



MARIANELA VILLEGAS CALDAS

ABOGADA

Asesora Jurídica

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR – SALA CIVIL DE CALI (VALLE)

E.S.D

REF: ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

DEMANDANTE: YADIZA FERNANDA PATIÑO CARDONA.

DEMANDADO: COOMEVA EPS, CLINICA NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO Y OTROS.

LLAMADOS EN GARANTIA: LIBERTY SEGUROS S.A. Y OTROS

RADICACION No. 2016-00325.

ASUNTO: SUSTENTACION REPAROS CONCRETOS

MARIANELA VILLEGAS CALDAS, mayor y vecina de esta ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía N° 31.938.242 expedida en Cali y Tarjeta profesional No. 72.936 del C. S de la Judicatura, en mi condición de apoderada judicial de la compañía **LIBERTY SEGUROS S.A.**, llamada en garantía dentro del proceso de referencia, respetuosamente por medio del presente escrito **PRESENTO SUSTENCIACION A LOS REPAROS CONCRETOS POR APELACIÓN A LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD DE CALI -VALLE** para lo cual expongo y centro mi defensa en los siguientes reparos, los cuales fueron interpuestos dentro de la audiencia y juez que la dicto.

REPARO No. 1: INCUMPLIMIENTO AL ARTICULO 281 DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO

Esta defensa considera respetuosamente que el juez de instancia no respeto el principio de congruencia, la cual es la regla del derecho procesal, por medio de la cual el juez se obliga a que sus decisiones sean concordantes con los hechos y las peticiones que se hacen en el escrito de demanda.

Para poner en contexto lo anterior debemos traer a colación lo contemplado por el **ARTICULO 281 CODIGO GENERAL DEL PROCESO - CONGRUENCIAS:**

La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

AV. 2 NORTE No. 7N-55 Of. 301 Telefax 881 39 27 Celulares 3206838191 / 313 764 43 55 / 310 467 50 55

e-mail: marianelavillegascaldas@hotmail.com



MARIANELA VILLEGAS CALDAS

ABOGADA

Asesora Jurídica

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.
(Subrayas y negrillas fuera del texto)

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

*En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, **siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.** (Subrayas y negrillas fuera del texto)*

PARÁGRAFO 1o. En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole.

PARÁGRAFO 2o. En los procesos agrarios, los jueces aplicarán la ley sustancial teniendo en cuenta que el objeto de este tipo de procesos es conseguir la plena realización de la justicia en el campo en consonancia de los fines y principios generales del derecho agrario, especialmente el relativo a la protección del más débil en las relaciones de tenencia de tierra y producción agraria.

En los procesos agrarios, cuando una de las partes goce del amparo de pobreza, el juez de primera o de única instancia podrá, en su beneficio, decidir sobre lo controvertido o probado aunque la demanda sea defectuosa, siempre que esté relacionado con el objeto del litigio. Por consiguiente, está facultado para reconocer u ordenar el pago de derechos e indemnizaciones extra o ultrapetita, siempre que los hechos que los originan y sustenten estén debidamente controvertidos y probados.

En la interpretación de las disposiciones jurídicas, el juez tendrá en cuenta que el derecho agrario tiene por finalidad tutelar los derechos de los campesinos, de los resguardos o parcialidades indígenas y de los miembros e integrantes de comunidades civiles indígenas.

El Juez en su sentencia, debe expresar en los considerandos el porqué de su decisión, haciendo alusión a los hechos que las partes invocaron y a las pruebas producidas y aplicando las normas jurídicas pertinentes. A posteriori, la



parte dispositiva condena, absuelve o reconviene pero siempre de acuerdo al petitorio.

En ese sentido, el inciso 2º del artículo 281 del CGP contempla tres preceptos a seguir por el juez dentro de sus sentencias:

(i) no es válido emitir fallos ultra petita, es decir sentencias en las que se condene al demandado por una cantidad superior a la solicitada en la demanda, o sentencias que se conceden más cuestiones de las pedidas.

(ii) no se pueden emitir fallos extra petita, o sea, sentencias en donde se condena al demandado con base en pretensiones distintas a las previstas en la demanda.

(iii) No se puede proferir sentencias por causas distintas a las invocadas en la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos concluir que la congruencia es un principio procesal que hace a la garantía del debido proceso, que marcan al Juez un camino para poder llegar a la sentencia, y fijan un límite a su poder discrecional. En el proceso civil el Juez no puede iniciarlo de oficio, ni tomar en cuenta hechos o pruebas no alegados por las partes, y a ellos debe limitarse la sentencia: solo a lo peticionado en la demanda. La congruencia aquí se manifiesta en la adecuación entre lo pedido y la decisión judicial contenida en la sentencia. Ésta debe estar referida exclusivamente a las partes intervinientes, referirse al objeto o petición (desalojo, escrituración, incumplimiento contractual, etcétera) y a la causa (fundamentos) concretos en litigio, sin considerar aspectos o probanzas que las partes no hayan aportado.

Una sentencia incongruente es arbitraria, pues excede la potestad del juez, ya sea que decida más de lo reclamado, o menos de lo que fuera pedido, o sobre cuestiones no articuladas.

