA DE MUSLO IZQUIERDO, AL PARECER PROPICIADA POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO, PACIENTE NIEGA PERDIDA DE CONOCIMIENTO, DESCONOCE DE DONDE SE ORIGINÓ EL ATAQUE, REFIERE QUE QUEDÓ RECOSTADO EN CARRETERA HASTA QUE LLEGÓ ALGUIEN A AYUDAR, DICHS HECHOS OCURREN EN ZONA RURAL DE COYAIMA

MEDICAMENTOS FORMULADOS

(...)

EXAMENES Y PROCEDIMIENTOS ORDENADOS

(...)

CONCEPTO Y PLAN DE MANEJO

Paciente en el momento clínica y hemo dinámicamente estable, tolerando y aceptando la vía oral, no signos de respuesta inflamatoria sistémica, afebril, buena modulación del dolor, tolerando y aceptando la vía oral, paciente sin dificultad respiratoria, signos vitales dentro de los parámetros normales, Glasgow 15/15, ingresa por cuadro clínico de 8 horas de evolución consistente en herida por arma de fuego en muslo izquierdo, se encontraba en una vía y encontró un madero en la vía, se bajó de la moto a mover el palo y escuchó 3 tiros y posterior dolor en la pierna, calló al piso. Al ingreso se encuentra estable, se toma radiografía de fémur y de cadera que muestra un proyectil alojado en la región de la articulación de la cadera, y una fractura subtrocantérica de fémur izquierdo. Considero que el paciente requiere manejo quirúrgico de su fractura.

Por otra parte, debe valorarse igualmente el concepto médico pericial emitido por la Dra. NELLY BELEN ARSUZA MENDOZA, el 2 de enero de 2019, que fue aportado como prueba por el Hospital San Rafael, en donde se constata que la atención del paciente CENEN FLOREZ LUGO, dentro del Hospital se realizó de acuerdo con los protocolos y estándares de buena práctica médica, sin que se hubiera incurrido en un error o negligencia médica en la atención e intervención quirúrgica del paciente. En este punto se transcribe lo relatado por la médica en lo referente al procedimiento quirúrgico realizado el 9 de enero de 2016:

*“Según historia clínica se realizó procedimiento bajo anestesia raquídea y **previa asepsia y antisepsia** se realiza incisión lateral en muslo izquierdo, disección por planos hasta foco de fractura, **se identifica cuerpo extraño (proyectil) entre el hueso y el TCSC el cual se extrae** y se entrega a instrumentadora de turno, **se realiza lavado con 5000cc de SSN y desbridamiento de tejido desvitalizado. Luego maniobras de tracción y contra-tracción logrando reducción abierta de la fractura la cual se estabiliza con Placa de fémur proximal de 4.5/5.0 izquierdo 8 orificios que se fija temporalmente con tres agujas guía de 2.5 punta broca L 200 y permanentemente proximal con dos tornillos de bloqueo canulado : uno de 5.0 x 70mm y uno de 7.5 x 80mm, un tornillo de bloqueo cónico canulado de 7.5 x 95mm. Distal con un tornillo cortical de 4.5 x 40mm, uno de bloqueo de 5.0 x 34mm y tres de bloqueo de 5.0 x 36mm. Bajo intensificador de imágenes se verifica adecuada reducción y***

estabilidad de material, se revisa hemostasia, lavado con Solución Salina Normal y cierre por planos” (Se resalta)

En este sentido, el concepto médico pericial emitido por la Dra. NELLY BELEN ARSUZA MENDOZA, concluye lo siguiente:

“Analizando la historia clínica del paciente encontramos que es un paciente cuyo mecanismo de trauma fue una herida por proyectil de arma de fuego, estos proyectiles son elementos altamente contaminantes que generan siembras de bacterias en tejidos blandos y en los tejidos duros corporales. En el segundo procedimiento se evidencia que había signos inflamatorios secundarios a un proceso infeccioso.

Que los procesos de consolidación de este tipo de fracturas, cuando existen estos procesos infecciosos son más demorados y propician la falla en el material de osteosíntesis en el corto o largo plazo, sobre todo si ha sido sobrecargada durante el proceso de recuperación. (El paciente se paró apoyando o hizo movimientos en mitad del miembro inferior). El material de osteosíntesis utilizado que es el mejor del mercado y además el de mayor costo, no se rompe en un tiempo tan corto a menos que se haya generado sobrecargas anormales no autorizadas.

La complicación de la falla del material no se debe a negligencia del cirujano que es plenamente competente para este tipo de cirugías y es de aclarar que se utilizaron todas las medidas de asepsia y antisepsia durante los procedimientos quirúrgicos realizados como esta descritos en los protocolos. La falla se dio por un proceso infeccioso ocasionado por las condiciones del mecanismo de la fractura que fue un proyectil por arma de fuego que probablemente fueron acompañadas por sobreesfuerzo o sobre carga.” (Se resalta)

Pues bien, como puede advertirse, uno de los presupuestos de la eventual responsabilidad patrimonial de la demandada HOSPITAL SAN RAFAEL, no se hace presente en este caso, durante la atención médica brindada al señor CENEN FLOREZ LUGO, cual es, un hecho culposo, negligente, con desconocimiento de las normas que rigen la atención médica en salud, pues no se ha manifestado ni, menos, probado un acto negligente, imperito, inoportuno o con violación de reglamentos técnicos, por parte del equipo médico que intervino en la valoración, diagnóstico y tratamiento médico de la paciente.

Todo lo contrario, de las atenciones médicas, valoraciones, exámenes, medicación y demás asistencia en salud brindada al paciente CENEN FLOREZ, se puede evidenciar que el HOSPITAL SAN RAFAEL ESE, y la CLÍNICA SAN SEBASTIAN garantizaron en su oportunidad la prestación de los servicios integrantes del POS, orientado a obtener el mejor estado de salud y recuperación de la fractura del fémur que había padecido a raíz de una herida por arma de fuego. Por lo cual, mal puede calificarse la prestación del servicio de salud en irregular, inoportuno, disminuido de la calidad exigible y de la *lex artis*, o mucho menos que se haya configurado una falla del servicio por omisión, que pueda comprometer la responsabilidad de las entidades de salud demandadas.

En este sentido, con las pruebas arrimadas al proceso, no se puede imputar a las demandadas HOSPITAL SAN RAFAEL ESE, y la CLÍNICA SAN SEBASTIAN, responsabilidad alguna a título de culpa o falla del servicio de salud, pues, pese a las atenciones especializadas que se prestaron, específicamente en ortopedia, que fueron acordes al cuadro diagnóstico que presentaba el paciente, el desenlace infeccioso que se manifestó con posterioridad al procedimiento quirúrgico, no obedeció a un actuar errado y culposo de los médicos de las mismas.

De modo que, mal puede reprocharse negativamente la conducta del HOSPITAL SAN RAFAEL ESE, cuando la misma fue diligente, prudente y con pericia, en el cumplimiento de su deber legal y contractual. Al respecto, jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de septiembre de 2016, precisó sobre este punto lo siguiente:

“La culpa de las entidades del sistema de salud y de sus agentes, en suma, se examina en forma individual y en conjunto a la luz de los parámetros objetivos que existen para regular la conducta de los agentes particulares y su interacción con los demás elementos del sistema. El juicio de reproche respecto de cada uno de ellos quedará rebatido siempre que se demuestre su debida diligencia y cuidado en la atención prestada al usuario.”

La responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en razón y con ocasión de la deficiente prestación del servicio –se reitera– se desvirtúa de la misma manera para las EPS, las IPS o cada uno de sus agentes, esto es mediante la demostración de una causa extraña como el caso fortuito, el hecho de un tercero que el demandado no tenía la obligación de evitar y la culpa exclusiva de la víctima; o la debida diligencia y cuidado de la organización o de sus elementos humanos al no infringir sus deberes objetivos de prudencia.”¹¹ (Subrayado y negrilla fuera del original)

En consecuencia, la responsabilidad médica pretendida por la parte actora no puede salir avante, dado que, por parte de los médicos tratantes, entre ellos médicos generales, médicos de UCI, médicos ortopedistas, estos últimos especialistas en el área de salud de recuperación de traumas y fracturas, se hizo todo lo posible desde su experticia, para atender la herida o fractura que presentaba el señor CENEN FLOREZ LUGO, el procedimiento quirúrgico se realizó bajo las debidas condiciones de asepsia y antisepsia a fin de evitar cualquier proceso infeccioso y de acuerdo a los protocolos médicos, así como la atención postquirúrgica del fémur de la pierna izquierda del paciente.

Luego, no se encuentra mérito a los reclamos indemnizatorios por la carencia de uno de los elementos imprescindibles para su procedencia, como lo es la verificación de la culpa en cabeza de las demandas HOSPITAL SAN RAFAEL ESE, y la CLÍNICA SAN SEBASTIAN.

Solicito en consecuencia al Despacho, declarar probada esta excepción.

C. AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA DESPLEGADA POR EL HOSPITAL SAN RAFAEL ESE Y EL PROCESO INFECCIOSO QUE PRESENTÓ EL SEÑOR CENEN FLOREZ LUGO – EL RESULTADO NO ES IMPUTABLE A LA ENTIDAD DE SALUD DEMANDADA

Tal y como lo ha indicado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos, entre ellos, en decisión de 9 de abril de 2012 C.P.: Stella Conto del Castillo, no es posible condenar a una entidad sin haberse demostrado cabalmente la relación de causalidad entre el daño antijurídico presuntamente padecido por la parte demandante y la presunta falla del servicio¹².

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de septiembre de 2016, MP: Ariel Salazar Ramírez, Radicación nº 05001-31-03-003- 2005-00174-01.

¹² Indicó la Sección Tercera del Consejo de Estado en dicha decisión (Radicación número: 19001-23-31-000-1995-08002-01(21510)) “Ahora bien, en reiterada jurisprudencia se ha sostenido que tratándose de la responsabilidad del Estado por la prestación de servicios de salud, el demandante deberá probar la concurrencia de “tres elementos fundamentales: 1) el daño antijurídico sufrido (...), 2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, 3) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio”.

Ariza & Gómez Abogados S.A.S.

Calle 33 No. 6B - 24 Oficina 505 - PBX: (+571) 4660134 - Móvil (+57) 3185864291

www.arizaygomez.com

Bogotá D.C. - Colombia

En igual sentido, ha de recalcarse que este elemento en ningún momento puede presumirse su existencia, luego debe probarse plenamente para poder imputarse responsabilidad a la entidad demandada. En efecto, en sentencia del 4 de junio de 2008, la sección tercera del Consejo de Estado manifestó:

*"No obstante lo anterior, la Sala echa de menos la relación de causalidad entre este daño, sufrido por los demandantes a raíz del estado de salud del joven Uriel David Carrascal Lizcano y la actividad de la entidad demandada, puesto que no se acreditó en parte alguna que el estado de incapacidad actual del paciente así como las secuelas que sufre en su salud, hayan sido ocasionados por alguna acción u omisión de las autoridades médicas y sanitarias que lo atendieron, puesto que **no basta con acreditar que hubo un contacto físico, entre el servicio médico y el paciente, para poder deducir la existencia de ese nexo causal necesario para poderle imputar responsabilidad a la entidad demandada, como tampoco resulta suficiente la afirmación de que la remisión del paciente al Hospital Militar Central fue tardía e inoportuna, convirtiéndose en la causa del daño.***

*Si bien en materia de responsabilidad médica de las entidades estatales la jurisprudencia de la Sala ha llegado a admitir la posibilidad de presumir la falla del servicio, en vista de la dificultad probatoria que en algunos eventos puede surgir para la parte actora respecto de circunstancias que escapan a su control en los tratamientos médicos, quirúrgicos y asistenciales, **lo que sí no se ha admitido en ningún momento, es la presunción de este otro elemento, consistente en la acreditación de la relación causal entre el servicio y el daño sufrido.**"¹³*

Ahora bien, hemos de advertir que dicho elemento no se encuentra presente en el caso *sub examine*, pues no existe causalidad adecuada, ni directa ni necesaria entre el proceso infeccioso de la fractura del paciente CENEN FLOREZ LUGO por el cual estuvo hospitalizado 47 días en la CLÍNICA SAN SEBASTIAN, presuntamente derivada del procedimiento quirúrgico de fecha 09 de enero de 2016, y la atención médica, tratamiento, valoración, diagnóstico y asistencia brindada por el personal especializado del HOSPITAL SAN RAFAEL ESE, teniendo en cuenta que se le practicaron todos los tratamientos, exámenes y atenciones requeridas y razonables para el tratamiento de la fractura por proyectil de arma de fuego.

Además, dicho proceso infeccioso no se generó por falla del servicio médico del HOSPITAL SAN ARAFEL, pues el procedimiento quirúrgico practicado el 9 de enero de 2016, se desarrolló sin ningún inconveniente, por ende, sin que hubiera desencadenado o producido alguna lesión al paciente. En este punto, se resalta el concepto médico pericial emitido por la Dra. NELLY BELEN ARSUZA MENDOZA, que establece:

*"El proceso infeccioso por el que el paciente estuvo hospitalizado 47 días en la Clínica San Sebastián no se generó por la falla del material sino por un **proceso infeccioso inherente a su mecanismo inicial de la lesión que fue una herida por proyectil de arma de fuego.***

*De acuerdo a lo anterior, reiteramos que el paciente CENEN FLOREZ LUGO, fue intervenido adecuadamente de acuerdo a los protocolos institucionales y estándares internacionales de buena práctica médica. **La complicación presentada no obedece a error en el acto quirúrgico, dado que se conservaron condiciones de asepsia y antisepsia universales, se realizó lavado del tejido desvitalizado y se utilizó material de osteosíntesis de la más alta calidad.**" (Se resalta)*

Corolario de lo anteriormente expuesto, en el caso que nos ocupa, no existe prueba alguna que permita determinar que el proceso infeccioso que presentó la pierna izquierda del paciente

¹³ Radicación número: 16646. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

CENEN FLOREZ LUGO devino como consecuencia de una atención negligente o descuidada por parte del personal médico del HOSPITAL SAN RAFAEL, pues como se desprende de las anotaciones de la historia clínica y del concepto pericial emitido por la Dra. NELLY BELEN ARSUZA, siempre estuvo con la atención y valoración que requería por el personal médico, los cuales cumplieron sus deberes profesionales, de forma prudente, diligente y en el marco de la *lex artis*, por lo tanto, mal puede ser imputable la responsabilidad deprecada por la parte actora.

