

Señor  
JUEZ SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO  
BOGOTÁ D.C.

E. S. D.

JUZGADO 02 CIVIL CTO.

32 folio

21689 16-DEC-19 15:44

PROCESO: RESPONSABILIDAD CIVIL  
DEMANDANTES: ALBA MILENA SILVA LOPEZ Y OTROS  
DEMANDADOS: FUNDACION SALUD BOSQUE Y SALUD TOTAL EPS-S  
S.A.  
RADICADO: 2017-00647  
ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA

MEMORIAL AL DESPACHO  
DONDE SE ENCUENTRA  
SECRETARIO

MARCELA ANDREA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.136.884.835 de Bogotá D.C., y portadora de la Tarjeta Profesional No. 314.492 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada judicial de la entidad demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A. identificada con Nit. No. 800.130.907-4, bajo poder debidamente conferido y otorgado por la Dra. MARÍA DE LOS ANGELES MEZA RODRÍGUEZ, Representante Legal Suplente de SALUD TOTAL EPS-S S.A., tal como consta el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio, el cual se anexa al presente escrito dentro del término legal, procedo a CONTESTAR LA DEMANDA instaurada por la señora ALBA MILENA SILVA LOPEZ Y OTROS, en los siguientes términos:

#### TERMINO PARA CONTESTAR DEMANDA

Teniendo en cuenta que la notificación por aviso fue entregada a mi representada el día 13 de noviembre 2019, de acuerdo al artículo 291 C.G.P. se entenderá surtida al finalizar el día siguiente, es decir el 14 de noviembre se entiende surtida, a partir del cual comenzará a correr el del traslado de la demanda por 20 días, comprendidos en el interregno entre el 15 de noviembre y 16 de diciembre 2019, así que el mismo vence el día lunes 16 de noviembre 2019. Por lo cual Salud Total está contestando la demanda dentro del término legal.

16 y 17 de noviembre sábado y domingo  
21 de noviembre paro nacional no corren términos.  
23 y 24 de noviembre sábado y domingo.  
30 de noviembre y 1 de diciembre 2019 sábado y domingo.  
4 de noviembre paro nacional no corren términos.  
7 y 8 de noviembre sábado y domingo.  
14 y 15 de noviembre sábado y domingo.

## I. EXCEPCIONES PREVIAS

### INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES O POR INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.

En virtud de artículo 100 del Código General del Proceso

*“ARTÍCULO 100. EXCEPCIONES PREVIAS. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:*

1. *Falta de jurisdicción o de competencia.*
2. *Compromiso o cláusula compromisoria.*
3. *Inexistencia del demandante o del demandado.*
4. *Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.*
5. *Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.*
6. *No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.*
7. *Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.*
8. *Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.*
9. *No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.*
10. *No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.*
11. *Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.” (Negrita fuera de texto)*

Dentro de los registros internos de Salud Total, no se encontró ninguna solicitud de conciliación o citación a la misma convocada por los aquí demandantes, por lo que no entiende mi representada el proceso que se promueve en su contra sin siquiera agotar la conciliación como requisito de procedibilidad para así acudir a la rama judicial, si bien es cierto que en los anexos de la demanda presenta una constancia de conciliación fallida, la misma no fue respecto a mi Salud Total EPS-S S.A. sino a la otra entidad demandada.

La demanda instaurada por la señora Alba Milena Silva López y otros es presentada sin un requisito formal indispensable, el cual es la conciliación prejudicial, lo que demuestra una ineptitud de la demanda por falta de la conciliación prejudicial, lo que se ajusta como excepción previa contemplada en el Código General del Proceso en su artículo 100 previamente citado.

Es importante entonces recordar la normativa que regula la conciliación prejudicial, dentro de la cual se establece que la misma debe agotarse como requisito de procedibilidad para poder promover un proceso en el campo judicial:

**LEY 640 2001:**

**"ARTICULO 35. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.** *<Artículo modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad.*

*El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1o del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.*

*Con todo, podrá acudirse directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad de juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero." (Negrilla fuera de texto)*

El anterior artículo es claro en mencionar que se debe agotar la conciliación extrajudicial para poder acudir a los diferentes jurisdicciones civil, familia y contencioso administrativa, lo cual no sucedió en el caso concreto, pues tal y como consta en lo aportado por la parte demandante al momento de presentar demanda, aporta una constancia de no acuerdo respecto a la otra demandada, por otro lado a Salud Total no la convocó en ninguna ocasión, y prueba de ello es que dentro de nuestros registros internos no consta solicitud alguna por parte de los demandantes, y por otro lado, la parte actora no presenta prueba alguna de haber agotado tan importante requisito de procedibilidad con Salud Total.

Por último y no menos importante, no entiende mi representada la razón por la cual se admitió una demanda interpuesta contra Salud Total, sin haber cumplido el requisito de procedibilidad establecido en la legislación previamente citada, en el artículo 90 del Código General del Proceso, el cual establece las directrices para admitir, inadmitir o rechazar demanda, en donde versa:

" (...)