Es decir Honorables magistrados, que en sentir de esta defensa, es claro que el A quo, no respeto, entre otras cosas, el principio de congruencia, toda vez que cae en un yerro claro al indicar que *"EXISTIO UN NEXO DE CAUSALIDAD ANTE LA FALTA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD"* y además añadió el señor juez en sus consideraciones en los procesos de responsabilidad civil médica, se trata de demostrar lo que se está pretendiendo con base en



pruebas medico científicas y basadas en la normatividad y jurisprudencia vigente.

En ese mismo sentido, las cargas procesales son imperativos jurídicos, denominados así en la doctrina procesal, se distinguen en la relación jurídica procesal como deberes, obligaciones y cargas procesales. Los deberes procesales son aquellos consagrados en la ley, encaminados a la adecuada realización del proceso. Miran, según el sujeto llamado a observarlos, al juez (artículo 42 c.g. del p., Ley 1564 de 2012), a las partes y a sus apoderados (artículo 78, Ley 1564 de 2012). Estos deberes emanan de la ley procesal, pertenecen al campo del Derecho público y, por consiguiente, son de obligatorio cumplimiento, según lo consagra el artículo 13 del mismo estatuto procesal:

Las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso, por tanto , las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario con lo que sucede con las obligaciones; empero, **si quiere obtener determinado resultado tendrá que cumplirlas**; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo, probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa a sus pretensiones.

Es por eso que el jurista y procesalista colombiano Doctor Hernando Devis Echandía, en referencia a la carga procesal, señala: "Es un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar libremente ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables". (Subrayas fuera del texto).

Por lo anterior es que manifiesto que existió una grave equivocación por parte del despacho, ya que la parte demandante tal y como ustedes tienen la oportunidad de revisar en la demanda, en ningún momento hizo señalamientos



de **DAÑO POR PERDIDA DE OPORTUNIDAD** o que hiciera referencia a este, ni mucho menos forjo sus pretensiones desde esta óptica, ni presento tal y como ustedes tienen oportunidad de revisarlo dentro del libelo demandatorio ningún asomo de que se pretendiera indemnización a la pérdida de una oportunidad, ya que la misma se requiere que la ocasión sea cierta y exista, y si se trata de una posibilidad muy genérica se estará en presencia de un daño hipotético o eventual, que no resulta indemnizable.

Por el contrario el apoderado de la parte actora, centro sus pretensiones, en tratar de demostrar sin éxito claro está, que en virtud del contrato de afiliación existente entre la EPS y de las demás instituciones prestadoras de salud que trataron a la señora DISNEY CARDONA OCAMPO, no prestaron en forma óptima, eficiente y oportuna, los servicios médicos y asistenciales requeridos por su poderdante y que como consecuencia de ello, se originó la muerte de la paciente.

Y es que fue tan claro su señoría la falta de compromiso de la parte demandante para demostrar sus pretensiones, que el mismo juez de instancia en sus consideraciones, acepta que la parte activa si bien no logro demostrar ninguna de sus pretensiones, pero pese a ello, transgrede el principio de congruencia y condena erradamente a mi defendida como a nuestra llamante al pago de unos supuestos "perjuicios morales"

Visto lo anterior, queda claro entonces señor magistrado, que no se pueden emitir sentencias por hechos distintos a los previstos en la demanda; tampoco se permiten sentencias en las que el juez reconozca de oficio las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa; igualmente están prohibidas las sentencias en las que se declaran de oficio excepciones diferentes a las tres acabadas de mencionar, y que no fueron probadas (art. 336 núm. 3 en concordancia con art. 282 CGP). Adicionalmente, en materia arbitral no se pueden proferir laudos, en donde se hayan decidido aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, o en donde se dejaron de decidir cuestiones sujetas al arbitramento (art. 41 núm. 9º Ley 1563 de 2012). La emisión de fallos contrarios al Principio de Congruencia, configura una causal del recurso de casación (art. 336 núm. 3º CGP) o una propia del recurso de anulación de laudos arbitrales; lo último cuando se trate de procesos de esta estirpe (art. 41 núm. 9º Ley 1563 de 2012).



De igual forma es claro que existen eventos en las cuales las sentencias no deben cumplir con las reglas de la congruencia: Primero, en los procesos de familia, el juez puede fallar extra o ultra petita, cuando sea necesario brindarle protección adecuada a la pareja, al niño niña o adolescente o persona de la tercera edad (párr.1º art.281 CGP). Segundo, en los procesos laborales se puede fallar extra o ultra petita cuando se traten de ciertas situaciones que le sean favorables al trabajador (art. 50 CPTSS). Tercero, en los procesos en que se protejan los intereses de la comunidad en general. Por último, por regla general, cuando la sentencia que se emita sea totalmente absolutoria (CSJ, Cas. Civ. 2 de febrero de 2009 Exp. 1195 11220 01).

Al no ser este proceso uno de los mencionados anteriormente, es claro que el juez debía preservar congruencia, lo cual claramente no fue respetado en este caso.

REPARO No. 2: INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS PROPIOS DE LA RESPONSABILIDAD.