En consecuencia, es claro que no puede ser imputable al HOSPITAL SAN RAFAEL el resultado o proceso infeccioso que alega la parte actora, ni mucho menos, puede ser imputable un riesgo que es inherente a la fractura por herida de proyectil de arma de fuego que padeció el señor CENEN FLOREZ LUGO, todo lo cual está demostrado en el proceso y se sustenta en la ciencia médica.

Ruego al Sr. Juez en consecuencia, declarar probada esta excepción.

SEGUNDA: OBLIGACIONES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO EN CABEZA DEL PERSONAL MÉDICO DEL HOSPITAL SAN RAFAEL ESE, QUE FUERON PLENAMENTE CUMPLIDAS.

Tal como lo viene indicando de tiempo atrás la Jurisprudencia Nacional, las obligaciones a cargo de los médicos y clínicas (IPS) son de medios y no de resultado, obligaciones que en el presente caso, fueron atendidas y cumplidas por parte del personal del HOSPITAL SAN RAFAEL ESE.

Así lo indicó la jurisprudencia administrativa, dentro de la cual se destaca de tiempo atrás la sentencia emitida por la de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado del 18 de abril de 1994, expediente 7973, M.P. Julio César Uribe Acosta, donde se precisó:

"[...] el ad quem desea dejar en claro que la responsabilidad médica sigue siendo tratada en la Jurisprudencia de la Corporación como de medios, o sea de prudencia y diligencia, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el fin deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión, y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta [...]"

En armonía con lo expuesto y conforme a la Historia Clínica y Concepto pericial de la Dra. Nelly Belén Arsuza, que obran en el expediente, se debe concluir que el personal médico del HOSPITAL SAN RAFAEL garantizó los servicios y tratamientos médicos al señor CENEN FLOREZ LUGO, conforme a la *lex artis* y realizaron todas las acciones que se encuentran dentro de los protocolos médicos, con el fin de lograr la efectiva recuperación de la salud del paciente, frente a los diagnósticos que padecía y la fractura de fémur que presentaba, derivado de una herida por proyectil de arma de fuego.

Más aun, cuando la intervención quirúrgica realizada el 9 de enero de 2016 fue llevada a cabo sin ningún inconveniente y el tratamiento postquirúrgico fue garantizado por el Hospital. En este sentido, el proceso inflamatorio e infeccioso que se presentó 5 meses con posterioridad, no obedeció a un incumplimiento u omisión de alguna obligación por parte del personal médico del Hospital San Rafael, máxime cuando el mismo proceso infeccioso puede ser inherente a la herida o lesión que sufrió el señor CENEN FLOREZ por proyectil de arma de fuego, el cual en todo caso fue superado y se presentó mejoría en la salud del paciente.

Por esa razón, es válido concluir que los especialistas en la salud, cumplieron con sus deberes y en esa medida no existió incumplimiento de la obligación legal o contractual por la mentada entidad del sistema de salud. En consecuencia, solicito al despacho declarar probada esta excepción.

Ruego al Sr. Juez, declarar probada la presente excepción.

TERCERA: AUSENCIA DE PRUEBA Y/O INEXISTENCIA DE LOS PRESUNTOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR LA PARTE DEMANDANTE – SUBSIDIARIAMENTE: TASACIÓN EXCESIVA DE LOS PERJUICIOS ALEGADOS POR LA PARTE DEMANDANTE:

En el presente caso, en el hipotético evento de que hubiere alguna responsabilidad en cabeza del HOSPITAL SAN RAFAEL ESE DEL ESPINAL, TOLIMA, estamos frente a la ausencia de prueba y/o inexistencia de varios de los presuntos perjuicios alegados en la demanda o subsidiariamente de una tasación excesiva e injustificada de los mismos.

En efecto, el daño, como elemento esencial de la responsabilidad civil, debe ser acreditado fehacientemente por quien lo reclama. Es así como la doctrina y jurisprudencia nacionales han determinado como elemento esencial para la reparación de un daño, que sea probado dentro del proceso su existencia, cuantía y elementos que lo estructuran.

Alega la parte demandante en su escrito de demanda que se le debe reconocer las siguientes sumas:

- **POR CONCEPTO DE DAÑO A LA SALUD:**

DEMANDANTE	SMLMV
CENEN FLOREZ LUGO	200 SMLMV

- **POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MORALES:** Según el vínculo del demandante con la el señor CENEN FLOREZ LUGO:

DEMANDANTE	SMLMV
CENEN FLOREZ LUGO	200 SMLMV
ALITH LIS LIS	200 SMLMV
EMERSON ALBERTO FLOREZ NOVA	100 SMLMV
CATERIN SHIRLEY FLOREZ NOVA	100 SMLMV
ILDA NOHORA FLOREZ LUGO	100 SMLMV
RUBIELA FLOREZ LUGO	100 SMLMV
OLGA FLOREZ LUGO	100 SMLMV
BAUDELINO FLOREZ LUGO	100 SMLMV
JULIO CESAR FLOREZ LUGO	100 SMLMV
JORGE ALEXANDER FLOREZ LUGO	100 SMLMV

- **POR CONCEPTO DE DAÑO POR ALTERACION DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA:**

DEMANDANTE	SMLMV
CENEN FLOREZ LUGO	200 SMLMV
ALITH LIS LIS	200 SMLMV

- **POR CONCEPTO DE DAÑOS MATERIALES: DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE:**

SUMA: 300 SMLMV (\$221.250.000 M/CTE.)

Visto lo anterior, es menester resaltar que los demandantes no aportan elementos probatorios adecuados que permitan establecer que los daños cuya indemnización es pretendida en el texto de la demanda, se han causado de manera **cierta**. Las pruebas solicitadas y aportadas por los demandantes no tienen la idoneidad necesaria para brindarle al Juez el debido conocimiento de cada uno de los elementos que estructuran los perjuicios aducidos.

Vale la pena resaltar que, aunque por regla general, la evaluación monetaria de los perjuicios extrapatrimoniales es imposible dada la naturaleza del mismo daño, la existencia e intensidad del el mismo es perfectamente verificable, gracias a los alcances actuales de la psicología y de la medicina¹⁴.

En el presente caso, no se aportan pruebas técnicas o experticias al proceso que evidencien los supuestos perjuicios que afirma haber padecido la parte demandante. Por lo cual, es menester resaltar que, en materia de indemnización de perjuicios, no basta la simple afirmación de la existencia de los perjuicios sufridos por parte de la demandante, ni puede presumirse su existencia.

Ya bien lo dijo la Corte en los albores del siglo XX, al afirmar que "(...) *la existencia de perjuicios no se presume en ningún caso; [pues] no hay disposición legal que establezca tal presunción (...)*"¹⁵. En consecuencia, la existencia y elementos integrantes de los perjuicios pretendidos deben ser siempre probados por quien los reclama, para que pueda ordenarse su resarcimiento.

De manera **subsidiaria**, es menester indicar al Despacho que la parte actora incurre en una estimación o tasación excesiva de los perjuicios que presuntamente habrían derivado como consecuencia de la mala praxis médica en la intervención quirúrgica del señor CENEN FLOREZ LUGO el 9 de enero de 2016, en el Hospital San Rafael, como pasa a desarrollarse:

A. SOBRE LA SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DE DAÑO A LA SALUD:

Solicitan los demandantes se les reconozca la suma de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes - SMMLV para el señor CENEN FLOREZ LUGO y para la señora ALITH LIS LIS, por concepto daño a la salud.

En primer lugar, no es procedente proferir una condena por un eventual **daño a la salud** a favor de la demandante ANITH LIS LIS, como quiera que esta tipología de daño está reconocida únicamente para la víctima directa. Lo anterior, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual "*La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión*"¹⁷.

¹⁴ Óp. Cit. Página 800 a 821

¹⁵ CSJ SC. Sentencia de 19 de junio de 1925 (G.J. T. XXXII, pág. 374).

¹⁷ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), Radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804), Consejera ponente: Stella Conto Diaz Del Castillo.

En lo que respecta al señor CENEN FLOREZ LUGO, dentro del presente caso es claro que este perjuicio no se encuentra probado, teniendo en cuenta que como ya se ha manifestado a lo largo del presente escrito, no existe calificación o dictamen de invalidez que determine la pérdida de capacidad laboral del demandante o la gravedad de alguna lesión que pueda presentar, motivo por el cual, no es posible acceder a la pretensión solicitada por la parte actora.

Tampoco se encuentra probado que el señor CENEN no pueda disfrutar de su vida normalmente, o que sus condiciones de existencia hayan cambiado, o se vea privada de realizar algún deporte o actividad que normalmente realizaba y que le representara placer o disfrute, por lo cual no se encuentra acreditado de manera algún dicho perjuicio. Es de resaltar que el demandante tenía 63 años de edad a la fecha en que recibió una herida por proyectil de arma de fuego en su pierna izquierda, y que además, dicha herida fue plenamente recuperada con la atención médica brindada por los entes hospitalarios, luego ninguna secuela o merma en la salud se puede llegar a indemnizar en este caso.

Dicho lo anterior, esta pretensión de indemnización de daño a la salud resulta INEXISTENTE o al menos EXCESIVA, en tanto que las lesiones o patologías presuntamente sufridos por el demandante, no revisten una gravedad tal que dé lugar a una indemnización que justifique dicha cuantía, pues ello resulta excesivo si se tiene en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Adicionalmente, resulta excesiva la pretensión teniendo en cuenta que, en criterios del Consejo de Estado, que se exponen a continuación, no hay en ningún caso lugar a una indemnización por un monto superior al equivalente a 100 S.M.L.M.V. por dicho concepto. Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso concreto es evidente la tasación excesiva por dicho perjuicio, dado que la suma pretendida supera ostensiblemente el límite máximo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado en caso de INVALIDEZ, la cual de manera alguna es padecida por la demandante.

En el presente caso, el Despacho debe tener en cuenta los criterios establecidos por el Consejo de Estado en relación con la indemnización del daño a la salud, en el documento de fecha 28 de agosto de 2014 en el que se unifican los criterios referentes a la indemnización de los perjuicios inmateriales:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
GRAVEDAD DE LA LESION	VICTIMA DIRECTA
	S.M.L.M. V
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

A. SOBRE LA SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DE PERJUICIO MORAL:

Ariza & Gómez Abogados S.A.S.
 Calle 33 No. 6B - 24 Oficina 505 - PBX: (+571) 4660134 - Móvil (+57) 3185864291
www.arizaygomez.com
 Bogotá D.C. - Colombia

En cuanto a los perjuicios morales, la parte actora realiza una estimación que resulta infundada y carente de sustento probatorio y jurídico, además de ser excesiva teniendo en cuenta los parámetros sentados por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado. En este sentido, en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado fijó los topes indemnizatorios correspondientes al daño moral y a la salud y a la afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados.

En el presente caso, el demandante CENEN FLOREZ LUGO no tiene la calidad de inválido y ni siquiera se ha aportado algún dictamen de pérdida de capacidad laboral del mismo, que hubiera calificado las lesiones que presuntamente sufrió tras la intervención quirúrgica practicada el 9 de julio de 2016, como para pretender la cuantía de indemnización que supera a todas luces la jurisprudencia del alto tribunal de lo contencioso administrativo, por el contrario como se CONFIESA en la demanda se logró mejoría de su estado de salud.

Al respecto, el Consejo de Estado en el documento final aprobado mediante el acta del 28 de agosto de 2014 referentes para la reparación de perjuicios inmateriales, se dijo:

"2.2 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES PERSONALES

La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

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

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso. (Se resalta)

Es claro que en el presente caso, se deprecia una indemnización que supera los montos establecidos en la jurisprudencia, es decir, se llega a suponer o presumir que el señor CENEN FLOREZ LUGO sufrió una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, hecho que no corresponde con la realidad fáctica del presente caso, en donde no se ha determinado la gravedad de las lesiones que sufrió el demandante, y en gracia de discusión, la misma no superan el 10% de gravedad, por lo cual, el monto de las indemnizaciones pretendidas debe ajustarse a dicho porcentaje de gravedad, teniendo como límite máximo de indemnización 10 SMLMV para la víctima directa, relaciones afectivas conyugales y paterno filiales.

En todo caso, atendiendo al criterio jurisprudencial de liquidación de los presuntos perjuicios, en caso de que se encuentren debidamente acreditados, deberán seguirse de la manera en que la jurisprudencia administrativa los ha decretado.

B. SOBRE LA SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DE ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA

El reconocimiento de la indemnización por el daño a la alteración de las condiciones de existencia no está llamado a prosperar por cuanto, en primer lugar, dicha categoría de perjuicio se encuentra inmersa dentro del daño a la salud, y como la parte actora ya reclamó de forma independiente dicho perjuicio, se estaría pretendiendo una doble indemnización por un mismo hecho, lo cual resulta improcedente.

Y en segundo lugar, dicha pretensión de indemnización resulta inviable, al no cumplirse los requisitos establecidos por la jurisprudencia administrativa para su eventual reconocimiento.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia han establecido lo siguiente:

*“El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por **alteración grave de las condiciones de existencia** es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.*

“En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario.”¹⁶

Al revisar las circunstancias del caso, se puede observar que la parte demandante no se encuentra dentro de los supuestos facticos y normativos para el reconocimiento de una indemnización de dicha naturaleza, en consecuencia, dichas pretensiones deben ser negadas ante la ausencia de prueba.

En consecuencia, ruego al señor Juez declarar probada la presente excepción.

C. SOBRE LA SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MATERIALES

- INEXISTENCIA DEL DAÑO EMERGENTE

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
Ariza & Gómez Abogados S.A.S.
Calle 33 No. 6B - 24 Oficina 505 - PBX: (+571) 4660134 - Móvil (+57) 3185864291
www.arizaygomez.com
Bogotá D.C. - Colombia

ST

Sobre el **DAÑO EMERGENTE**, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mediante sentencia del 4 de diciembre de 2006, radicación número 13168, con ponencia del Doctor MAURICIO FAJARDO GÓMEZ preciso que:

“El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad para el afectado de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración.”