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

- 1. Cuando no reúna los requisitos formales.*

2. *Cuando no se acompañen los anexos ordenados por la ley.*
3. *Cuando las pretensiones acumuladas no reúnan los requisitos legales.*
4. *Cuando el demandante sea incapaz y no actúe por conducto de su representante.*
5. *Cuando quien formule la demanda carezca de derecho de postulación para adelantar el respectivo proceso.*
6. *Cuando no contenga el juramento estimatorio, siendo necesario.*
7. *Cuando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.*

(...)" (Negrilla fuera de texto)

De la lectura de la normativa anterior se puede concluir que en el caso concreto, al no agotar el requisito de procedibilidad, se ajusta a dos causales establecidas para inadmitir la de demanda, eventos que no fueron considerados por el despacho, y aun así se admite la demanda y procede a notificar a mi representada, momento en el cual se hizo el estudio pertinente y se encontró que los demandantes no convocaron a una conciliación previo a promover demanda contra mi representada. Lo anterior aunado a la normativa aplicable a la conciliación establece que se debía rechazar la demanda de plano, como lo versa el siguiente artículo de la ley 640 2001:

**"ARTICULO 36. RECHAZO DE LA DEMANDA.** *La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda."*

En conclusión, la demanda impetrada contra mi representada no debió ser admitida, y en su lugar debió ser rechazada de plano como lo expone la ley 640 del 2001, por lo que queda probada ésta excepción previa de inepta demanda por falta de requisitos formales, la cual debe ser considerada por el despacho para dar el trámite correcto al proceso y cumplimiento a lo establecido en la normatividad aplicable al caso concreto.

## I. FRENTE A LAS PRETENSIONES

ME OPONGO a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por no existir responsabilidad civil y solidaria de SALUD TOTAL EPS-S S.A. respecto de los daños reclamados por los demandantes, en atención a que la entidad que represento cumplió con todas las obligaciones que en virtud de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud existieron por parte de la Salud Total EPS-S S.A. establecidas en la normatividad vigente. Así mismo no existe solidaridad entre mi representada y la Institución Prestadora de Salud que suministró los servicios médicos a la señora Alba Milena Silva, debido a que la IPS goza de autonomía administrativa, técnica y científica para la prestación de

los servicios ofrecidos, de tal forma que si se llega a demostrar negligencia o imprudencia por parte los profesionales vinculados a dicha institución, es ésta directamente la llamada a responder por los presuntos perjuicios ocasionados a los demandantes.

## II. FRENTE A LOS HECHOS

**AL HECHO PRIMERO** – El siguiente hecho se contestara de la siguiente manera:

**ES CIERTO**, que la señora Alba Milena Silva López es afiliada a Salud Total EPS-S S.A. ~~desde el 31 de enero 2012 y actualmente se encuentra vigente.~~

**NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, la atención brindada en la IPS Clínica El Bosque el 15 de agosto 2012.

**AL HECHO SEGUNDO** – **ES CIERTO**, entre Salud Total EPS-S S.A. y la IPS Clínica El Bosque se celebró un contrato para la prestación de servicios de salud – modalidad por evento de vigencia de 1 de abril 2012.

**AL HECHO TERCERO** – **NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO CUARTO** – **NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO QUINTO** – **NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO SEXTO** – **NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO SÉPTIMO** – **NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO OCTAVO** – **NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO NOVENO** – **NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas

en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO DÉCIMO – NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO DÉCIMO PRIMERO – NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO DÉCIMO SEGUNDO – NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO DÉCIMO TERCERO – NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO DÉCIMO CUARTO – NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO DÉCIMO QUINTO – NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO DÉCIMO SEXTO – NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO DÉCIMO SÉPTIMO – NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO DÉCIMO OCTAVO – NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO DÉCIMO NOVENO – NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA**, las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO VIGÉSIMO - NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA.** Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO VIGÉSIMO PRIMERO - NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA,** las atenciones dadas en la Clínica El Bosque, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO VIGÉSIMO SEGUNDO - NO ES CIERTO,** si bien es cierto que Salud Total EPS-S S.A. como entidad promotora de salud tiene la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud, directa o indirectamente, no puede afirmarse que mi representada es responsable de los presuntos perjuicios ocasionados a los demandantes, toda vez que en primer lugar la obligación de aseguramiento se cumplió sin ningún contratiempo, materializándose lo anterior al quedar demostrado que en ningún aparte de la demanda presentada se manifiesta que se le haya negado algún acceso a los servicios de salud, como tampoco se menciona que no se le hubiese autorizado algún servicio, al contrario, mi representada cumplió a cabalidad dicha obligación de aseguramiento. En segundo lugar, es menester indicar que la atención brindada a la paciente no fue ejecutado directamente por mi Salud Total, sino por la IPS Clínica El Bosque, no puede imputarse como un supuesto nexo de causalidad que mi representada falló en la escogencia del prestador de salud, cuando dicha afirmación resulta ser insostenible desde cualquier punto de vista.