Es bien sabido que en materia de responsabilidad deben conjugarse la presencia de tres elementos de su estructura que exige la ley para hacer una declaración de responsabilidad, ellos son: la culpa, el perjuicio y la relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio, en ausencia de uno de ellos, la declaración judicial de responsabilidad deberá darse negando la responsabilidad del demandado. En el presente caso objeto de litigio los elementos que estructuran la responsabilidad se encuentran absolutamente ausentes, pues no existe prueba que con absoluta certeza determine la culpa por parte del personal médico ni de la institución prestadora de salud **LA SOCIEDAD N.S.D.R. S.A.S. hoy CLINICA NUESTRA S.A.S.**; por lo tanto no existe un error en el diagnóstico, ni se probó sin lugar a dudas alguna falta de servicio a la señora **DISNEY CARDONA OCAMPO (q.e.p.d.)**, por parte de las demandadas.

Así entonces, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica se requiere que haya cometido una culpa y que de esta sobrevengan perjuicios a los demandantes, es decir, que se requiere de la existencia de tres (3) elementos a saber:



- 1- La culpa, entendida como el error de conducta que no habría incurrido un profesional de igual experiencia y formación ante las mismas circunstancias externas.
- 2- El nexo causal, que tal y como se manifestó en punto anterior, en el presente debate se pretenden deducir consecuencias dañosas de causas equivocadas.
- 3- Finalmente, el elemento daño, que deberá probarse con medio probatorio legítimo para que eventualmente adquiriera la categoría de cierto e indemnizable.

En ese orden de ideas, en el presente caso no fue demostrado el hecho dañino, simplemente ha sido enunciado, sin que se encuentre sustento del mismo en el fundamento factico y probatorio en la demanda. Igualmente se omitió por la parte actora probar el nexo causal entre la atención medica brindada y el presunto daño o perjuicio ocasionado a los demandantes, dado el hecho que de la redacción de los fundamentos facticos de la demanda se observa que los síntomas de dolor y presuntos daños, le acaecieron al paciente de manera posterior a la realización del procedimiento quirúrgico, en la **LA SOCIEDAD N.S.D.R. S.A.S. HOY CLINICA NUESTRA S.A.S.**, lo que desvirtúa de plano la responsabilidad a título de culpa de la demandada.

En el análisis de cada caso individual, habrá de incluirse las condiciones propias de sus padecimientos, pero por sobre todo las manifestaciones externas-síntomas- que fueran expuestos a los médicos, con lo cual se podrá confirmar que el comportamiento profesional de cada uno correspondió a las condiciones propias de la magnitud de las dolencias y necesidades clínicas de la paciente, en tanto que nunca existió alguna equivocación médica.

Así, si la obligación de la demandada y de los médicos que atendieron a la señora **DISNEY CARDONA OCAMPO (q.e.p.d.)**, corresponde a una típica de medio –nunca de resultado-, y las circunstancias y padecimientos de la señora permitían aplicar bajo el criterio científico apropiado justamente lo que recibió el paciente, pero que infortunadamente su evolución orgánica fue negativa, todo lo cual descarta la existencia de algún grado de culpa de la demandada y los médicos de su institución.



Siendo la ciencia médica, una ciencia inexacta por naturaleza, al ser ciencia valorativa, así puede ocurrir en muchos casos que ante un mismo paciente con determinados síntomas varios médicos ofrecen diagnósticos distintos, inexacta por la normal inferencia en la curación, de circunstancias generalmente imprevisibles como calidad de los medicamentos, resistencia del enfermo, respuesta del organismo, estado de la enfermedad, Etc.

Recordemos que la conducta que se implementa al ir precedida de un juicio de valor, no puede hacerle la infalibilidad, dado el grado de discrecionalidad científica debe gozar de plena libertad para elegir el tratamiento correcto emprendiendo las iniciativas que estime correctas. Someter tal conducta a posterior control judicial para determinar si cumplió o no, comprobar si hubo o no culpa, expone la actividad medica al riesgo de coartar la libre elección e iniciativa del profesional.

De acuerdo con el criterio científico, los médicos que atendieron a la paciente lo hicieron dentro de los parámetros científicos indicados, y así quedo demostrado durante el desarrollo probatorio del proceso de la referencia, los procedimientos correspondieron a lo que indica la ciencia médica para el caso específico, siendo idóneos en su campo, luego los resultados adversos que impidieron haber sobrevivido no se puede enmarcar dentro de la terminología jurídica del daño, sino que corresponden a complicaciones denominados riesgos terapéuticos inherentes a este tipo de eventos como es en el caso en estudio que así aparece descrito en la literatura médica para casos como el de la señora **DISNEY CARDONA OCAMPO (q.e.p.d.)**. Analizados los medios utilizados, se encuentra que estos estuvieron debidamente empleados. Ello lo que nos está significando es que no hay evidencia que permita considerar que el equipo médico, obrara de forma imperita, negligente o imprudente, o violando reglas de cuidado, por el contrario en la historia clínica existen suficientes elementos para concluir que su conducta fue adecuada y diligente, a la expectativa de comportamiento para el momento de proceder al impulsar, conducta terapéutica.