Al respecto, la parte actora alega o solicita la indemnización por concepto de perjuicios materiales en su modalidad de **DAÑO EMERGENTE**, las sumas que habrían pagado a un contratista para realizar labores del campo, en su finca con ocasión de la incapacidad laboral, según los hechos de la demanda.

De la revisión del material probatorio allegado al proceso, como lo puede constatar el Despacho, NO se evidencia de forma alguna la existencia de soportes de las presuntas erogaciones o pagos de los conceptos que alega haber efectuado la parte actora, tales como facturas, soportes de pago, cancelaciones, desembolsos, gastos, entrega de dineros, certificados, que den cuenta de la existencia del perjuicio.

Tratándose de un perjuicio material, de ninguna manera se puede suponer o presumir su existencia, luego siendo una carga probar a la parte actora el daño irrogado, y como en el presente caso, la parte demandante incumplió con dicha carga, resulta infundada la petición elevada por la parte en la demanda.

En este sentido, dado que la jurisprudencia administrativa exige que el daño sea cierto, personal, directo y subsistente, características que no se cumplen en este caso, no está llamado a prosperar la pretensión de indemnización por esta tipología de perjuicio material.

Así las cosas, resulta improcedente conceder alguna indemnización por concepto de daño emergente, además, por la potísima y sencilla razón de que no se encuentra el soporte probatorio que evidencie que la parte demandante incurrió en algún gasto o efectuó pagos como para solicitar la indemnización por dicho concepto.

Finalmente, es importante señalar que la parte demandante señala que la suma pretendida corresponde a que *“tuvo que contratar al señor FERLIX RUBEN MALAMBO PAYANENE, identificado con la C.C. No. 93344211 expedida en Natagaima –Tolima, con un jornal o salario diario de cuarenta mil pesos (\$40.000) de lunes a viernes y los días sábados y domingos la suma de sesenta mil pesos (\$60.000).”* Sin embargo, brilla por su ausencia prueba alguna tendiente a acreditar dichas erogaciones, máxime cuando el demandante no ha sufrido ninguna secuela o pérdida de capacidad laboral y que por ello, se haya requerido o necesitado contratar una persona para atender los oficios del demandante.

- **SOBRE EL LUCRO CESANTE PRETENDIDO**

La parte actora pretende el reconcomiendo de 300 SMLMV traducidos en la suma de \$221.5000.000, por concepto de lucro cesante, a razón de la pérdida de capacidad laboral del señor CENEN FLOREZ LUGO, sufrida con ocasión de la intervención quirúrgica practicada el 9 de enero de 2016, en el Hospital San Rafael del Espinal Tolima.

Es de señalar que el lucro cesante, como modalidad de perjuicio material, según el artículo 1614 del Código civil, es *“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”* En

Ariza & Gómez Abogados S.A.S.

Calle 33 No. 6B - 24 Oficina 505 - PBX: (+571) 4660134 - Móvil (+57) 3185864291

www.arizaygomez.com

Bogotá D.C. - Colombia

20
 \$\$\$
 SL

palabras del Consejo de Estado, Sección tercera, dicha modalidad de perjuicio tiene el siguiente concepto y alcance: "Este último (el lucro cesante) corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima."¹⁷

Respecto de los criterios que deben tenerse en cuenta para reconocer la indemnización de este perjuicio, la Jurisprudencia administrativa ha exigido que éste debe ser **CIERTO**, v.g., en **sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014**, Expediente 36.149, el Consejo de Estado, Sección tercera, reiteró lo siguiente:

"El lucro cesante, de la manera como fue calculado por los peritos, no cumple con el requisito uniformemente exigido por la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública¹⁸. Esa demostración del carácter cierto del perjuicio brilla por su ausencia en el experticio de marras¹⁹." ²⁰

Sobre la tasación del perjuicio de lucro cesante, ha dicho la jurisprudencia y la doctrina sobre su método de tasación:

"Debe tenerse presente que para el cálculo del lucro cesante deben tenerse en cuenta los siguientes factores:

(1) *Periodo indemnizable (n): para establecer el periodo indemnizable se deben tomarse en consideración varios aspectos:*

a) Duración de la incapacidad. La obligación de indemnizar a cargo del causante del daño está delimitada por el periodo de duración de las consecuencias del daño o perjuicio, que tratándose de daños causados a la persona de la víctima equivale al tiempo durante el cual se encuentre incapacitado para generar los ingresos que dejará de percibir. Entonces:

(i) En los casos de incapacidad temporal. El periodo indemnizable será el de duración de dicha incapacidad. La duración de la incapacidad se acreditará el dictamen del médico correspondiente.²¹ (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Como lo manifiesta la jurisprudencia y la doctrina para reclamar lucro cesante se hace necesario acreditar la existencia de incapacidad laboral que según las normas que regulan el sistema general de riesgos laborales, Ley 776 de 2002 artículo 2, ha sido definida de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 2o. INCAPACIDAD TEMPORAL. Se entiende por incapacidad temporal, aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado." (Negrillas y subrayas fuera del texto)

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 13168.

¹⁸ En ese sentido pueden verse, entre otros, los pronunciamientos de esta Sección, de 2 de junio de 1994, CP Dr. Julio César Uribe Acosta, actor: Julio César Delgado Ramírez, expediente 8998, o el de 27 de octubre de 1994, CP Dr. Julio César Uribe Acosta, actor Oswaldo Pomar, expediente 9763.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 13.168.

²⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 68001233100020020254801 (36149), M. P. Hernán Andrade Rincón (E)

²¹ Ibídem, pág. 30.

Al constatar el presente caso, se observa que dicha indemnización no encuentra ningún sustento probatorio, pues el demandante CENEN FLOREZ no ha demostrado que percibía ingresos con ocasión del trabajo, ni tampoco ha demostrado que padeció alguna incapacidad médica o laboral que evidencie que dicha circunstancia impidió obtener los ingresos o renta por el trabajo. Máxime cuando se trata de una persona de 63 años de edad, cuando según las estadísticas y demás normas, la longevidad de la persona depende de los hijos, quienes están en la obligación de sustentar económica y financieramente a los adultos de la tercera edad.

Aunado a lo anterior, la parte demandante no aporta ningún dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por una entidad competente, que defina que el señor CENEN FLOREZ LUGO sea inválido a la luz de la normatividad vigente en el sistema de Seguridad Social Colombiano y en el Manual Único de Calificación de invalidez vigente para el momento de los hechos, como para pretender las cuantías referidas por concepto de lucro cesante futuro.

Es importante señalar que las sumas deprecadas por concepto de lucro cesante parten de la hipótesis de que el señor CENEN FLOREZ presuntamente quedó en estado de invalidez por la intervención quirúrgica realizada en el Hospital San Rafael el 9 de enero de 2016, cuando la realidad muestra que dicho demandante recuperó su salud, situación que es diferente de la lesión que por sí sola generó la herida por proyectil de arma de fuego, hecho que de ninguna forma puede hacer parte de la indemnización, al no constituir un daño causado por la entidad demandada y que debe soportar el demandante.

En el improbable caso que se llegue a considerar que el demandante sí devengaba ingresos, el Despacho deberá tener en cuenta que la tasación del perjuicio en la modalidad de lucro cesante se realizó de manera caprichosa, sin el uso de fórmulas matemáticas, soportes y resulta excesiva atendiendo a las particularidades propias del presente caso, al no atender las reglas de cálculo de la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado.

En este sentido, es evidente la indebida estimación del perjuicio, además de estar ausente la prueba idónea que los acredite en las magnitudes pretendidas.

CUARTA: EXCEPCIÓN GENÉRICA:

Se propone para que se de aplicación a lo previsto en el inciso 1 del artículo 306 del C.P.C., en concordancia con el inciso 1 del artículo 282 del Código General del Proceso.

SEGUNDO CAPÍTULO: CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR EL HOSPITAL SAN RAFAEL DEL ESPINAL, TOLIMA:

Para la contestación del llamamiento en garantía formulado por parte del HOSPITAL SAN RAFAEL DEL ESPINAL, TOLIMA debe ponerse de presente al Despacho que como se manifiesta en los hechos y en general a lo largo de tal documento, se llama a mi poderdante en virtud de la póliza de seguro de responsabilidad civil No.1001936 certificado No. 15, el cual estuvo vigente desde el 23 de marzo de 2015 hasta el 23 de marzo de 2016.

Sin embargo, se procederá a contestar los hechos y pretensiones del llamamiento conforme a dicha póliza, pero con el **certificado No. 17** de renovación de la póliza, **vigente desde el 23 de marzo de 2017 hasta el 23 de marzo de 2018**, teniendo en cuenta que la mencionada póliza se contrató bajo la modalidad *Claims Made* o por *reclamación*, con sustento en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997 y que para la fecha de la reclamación al asegurado (solicitud de conciliación

de fecha 19 de diciembre de 2017), estaba vigente dicho certificado de renovación, que sería el que virtualmente sería llamado a afectarse en caso de una hipotética y remota condena al asegurado.

I. PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

Doy respuesta a los hechos expuestos por la sociedad llamante en garantía de la siguiente manera:

AL HECHO 1: NO ME CONSTA lo señalado en este numeral referido a que el señor CENEN FLOREZ LUGO ingresó al servicio de urgencias del Hospital San Rafael, puesto que se trata de una referencia a los hechos y/o pretensiones de la demanda principal, cuyo fundamento fáctico es objeto de prueba dentro del presente proceso, en consecuencia, me atengo a lo que se demuestre.

AL HECHO 2: NO ME CONSTA lo señalado en este numeral referido a la realización de diagnóstico de herida por arma de fuego y fractura abierta de fémur, puesto que se trata de una referencia a los hechos y/o pretensiones de la demanda principal, cuyo fundamento fáctico es objeto de prueba dentro del presente proceso, en consecuencia, me atengo a lo que se demuestre.

AL HECHO 3: NO ME CONSTA lo señalado en este numeral referido a la valoración por médico especialista en ortopedia la intervención quirúrgica del señor CENEN FLROEZ, puesto que se trata de una referencia a los hechos y/o pretensiones de la demanda principal, cuyo fundamento fáctico es objeto de prueba dentro del presente proceso, en consecuencia, me atengo a lo que se demuestre.

AL HECHO 4: NO ME CONSTA lo señalado en este numeral referido a la evolución satisfactoria del señor CENEN FLROEZ y posterior salida del Hospital el 11 de enero de 2016, puesto que se trata de una referencia a los hechos y/o pretensiones de la demanda principal, cuyo fundamento fáctico es objeto de prueba dentro del presente proceso, en consecuencia, me atengo a lo que se demuestre.

AL HECHO 5: NO ME CONSTA lo señalado en este numeral referido al control posquirúrgico de fecha 2 de febrero de 2016 por parte del ortopedista tratante de la Institución, puesto que se trata de una referencia a los hechos y/o pretensiones de la demanda principal, cuyo fundamento fáctico es objeto de prueba dentro del presente proceso, en consecuencia, me atengo a lo que se demuestre.

AL HECHO 6: NO ME CONSTA lo señalado en este numeral referido al nuevo ingreso del paciente el 22 de febrero de 2016 por presentar dolor severo y limitación funcional, puesto que se trata de una referencia a los hechos y/o pretensiones de la demanda principal, cuyo fundamento fáctico es objeto de prueba dentro del presente proceso, en consecuencia, me atengo a lo que se demuestre.

AL HECHO 7: NO ME CONSTA lo señalado en este numeral referido a que el 26 de febrero de 2016 el paciente fue llevado a cirugía, puesto que se trata de una referencia a los hechos y/o pretensiones de la demanda principal, cuyo fundamento fáctico es objeto de prueba dentro del presente proceso, en consecuencia, me atengo a lo que se demuestre.

AL HECHO 8: NO ME CONSTA lo señalado en este numeral referido a que el paciente el 21 de junio de 2016 acudió a la Clínica San Sebastián de Girardot, por presentar dolor, puesto que se trata de una referencia a los hechos y/o pretensiones de la demanda principal, cuyo

fundamento factico es objeto de prueba dentro del presente proceso, en consecuencia, me atengo a lo que se demuestre.

AL HECHO 9: NO ME CONSTA lo señalado en este numeral referido a la razón, motivo o circunstancia de la demanda en contra del Hospital San Rafael por presunta negligencia médica, puesto que se trata de una referencia a los hechos y/o pretensiones de la demanda principal, cuyo fundamento factico es objeto de prueba dentro del presente proceso, en consecuencia, me atengo a lo que se demuestre.

AL HECHO 10: ES CIERTO que el Hospital San Rafael tomó la póliza de seguro de responsabilidad civil Clínicas y Hospitales No. 1001936, emitida por La Previsora S.A., la cual fue renovada mediante el certificado No. 15 y con posterioridad, con el certificado No. 17, tal y como se observa en las caratulas y certificados de la póliza.

AL HECHO 11: NO ES CIERTO que el certificado de renovación No. 15 de la póliza fuera expedido el 24 de marzo de 2016, considerando que la fecha correcta de expedición del certificado No. 15 fue el 24 de marzo de 2015, vigente desde el 23 de marzo de 2015 hasta el 23 de marzo de 2016, cuyos amparos objeto de cobertura se encuentran contenidos en la caratula de la póliza.

AL HECHO 12: ES CIERTO parcialmente, pues si bien el contrato de seguro instrumentado en la póliza No. 1001936 se encontraba vigente para el momento de los hechos objeto de la demanda, debe tenerse en cuenta que en el presente caso no se cumplen las condiciones o requisitos del seguro para que se active el seguro en alguno de sus amparos, cuya cobertura está dada en los estrictos términos de las condiciones generales y particulares, que delimitan de manera clara y expresa el riesgo cubierto. Condiciones a partir de las cuales se concluye que, en el presente caso, no se ha demostrado la ocurrencia de un siniestro asegurado bajo la póliza en que se fundamenta el llamamiento en garantía o el mismo no tiene cobertura. En consecuencia, me atengo a lo que resulte probado en el presente proceso.

II. OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

Actuando en nombre y representación de PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS me opongo a la pretensión formulada por la compañía llamante en garantía, pues en el presente caso, no se ha demostrado la responsabilidad del asegurado y por ende no ha ocurrido un siniestro y/o la póliza de seguro base del llamamiento tiene límites y condiciones que delimitan la cobertura a los hechos y situaciones descritos en la demanda y el llamamiento en garantía.

De esta manera, actuando en nombre y representación de PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS solicito al Señor Juez dar estricta aplicación a los términos del contrato de seguro, que delimitan de manera clara y expresa el riesgo cubierto.

Sin perjuicio de lo anterior, en el remoto evento en que el **HOSPITAL SAN RAFAEL DEL ESPINAL, TOLIMA**, llegare a ser encontrado responsable y condenada al pago de los perjuicios cuya indemnización pretende la parte demandante, solicito se observen los términos del contrato de seguro para efectos de determinar las prestaciones económicas a las que tiene derecho el asegurado, en virtud del seguro de responsabilidad civil que fundamentan este llamamiento en garantía.

Para efectos de la eventual afectación del seguro, ruego el Despacho tener en cuenta lo siguiente:

- a. La póliza que fundamenta este llamamiento en garantía y las normas legales (art. 1127 a 1133 del C. de Co. y los principios generales de los seguros de daños) describen de

manera precisa los amparos, coberturas, y límites dentro de los cuales opera el contrato de seguro de responsabilidad civil celebrado entre PREVISORA S.A. y HOSPITAL SAN RAFAEL DEL ESPINAL, TOLIMA.

b. En particular, debe darse aplicación a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, pues la póliza No.1001936 fue expedida bajo la modalidad CLAIMS MADE O RECLAMACIÓN.

c. El contrato de seguro que fundamenta este llamamiento en garantía y el Código de Comercio contemplan exclusiones convencionales y legales de la cobertura. En caso de encontrarse probado en el proceso un hecho que constituya una exclusión convencional o legal, solicito al Despacho declararla probada.

d. La póliza 1001936 tiene pactado un **sublímite de responsabilidad para el amparo de daños extrapatrimoniales de \$100.000.000 por evento.**

e. La póliza 1001936 tiene pactado un **deducible** que deberá aplicarse a cualquier obligación a cargo de la aseguradora que represento, correspondiente al **20% DEL VALOR DE LA PERDIDA, con un mínimo de \$20.000.000** por toda y cada pérdida.

III. DEFENSAS Y EXCEPCIONES FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

Además de las defensas y excepciones planteadas al ofrecer respuesta a los hechos y de aquellas que resulten probadas en el proceso, que deben ser declaradas de oficio por el Despacho, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 282 del C.G.P. propongo desde ahora las siguientes:

PRIMERA: LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL HOSPITAL SAN RAFAEL DEL ESPINAL, TOLIMA DETERMINA LA AUSENCIA DE SINIESTRO PARA LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1001936:

Con fundamento en el principio consignado en la norma a que se refiere el artículo 1056 del Código de Comercio, en las condiciones generales del seguro instrumentado mediante la póliza No. **1001936**, se estableció que la cobertura del contrato consistía en la indemnización de los perjuicios derivados de la responsabilidad civil que le fuera imputable al asegurado. Ahora bien, de acuerdo con los argumentos que fueron expuestos a lo largo de la contestación a la demanda, los cuales serán demostrados en el desarrollo del proceso, es claro que no existe responsabilidad alguna que le sea imputable al **HOSPITAL SAN RAFAEL**, por las pretensiones que se pretenden en la demanda.

En consecuencia, al no existir responsabilidad de ninguna clase por parte de la sociedad llamante en garantía en los daños que afirma haber sufrido los demandantes, el presupuesto para la activación de la cobertura otorgada mediante el Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Hospitales expedido por LA PREVISORA no se presentó y, por lo tanto, nos encontramos en presencia de hechos no amparados por las pólizas No. 1001936.

Por lo anterior, no podrán prosperar pretensiones en contra de la compañía aseguradora que represento, toda vez que como ya se ha expuesto, existen razones que impiden la declaración de responsabilidad civil respecto del asegurado.

SEGUNDA (SUBSIDIARIA): RIESGO EXCLUIDO - CONFIGURACIÓN DE CAUSALES NO CUBIERTAS EN EL CONTRATO DE SEGURO:

De manera subsidiaria de no prosperar la anterior excepción, se propone la configuración de causales de exclusión de las pólizas, las cuales se encuentran plasmadas en las condiciones generales de las pólizas base del llamamiento en garantía formato RCP-006-4 aplicables a la póliza No. 1001936 correspondiente a eventos o circunstancias en los que las pólizas no brindan cobertura así:

1. La causal de exclusión No. 2.3. de las condiciones generales de la póliza, excluye de cobertura aquellos eventos generadores de responsabilidad civil para el asegurado que devengan de "LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INDIVIDUAL PROPIA DE MÉDICOS Y/U ODONTÓLOGOS O DE CUALQUIER PROFESIONAL DE LA SALUD". De acreditarse en el presente asunto que existió responsabilidad civil profesional individual de algún médico o profesional de la salud que atendió al señor CENEN FLOREZ LUGO, dicha causal se habrá configurado y en consecuencia se excluye la responsabilidad de LA PREVISORA.
2. De igual forma la causal No. 2.26. de exclusión indica que no habrá cobertura frente aquellos eventos de "TODA RESPONSABILIDAD CIVIL Y/O PENAL COMO CONSECUENCIA DE ABANDONO Y/O NEGATIVA DE ATENCIÓN AL "PACIENTE". De encontrarse acreditado en el presente proceso que el asegurado, abandonó o negó atención a la paciente, se configurará esta causal de exclusión.

En consecuencia, solicito amablemente al Despacho declarar probada esta excepción.

TERCERA (SUBSIDIARIA): LIMITE DE COBERTURA DEL ASEGURADOR: APLICACIÓN DE LOS LÍMITES Y SUBLÍMITES ESTABLECIDOS EN LA PÓLIZA No. 1001936. SUBLÍMITES PARA EL AMPARO DE DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES:

De manera subsidiaria debe tenerse en cuenta, que las condiciones particulares de la póliza de seguro No. 1001936, expedida por LA PREVISORA y tomada por el HOSPITAL SAN RAFAEL ampara los daños extrapatrimoniales, es decir daño moral, daño a la salud y otros de creación jurisprudencia, que haya causado el asegurado, sí y sólo si estos se derivan de una daño material o lesión corporal cubierto por la póliza.

Así mismo, dentro de las condiciones generales y particulares de las pólizas se estableció manera congruente, que dichos daños extrapatrimoniales, en el caso de encontrarse cubiertos por la póliza se encuentran sometidos a un **SUBLÍMITÉ DE RESPONSABILIDAD PARA EL AMPARO DE DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES de \$100.000.000 por evento.**

En consecuencia, en el hipotético caso de que el HOSPITAL SAN RAFAEL resulte responsable por los perjuicios extrapatrimoniales ocasionados a la parte demandante, La Previsora S.A. Compañía de Seguros **solo está obligada a responder por dicha modalidad de perjuicios hasta el límite dispuesto en la póliza de seguro por responsabilidad civil suscrita entre las**

partes, que obedece al monto máximo de cien millones de pesos por evento según la caratula de la póliza.

En consecuencia, solicito respetuosamente al Despacho, tener en cuenta este concepto en el evento de que exista una eventual condena en contra de mi Mandante.

CUARTA: SUJECIÓN A LOS TÉRMINOS, LÍMITES, EXCLUSIONES Y CONDICIONES PREVISTOS EN LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1001936:

Así mismo, de manera general, se solicita al Despacho tener en cuenta todos los términos, límites, exclusiones y condiciones particulares y generales establecidos en la póliza de seguro No. 1001936, expedida por LA PREVISORA S.A. y tomada por el HOSPITAL SAN RAFAEL, las cuales determinan el alcance de las eventuales responsabilidades u obligaciones de mí mandante en este caso.

i.LIMITE TOTAL VALOR ASEGURADO:

En lo que respecta al límite total del valor asegurado, es importante indicar que corresponde a la cifra máxima por la cual LA PREVISORA será responsable por todo concepto de "indemnización", "costas, gastos, intereses y honorarios", conforme a los límites de cobertura indicados en la póliza y condiciones particulares, tal y como lo dispone el artículo 1079 del Código de Comercio.

En el presente caso, el límite total de valor asegurado corresponde a la suma indicada en la caratula de la póliza, sin perjuicio de los sublímites de valor asegurado que se pactaron para ciertos amparos. Se reitera que el amparo de daños extrapatrimoniales (daño moral, daño a la salud y otros) se encuentra sublimitado a la suma correspondiente de \$100.000.000 por evento, sin que la condena pueda superar dicho monto.

ii.DEFINICIÓN DE LOS AMPAROS:

En las condiciones particulares y generales de la póliza de responsabilidad civil No. 1001936, se definen los amparos cubiertos por la presente póliza, lo cual resulta fundamental a efectos de que el Despacho constate y determine la aplicación de alguno de ellos, los términos y condiciones a los cuales debe sujetarse de conformidad con lo pactado por las partes contractuales.

iii.EXCLUSIONES

Ruego se tenga en cuenta, las exclusiones que aparecen en el condicionado general de la póliza, en la medida en que se encuentren configuradas y probadas las mismas al interior del presente proceso.

QUINTA: APLICACIÓN DEL DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO PACTADO EN LA PÓLIZA DE SEGURO No. 1001936

En caso de una sentencia desfavorable a mí mandante en el marco de este llamamiento en garantía, será necesario que el Despacho reconozca, para establecer la suma que tuviere que llegar a reembolsar la compañía asegurada que represento, el deducible pactado en la póliza No 1001936, que es: equivalente al 20% del valor de la pérdida mínimo \$20.000.000.

En efecto, en las condiciones particulares de la póliza se pactó dicho deducible. Así mismo, en la condición cuarta de las condiciones generales del contrato de seguros que se aportan al expediente, se establece lo siguiente:

"CONDICIÓN CUARTA

DEDUCIBLE

El Asegurado se compromete a asumir a su cargo el monto por deducible indicado en las Condiciones Particulares con respecto a cada reclamo que sea indemnizable bajo esta póliza por el/los daño(s) a tercero(s)."

Así las cosas, en cualquier caso, del monto indemnizable que llegare a resultar a cargo de LA PREVISORA y a favor del HOSPITAL SAN RAFAEL como consecuencia de la eventual responsabilidad de esta última en los daños que alega haber sufrido la parte actora, se deberá descontar el equivalente al deducible antes precisado, que debe asumir el asegurado ante una eventual condena.

Para determinar el deducible a aplicar, se deberá establecer el valor total de la condena concreta a cargo del asegurado, sobre dicho monto se deberá aplicar el deducible que resulte de mayor valor entre el veinte por ciento (20%) del valor de la pérdida o mínimo \$20.000.000, el cual deberá ser asumido por el HOSPITAL SAN RAFAEL.

SEXTA: EXCEPCIÓN GENÉRICA:

Se propone para que se de aplicación a lo previsto en el inciso 1 del artículo 306 del C.P.C., en concordancia con el inciso 1 del artículo 282 del Código General del Proceso.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEFENSA FRENTE A LA DEMANDA Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

Constituyen fundamento de la presente contestación de demanda y llamamiento en garantía, las normas y fundamentos de derecho expuestos al interior de cada excepción, así como las siguientes normas:

1. Artículos 1604 y ss. del Código Civil.
2. Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes
3. Artículos 1056, 1072, 1077, 1088, 1089, 1127 y siguientes del Código de Comercio.
4. Artículo 4 Ley 389 de 1997.
5. Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
6. Las demás normas concordantes, afines o complementarias.

V. PETICIÓN DE PRUEBAS:

Solicito al Despacho decretar la práctica de las pruebas señaladas a continuación. Igualmente, manifiesto que me reservo el derecho de intervenir en la práctica de las pruebas solicitadas por las partes y en aquellas cuya práctica llegue a decretar de oficio el Despacho.

1. Interrogatorio de parte:

Solicito de manera respetuosa se fije fecha y hora para interrogar a los demandantes **CENEN FLOREZ LUGO, ALITH LIS LIS, EMERSON ALBERTO FLOREZ NOVA, CATERIN SHIRLEY FLOREZ NOVA, ILDA NOHORA FLOREZ LUGO, RUBIELA FLOREZ LUGO, OLGA FLOREZ LUGO, BAUDELINO FLOREZ LUGO, JULIO CESAR FLOREZ LUGO, JORGE ALEXANDER FLOREZ LUGO**, con el fin de que contesten las preguntas que les formularé personalmente o mediante escrito presentado ante el Despacho, respecto de los hechos y pretensiones de la demanda y de esta contestación.

2. Documentales:

- Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1001936, Certificado No. 17 vigente desde el 17 de marzo de 2017 hasta el 23 de marzo de 2018, vigente para la reclamación al asegurado.
- Condiciones generales aplicable a la Póliza de Responsabilidad Civil 1001936 base del llamamiento en garantía anteriormente mencionada.

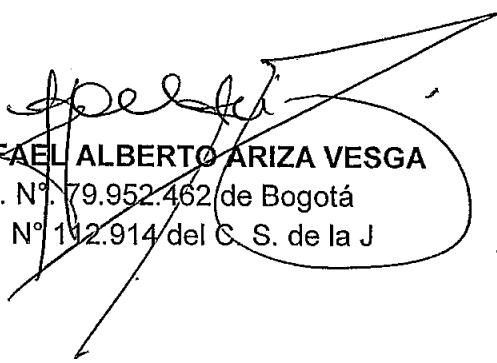
VI. ANEXOS

- Poder Especial para obrar otorgado por el Representante Legal de PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
- Certificado de Existencia y Representación Legal de PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Documentos relacionados en el acápite de pruebas.

VI. NOTIFICACIONES:

- Mi poderdante, en la Calle 57 No. 9 – 07 de Bogotá D.C
- El demandante y las demandadas, en la dirección indicada en la demanda y en las contestaciones.
- El suscrito, en la Calle 33 No. 6 B – 24 Of. 505 de Bogotá D.C., correo electrónico rafaelariza@arizaygomez.com, Tel. 4660134 o en la secretaria del Juzgado.