**AL HECHO VIGÉSIMO TERCERO - NO ES CIERTO,** toda vez que mi representada si realiza algunos controles para velar por una adecuada prestación de los servicios, no pueden los demandantes con una simple afirmación decir que no se le dieron aplicación para el caso particular, toda vez que al contratar con las diferentes IPS se establecen lineamientos que se le deben dar cumplimiento, lo cuales no le constan a los demandantes. Ahora bien, es curioso que en este hecho se mencione lo pactado en el contrato celebrado entre mi representada y la Clínica El Bosque, debido a que dentro del mismo se estableció una cláusula de garantía de la calidad, que establece la delimitación de la responsabilidad de las partes, siendo la Clínica El Bosque responsable frente a SALUD TOTAL EPS-S y frente a cualquier tercero por la calidad del servicio, al igual que por la idoneidad y profesionalismo del personal que lo preste.

**AL HECHO VIGÉSIMO CUARTO - NO ES CIERTO,** No hay lugar a la legitimidad por pasiva por parte de Salud Total EPS-S S.A. toda vez que no es ni siquiera un nexo causal lo expresado en este hecho y tampoco se puede predicar una solidaridad por parte de mi representada, teniendo en cuenta la cláusula de la garantía de la calidad pactada en el contrato de prestación de servicios celebrado con la IPS Clínica El Bosque.

**AL HECHO VIGÉSIMO QUINTO - NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA,** por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.

**AL HECHO VIGÉSIMO SEXTO - NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA,** por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro

del proceso.

**AL HECHO VIGÉSIMO SÉPTIMO - NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA, por tratarse de hechos ajenos a Salud Total EPS-S S.A. Se adhiere mi representada a lo probado dentro del proceso.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Invoco como fundamentos de derecho los Artículos 82 y siguientes, 368 y siguientes del Código General del Proceso; Artículos 1609, 2341 y siguientes del Código Civil, y 2347, y siguientes de la misma obra, Ley 100 de 1993 y demás normas y referentes jurisprudenciales anunciados en este escrito, los cuales en aras de evitar una reiteración de las citas, solamente se enuncian.

## III. EXCEPCIONES DE MÉRITO

### CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PROMOTARAS DE SALUD POR PARTE DE SALUD TOTAL EPS-S S.A. EN LA ATENCIÓN PRESTADA A LA SEÑORA ALBA MILENA SILVA

Es preciso indicar que Salud Total EPS-S S.A. dio cumplimiento a todas las obligaciones propias de una EPS, las cuales están contempladas en la ley 100 de 1993, como Entidad Promotora de Salud tiene la responsabilidad de la afiliación, registro de los afiliados y el recaudo de sus cotizaciones, por delegación del FOSYGA, hoy ADRES, tal y como consta en el artículo 177 del C.G.P:

*"ARTÍCULO 177. DEFINICIÓN. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley."*

Como bien se refleja en la legislación, la función básica de una EPS es la de organizar y garantizar, directa o indirectamente la prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan de Beneficios, lo cual se cumplió al rigor de la ley respecto a las atenciones brindadas a la señora Alba Milena Silva, es decir, mi representada como su EPS autorizó todos y cada uno de los servicios requeridos a Salud Total en el entendido de lo ordenado por los profesionales adscritos, por lo que no podrían afirmar los demandantes que mi representada fue la causante del daño que aduce la demanda, y en ese orden de ideas no se podría

configurar responsabilidad civil de la EPS, ya que la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud no se incumplió, sino por el contrario se le dio cumplimiento autorizando los servicios de salud solicitados, tales como los exámenes solicitados por la señora Silva, lo cual se encuentra debidamente demostrado con las pruebas aportadas.

Para adecuar lo anteriormente manifestado al caso concreto, se tiene que la señora Silva acudió a la Clínica El Bosque para que fuera atendida su urgencia, se garantizó por parte de mi representada que la afiliada pudiera acudir a dicho prestador, lo que demuestra que mi representada no le negó dicho servicio al demandante, sino por el contrario garantizó el acceso al mismo.

Es importante que se tenga en cuenta que SALUD TOTAL EPS-S S.A. no atendió a la señora Silva al momento de su urgencia, máxime cuando su actividad administrativa está enfocada en otorgar las autorizaciones de los servicios y procedimientos que comprenden el Plan de Beneficios, debe probarse que Salud Total EPS-S S.A como entidad fue la causante de los presuntos perjuicios presentados.

Mi representada cumplió a cabalidad con las funciones que la normativa le impuso como Entidad Administradora de Planes de Beneficios dentro del régimen contributivo, especialmente con aquella que se refiere a la garantía de acceso a los servicios de salud requeridos por la señora Alba Milena Silva, que hubieran sido ordenados por sus médicos tratantes, existiría una responsabilidad si la cobertura le hubiera sido negada, situación que en el presente caso no ocurrió. Es por esto que se le solicita al honorable despacho que tenga en cuenta la obligación principal de una EPS, y se podrá constatar que Salud Total EPS-S S.A. asumió la cobertura económica de los servicios requeridos por la señora Silva, y que a su vez, fueron ordenados por los médicos y profesionales de la salud, en cumplimiento de las obligaciones establecidas en la legislación.