El médico no puede prometer, asegurar o garantizar la cura del enfermo la recuperación de su salud o resultado deseado por el paciente. Por lo tanto, el único resultado que puede ofrecer es que pondrá todo el empeño, diligencia, pericia, conocimiento, prudencia y cuidado para una correcta ejecución. Si el objeto del acto médico es una simple "alea", si su existencia no depende de la



MARIANELA VILLEGAS CALDAS

ABOGADA

Asesora Jurídica

condicionada por el azar, nos encontramos frente a lo que los Romanos llamaban ya la "empio spei" (como la esperanza), como ocurre cuando el sujeto acude al consultorio médico con la esperanza de obtener su curación.

En estos casos de tratamiento médico el resultado no se puede garantizar, sin que el contrato se predique inválido. El contrato se celebra y si el resultado no se logra, pero el medico deudor ha puesto de si todo lo que esperaba, o hay responsabilidad de parte suya, si el resultado es negativo por culpa grave o dolo del médico-deudor, es claro que debe responder, pero no por no haber obtenido el resultado, son por haber incurrido en una falta de conducta (el dolo o la culpa), las obligaciones del médico, frente al derecho, provienen de su actividad consciente y, por lo tanto, son la compartida de los Derechos del enfermo que ha acudido en busca de ayuda o atención, Derechos y Obligaciones que están establecidos en la Ley. Todo acto médico desde esta perspectiva es un acto jurídico o un hecho jurídico, es decir, de todo acto médico se derivan consecuencias en el ámbito del derecho.

REPARO No. 3: INDEBIDA VALORACION DE LAS PRUEBAS.

El valor de una prueba depende de la realidad fáctica o de lo que diga la ley, no de la voluntad del juez o funcionario no puede apreciar las pruebas como le plazca, o crear un valor para determinado tipo de prueba o dejar de apreciar otra de forma irrazonable. Las pruebas se aprecian por su valor frente a la realidad fáctica o por el valor asignado en norma de nivel legal. Sin pruebas apropiadas, no hay decisión válida. Un ejemplo:

"Las sentencias censuradas incurrieron en un defecto fáctico por indebida valoración de la prueba, por cuanto la premisa de la que parte la supuesta transgresión del derecho colectivo de administración de justicia (la existencia de un sistema que sacrifica la calidad y la eficiencia), nunca se probó en el proceso. En efecto, en el trámite no existió soporte técnico para determinar que al privilegiarse el rendimiento estadístico se sacrificaba la calidad de las decisiones, ni tampoco se contó con una prueba que evidenciara la violación de los derechos colectivos fueron protegidos." (Sentencia T-176/16, Corte Constitucional)

AV. 2 NORTE No. 7N-55 Of. 301 Telefax 881 39 27 Celulares 3206838191 / 313 764 43 55 / 310 467 50 55

e-mail: marianelavillegascaldas@hotmail.com



El defecto fáctico es aquel en que se incurre por errores en el tema probatorio. Para ilustración sobre defecto fáctico, en contexto con otros defectos, La regla general sobre apreciación probatoria es la prevista en el Código General del Proceso.

Artículo 176, Ley. 1564/12. Apreciación de las pruebas.

Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

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

En el caso de marras, el a quo en su sentencia acepta que si bien probatoriamente hablando no existió una sola prueba que demostrara la supuesta negligencia por parte de la entidad promotora de salud o por nuestra llamante, ya que no se valoró a fondo que la señora se cayó en el baño, que no dijo nada sobre el particular y que en consulta del 19 de abril en la Clínica Nuestra Señora del Rosario por presentar dolor abdominal, pero señores magistrados no podemos perder de vista que en este caso la paciente señora **DISNEY CARDONA OCAMPO** (Q.E.P.D) fue atendida el día 16 de abril de 2012 en la clínica farallones y fueron estos quienes diagnosticaron una infección urinaria, que dicho sea de paso no fue tomada en cuenta por el juez de instancia y que por el contrario declaró probadas las excepciones que propusiera esta parte pasiva, y en sentir de esta defensa no se podía perder de vista que gracias a dicho diagnóstico inicial, La paciente estuvo cuatro días con hospital en casa y donde se le suministraban unos medicamentos para dicha patología, luego entonces no es claro como el a quo solo aduce responsabilidad a COOMEVA EPS y a mi llamante CLINICA NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO, cuando claramente mi asegurada no podía de manera arbitraria y sin ningún tipo de evolución médica, cambiar dicho diagnóstico sino que por el contrario debía seguir y cumplir con los protocolos necesarios dentro de este proceso, que dicho sea de paso, fueron cumplidos al pie de la letra conforme lo manifestaron todos los galenos que depusieron en el caso de marras.