Atentamente,


RAFAEL ALBERTO ARIZA VESGA
C.C. N° 79.952.462 de Bogotá
T.P. N° 112.914 del C. S. de la J

Ariza & Gómez Abogados S.A.S.
Calle 33 No. 6B - 24 Oficina 505 - PBX: (+571) 4660134 - Móvil (+57) 3185864291
www.arizaygomez.com
Bogotá D.C. - Colombia

Señores
JUZGADO 35 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E. S. D.

Proceso: Reparación directa
Referencia: 2018 - 00034
Demandantes: CENEN FLOREZ LUGO y otros
Demandados: Médicos Asociados S.A.
Llamada en garantía: Seguros Confianza SA

Asunto: Contestación a la Demanda y al Llamamiento en Garantía

XIMENA PAOLA MURTE INFANTE, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 1.026.567.707, abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional No. 245.836 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada especial de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, de acuerdo con el poder adjunto, me dirijo a su Honorable Despacho por medio del presente escrito, con el objeto de **CONTESTAR LA DEMANDA Y EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** formulado por la demandada MÉDICOS ASOCIADOS S.A., en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD LEGAL PARA CONTESTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El pasado 03 de marzo de 2020, se notificó Seguros Confianza SA por medio de correo electrónico del auto proferido por su H. Despacho de fecha 13 de diciembre de 2019, por medio del cual se admitió el llamamiento en garantía formulado por el apoderado judicial de la demandada MÉDICOS ASOCIADOS S.A.

Teniendo en cuenta que en el mencionado auto se concedió el término de 15 días para intervenir en el proceso, el presente escrito se radica oportunamente.

II. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Al hecho primero: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso

Al hecho segundo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso

Al hecho tercero: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho cuarto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho quinto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho sexto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho séptimo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho octavo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho noveno: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso. En todo caso, es importante advertir reposa copia de la historia clínica de la paciente, la cual contiene el récord de atenciones recibidas en las instalaciones de la Clínica

Al hecho décimo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso. En todo caso, es importante advertir reposa copia de la historia clínica de la paciente, la cual contiene el récord de atenciones recibidas en las instalaciones de la Clínica

Al hecho décimo primero: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso. En todo caso, es importante advertir reposa copia de la historia clínica de la paciente, la cual contiene el récord de atenciones recibidas en las instalaciones de la Clínica

Al hecho décimo segundo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso. En todo caso, es importante advertir reposa copia de la historia clínica de la paciente, la cual contiene el récord de atenciones recibidas en las instalaciones de la Clínica

Al hecho décimo tercero: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho décimo cuarto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho décimo quinto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho décimo sexto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho décimo séptimo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho décimo octavo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho décimo noveno: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo primero: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo segundo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo tercero: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo cuarto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo quinto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo sexto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo séptimo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo octavo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Teniendo en cuenta que ninguna de las pretensiones de la demanda está dirigida contra mi representada, me abstengo de emitir algún pronunciamiento al respecto, y en consecuencia estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Por otra parte, Seguros Confianza S.A. fue vinculada como llamada en garantía por parte de Médicos Asociados, y frente a lo cual debo decir que me opongo a que mi representada sea condenada a pagar cualquier suma de dinero a la demandante, o a reembolsar al llamante en garantía, con cargo a las Pólizas de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Médica para Clínicas y Similares No. 01RC000654 y 01RC000701, con fundamento en las razones de hecho y de derecho que se expondrán en los siguientes acápite.

IV. PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EFECTUADO POR MÉDICOS ASOCIADOS S.A.

En cuanto a los hechos

Al primero: no le consta a mi representada por ser ajeno a ésta, y por lo tanto no se acepta ni se niega y en consecuencia estaremos sujetos a lo que se pruebe dentro del proceso

Al segundo: es cierto.

Al tercero: es cierto de conformidad con los hechos relacionados en la demanda. Se resalta que la atención médica suministrada a la demandante data del 21 de junio de 2016.

Al cuarto: es cierto de conformidad con los hechos relacionados en la demanda. Se resalta que la atención médica suministrada a la demandante data del 21 de junio de 2016.

Al quinto: es cierto, pero se deben tener en cuenta las condiciones generales y particulares del seguro que son ley para las partes, así que se le debe dar estricto cumplimiento a lo allí pactado.

Al sexto: no es un hecho, es un extracto de jurisprudencia que hace referencia a la procedencia de los llamamientos en garantía

Al séptimo: es cierto parcialmente y se aclara:

La póliza de responsabilidad civil profesional médica para clínicas y similares 01RC000654 cubre el pago de perjuicios patrimoniales (daño emergente) por hechos atribuibles a la Sociedad Médicos Asociados S.A., a consecuencia de negligencia, imprudencia o impericia derivadas de la prestación de servicios médicos profesionales, **por hechos ocurridos dentro de una vigencia comprendida del 11/02/2016 al 13/02/2017. Es decir, que ésta es la póliza vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen al proceso que nos ocupa.**

En cuanto a la póliza 24RC000701, expedida el día 16/03/2018, cubre adicionalmente el pago de perjuicios por daño moral y lucro cesante. Sin embargo, esta póliza NO era la vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos y por lo tanto NO pueden ser afectadas en el evento de un condena en contra de Médicos Asociados como más adelante se expondrá.

Al octavo: no es cierto lo indicado por el llamante en garantía teniendo en cuenta que las pólizas de seguro expedidas por mi representada se someten a condiciones generales y particulares las cuales son ley para las partes, y el riesgo no se encuentra cubierto para todas las posibles condenas que se puedan producir al asegurado ya que se encuentran limitadas y no puede ser extensivo a todo lo que el llamante en garantía pretenda

En cuanto a las pretensiones:

Me opongo a que Seguros Confianza SA, se vea obligada a pagarle al demandante o a reembolsarle a Médicos Asociados S.A. suma alguna, teniendo en cuenta que la atención médica suministrada al demandante fue adecuada de acuerdo a la praxis médica requerida y cuyas consecuencias y complicaciones fueron inherentes a los procedimientos implementados, y adicional a ello a que las pretensiones del demandante encaminadas al reconocimiento y pago de perjuicios extrapatrimoniales, no gozan de cobertura por la póliza de responsabilidad civil No. 24RC000654, (vigente para la fecha de ocurrencia d los hechos que dieron origen al proceso) con la cual fue vinculada mi representada dentro del llamamiento en garantía.

Respecto a la póliza 01RC000701, se advierte desde ya que ésta fue expedida el día 16/03/2018, es decir que NO estaba vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos y por lo tanto NO puede ser afectada en el evento de una condena en contra de Médicos Asociados como más adelante se expondrá.


La modalidad de cobertura de las pólizas expedidas por Seguros Confianza S.A. es por "ocurrencia", lo que significa que los siniestros objeto de cobertura serán aquellos cuya

ocurrencia se haya producido dentro de la vigencia de la respectiva póliza, así su descubrimiento haya sido con posterioridad a la finalización de la vigencia de la garantía.

V. NUESTROS HECHOS

1. **El 01/04/2016** Seguros Confianza S.A. expidió la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Clínicas y Similares No. 01RC000654** cuyo objeto señaló: *“INDEMNIZAR LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES POR HECHOS ATRIBUIBLES A LA SOCIEDAD MEDICOS ASOCIADOS S.A. A CONSECUENCIA DE NEGLIGENCIA, IMPRUDENCIA O IMPERICIA DERIVADA DE LA PRESTACION DE SERVICIOS MEDICOS PROFESIONALES COMO INSTITUCION PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD”*.

Dicha póliza contó con las siguientes características:

		PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MÉDICA PARA CLÍNICAS Y		Página 1 PÓLIZA 01 RC000654 CERTIFICADO 01 RC000835				
SUCURSAL: 01. CENTRO ANDINO		USUARIO: QUINTEED		TIP CERTIFICADO: Nuevo				
NIT: 860.070.374-9		CÓDIGO REFERENCIA PAGO:		DD MM AAAA 01 04 2016				
TOMADOR: MEDICOS ASOCIADOS S.A.		C.C. O NIT: 860066191		2				
DIRECCIÓN: CR 27 17 A 44		CIUDAD: BOGOTA		TELÉFONO: 5657452				
E-MAIL: medasocia@yahoo.com		C.C. O NIT: 860066191		2				
ASEGURADO: MEDICOS ASOCIADOS S.A.		CIUDAD: BOGOTA		TEL. 5657452				
DIRECCIÓN: CR 27 17 A 44		C.C. O NIT: 0000001		8				
BENEFICIARIO: TERCEROS AFECTADOS		CIUDAD:		TEL. 1				
DIRECCIÓN:		CIUDAD:		TEL. 1				
VIGENCIA			VALOR ASEGURADO EN PESOS					
DD MM AAAA DESDE 11 02 2016		DD MM AAAA HASTA 12 02 2017		ANTERIOR	ESTA MODIFICACIÓN			
					NUEVA 924,000,000.00			
INTERMEDIARIO		COASEGURO			PRIMA			
%PART	NOMBRE	COMPANÍA	%	PRIMA	VALOR ASEGURADO	TRM	MONEDA	VALORES
100.00	FRASEG ASESORES DE SEGUROS					PRIMA	PESOS	78,000,000.00
						CARGOS DE EMISION	PESOS	0.00
						IVA	PESOS	12,480,000.00
						TOTAL		90,480,000.00
AMPAROS		VIGENCIA		VALOR ASEGURADO ANTERIOR EN PESOS	VALOR ASEGURADO NUEVO EN PESOS	VALOR PRIMA EN PESOS		DEDUCIBLE
		Desde	Hasta					%
								Mínimo
Responsabilidad Civil Profesional Clínicas, Hospit		11-02-2016	12-02-2017	0.00	924,000,000.00	78,000,000.00		10.00
Predios, Labores y Operaciones - Vigencia		11-02-2016	12-02-2017	0.00	924,000,000.00	0.00		10.00
Predios, Labores y Operaciones - Evento		11-02-2016	12-02-2017	0.00	924,000,000.00	0.00		10.00
Vehículos Propios y no propios - Vigencia		11-02-2016	12-02-2017	0.00	500,000,000.00	0.00		10.00
Vehículos propios y no propios - Evento		11-02-2016	12-02-2017	0.00	500,000,000.00	0.00		10.00

Posteriormente, se expidieron 3 certificados de modificación en vigencias de los amparos contratados. Sin embargo, no se adjuntarán ni se relacionarán, teniendo en cuenta que fueron expedidos con posterioridad a la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen al proceso que nos ocupa.

1. **El 16/03/2018**, Seguros Confianza S.A. expidió la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Clínicas y Similares No. 01RC000701** cuyo objeto señaló: *“AMPARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN QUE PUDIERE INCURRIR EL ASEGURADO A CONSECUENCIA DE DAÑOS PERSONALES OCURRIDOS DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA, DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD DE UNA CLÍNICA, SI EL SERVICIO PRESTADO FUE DURANTE LA MISMA VIGENCIA Y DENTRO DE LOS PREDIOS DONDE SE PRESTE EL SERVICIO”*.

Como bien se puede apreciar, esta póliza fue expedida el 16 de marzo de 2018, fecha que es lejana de la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen al proceso

que nos ocupa, si se tiene en cuenta que el paciente CENEN FLOREZ LUGO fue atendido en las instalaciones de la Clínica San Sebastián los días 21 de junio de 2016. Por lo tanto, es abiertamente improcedente la vinculación de mi representada con cargo a esta garantía, pues es evidente que no estaba vigente para la época en que ocurrieron los hechos.

Se recuerda: la modalidad de cobertura de las pólizas expedidas por Seguros Confianza S.A. es por "ocurrencia", lo que significa que los siniestros objeto de cobertura serán aquellos cuya ocurrencia se haya producido dentro de la vigencia de la respectiva póliza, así su descubrimiento haya sido con posterioridad a la finalización de la vigencia de la garantía.

2. Junto con las pólizas, se hizo entrega de las condiciones generales del seguro, las cuales hacen parte del mismo, y por lo tanto cualquier solicitud de afectación de la garantía, deberá estar sujeta a las condiciones pactadas tanto en la caratula de la póliza como en sus condiciones generales.

VI. EXCEPCIONES DE FONDO

Frente a la demanda:

A. INEXISTENCIA DE NEGLIGENCIA O IMPERICIA IMPUTABLE AL PERSONAL DE MEDICOS ASOCIADOS S.A.

De acuerdo con los hechos que hacen parte del presente proceso, no existe certeza que los perjuicios que aduce haber padecido el demandante, tuvieran como causa directa el tratamiento, mal procedimiento o erróneo diagnóstico de los médicos tratantes de los centros de salud que conforman la red asistencial de Médicos Asociados S.A. (Clínica San Sebastián).

Basados en los hechos de la demanda, en el cual se describe la atención médica que recibió la paciente por parte de los médicos tratantes de las Clínica San Sebastián, se puede deducir claramente que éstos actuaron de manera diligente proporcionado el tratamiento adecuado para la patología que presentaba, realizando el monitoreo constante que ameritaba la paciente, y que sus consecuencias adversas obedecieron a riesgos inherentes al tipo de procedimiento el cual fue sometida el demandante en otra institución médica diferente a la demandada.

No está demostrada la negligencia, imprudencia o impericia por parte de los médicos de la Clínica San Sebastián, y por lo tanto, no es viable establecer una responsabilidad civil en su contra.

B. LAS OBLIGACIONES DEL PERSONAL MÉDICO TRATANTE FUERON DE MEDIOS Y NO DE RESULTADO

Del relato de los hechos y pruebas aportadas con la demanda, se puede acreditar que, por parte del personal médico de Médicos Asociados, se puso a disposición de la paciente toda la experticia, cuidado, diligencia, y conocimiento científico con el fin de tratar su patología, ordenando de forma responsable todos los procedimientos adecuados para preservar la salud y la vida del paciente.