Pese a que la relación que vincula a una Empresa Promotora de Salud con un afiliado es de orden legal, si miráramos hipotéticamente la vinculación desde una óptica contractual, tendríamos que, en primer lugar, no se cumplirían los requisitos de la responsabilidad en este campo, pues en primer lugar, SALUD TOTAL EPS cumplió con su obligación de garantizar el acceso a los servicios del Plan de Beneficios poniendo a disposición de su afiliada toda la red prestadora de servicios de salud calificada en todos sus niveles de atención.

Dentro de una demanda en donde se alega el incumplimiento de una obligación, misma que debe desprender del que está obligado, en el caso concreto la obligación que alega la demandante, situación que respecto de mi representada no se desprende de los hechos y argumentos de la demanda, pues en ninguno de los apartes se discute la responsabilidad de SALUD TOTAL EPS-S S.A. y tampoco se evidencia la relación de ésta con la atención médica brindada por los profesionales de Clínica El Bosque.

Dentro de las obligaciones de las Entidades Promotoras de Salud que se encuentran contempladas en la ley 100 de 1993 se estableció:

*"ARTÍCULO 178. FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones:*

*(...)*

*4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia."*

*"ARTÍCULO 179. CAMPO DE ACCIÓN DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las Entidades Promotoras de Salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada Entidad Promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud"(Subrayado fuera de texto)*

Del análisis de los artículos anteriormente citados, se concluye que para que se dé el correcto cumplimiento de la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud, una EPS debe contratar con diferentes Instituciones Prestadoras de Salud. Situación que resulta pertinente para el caso concreto, debido a que mi representada celebró un contrato con la Clínica El Bosque, en virtud del cual se pactó una cláusula en donde se contempla que la IPS asume su responsabilidad frente a los perjuicios que se llegaren a causar por el equipo médico que haga parte de la Clínica a las personas que se encuentren afiliadas a SALUD TOTAL EPS-S S.A., lo cual debe ser entendido tanto por el honorable despacho como por la parte demandante, pues hay una diferencia entre la prestación del servicio de salud y la de aseguramiento, ésta última propia de una EPS.

Las obligaciones propias de la Entidades Promotoras de Salud dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud son consideradas como de aseguramiento, consagradas en el artículo 178 de la ley 100 de 1993, totalmente diferentes a las obligaciones de prestación que están en cabeza de las Instituciones Prestadoras de Salud, diferencia que ha sido desarrollada vía jurisprudencia en la sentencia T-362/2016 en donde la Corte Constitucional manifestó:

*"Resalta que es responsabilidad de la EPS como asegurador garantizar una red de atención que preste los servicios a los usuarios bajo las características de oportunidad, accesibilidad, continuidad, seguridad, integralidad e integridad, pertinencia, costo-efectividad, respeto por la dignidad humana y el derecho a la intimidad."*

Lo anterior se evidencia en el caso concreto, pues Salud Total EPS-S S.A. garantizó la red de atención Clínica El Bosque que le prestó los servicios a la señora Silva, prestación que está

siendo reprochada por la parte demandante en su libelo, y en la cual mi representada no tuvo una participación directa en los diagnósticos realizados en la señora Alba Milena Silva. De tal forma que la defensa se centra, por una parte, en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales de SALUD TOTAL EPS S.A a la luz de lo establecido en la ley 100 de 1993, pues mi representada garantizó la cobertura económica de todos los servicios médicos – asistenciales incluidos en el POS y requeridos por el paciente, en una institución prestadora de servicio.

Pues bien, en este caso resulta claro que la EPS SALUD TOTAL asumió la cobertura económica de los servicios de salud requeridos por el paciente, por lo que no podría endilgársele a mi poderdante responsabilidad alguna en el presente proceso, máxime si se tiene en cuenta que no existe fundamento para predicar la solidaridad entre las aquí demandadas. Es necesario que se pruebe que Salud Total EPS-S S.A. fue la responsable del lamentable hecho o que no garantizó la calidad de dicha atención.

En conclusión, de acuerdo a los hechos de la demanda y en las pretensiones no se cuestiona algún incumplimiento de Salud Total EPS-S S.A frente a las obligaciones antes mencionadas respecto de la señora Alba Milena Silva, debido a que no se realiza un reproche frente a la cobertura de los servicios o la imposibilidad de acceder a los mismos, al no poder demostrarse lo anterior no es procedente que se condene a mi representada. Lo anterior demuestra que Salud Total EPS-S S.A. cumplió con sus obligaciones propias de aseguramiento, por lo que no podría endilgarse responsabilidad alguna a mi representada Salud Total EPS-S S.A.

### **AUSENCIA DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD ENTRE SALUD TOTAL EPS-S S.A Y LA CLINICA TOLIMA S.A.**

Dentro de pretensiones manifestadas por la parte actora se encuentra la declaración de la solidaridad entre mi representada y la Clínica El Bosque, sin tener en cuenta que entre ambas instituciones hay una gran diferencia tanto en su concepto como entidades, como en sus obligaciones como actores del Sistema de la Seguridad Social en Salud, debido a que las Entidades Promotoras de Salud (EPS's) se encargan del aseguramiento como tal, que se materializa mediante las diferentes funciones como son: autorizar los servicios, remisiones de unas instituciones a otras, la afiliación, y demás actividades que son propias de garantizar el acceso a los servicios de salud, y por otro lado, las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS's), son las encargas de la obligación prestacional, que se materializa en cuanto a la atención de citas médicas, la realización de los procedimientos, y demás funciones propias de prestar el servicio de salud.