Dejando claro lo anterior se puede concluir entonces que, las pruebas judiciales son, por esencia, un medio procesal, cuya función principal es ofrecer al juzgador información fiable acerca de la verdad de los hechos en litigio. Es



decir, la prueba le permite al juez adoptar una decisión fundada en la realidad fáctica del proceso. Una vez conformado el conjunto de elementos de juicio que se aportaron al proceso para demostrar los hechos en que se fundan la demanda y la contestación, el juzgador tiene el deber de establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio, esto es, al juez le corresponde darles el valor que en derecho corresponda. Empero, el razonamiento o valoración que hace el juez sobre los medios de prueba no están atados a reglas abstractas o de tarifa legal, pues el sistema procesal colombiano prevé el principio de la libre valoración de la prueba, salvo las solemnidades que se requieran para demostrar ciertos hechos. Lo anterior quiere decir que es el juez, mediante una valoración libre, discrecional y bajo las reglas de la sana crítica, es el encargado de determinar el valor de cada medio de prueba. De hecho, el artículo 176 del Código General del Proceso establece que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.” (CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS, Bogotá, veintiocho (28) de junio de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03406-00(AC), Actor: JMLM Y OTROS, Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA).

La carga de la prueba, por regla general, implica para el demandante probar los hechos que fundamentan su pretensión, al igual que la parte demandada debe demostrar los hechos de su defensa. Si no aparece acreditado un hecho dentro del proceso, el juez en su decisión final deberá determinar a cuál de ellas aquella no le favorece. Al respecto, Ricardo Luis Lorenzetti señala:

Véase Ricardo Luis Lorenzetti. Responsabilidad civil de los médicos. Tomo ii. Rubinzal-Culzoni Editores. (1997). Págs. 202 y ss.)

Que el concepto de carga ha sido estudiado en diversas disciplinas, pero que es en el campo del Derecho procesal donde se han definido los perfiles conceptuales más nítidos. Un grupo de nociones —agrega el autor— estaría formado por aquellas que miran el aspecto pasivo de la idea. Para una parte de la doctrina viene a ser una categoría dentro de las obligaciones, respecto a la cual no existe sanción alguna en estricto sentido, sino decadencia. Esta sería una pérdida de orden económico que genera un fenómeno de “autorresponsabilidad”. Otros autores han acentuado el carácter público de la carga de la prueba, el cual surgiría de las numerosas imposiciones de esta



naturaleza que suelen existir en las Constituciones (en relación con el proceso habría un interés en una buena administración). Esta noción descuida la idea de libertad básica en el sujeto para cumplir o no con la carga, debilidad que ha motivado cierto desdén de la doctrina mayoritaria. Otro grupo de juristas insiste en la libertad probatoria, pero señala como conveniente observar determinado comportamiento si las partes aspiran a evitar consecuencias desfavorables sin que constituya sanción alguna. Finalmente, hay coincidencia en otros autores al hacer énfasis en el interés particular. Así, Carnelutti distingue entre el acto necesario (el que debe ejecutarse si se busca obtener una finalidad en interés propio) y el acto debido (que es el acto jurídico clásico). En el primer caso, se presentaría una sanción económica. Los debates se han originado entre si este interés es jurídico —con lo cual se asimilaría a la carga de la obligación— o si por el contrario se trata de un fenómeno extrajurídico o mera coacción psicológica como lo ha sostenido Michelli, seguido en ello por la doctrina mayoritaria. Se ha venido perfilando la concepción actual, elaborada por Rosemberg en la doctrina alemana, por Michelli en la italiana y por Devis Echandía en la latinoamericana, la cual apunta a concebir la carga de la prueba como facultad de obrar en beneficio propio, sin ninguna coacción ni ilicitud, como una conveniencia práctica y no como deber jurídico; como imperativo del propio interés. Termina Ricardo Luis Lorenzetti señalando que la carga de la prueba: Es entonces la facultad que se adjudica a las partes de probar, en su propio interés, los hechos que fundamentan su pretensión. **No se puede obligar a alguien a probar, pero si no lo hace, el hecho no será considerado por el sentenciante.**

La regla sobre la carga de la prueba, según Liebman, (Véase Enrico Tullio Liebman. Manual de Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Europa América. (1980). Pág. 294). Adquiere su mayor relieve en el momento en que el juez entra a decidir, porque es en esta oportunidad cuando obtiene las consecuencias de la falta de la prueba, pronunciándose en sentido desfavorable a la parte que ha debido aportarla. De ahí que la regla sobre la carga de la prueba se resuelva en el momento de la decisión, en una “regla de juicio” que representa la natural consecuencia y, por consiguiente, la “sanción” de la falta de cumplimiento por la parte que estaba obligada a ello.

Los dos aspectos de la regla, vale decir, la carga para la parte y la de juicio para el juzgador, no pueden, sin embargo, disociarse y contraponerse,



porque son estricta y lógicamente conexos entre sí, y son los dos lados y los dos momentos inseparables de una regla de carácter unitario. En este contexto, Ramos Méndez señala que el juez al momento de la evaluación probatoria y antes de decidir, puede encontrarse con hechos necesarios de prueba que sin embargo no se han acreditado, y se ve obligado a fallar el pleito, pues así se lo impone la ley (artículos 361 Ley de Enjuiciamiento Civil (lec) y 1, 7 cc). No puede aducir la falta de pruebas para omitir pronunciarse. En tales casos, se le ofrece un mecanismo sustitutivo que opera mediante el siguiente razonamiento: ¿qué hecho debiera ser probado y quién debería probarlo? A esa parte le ha de perjudicar la decisión; el juez actúa en consonancia, y le atribuye todas las consecuencias de la falta de prueba al litigante que está gravado con la carga probatoria. Es entonces cuando el mecanismo de la carga de la prueba constituye el correctivo a la posibilidad de non liquet.