Las obligaciones del personal médico tratante fueron de medios y no de resultados, enfocadas a tratar la patología presentada por el paciente.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia de fecha 05/11/2013, dentro del proceso 20001-3103-005-2005-00025-01, hizo alusión a la tipología de las obligaciones de los médicos:

“Es claro, entonces, que por regla de principio, los médicos se obligan a realizar su actividad con la diligencia debida, esto es, a poner todos sus conocimientos, habilidades y destrezas profesionales, así como todo su empeño, en el propósito de obtener la curación del paciente o, en un sentido más amplio, a que éste consiga en relación con su salud o con su cuerpo el cometido que persigue o anhela, sin que, por lo tanto, se reitera, como regla general, queden vinculados al logro efectivo del denominado “interés primario” del acreedor -para el caso, la recuperación de la salud o su curación-, pues su deber de prestación se circunscribe, particularmente, a la realización de la actividad o comportamiento debido, con la diligencia exigible a este tipo de profesionales.”

No obstante lo anterior, en desarrollo del principio de autonomía privada pueden presentarse casos, valga precisarlo, no solamente en el campo de la cirugía plástica con fines estéticos o de embellecimiento, en los que el médico, por decisión propia y consciente, adquiere el compromiso de lograr u obtener un resultado específico, esto es, que se obligue para con el paciente a la consecución de un fin determinado, supuesto en el que, como es obvio entenderlo, la obligación a su cargo se tipifica como de resultado.”

Por lo tanto, no puede ser imputable al personal médico tratante de la paciente, las afecciones sufridas luego del procedimiento quirúrgico.

Así las cosas, deberá ser absuelta la sociedad Médicos Asociados S.A. y en consecuencia Confianza S.A. como llamando en garantía por parte de aquella.

C. CUANTIFICACIÓN EXCESIVA DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES QUE SE PRETENDEN COBRAR

Pretende la parte demandante el pago de perjuicios morales en cuantía de 1.200 SMLV para los demandantes.

Al respecto, es importante aclarar que toda pretensión deberá estar debidamente soportada en pruebas que demuestren tanto la ocurrencia del hecho dañoso, imputable a los demandados como la cuantía de los perjuicios solicitados, pues de lo contrario deberán ser desestimadas las mismas.

Así se ha manifestado la Corte Suprema de Justicia frente a la reclamación por perjuicios de carácter extrapatrimonial:

*“Al respecto, dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales” (artículo 16 de la Ley 446 de 1998; cas. civ. sentencias de 3 de septiembre de 1991, 5 de noviembre de 1998 y 1º de abril de 2003), es decir, se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, **aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite „valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos”** (Flavio Peccenini, La liquidazione del danno morale, in Monateri, Bona, Oliva, Peccenini, Tullini, Il danno alla persona, Torino, 2000, Tomo I, 108 ss),*

“Por lo anterior, consultando la función de nomofilaquia, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas. civ. República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil WNV. Exp. No.11001-3103-018-1999-00533-01 50 sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).

“Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador” (cas. civ. sentencia de 18 de septiembre de 2009, exp. 20001-3103-005-2005-00406-01).

Así las cosas, de manera respetuosa se considera que las pretensiones por concepto de perjuicios extrapatrimoniales son excesivas y carecen de fundamento probatorio, y por lo tanto, deberán ser valoradas por el Despacho de manera objetiva y atendiendo a los precedentes jurisprudenciales que existen frente a ésta materia.

D. CARGA DE LA PRUEBA POR PARTE DE LA ACTORA PARA DEMOSTRAR LOS PERJUICIOS SUFRIDOS Y LA RESPONSABILIDAD DE MEDICOS ASOCIADOS

De acuerdo con el principio *ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI*, consignado en el artículo 167 del CGP, se impone la carga de la prueba a quien alega un supuesto de hecho, al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

“Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.”^[1]

Síguese que la pretensión se tornará frustránea si no se logra establecer la responsabilidad civil del asegurado, pues este hecho estará en conexión con el otro presupuesto a cargo de la víctima, cual es el de evidenciar que la responsabilidad generada por la acción u omisión de aquél está cubierta o amparada por el asegurador a quien, por lo mismo, se reclama la indemnización.^[2]

Por esto y por otras razones, es pertinente establecer la causa o causas probables que desencadenaron la negligencia médica alegada, solo luego de valorar las pruebas recaudadas dentro de la actuación, teniendo en cuenta que la causa probable o posible que dio lugar a la negligencia médica alegada, parte de un supuesto que no siempre cuenta con evidencia que pueda soportarlo, porque en variadas ocasiones, las condiciones en que se produjo pueden variar de tal forma, las circunstancias de tiempo, el antecedente médico

^[1] Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Luis Javier Osorio López, sentencia de agosto 5 de 2009.

^[2] Ponencia del doctor César Julio Valencia Copete mediante sentencia del 10 de febrero de 2005 (expediente 7173) de la Honorable Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

que padecía cuando ingreso al hospital San Sebastián y otros factores pueden resultar contrarios a lo percibido después de su ocurrencia.

En conclusión, es claro señor Juez que no tendrá cabida ninguna pretensión si no se acredita que la conducta desplegada por los funcionarios de la clínica San Sebastián fue la que produjo el presunto daño, ya que contrario a lo que afirma el demandante, no basta solo con atribuir la responsabilidad o culpa, es necesario probar la misma, así como también **la magnitud de los perjuicios presuntamente causados y su cuantía, lo que NO está acreditado dentro del presente asunto, pues es materia de litigio dentro del asunto de la referencia.**

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, señor Juez, se hace necesario declarar la prosperidad de la excepción planteada.

E. EXCESIVA TASACIÓN DE PERJUICIOS

En el hipotético caso que se llegare a endilgar en cabeza de mi poderdante algún tipo de responsabilidad, es claro que **el daño que se ha de reparar es aquel que se ha efectivamente causado y que bajo ningún parámetro el extremo actor se puede enriquecer por los hechos que dieron origen al presente asunto.**

Sin embargo, las pretensiones del extremo demandante no se encuentran debidamente soportadas y son consideradas excesivas e incongruentes con las pruebas aportadas en la demanda con la que se pretenden demostrar los supuestos perjuicios sufridos: materiales e inmateriales que dicen los demandantes haber padecido como consecuencia de los hechos que son objeto del litigio, por lo tanto, en el caso hipotético que el despacho llegare a acoger favorablemente las pretensiones de la demanda corresponde al Juez mediante un ejercicio de razonabilidad y proporcionalidad respecto al perjuicio causado, tasar el valor real daño indemnizar.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, señor Juez, se hace necesario declarar la prosperidad de la excepción planteada, como quiera que las pretensiones de la demanda son excesivas por la inícuca cuantificación.

Excepciones relacionadas con el llamamiento en garantía con relación a las Pólizas No. 24RC000654 y 24RC000701:

A. IMPROCEDENCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CON CARGO A LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 24RC000701, AL NO ENCONTRARSE VIGENTE PARA LA FECHA DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS QUE DIERON ORIGEN AL PROCESO

Desde ya, se considera necesario advertir al Despacho que la póliza 24RC000701, puede ser analizada dentro del llamamiento en garantía efectuado por Médicos Asociados a mi representada, toda vez que su vigencia no tiene coincidencia con la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen al presente proceso, de conformidad con el presente análisis:

- Señala la demandante que su atención médica en las instalaciones de la Clínica Fundadores se dio entre el día 21 de junio de 2016

Al revisar la vigencia de la póliza 24RC000701, encontramos:

- Póliza 01RC000701 tuvo como inicio de vigencia el 16/03/2018

Se recuerda: la modalidad de cobertura de las pólizas expedidas por Seguros Confianza S.A. es por “ocurrencia”, lo que significa que los siniestros objeto de cobertura serán aquellos cuya ocurrencia se haya producido dentro de la vigencia de la respectiva póliza, así su descubrimiento haya sido con posterioridad a la finalización de la vigencia de la garantía.

Se concluye entonces, que esta póliza no estuvo vigente para los días 30 de abril de 2015 al 6 de mayo de 2015 cuando se le suministró atención médica al demandante en la Clínica San Sebastián, y por lo tanto desde ya solicito al Sr. Juez se declare la improcedencia del llamamiento en garantía con cargo a éstas póliza.

Excepciones relacionas con la Póliza de Responsabilidad Civil No. 01RC000654, vigente para la época de ocurrencia de los hechos que dieron origen al proceso:

A. AUSENCIA DE COBERTURA DE PAGO DE PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES

En el presente proceso se pretende el reconocimiento y pago de perjuicios de carácter extrapatrimonial denominados DAÑO MORAL, causados a los demandantes como consecuencia de la presunta inadecuada y deficiente atención médica prestada por parte del personal médico de Médicos Asociados S.A.

Sin embargo, es procedente señalar que dichos perjuicios extrapatrimoniales no podrán ser exigibles con cargo a la póliza expedida por Confianza S.A., teniendo en cuenta que éstos son objeto de expresas exclusiones que se encuentran contenidas en las condiciones generales del seguro y que fueron aceptadas por las partes al momento de su expedición, como se detalla a continuación:

Las Condiciones Generales de la Póliza de Responsabilidad Civil expedida por Confianza S.A. señalan en su cláusula primera:

**Cláusula Primera.
Objeto del Seguro y Cobertura**

La COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S. A. “CONFIANZA”, que en adelante se llamará CONFIANZA S. A., por medio de este contrato de seguros se obliga a indemnizar el daño emergente que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad civil extracontractual en que incurra de acuerdo con la ley Colombiana, a consecuencia de un acontecimiento que, produciéndose durante la vigencia del seguro y con ocasión del desarrollo de las obligaciones contenidas en el contrato señalado e identificado en la carátula de la póliza, ocasione muerte, lesión o menoscabo de la salud a terceras personas o el deterioro o destrucción de bienes también de terceros.

Así las cosas, se concluye que la garantía expedida por mi representada está limitada a cubrir el pago de perjuicios materiales - Daño Emergente, quedando excluido el pago de perjuicios extrapatrimoniales como bien se afirma en la cláusula cuarta:

**Cláusula Cuarta.
Exclusiones especiales del
Seguro de Responsabilidad Civil**

XI. Perjuicios Extrapatrimoniales. Estos eventos podrán ser cubiertos por el anexo de daños y perjuicios extrapatrimoniales.

Al revisar la carátula de la póliza, se puede acreditar que éste anexo no fue contratado por las partes, y por lo tanto dichos perjuicios no gozan de cobertura.

A continuación, se hará una breve descripción normativa que servirá de soporte a la limitación que contiene la cobertura de la póliza vinculada, y por lo tanto, concluir la imposibilidad de su afectación por daños diferentes a los patrimoniales que se hayan causado por el presunto siniestro.

El artículo 1127 del Código de Comercio define el seguro de responsabilidad civil:

“Subrogado por el art. 84, Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado”.

En virtud de ésta disposición, se tiene que los perjuicios morales que se pretenden, no se encuentran amparados por el seguro, siendo además objeto de expresas exclusiones, en armonía con con lo dispuesto en el artículo **1056 del Código de Comercio**, como quiera que el asegurador tiene plena libertad para decidir qué riesgos asume y la forma como los asume, de acuerdo con la experiencia obtenida en el desarrollo de su actividad, salvo cuando se trate de aquellos riesgos cubiertos por los denominados seguros obligatorios.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del siete (7) de octubre de 1985, manifestó sobre el particular:

“El artículo 1056 del Código de Comercio, en principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de persona, otorga el asegurador facultad de asumir, a su arbitrio, pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuesto el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.

*En virtud de este amplísimo principio, el asegurador puede delimitar a su talante el **riesgo que asume**, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que, de no cumplirse, impide que se configure el siniestro, ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, queden sin embargo excluidos de la protección que promete por el contrato. Son estas las llamadas exclusiones...”.* (La negrilla es ajena al texto).

Como bien se puede apreciar tanto en las condiciones generales de la póliza como en la caratula de la misma, los Perjuicios morales y de daño fisiológico están expresamente excluidos de cobertura por la garantía, al no haber sido contratados por las partes como amparo dentro de la misma.

Por lo expuesto, se solicita al Despacho declarar probado este hecho y en consecuencia abstenerse de extender condena alguna por concepto de perjuicios de carácter extrapatrimonial con cargo a las pólizas de responsabilidad civil expedidas por Confianza S.A., al no contar con cobertura por expresa exclusión.

B. DEDUCIBLE PACTADO PARA EL AMPARO BASICO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA CLÍNICAS Y HOSPITALES

En virtud del artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador puede limitar la responsabilidad que asumirá en caso de verificarse la condición suspensiva a la que se sujetó la exigibilidad de la obligación resarcitoria a su cargo, mediante lo que se denomina “deducible”.

El artículo 1056 del Código de Comercio, reza:

“Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.

Con base en la facultad conferida por la norma transcrita, Confianza S.A. señaló un porcentaje de la pérdida indemnizable (esto es, el porcentaje se descuenta del valor que tenga que asumir la aseguradora, no del valor total de la condena) que deberá ser cubierto directamente por el asegurado.

Cabe precisar que el deducible es una parte del riesgo que queda a cargo del asegurado, con el fin que éste mantenga algún interés sobre él y en tal sentido, conserve una actitud diligente frente a la prevención del mismo.

En el presente caso, para el amparo básico de *Responsabilidad Civil para Clínicas y Hospitales*, se fijó un deducible del 10% de la condena impuesta al asegurado, porcentaje que en ningún caso puede ser inferior a \$13'000.000.

VII. PRUEBAS

Solicito al honorable Despacho se sirva decretar y tener como tal en favor de mi representada las siguientes pruebas

Documentales:

1. Copia simple de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Médica para Clínicas y Similares No. 01RC000654, primer certificado (vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen al proceso), expedida por Seguros Confianza S.A..
2. Copia simple de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Médica para Clínicas y Similares No. 24RC000701, primer certificado, expedida por Seguros Confianza S.A.
3. Copia simple del Clausulado General de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual - Condiciones Generales expedida por Seguros Confianza S.A.

VIII. ANEXOS

Se adjuntan con esta contestación los siguientes anexos:

1. Los relacionados en el acápite de pruebas
2. Poder especial para actuar en el presente proceso.
3. Certificado de existencia y representación de la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia

IX. NOTIFICACIONES

Se señala como dirección de notificaciones a mi representada la siguiente: Calle 82 No. 11-37 Piso 7, Bogotá D.C.