Es necesario aplicar el correcto entendimiento a la diferencia entre la obligación de aseguramiento y de prestación, pues son diferentes actores los que ejecutan cada una, y en el caso concreto en ningún momento se reprocha algún actuar propio del aseguramiento,

obedeciendo así a que Salud Total EPS-S S.A actúo en debida forma y con ajuste a la normatividad vigente.

Es menester traer a colación, que Salud Total EPS-S S.A celebró un contrato con la Clínica El Bosque, para la prestación de los servicios de salud, en virtud del cual se pactó una cláusula llamada la garantía de la calidad, en donde se especifica que la Clínica asumirá la responsabilidad por la calidad del servicio, por la idoneidad y profesionalismo del personal, es decir se delimita la responsabilidad de las partes, siendo la Clínica la responsable frente a Salud Total EPS-S S.A. y cualquier tercero.

De acuerdo a lo anterior, la Clínica El Bosque debe asumir la responsabilidad que se derive de los actos u omisiones, incluidas las complicaciones que le sean imputables por acción u omisión, tanto del personal médico y paramédico a los cuales encomienda la prestación de los servicios de salud, así como de su personal administrativo.

El principio de solidaridad está establecido en el artículo 1568 del Código Civil, en donde dispone que:

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

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

Si bien es cierto que la solidaridad es un principio que rige los acuerdos de voluntades, se debe tener en cuenta entre la EPS y la IPS se celebró un acuerdo de voluntades, que se rigen por lo pactado, en ese sentido debe entenderse esta relación como un contrato en donde uno se obliga a otro a la prestación del servicio de salud, y se establecieron un serie de obligaciones, dentro de las cuales se encuentra la responsabilidad de la Clínica El Bosque por los actos ejecutados por la misma y que ocasione perjuicios a los pacientes afiliados a Salud Total EPS-S S.A., y no una solidaridad contractual como lo pretende hacer declarar la parte actora, debido a que cada actor se le han asignado obligaciones y responsabilidades individuales, habiendo legislado sobre cada una de ellas, y por ende no ésta demostrada ni probada por el demandante la pretendida solidaridad.

En lo referente a la pluralidad de deudores, en este caso hay dos deudores pero sobre causas y deudas diferentes. El primero es la EPS que se obliga para con el usuario a administrar su riesgo en salud directa o indirectamente como consecuencia del contrato de afiliación al Plan de Beneficios; el segundo deudor es la IPS que por disposición de la Ley 100 de 1993 al haber sido contratada por la EPS para suministrar servicios de salud a sus usuarios, asume la obligación de suministrarlos bajo principios tales como la calidad y la eficiencia, por lo cual en este caso la IPS es un deudor por disposición de la ley.

En cuanto a la unidad de prestación, cuando la EPS contrata con la IPS el suministro de servicios de salud, la responsabilidad en la prestación de los mismos queda en cabeza de la IPS y no de la EPS, quien para este caso específico asume el compromiso de pagar el cubrimiento económico a la IPS el valor de los mismos, no existiendo unidad de la prestación pues unas obligaciones quedan en cabeza de la EPS y otras obligaciones en cabeza de la IPS.

Es claro entonces que la responsabilidad de la EPS frente a los afiliados es la de garantizar el acceso a los servicios de salud incluidos en el Plan de Beneficios, y cuando la EPS garantiza el acceso de manera indirecta, es completamente imposible que se pudiera estar al tanto del acto médico de la Clínica El Bosque, se presume que la IPS actúa de acuerdo a la Lex Artis.

### **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR SUPUESTA INEFICIENCIA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL Y HOSPITALARIO**

Para que se constituya la responsabilidad civil extracontractual se deben demostrar o probar 3 requisitos, el daño, la culpa y el nexo de causalidad entre el daño y la culpa. En primer lugar, la culpa, como elemento constitutivo de la responsabilidad civil, es entendida esta según los hermanos Mazeaud como “un error de conducta tal que no la habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor de daño”<sup>1</sup>.

Frente al caso concreto, se debe reiterar que no se puede predicar culpa de mi representada, toda vez que no hay un actuar culposo o negligente que haya causado los daños que hoy manifiestan los demandantes, pues como toda EPS, Salud Total dio cumplimiento a la obligación de aseguramiento autorizando los servicios requeridos a mi representada, no se presenta alguna negación del servicio tales como autorizaciones, remisiones y demás, las autorizaciones fueron emitidas por mi representada. Lo que demuestra que el actuar de Salud Total EPS-S S.A. fue diligente y adecuado en lo que respecta a las funciones del aseguramiento en cabeza de la EPS.