La carga de la prueba en la jurisprudencia colombiana- Corte Suprema de Justicia

Recuérdese que toda “decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, sujetas a su valoración racional e integral, “de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos” —artículos 174 y 187, Decreto 1400 de 1970 del Código de Procedimiento Civil (c. de p.c.)—, con lo que corresponde al demandante y no al juez la carga probatoria (*actori incumbit probatio*), con elementos probatorios idóneos y sujetos a contradicción, y en contrapartida, al demandado corresponde demostrar in contrario (*reus in excipiendo fit acto*). Esto debido a que, al tenor del artículo 177, Decreto 1400 de 1970 del c. de p.c., “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, cuestión que en la autorizada opinión de Francisco Carnelutti: Se desarrolla en procura de demostrar los supuestos fácticos que sustentan su proposición. También la noción de carga de la prueba incluye para el juzgador una regla de juicio que le indica cómo debe fallar cuando no encuentra la demostración de los hechos en que se fundamenta la pretensión o la excepción (...) y se traduce en la obligación del juez de considerar existente o inexistente un hecho según que una de las partes le ofrezca o no la demostración de su inexistencia o de su existencia. (Véase Francisco Carnelutti. La prueba civil. Niceto Alcalá- Zamora y Castillo, Trad. Ediciones Depalma. (1979). Págs. 219 y ss)



MARIANELA VILLEGAS CALDAS

ABOGADA

Asesora Jurídica

De otra parte, la Corte Suprema plantea: Por lo mismo, siendo del actor y no del juez el deber de demostrar los supuestos fácticos de las normas jurídicas, cuando se omite pronunciamiento sobre una prueba solicitada, es la parte afectada la legitimada para interponer recurso de reposición en dicha instancia, en los términos del artículo 348 del c.p.c. o en alzada, en virtud de lo establecido en el numeral tercero del artículo 351 ídem. **En conclusión, la carencia de diligencia de la parte en cuestiones probatorias, no conduce a que el juzgador se vea obligado inexorablemente a actuar por ella mediante el decreto oficioso de pruebas.** (Véase Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente 2002-00373-01. (m.p. William Namén; Enero 25 de 2008).

Uno de los principios fundamentales de toda la actividad jurisdiccional del Estado de derecho lo constituye la racionalidad de las decisiones, la cual se relaciona con la conexidad lógica, con la coherencia interna, es decir, es un fenómeno estructural, expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos; es, simplemente, producto de la esencia racional del ser humano. Por ello, se erige como un elemento esencial de la jurisdicción sin la cual se desnaturaliza el acto jurisdiccional y aparece la llamada vía de hecho o el acto material. (Corte Constitucional, sentencias, C-543 de 1992 MP: José Gregorio Hernández Galindo), C-530 de 1993 (MP: Alejandro Martínez Caballero); T-336 de 1993 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-442 de 1994 (MP: Antonio Barrera Carbonell).

En materia de la valoración probatoria la racionalidad supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, responsables y serios. “[Por ello,] no se adecua a este desiderátum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente”. (Corte Constitucional, sentencia T-442 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell.)

La irracionalidad en la valoración de la prueba atenta contra el debido proceso y el derecho de defensa. La racionalidad de la actividad jurisdiccional emerge del axioma constitucional del imperio de la ley (artículo 230 de la Constitución Política) que da sentido a la independencia de la función de la justicia frente a los demás órganos de poder del Estado y de las manifestaciones sociales de poder (cfr. artículo 228, ibíd.). Así, el derecho al acceso a la justicia (véase artículo 229, ibíd.) contiene la garantía de que la decisión judicial se basa en el mandato del legislador y no en el arbitrio del juzgador, ni a las influencias externas (políticas, morales, etc.).

AV. 2 NORTE No. 7N-55 Of. 301 Telefax 881 39 27 Celulares 3206838191 / 313 764 43 55 / 310 467 50 55

e-mail: marianelavillegascaldas@hotmail.com



MARIANELA VILLEGAS CALDAS

ABOGADA

Asesora Jurídica

En ese mismo orden de ideas solicito honorable magistrado ponente y a su honorable sala, que revise de manera juiciosa un hecho que el juez de instancia paso por alto, la perito MARIA VICTORIA FERRO MCBROWN, hace inicialmente un juicios retrospectivo de la situación de la hoy occisa, segundo para el momento en el que ella presenta su peritaje no era par de los médicos aquí escuchados y tercero su peritaje su excelencia no debe ser tenido en cuenta en este proceso ya que así lo prohíbe los artículos 211 y 235 en concordancia con el numeral primero del artículo 141 del código general del proceso, situación está que fue expuesta por gran parte de los apoderados del extremo pasivo pero que el juez no tuvo en cuenta y solo se limitó a indicar que el testimonio para él fue espontaneo y veraz sin advertir los posibles intereses que tuviera la perito dentro del mismo proceso.