Correo electrónico: xmurte@confianza.com.co

Teléfono: (1) 6444690

Del señor Juez,

Ximena Paola Murte Infante
C.C. 1.026.567.707 de Bogotá
T.P. 245.836 del C. S de la J.

Señores
JUZGADO 35 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E. S. D.

Proceso: Reparación directa
Referencia: 2018 - 00034
Demandantes: CENEN FLOREZ LUGO y otros
Demandados: Médicos Asociados S.A.
Llamada en garantía: Seguros Confianza SA

Asunto: Contestación a la Demanda y al Llamamiento en Garantía

XIMENA PAOLA MURTE INFANTE, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 1.026.567.707, abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional No. 245.836 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada especial de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, de acuerdo con el poder adjunto, me dirijo a su Honorable Despacho por medio del presente escrito, con el objeto de **CONTESTAR LA DEMANDA Y EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** formulado por la demandada MÉDICOS ASOCIADOS S.A., en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD LEGAL PARA CONTESTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El pasado 03 de marzo de 2020, se notificó Seguros Confianza SA por medio de correo electrónico del auto proferido por su H. Despacho de fecha 13 de diciembre de 2019, por medio del cual se admitió el llamamiento en garantía formulado por el apoderado judicial de la demandada MÉDICOS ASOCIADOS S.A.

Teniendo en cuenta que en el mencionado auto se concedió el término de 15 días para intervenir en el proceso, el presente escrito se radica oportunamente.

II. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Al hecho primero: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso

Al hecho segundo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso

Al hecho tercero: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho cuarto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho quinto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho sexto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho séptimo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho octavo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho noveno: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso. En todo caso, es importante advertir reposa copia de la historia clínica de la paciente, la cual contiene el récord de atenciones recibidas en las instalaciones de la Clínica

Al hecho décimo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso. En todo caso, es importante advertir reposa copia de la historia clínica de la paciente, la cual contiene el récord de atenciones recibidas en las instalaciones de la Clínica

Al hecho décimo primero: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso. En todo caso, es importante advertir reposa copia de la historia clínica de la paciente, la cual contiene el récord de atenciones recibidas en las instalaciones de la Clínica

Al hecho décimo segundo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso. En todo caso, es importante advertir reposa copia de la historia clínica de la paciente, la cual contiene el récord de atenciones recibidas en las instalaciones de la Clínica

Al hecho décimo tercero: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho décimo cuarto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho décimo quinto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho décimo sexto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho décimo séptimo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho décimo octavo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho décimo noveno: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo primero: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo segundo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo tercero: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo cuarto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo quinto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo sexto: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo séptimo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Al hecho vigésimo octavo: No le consta a mi representada por tratarse de un hecho ajeno a ella. Por lo tanto, no se acepta ni se niega, y estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Teniendo en cuenta que ninguna de las pretensiones de la demanda está dirigida contra mi representada, me abstengo de emitir algún pronunciamiento al respecto, y en consecuencia estaremos sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Por otra parte, Seguros Confianza S.A. fue vinculada como llamada en garantía por parte de Médicos Asociados, y frente a lo cual debo decir que me opongo a que mi representada sea condenada a pagar cualquier suma de dinero a la demandante, o a reembolsar al llamante en garantía, con cargo a las Pólizas de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Médica para Clínicas y Similares No. 01RC000654 y 01RC000701, con fundamento en las razones de hecho y de derecho que se expondrán en los siguientes acápite.

IV. PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EFECTUADO POR MÉDICOS ASOCIADOS S.A.

En cuanto a los hechos

Al primero: no le consta a mi representada por ser ajeno a ésta, y por lo tanto no se acepta ni se niega y en consecuencia estaremos sujetos a lo que se pruebe dentro del proceso

Al segundo: es cierto.

Al tercero: es cierto de conformidad con los hechos relacionados en la demanda. Se resalta que la atención médica suministrada a la demandante data del 21 de junio de 2016.

Al cuarto: es cierto de conformidad con los hechos relacionados en la demanda. Se resalta que la atención médica suministrada a la demandante data del 21 de junio de 2016.

Al quinto: es cierto, pero se deben tener en cuenta las condiciones generales y particulares del seguro que son ley para las partes, así que se le debe dar estricto cumplimiento a lo allí pactado.

Al sexto: no es un hecho, es un extracto de jurisprudencia que hace referencia a la procedencia de los llamamientos en garantía

Al séptimo: es cierto parcialmente y se aclara:

La póliza de responsabilidad civil profesional médica para clínicas y similares 01RC000654 cubre el pago de perjuicios patrimoniales (daño emergente) por hechos atribuibles a la Sociedad Médicos Asociados S.A., a consecuencia de negligencia, imprudencia o impericia derivadas de la prestación de servicios médicos profesionales, **por hechos ocurridos dentro de una vigencia comprendida del 11/02/2016 al 13/02/2017. Es decir, que ésta es la póliza vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen al proceso que nos ocupa.**

En cuanto a la póliza 24RC000701, expedida el día 16/03/2018, cubre adicionalmente el pago de perjuicios por daño moral y lucro cesante. Sin embargo, esta póliza NO era la vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos y por lo tanto NO pueden ser afectadas en el evento de un condena en contra de Médicos Asociados como más adelante se expondrá.

Al octavo: no es cierto lo indicado por el llamante en garantía teniendo en cuenta que las pólizas de seguro expedidas por mi representada se someten a condiciones generales y particulares las cuales son ley para las partes, y el riesgo no se encuentra cubierto para todas las posibles condenas que se puedan producir al asegurado ya que se encuentran limitadas y no puede ser extensivo a todo lo que el llamante en garantía pretenda

En cuanto a las pretensiones:

Me opongo a que Seguros Confianza SA, se vea obligada a pagarle al demandante o a reembolsarle a Médicos Asociados S.A. suma alguna, teniendo en cuenta que la atención médica suministrada al demandante fue adecuada de acuerdo a la praxis médica requerida y cuyas consecuencias y complicaciones fueron inherentes a los procedimientos implementados, y adicional a ello a que las pretensiones del demandante encaminadas al reconocimiento y pago de perjuicios extrapatrimoniales, no gozan de cobertura por la póliza de responsabilidad civil No. 24RC000654, (vigente para la fecha de ocurrencia d los hechos que dieron origen al proceso) con la cual fue vinculada mi representada dentro del llamamiento en garantía.

Respecto a la póliza 01RC000701, se advierte desde ya que ésta fue expedida el día 16/03/2018, es decir que NO estaba vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos y por lo tanto NO puede ser afectada en el evento de una condena en contra de Médicos Asociados como más adelante se expondrá.

La modalidad de cobertura de las pólizas expedidas por Seguros Confianza S.A. es por "ocurrencia", lo que significa que los siniestros objeto de cobertura serán aquellos cuya

ocurrencia se haya producido dentro de la vigencia de la respectiva póliza, así su descubrimiento haya sido con posterioridad a la finalización de la vigencia de la garantía.

V. NUESTROS HECHOS

1. **El 01/04/2016** Seguros Confianza S.A. expidió la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Clínicas y Similares No. 01RC000654** cuyo objeto señaló: *“INDEMNIZAR LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES POR HECHOS ATRIBUIBLES A LA SOCIEDAD MEDICOS ASOCIADOS S.A. A CONSECUENCIA DE NEGLIGENCIA, IMPRUDENCIA O IMPERICIA DERIVADA DE LA PRESTACION DE SERVICIOS MEDICOS PROFESIONALES COMO INSTITUCION PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD”*.

Dicha póliza contó con las siguientes características:

		PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MÉDICA PARA CLÍNICAS Y		Página 1 PÓLIZA 01 RC000654 CERTIFICADO 01 RC000835					
SUCURSAL: 01. CENTRO ANDINO		USUARIO: QUINTEED		TIP CERTIFICADO: Nuevo					
TOMADOR: MEDICOS ASOCIADOS S.A.		FECHA: DD MM AAAA 01 04 2016		CÓDIGO REFERENCIA PAGO:					
DIRECCIÓN: CR 27 17 A 44		CIUDAD: BOGOTA		C.C. O NIT: 860066191 2					
E-MAIL: medasocia@yahoo.com		TELÉFONO: 5657452		C.C. O NIT: 860066191 2					
ASEGURADO: MEDICOS ASOCIADOS S.A.		CIUDAD: BOGOTA		TEL. 5657452					
DIRECCIÓN: CR 27 17 A 44		CIUDAD: BOGOTA		C.C. O NIT: 0000001 8					
BENEFICIARIO: TERCEROS AFECTADOS		CIUDAD:		TEL. 1					
DIRECCIÓN:		VALOR ASEGURADO EN PESOS		NUEVA 924,000,000.00					
VIGENCIA		ANTERIOR		ESTA MODIFICACIÓN					
DESDE DD MM AAAA 11 02 2016		HASTA DD MM AAAA 12 02 2017		VALOR ASEGURADO ANTERIOR EN PESOS					
INTERMEDIARIO		COASEGURO		PRIMA					
%PART	NOMBRE	COMPANIA	%	PRIMA	VALOR ASEGURADO	TRM	MONEDA	VALORES	
100.00	FRASEG ASESORES DE SEGUROS					PRIMA	PESOS	78,000,000.00	
						CARGOS DE EMISION	PESOS	0.00	
						IVA	PESOS	12,480,000.00	
						TOTAL		90,480,000.00	
AMPAROS		VIGENCIA		VALOR ASEGURADO ANTERIOR EN PESOS		VALOR ASEGURADO NUEVO EN PESOS		VALOR PRIMA EN PESOS	
		Desde	Hasta					%	Mínimo
Responsabilidad Civil Profesional Clínicas, Hospit		11-02-2016	12-02-2017	0.00		924,000,000.00		10.00	13,000,000.00
Predios, Labores y Operaciones - Vigencia		11-02-2016	12-02-2017	0.00		924,000,000.00		0.00	10.00
Predios, Labores y Operaciones - Evento		11-02-2016	12-02-2017	0.00		924,000,000.00		0.00	10.00
Vehículos Propios y no propios - Vigencia		11-02-2016	12-02-2017	0.00		500,000,000.00		0.00	10.00
Vehículos propios y no propios - Evento		11-02-2016	12-02-2017	0.00		500,000,000.00		0.00	10.00

Posteriormente, se expidieron 3 certificados de modificación en vigencias de los amparos contratados. Sin embargo, no se adjuntarán ni se relacionarán, teniendo en cuenta que fueron expedidos con posterioridad a la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen al proceso que nos ocupa.

1. **El 16/03/2018**, Seguros Confianza S.A. expidió la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Clínicas y Similares No. 01RC000701** cuyo objeto señaló: *“AMPARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN QUE PUDIERE INCURRIR EL ASEGURADO A CONSECUENCIA DE DAÑOS PERSONALES OCURRIDOS DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA, DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD DE UNA CLÍNICA, SI EL SERVICIO PRESTADO FUE DURANTE LA MISMA VIGENCIA Y DENTRO DE LOS PREDIOS DONDE SE PRESTE EL SERVICIO”*.

Como bien se puede apreciar, esta póliza fue expedida el 16 de marzo de 2018, fecha que es lejana de la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen al proceso

que nos ocupa, si se tiene en cuenta que el paciente CENEN FLOREZ LUGO fue atendido en las instalaciones de la Clínica San Sebastián los días 21 de junio de 2016. Por lo tanto, es abiertamente improcedente la vinculación de mi representada con cargo a esta garantía, pues es evidente que no estaba vigente para la época en que ocurrieron los hechos.

Se recuerda: la modalidad de cobertura de las pólizas expedidas por Seguros Confianza S.A. es por "ocurrencia", lo que significa que los siniestros objeto de cobertura serán aquellos cuya ocurrencia se haya producido dentro de la vigencia de la respectiva póliza, así su descubrimiento haya sido con posterioridad a la finalización de la vigencia de la garantía.

2. Junto con las pólizas, se hizo entrega de las condiciones generales del seguro, las cuales hacen parte del mismo, y por lo tanto cualquier solicitud de afectación de la garantía, deberá estar sujeta a las condiciones pactadas tanto en la caratula de la póliza como en sus condiciones generales.

VI. EXCEPCIONES DE FONDO

Frente a la demanda:

A. INEXISTENCIA DE NEGLIGENCIA O IMPERICIA IMPUTABLE AL PERSONAL DE MEDICOS ASOCIADOS S.A.

De acuerdo con los hechos que hacen parte del presente proceso, no existe certeza que los perjuicios que aduce haber padecido el demandante, tuvieron como causa directa el tratamiento, mal procedimiento o erróneo diagnóstico de los médicos tratantes de los centros de salud que conforman la red asistencial de Médicos Asociados S.A. (Clínica San Sebastián).

Basados en los hechos de la demanda, en el cual se describe la atención médica que recibió la paciente por parte de los médicos tratantes de las Clínica San Sebastián, se puede deducir claramente que éstos actuaron de manera diligente proporcionado el tratamiento adecuado para la patología que presentaba, realizando el monitoreo constante que ameritaba la paciente, y que sus consecuencias adversas obedecieron a riesgos inherentes al tipo de procedimiento el cual fue sometida el demandante en otra institución médica diferente a la demandada.

No está demostrada la negligencia, imprudencia o impericia por parte de los médicos de la Clínica San Sebastián, y por lo tanto, no es viable establecer una responsabilidad civil en su contra.

B. LAS OBLIGACIONES DEL PERSONAL MÉDICO TRATANTE FUERON DE MEDIOS Y NO DE RESULTADO

Del relato de los hechos y pruebas aportadas con la demanda, se puede acreditar que, por parte del personal médico de Médicos Asociados, se puso a disposición de la paciente toda la experticia, cuidado, diligencia, y conocimiento científico con el fin de tratar su patología, ordenando de forma responsable todos los procedimientos adecuados para preservar la salud y la vida del paciente.