Por otro lado, no se encuentra presente el nexo de causalidad entre la culpa y el daño, como bien se expuso anteriormente, la culpa no está probada en el caso concreto, por lo que tampoco estamos ante la presencia del nexo de causalidad, toda vez que este se entiende como el factor que permite atribuir la responsabilidad del hecho dañoso a determinada parte. Para que se pueda predicar responsabilidad civil de mi representada, se debe demostrar que Salud Total EPS con su actuar fue generadora del daño que se pretende imputar, y que ese mismo daño tiene relación de causalidad con el supuesto actuar culposo que se deriva del aseguramiento que se le brindó al afiliado, lo anterior refleja que para poder endilgar la responsabilidad civil dentro de un proceso, debe demostrarse que la

<sup>1</sup> OBDULIO VELASQUEZ POSADA. Responsabilidad Civil Extracontractual. 2da Edición. Editorial Temis, 2013.  
Pág. 248.

persona, sea natural o jurídica, con actuar fue la generadora del daño que se imputa, y que el daño que eventualmente se ocasionó tiene relación de causalidad con una actuación culposa o negligente que sea consecuencia de la atención de aseguramiento que se brindó.

En ese orden de ideas, es necesario entonces demostrar cada uno de los elementos constitutivos de responsabilidad civil, los cuales son: el daño, la culpa y el nexo causal entre ambos, este último es resulta importante de establecer, pues como bien lo formuló Karl Larenz:

*"La relación de causalidad implica investigar la existencia de una imputación. Es decir, consiste en seleccionar entre los diferentes factores que rodean la producción de un hecho, aquel que pueda ser considerado como propio (imputable)"*

Lo que quiere decir, que el nexo de causalidad es el elemento que permite establecer a quien le es imputable el hecho dañoso ocasionado a una persona determinada, el mencionado elemento no se encuentra ajustado al caso concreto respecto de mi representada, debido a que su actuar no fue el que ocasionó el presunto hecho dañoso a la señora Silva, sino por el contrario, no tiene relación alguna, debido a que los servicios requeridos fueron autorizados en su totalidad, y además las atenciones brindadas a la paciente fue prestada por la Clínica El Bosque. Lo anterior constata que Salud Total EPS-S S.A. cumplió con sus obligaciones propias de aseguramiento, garantizando el acceso a los servicios de salud que la señora Silva requería.

#### **AUSENCIA DE ACTIVIDAD PROBATORIA DE LA PARTE ACTORA.**

La carga probatoria recae en la parte actora – los hechos de la demanda no configuran culpa probada, ni presunción de culpa, de acuerdo a la teoría de la responsabilidad civil.

El demandante refiere que la supuesta negligencia por parte de SALUD TOTAL EPS en la atención de la paciente Alba Milena Silva, que causaron daños y perjuicios morales al demandante, pues a su juicio, sin que exista prueba de la relación causal entre el actuar de mi representada y el daño, alega una falla en el servicio que conllevó al hecho lamentable en Clínica El Bosque.

Bajo este argumento, es deber de la parte actora entrar a probar en primer lugar que SALUD TOTAL EPS incumplió con sus deberes consagrados en la Ley 100 de 1993 y demás obligaciones propias del aseguramiento y administración del Plan de Beneficios para con su afiliada, lo cual no se encuentra probado en la demanda. Así mismo, debe probar la parte actora que el daño acaecido, tiene nexo de causalidad entre la atención prestada por mi representada y el lamentable hecho, lo cual no se acredita en el presente litigio.

En cuanto a la carga de la prueba, el artículo 167 del Código General del Proceso dispone:

*"ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)"*

Como es de conocimiento general, en Colombia está proscrita la responsabilidad subjetiva, y la misma es aplicable a los casos de la responsabilidad civil médica, considerando que el acto médico es obligación de medio y no de resultado que le asiste al profesional de la salud o prestador del servicio, es indispensable que cada una de las aseveraciones que se efectúen y pretendan enrostrar algún tipo de responsabilidad se encuentren debidamente probadas, puesto que la sola afirmación que existe un perjuicio no prueba responsabilidad alguna, menos aún si se predica una supuesta falla en el servicio

De tal forma que no basta simplemente afirmar en los hechos de la demanda la responsabilidad de SALUD TOTAL EPS partiendo solamente de un resultado que se califica como dañoso, aún sin conocer o acreditar el nexo de causalidad entre el actuar de la EPS y el resultado dañoso, sino que la parte demandante debe acreditar los tres (3) elementos que estructuran la responsabilidad: 1. Hecho dañoso, 2. Nexo de causalidad y, 3. Culpa, los cuales para el caso de SALUD TOTAL EPS no se encuentran acreditados.

## LA INNOMINADA DE QUE TRATA EL ART. 282 DEL C.G.P

El artículo 282 del Código General de Proceso es claro y expreso en señalar que de manera discrecional cuando se hallen probados hechos que configuren una excepción, el Juez podrá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las que conciernen a prescripción del derecho, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la debida contestación de la demanda. Lo anterior, bajo el siguiente contenido normativo:

*"ARTÍCULO 282. RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.*

*Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.*

*Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.*

*Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte*

*quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.*

Con base en la norma transcrita, solicito al señor juez reconocer oficiosamente los hechos y por ende excepciones que llegare a considerar como necesarias para proteger la efectiva y real protección de los derechos que le reviste a los sujetos procesales que integran el contradictorio.