REPARO No. 4: CADUCIDAD DE LA ACCION PARA RECLAMAR EL SINIESTRO A LIBERTY SEGUROS DE ACUERDO A CONDICION PACTADA EN EL CLAUSULLADO GENERAL NUMELAR 5.1 CONDICIONADO VERSION 2008.

De la misma manera que fuera expuesta dentro de la contestación de la demanda tanto del llamamiento en garantía, tenemos que opera la caducidad para reclamar por parte de la asegurada **CLINICA NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO**, hoy CLINICA NUESTRA, pues se encuentra pactado en la póliza de seguros RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLINICAS Y HOSPITALES No. LB-356176, y así fue aceptado; que hará parte integrante de la póliza, el condicionado general Versión Febrero de 2008, el mismo en su numeral 5, aparte No. 5.1 indica:

"5.1 SINIESTRO: PARA LOS EFECTOS DEL PRESENTE SEGURO, SE ENTIENDE POR SINIESTRO, EL ACTO MEDICO O HECHO DAÑOSO POR EL QUE SE LE IMPUTA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL AL TOMADOR/ASEGURADO OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DE LA POLIZA Y CUYAS CONSECUENCIAS JURIDICAS SEAN RECLAMADAS AL ASEGURADO O A LIBERTY POR VIA JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL DURANTE LA VIGENCIA DE LA POLIZA O A MAS TARDAR DENTRO DE UN PLAZO MAXIMO DE DOS AÑOS CALENDARIO, CONTADOS A PARTIR DE LA TERMINACION DE LA MISMA."

AV. 2 NORTE No. 7N-55 Of. 301 Telefax 881 39 27 Celulares 3206838191 / 313 764 43 55 / 310 467 50 55

e-mail: marianelavillegascaldas@hotmail.com



Se tiene entonces; que para que opere la cobertura deberá el asegurado reclamar el hecho dañoso o acto médico, durante la vigencia de la póliza donde ocurre el hecho, y/o a más tardar dentro de los dos años consecutivos al mismo. Tenemos que los hechos ocurren en Abril 19 de 2012. Por otro lado la vigencia de la póliza estaba comprendida entre 06 de Enero de 2012 hasta el 05 de Enero de 2013, contando entonces el asegurado CLINICA NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO hoy CLINICA NUESTRA, hasta el 05 de Enero de 2015 para presentar la reclamación, o en su defectos los terceros afectados. Situación que no ocurre en el presente caso, pues solo somos vinculados al proceso a través del llamamiento en garantía, la cual se da en Abril de 2017, cuando ya habían fenecido los términos para reclamar bajo dicha póliza.

Debió el asegurado CLINICA NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO, hoy CLINICA NUESTRA, una vez enterada de la reclamación la cual se le hizo efectiva a ella a través de la audiencia de conciliación celebrada en Enero 11 de 2013, en un Centro de Conciliación, haber reportado el siniestro, y de esta manera haber interrumpido el límite temporal que tenía para hacer efectiva la póliza. Situación que no ocurrió en este caso en particular, quedando por fuera cualquier reclamación por estos hechos.

**REPARO No. 5: COBERTURA DE PERJUICIOS
EXTRAPATRIMONIALES EN LA MODALIDAD DE DAÑO MORAL Y
FISIOLOGICOS SUBLIMITADOS HASTA EL VALOR DE 100 MM.**

Es de anotar que la cobertura amparada en la póliza que sirvió de referente para el llamamiento en garantía cubre los perjuicios en la modalidad de DAÑO MORAL y FISIOLOGICOS, limitados solo hasta un valor asegurado de CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000), encontrándose excluidos aquellos perjuicios morales que no tengan como consecuencia un DAÑO FISICO y/o ANGUSTIA MENTAL.

Por lo tanto en el caso que saliera vencida mi llamante, la obligación de mi representada, no debe ir más allá de lo contratado.



MARIANELA VILLEGAS CALDAS

ABOGADA

Asesora Jurídica

REPARO No. 6: CONDICIONES, EXCLUSIONES, AMPAROS, VALOR ASEGURADO DEDUCIBLE Y RESTRICCIONES CONTRACTUALES DE LA POLIZA.

El artículo 1044 del Código de Comercio establece que el asegurador podrá proponer al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado, en caso de ser estos distintos de aquel, como en el presente caso pues el asegurado es **LA SOCIEDAD N.S.D.R. S.A.S. HOY CLINICA NUESTRA S.A.S.**, y el beneficiario son los terceros afectados, en este caso los demandantes.

Anotado lo anterior, debemos entonces precisar en el hecho de que las condiciones del contrato de seguros establecen específicamente que eventos generan o no obligación alguna a cargo de la aseguradora, entendiendo incorporado en todo este contexto el régimen legal vigente a la celebración del contrato.

Es así como el artículo 1056 del Código de Comercio establece la facultad para las aseguradoras de delimitar contractualmente los riesgos que asumen, siendo claro entonces que **NO TODOS LOS RIESGOS DERIVADOS DE UNA ACTIVIDAD ESTAN ASEGURADOS**, solamente aquellos que se especifican expresamente en las condiciones generales y particulares de la póliza de seguros.