Las obligaciones del personal médico tratante fueron de medios y no de resultados, enfocadas a tratar la patología presentada por el paciente.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia de fecha 05/11/2013, dentro del proceso 20001-3103-005-2005-00025-01, hizo alusión a la tipología de las obligaciones de los médicos:

“Es claro, entonces, que por regla de principio, los médicos se obligan a realizar su actividad con la diligencia debida, esto es, a poner todos sus conocimientos, habilidades y destrezas profesionales, así como todo su empeño, en el propósito de obtener la curación del paciente o, en un sentido más amplio, a que éste consiga en relación con su salud o con su cuerpo el cometido que persigue o anhela, sin que, por lo tanto, se reitera, como regla general, queden vinculados al logro efectivo del denominado “interés primario” del acreedor -para el caso, la recuperación de la salud o su curación-, pues su deber de prestación se circunscribe, particularmente, a la realización de la actividad o comportamiento debido, con la diligencia exigible a este tipo de profesionales.”

No obstante lo anterior, en desarrollo del principio de autonomía privada pueden presentarse casos, valga precisarlo, no solamente en el campo de la cirugía plástica con fines estéticos o de embellecimiento, en los que el médico, por decisión propia y consciente, adquiera el compromiso de lograr u obtener un resultado específico, esto es, que se obligue para con el paciente a la consecución de un fin determinado, supuesto en el que, como es obvio entenderlo, la obligación a su cargo se tipifica como de resultado.”

Por lo tanto, no puede ser imputable al personal médico tratante de la paciente, las afecciones sufridas luego del procedimiento quirúrgico.

Así las cosas, deberá ser absuelta la sociedad Médicos Asociados S.A. y en consecuencia Confianza S.A. como llamando en garantía por parte de aquella.

C. CUANTIFICACIÓN EXCESIVA DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES QUE SE PRETENDEN COBRAR

Pretende la parte demandante el pago de perjuicios morales en cuantía de 1.200 SMLV para los demandantes.

Al respecto, es importante aclarar que toda pretensión deberá estar debidamente soportada en pruebas que demuestren tanto la ocurrencia del hecho dañoso, imputable a los demandados como la cuantía de los perjuicios solicitados, pues de lo contrario deberán ser desestimadas las mismas.

Así se ha manifestado la Corte Suprema de Justicia frente a la reclamación por perjuicios de carácter extrapatrimonial:

*“Al respecto, dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales” (artículo 16 de la Ley 446 de 1998; cas. civ. sentencias de 3 de septiembre de 1991, 5 de noviembre de 1998 y 1º de abril de 2003), es decir, se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, **aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite „valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos”** (Flavio Peccenini, La liquidazione del danno morale, in Monateri, Bona, Oliva, Peccenini, Tullini, Il danno alla persona, Torino, 2000, Tomo I, 108 ss),*

“Por lo anterior, consultando la función de nomofilaquia, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas. civ. República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil WNV. Exp. No.11001-3103-018-1999-00533-01 50 sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).

“Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador” (cas. civ. sentencia de 18 de septiembre de 2009, exp. 20001-3103-005-2005-00406-01).

Así las cosas, de manera respetuosa se considera que las pretensiones por concepto de perjuicios extrapatrimoniales son excesivas y carecen de fundamento probatorio, y por lo tanto, deberán ser valoradas por el Despacho de manera objetiva y atendiendo a los precedentes jurisprudenciales que existen frente a ésta materia.

D. CARGA DE LA PRUEBA POR PARTE DE LA ACTORA PARA DEMOSTRAR LOS PERJUICIOS SUFRIDOS Y LA RESPONSABILIDAD DE MEDICOS ASOCIADOS

De acuerdo con el principio *ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI*, consignado en el artículo 167 del CGP, se impone la carga de la prueba a quien alega un supuesto de hecho, al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

“Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.”^[1]

Síguese que la pretensión se tornará frustránea si no se logra establecer la responsabilidad civil del asegurado, pues este hecho estará en conexión con el otro presupuesto a cargo de la víctima, cual es el de evidenciar que la responsabilidad generada por la acción u omisión de aquél está cubierta o amparada por el asegurador a quien, por lo mismo, se reclama la indemnización.^[2]

Por esto y por otras razones, es pertinente establecer la causa o causas probables que desencadenaron la negligencia médica alegada, solo luego de valorar las pruebas recaudadas dentro de la actuación, teniendo en cuenta que la causa probable o posible que dio lugar a la negligencia médica alegada, parte de un supuesto que no siempre cuenta con evidencia que pueda soportarlo, porque en variadas ocasiones, las condiciones en que se produjo pueden variar de tal forma, las circunstancias de tiempo, el antecedente médico

^[1] Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Luis Javier Osorio López, sentencia de agosto 5 de 2009.

^[2] Ponencia del doctor César Julio Valencia Copete mediante sentencia del 10 de febrero de 2005 (expediente 7173) de la Honorable Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

que padecía cuando ingreso al hospital San Sebastián y otros factores pueden resultar contrarios a lo percibido después de su ocurrencia.

En conclusión, es claro señor Juez que no tendrá cabida ninguna pretensión si no se acredita que la conducta desplegada por los funcionarios de la clínica San Sebastián fue la que produjo el presunto daño, ya que contrario a lo que afirma el demandante, no basta solo con atribuir la responsabilidad o culpa, es necesario probar la misma, así como también **la magnitud de los perjuicios presuntamente causados y su cuantía, lo que NO está acreditado dentro del presente asunto, pues es materia de litigio dentro del asunto de la referencia.**

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, señor Juez, se hace necesario declarar la prosperidad de la excepción planteada.

E. EXCESIVA TASACIÓN DE PERJUICIOS

En el hipotético caso que se llegare a endilgar en cabeza de mi poderdante algún tipo de responsabilidad, es claro que **el daño que se ha de reparar es aquel que se ha efectivamente causado y que bajo ningún parámetro el extremo actor se puede enriquecer por los hechos que dieron origen al presente asunto.**

Sin embargo, las pretensiones del extremo demandante no se encuentran debidamente soportadas y son consideradas excesivas e incongruentes con las pruebas aportadas en la demanda con la que se pretenden demostrar los supuestos perjuicios sufridos: materiales e inmateriales que dicen los demandantes haber padecido como consecuencia de los hechos que son objeto del litigio, por lo tanto, en el caso hipotético que el despacho llegare a acoger favorablemente las pretensiones de la demanda corresponde al Juez mediante un ejercicio de razonabilidad y proporcionalidad respecto al perjuicio causado, tasar el valor real daño indemnizar.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, señor Juez, se hace necesario declarar la prosperidad de la excepción planteada, como quiera que las pretensiones de la demanda son excesivas por la inícuca cuantificación.

Excepciones relacionadas con el llamamiento en garantía con relación a las Pólizas No. 24RC000654 y 24RC000701:

A. IMPROCEDENCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CON CARGO A LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 24RC000701, AL NO ENCONTRARSE VIGENTE PARA LA FECHA DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS QUE DIERON ORIGEN AL PROCESO

Desde ya, se considera necesario advertir al Despacho que la póliza 24RC000701, puede ser analizada dentro del llamamiento en garantía efectuado por Médicos Asociados a mi representada, toda vez que su vigencia no tiene coincidencia con la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen al presente proceso, de conformidad con el presente análisis:

- Señala la demandante que su atención médica en las instalaciones de la Clínica Fundadores se dio entre el día 21 de junio de 2016

Al revisar la vigencia de la póliza 24RC000701, encontramos:

- Póliza 01RC000701 tuvo como inicio de vigencia el 16/03/2018

Se recuerda: la modalidad de cobertura de las pólizas expedidas por Seguros Confianza S.A. es por “ocurrencia”, lo que significa que los siniestros objeto de cobertura serán aquellos cuya ocurrencia se haya producido dentro de la vigencia de la respectiva póliza, así su descubrimiento haya sido con posterioridad a la finalización de la vigencia de la garantía.

Se concluye entonces, que esta póliza no estuvo vigente para los días 30 de abril de 2015 al 6 de mayo de 2015 cuando se le suministró atención médica al demandante en la Clínica San Sebastián, y por lo tanto desde ya solicito al Sr. Juez se declare la improcedencia del llamamiento en garantía con cargo a éstas póliza.

Excepciones relacionas con la Póliza de Responsabilidad Civil No. 01RC000654, vigente para la época de ocurrencia de los hechos que dieron origen al proceso:

A. AUSENCIA DE COBERTURA DE PAGO DE PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES

En el presente proceso se pretende el reconocimiento y pago de perjuicios de carácter extrapatrimonial denominados DAÑO MORAL, causados a los demandantes como consecuencia de la presunta inadecuada y deficiente atención médica prestada por parte del personal médico de Médicos Asociados S.A.

Sin embargo, es procedente señalar que dichos perjuicios extrapatrimoniales no podrán ser exigibles con cargo a la póliza expedida por Confianza S.A., teniendo en cuenta que éstos son objeto de expresas exclusiones que se encuentran contenidas en las condiciones generales del seguro y que fueron aceptadas por las partes al momento de su expedición, como se detalla a continuación:

Las Condiciones Generales de la Póliza de Responsabilidad Civil expedida por Confianza S.A. señalan en su cláusula primera:

**Cláusula Primera.
Objeto del Seguro y Cobertura**

La COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S. A. “CONFIANZA”, que en adelante se llamará CONFIANZA S. A., por medio de este contrato de seguros se obliga a indemnizar el daño emergente que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad civil extracontractual en que incurra de acuerdo con la ley Colombiana, a consecuencia de un acontecimiento que, produciéndose durante la vigencia del seguro y con ocasión del desarrollo de las obligaciones contenidas en el contrato señalado e identificado en la carátula de la póliza, ocasione muerte, lesión o menoscabo de la salud a terceras personas o el deterioro o destrucción de bienes también de terceros.

Así las cosas, se concluye que la garantía expedida por mi representada está limitada a cubrir el pago de perjuicios materiales - Daño Emergente, quedando excluido el pago de perjuicios extrapatrimoniales como bien se afirma en la cláusula cuarta:

**Cláusula Cuarta.
Exclusiones especiales del
Seguro de Responsabilidad Civil**

XI. Perjuicios Extrapatrimoniales. Estos eventos podrán ser cubiertos por el anexo de daños y perjuicios extrapatrimoniales.

Al revisar la carátula de la póliza, se puede acreditar que éste anexo no fue contratado por las partes, y por lo tanto dichos perjuicios no gozan de cobertura.

A continuación, se hará una breve descripción normativa que servirá de soporte a la limitación que contiene la cobertura de la póliza vinculada, y por lo tanto, concluir la imposibilidad de su afectación por daños diferentes a los patrimoniales que se hayan causado por el presunto siniestro.

El artículo 1127 del Código de Comercio define el seguro de responsabilidad civil:

“Subrogado por el art. 84, Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado”.

En virtud de ésta disposición, se tiene que los perjuicios morales que se pretenden, no se encuentran amparados por el seguro, siendo además objeto de expresas exclusiones, en armonía con lo dispuesto en el artículo **1056 del Código de Comercio**, como quiera que el asegurador tiene plena libertad para decidir qué riesgos asume y la forma como los asume, de acuerdo con la experiencia obtenida en el desarrollo de su actividad, salvo cuando se trate de aquellos riesgos cubiertos por los denominados seguros obligatorios.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del siete (7) de octubre de 1985, manifestó sobre el particular:

“El artículo 1056 del Código de Comercio, en principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de persona, otorga el asegurador facultad de asumir, a su arbitrio, pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuesto el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.

En virtud de este amplísimo principio, el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que, de no cumplirse, impide que se configure el siniestro, ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, queden sin embargo excluidos de la protección que promete por el contrato. Son estas las llamadas exclusiones...”. (La negrilla es ajena al texto).

Como bien se puede apreciar tanto en las condiciones generales de la póliza como en la caratula de la misma, los Perjuicios morales y de daño fisiológico están expresamente excluidos de cobertura por la garantía, al no haber sido contratados por las partes como amparo dentro de la misma.

Por lo expuesto, se solicita al Despacho declarar probado este hecho y en consecuencia abstenerse de extender condena alguna por concepto de perjuicios de carácter extrapatrimonial con cargo a las pólizas de responsabilidad civil expedidas por Confianza S.A., al no contar con cobertura por expresa exclusión.

B. DEDUCIBLE PACTADO PARA EL AMPARO BASICO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA CLÍNICAS Y HOSPITALES

En virtud del artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador puede limitar la responsabilidad que asumirá en caso de verificarse la condición suspensiva a la que se sujetó la exigibilidad de la obligación resarcitoria a su cargo, mediante lo que se denomina “deducible”.

El artículo 1056 del Código de Comercio, reza:

“Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.

Con base en la facultad conferida por la norma transcrita, Confianza S.A. señaló un porcentaje de la pérdida indemnizable (esto es, el porcentaje se descuenta del valor que tenga que asumir la aseguradora, no del valor total de la condena) que deberá ser cubierto directamente por el asegurado.

Cabe precisar que el deducible es una parte del riesgo que queda a cargo del asegurado, con el fin que éste mantenga algún interés sobre él y en tal sentido, conserve una actitud diligente frente a la prevención del mismo.

En el presente caso, para el amparo básico de *Responsabilidad Civil para Clínicas y Hospitales*, se fijó un deducible del 10% de la condena impuesta al asegurado, porcentaje que en ningún caso puede ser inferior a \$13'000.000.

VII. PRUEBAS

Solicito al honorable Despacho se sirva decretar y tener como tal en favor de mi representada las siguientes pruebas

Documentales:

1. Copia simple de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Médica para Clínicas y Similares No. 01RC000654, primer certificado (vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen al proceso), expedida por Seguros Confianza S.A..
2. Copia simple de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional Médica para Clínicas y Similares No. 24RC000701, primer certificado, expedida por Seguros Confianza S.A.
3. Copia simple del Clausulado General de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual - Condiciones Generales expedida por Seguros Confianza S.A.

VIII. ANEXOS

Se adjuntan con esta contestación los siguientes anexos:

1. Los relacionados en el acápite de pruebas
2. Poder especial para actuar en el presente proceso.
3. Certificado de existencia y representación de la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia

IX. NOTIFICACIONES

Se señala como dirección de notificaciones a mi representada la siguiente: Calle 82 No. 11-37 Piso 7, Bogotá D.C.

Correo electrónico: xmurte@confianza.com.co

Teléfono: (1) 6444690

Del señor Juez,

Ximena Paola Murte Infante
C.C. 1.026.567.707 de Bogotá
T.P. 245.836 del C. S de la J.