#### IV. CARGA DE LA PRUEBA

Le corresponde a la demandante, conforme al artículo 167 del C.G.P., probar los sustentos de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos en los que fundamenta las pretensiones.

#### V. PRUEBAS

#### **A LAS PRUEBAS PRESENTADAS POR LA PARTE ACTORA**

##### Documentales

En cuanto a las documentales me atengo a lo que resulte probado, ya que los documentos que se aportan como prueba en el proceso deben reunir los requisitos de los artículos 243 y siguientes C.G.P., y solo en esa medida tendrá el respectivo valor probatorio, debiendo el juez resolver sobre su valor probatorio.

#### **PRUEBAS SOLICITADAS Y APORTADAS POR SALUD TOTAL**

##### Documentales

- Estado de afiliación de la señora Alba Milena Silva a Salud Total EPS-S S.A.

##### Contradicción dictamen pericial

Solicito que en virtud del artículo 226 del C.G.P se constate que el dictamen pericial aportado por la parte demandante cumpla con los requisitos de ley.

Por otro lado, en caso de aportarse dictamen pericial por parte de los demandantes y de decretarse posteriormente, en virtud del artículo 228 del C.G.P solicito que permita ejercer la contradicción del mismo, y así mismo se cite al perito a audiencia.

**Testimoniales**

Sírvase señor juez decretar el testimonio de:

- **Dr. Guillermo Dimas Torres**, Coordinador Médico-Jurídico de SALUD TOTAL EPS S.A., quien puede ser localizado en la Carrera 18 No. 109-15 de la ciudad de Bogotá, o quien haga sus veces, para que deponga sobre la calidad de las atenciones prestadas a la señora Alba Milena Silva, en virtud del estudio del caso realizado, para efectos de recibir el mencionado testimonio. El testigo puede ser localizado en la Carrera 18 No. 109-15 Piso 3 de la ciudad de Bogotá.
- **Dr. Ricardo Andres Diaz Cuervo**, médico ginecobstetra de la Clínica El Bosque, quien puede ser localizado en la misma Clínica en la ciudad Bogotá, para que deponga de las atenciones prestadas por él mismo en la Clínica El Bosque a la paciente Alba Milena Silva.

**Interrogatorio de parte**

Sírvase señor juez de decretar interrogatorio de parte de los demandantes, para que depongan sobre los hechos motivo dela demanda.

**VI. SOLICITUD**

1. Se absuelva a SALUD TOTAL EPS, de cada una de las pretensiones de la demanda.
2. Se declare a SALUD TOTAL EPS, exenta de cualquier tipo de responsabilidad sobre los hechos objeto de la demanda, dado que no existió ninguna conducta de mi representada de la cual se desprenda la causa de los supuestos perjuicios generados en las atenciones médicas suministradas a Alba Milena Silva.
3. Se condene en costas y agencias en derecho a los actores de la demanda.

**VI. NOTIFICACIONES**

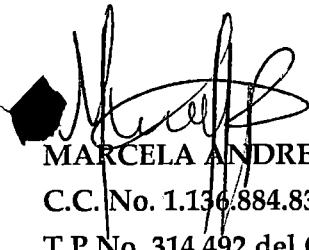
- A la suscrita y mi representada en la Carrera 18 No. 109 -15 de la ciudad Bogotá, correo electrónico notificacionesjud@saludtotal.com.co, Teléfonos 6296660 Ext.10345.

**VI. ANEXOS**

- Lo relacionado en el Acápite de Pruebas Documentales.

Del Señor Juez,

Atentamente,

  
**MARCELA ANDREA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**  
C.C. No. 1.136.884.835 de Bogotá D.C.  
T.P No. 314.492 del C.S. de la J.  
Apoderada de SALUD TOTAL EPS-S S.A.

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

Señores

**JUZGADO SEGUNDO (2º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

E. S. D.

*Referencia: Proceso Declarativo No. 2017-00647 de ALBA MILENA SILVA y OTROS contra FUNDACIÓN SALUD BOSQUE y OTROS. Llamada en garantía: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.*

**-CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, SU SUBSANACIÓN Y DEL**  
**LLAMAMIENTO EN GARANTÍA-**

Quien suscribe, **RICARDO VÉLEZ OCHOA**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.470.042 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 67.706 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** -en adelante 'LA PREVISORA'- en el proceso de la referencia, de acuerdo con el poder que obra en el expediente, y que ahora reasumo, por medio del presente escrito, **CONTESTO LA DEMANDA** promovida por los señores IDELFONSO GÓMEZ HUESO, ALBA MILENA SILVA LÓPEZ, MARÍA FERNANDA GÓMEZ ÁVILA, YUDERLIN CAMILA GÓMEZ GONZÁLEZ, JAIR ALFONSO GÓMEZ GONZÁLEZ y ANGIE KARINA PATIÑO SILVA en contra de FUNDACIÓN SALUD BOSQUE – CLÍNICA UNIVERSITARIA EL BOSQUE y el **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** que esta última formuló en contra de LA PREVISORA, con arreglo a las siguientes consideraciones:

**I. A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por las razones que serán esbozadas a lo largo del presente escrito. Adicionalmente, solicito que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