Las obligaciones contraídas por la compañía son exclusivamente las expresadas en su texto, mediante las diversas cláusulas en la que se estipularon los límites, amparos, valor asegurado, deducibles, exclusiones y demás convenciones.

Mediante la póliza que se pretende utilizar como fundamento del llamamiento en garantía, mi representada **LIBERTY SEGUROS S.A.**, de acuerdo con la cobertura denominada RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL, se obligó a responder por las indemnizaciones que tenga que pagar el asegurado **LA SOCIEDAD N.S.D.R. S.A.S. HOY CLINICA NUESTRA S.A.S.**, en razón de la responsabilidad civil profesional que le sea imputable según las coberturas contratadas y con base en los límites y deducibles, que para el caso puntual del amparo denominado "Responsabilidad Civil extracontractual" para clínicas y hospitales. Con una vigencia comprendida entre el 06 de enero de 2012 hasta el

AV. 2 NORTE No. 7N-55 Of. 301 Telefax 881 39 27 Celulares 3206838191 / 313 764 43 55 / 310 467 50 55

e-mail: marianelavillegascaldas@hotmail.com



01 de mayo de 2013, con un valor asegurado de \$500.000.000. Sublimitado por evento \$250.000.000 agregado anual, tal y como se aprecia claramente en la caratula de la póliza LB-356176, aportada como prueba documental con el escrito de contestación del llamamiento en garantía.

En la identificación de las coberturas pactadas, en ese contrato de seguro, ruego tener en consideración todas y cada una de sus condiciones y entre ellas, el ámbito del amparo otorgado, que obviamente no comprende un evento como el que nos ocupa, ni la responsabilidad que la parte actora endilga a la demandada, por cuanto los hechos que dieron lugar a esta demanda ni las consecuencias de estos no constituyen la condición de la que depende la obligación de indemnizar del asegurador, que obviamente no nació.

Ahora bien y sin que esto implique aceptación de responsabilidad alguna, es imprescindible anotar que en el contrato de seguro aludido, se establece el limite asegurado, sin perjuicio del deducible que sea aplicable ni las cláusulas de exoneración de responsabilidad o las causales legales de inoperancia del seguro.

En el evento de que se llegase a proferir alguna condena contra la **SOCIEDAD N.S.D.R. S.A.S. HOY CLINICA NUESTRA S.A.S.**, y aquella tuviera como fundamento un hecho amparado por la póliza de seguros bajo el amparo denominado **RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MEDICA** el límite de la cobertura contratada, para el caso de seguro de **LIBERTY SEGUROS S.A.S.**, operaría:

Como se observa claramente en la caratula de la póliza, la compañía aseguradora asume el pago de la condena de conformidad con las condiciones particulares y generales del contrato de seguro a que la aludida póliza se refiere, con sujeción a los limites, valores y deducibles, es decir HASTA LOS LIMITES DE LAS COBERTURAS pactadas en la póliza de seguro, que para el caso puntual tiene un máximo de \$250.000.000 agregado anual. En cuanto a la cobertura de perjuicios morales y fisiológicos hasta la suma de \$ 100.000.000, Y ESTAN EXCLUIDOS AQUELLOS DAÑOS MORALES SIN DAÑO FISICO Y ANGUSTIA MENTAL.



MARIANELA VILLEGAS CALDAS

ABOGADA

Asesora Jurídica

Así mismo, habrá de verificarse, en el remoto evento de una condena a mi representada, cada una de las limitaciones, exclusiones, amparos y deducibles que se encuentren en la póliza de seguro de responsabilidad civil **LB-356176**.

Tal y como la INEXISTENCIA DE SINIESTRO, según la definición pactada en el condicionado general Versión Febrero de 2008 que hace parte integrante del contrato de seguro:

5.1 SINIESTRO: PARA LOS EFECTOS DEL PRESENTE SEGURO, SE ENTIENDE POR SINIESTRO, EL ACTO MEDICO O HECHO DAÑOSO POR EL QUE SE LE IMPUTA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL AL TOMADOR/ASEGURADO OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DE LA POLIZA Y CUYAS CONSECUENCIAS JURIDICAS SEAN RECLAMADAS AL ASEGURADO O A LIBERTY POR VIA JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL DURANTE LA VIGENCIA DE LA POLIZA O A MAS TARDAR DENTRO DE UN PLAZO MAXIMO DE DOS AÑOS CALENDARIO, CONTADOS A PARTIR DE LA TERMINACION DE LA MISMA.

Por todo lo anterior, solicito respetuosamente a los Honorables magistrados del Tribunal superior del Distrito Judicial de Cali Valle del Cauca, se sirva REVOCAR LA SENTENCIA DEL 08 DE JULIO DE 2019, PROFERIDA POR EL JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI.

Del señor Juez,

Cordialmente,

MARIANELA VILLEGAS CALDAS

C.C.31.938.242 de Cali

T.P. No. 72.936 del C. S. de la J.