## II. FRENTE A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 64 y 65 del Código General del Proceso, me opongo a las pretensiones del llamamiento en garantía, con base a las siguientes razones: (I) La **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165** fue otorgada bajo la modalidad reclamación o ‘claims made’; (II) La cobertura de la Póliza no operó, porque el siniestro fue reclamado y notificado por fuera del periodo de vigencia; (III) La cobertura de la póliza se encuentra limitada a lo estrictamente convenido en su clausulado; (IV) La Póliza no cubre daños derivados de abandono y/o negativa de atención al paciente; (V) En caso de determinarse inconsistencias en la historia clínica, o de diligenciarse indebidamente el consentimiento informado, se produce la pérdida del derecho a la indemnización; (VI) El eventual compromiso indemnizatorio a cargo de LA PREVISORA se circunscribe a la suma asegurada correspondiente al amparo de responsabilidad civil profesional previsto en la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165** y al sublímite de perjuicios ‘extrapatrimoniales’; (VII) Existencia de deducible y; (VIII) Prescripción de las acciones derivadas del Contrato de Seguro.

## III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

A continuación, me referiré a los hechos de la demanda en la forma y orden allí previstos:

1. **No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

44

PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.

2. **No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.
3. **No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.
4. **No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.
5. **No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.
6. **No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.

7. **No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.
8. **No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.
9. **No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.

Las restantes aseveraciones contenidas en el presente numeral **no constituyen un hecho en estricto rigor**, sino que, por el contrario, se trata de aseveraciones subjetivas de la parte demandante con base a las cuales pretende derivar una declaratoria de responsabilidad civil frente a la parte demandada, razón por la cual, no me asiste el deber de pronunciarme frente a las mismas. Con todo, las aseveraciones esbozadas en el presente numeral **no se erigen en la prueba** de los presupuestos estructurales y fundantes de la responsabilidad civil galénica que pretenden endilgar, en su orden, a saber: la existencia de un daño, un hecho generador del mismo y un nexo causal entre el daño y la conducta (acción u omisión) del agente generador que permita imputar o atribuir jurídicamente el daño causado a este último.

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

Sin perjuicio de lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.

**10. No constituye un hecho en estricto rigor**, sino que, por el contrario, se trata de aseveraciones subjetivas de la parte demandante con base a las cuales pretende derivar una declaratoria de responsabilidad civil frente a la parte demandada, razón por la cual, no me asiste el deber de pronunciarme frente a las mismas. Con todo, las aseveraciones esbozadas en el presente numeral **no se erigen en la prueba** de los presupuestos estructurales y fundantes de la responsabilidad civil galénica que pretenden endilgar, en su orden, a saber: la existencia de un daño, un hecho generador del mismo y un nexo causal entre el daño y la conducta (acción u omisión) del agente generador que permita imputar o atribuir jurídicamente el daño causado a este último.

Sin perjuicio de lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.

**11. No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.

**12. No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.

**13. No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.

Las restantes aseveraciones contenidas en el presente numeral **no constituyen un hecho en estricto rigor**, sino que, por el contrario, se trata de aseveraciones subjetivas de la parte demandante con base a las cuales pretende derivar una declaratoria de responsabilidad civil frente a la parte demandada, razón por la cual, no me asiste el deber de pronunciarme frente a las mismas. Con todo, las aseveraciones esbozadas en el presente numeral **no se erigen en la prueba** de los presupuestos estructurales y fundantes de la responsabilidad civil galénica que pretenden endilgar, en su orden, a saber: la existencia de un daño, un hecho generador del mismo y un nexo causal entre el daño y la conducta (acción u omisión) del agente generador que permita imputar o atribuir jurídicamente el daño causado a este último.

Sin perjuicio de lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.

**14. No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.

**15. No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

46

PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.

16. **No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.
17. **No me consta.** Las circunstancias descritas en el presente numeral escapan por completo a la esfera cognitiva de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA, así como al desarrollo de su objeto social. Por lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.

#### IV. RESPECTO DE LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Seguidamente me pronunciaré en torno a los hechos del llamamiento en garantía en la orden allí establecidos.

1. **Es cierto.** No obstante, **aclaro** que dicha circunstancia *per se* no hace exigible ningún compromiso indemnizatorio a cargo de mi poderdante y llamada en garantía LA PREVISORA. En efecto, acorde con las razones esbozadas en los acápite precedentes, resulta improcedente declarar la responsabilidad civil médica de la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE.
2. **Es cierto.** No obstante, **aclaro** que el eventual compromiso indemnizatorio a cargo de mi poderdante y llamada en garantía LA PREVISORA se encuentra circunscrito a los términos, condiciones, coberturas o amparos, exclusiones, garantías, sistema de delimitación temporal del riesgo asegurado bajo la modalidad reclamación o

‘claims made’, sumas aseguradas, límites por evento, deducibles y demás estipulaciones contractuales que rigen el Contrato de Seguro de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales instrumentado en la **Póliza 1011165** previstas tanto en su Carátula, Condiciones Generales y Particulares.

Valga anotar que la llamante en garantía FUNDACIÓN SALUD BOSQUE hace alusión única y exclusivamente en el presente numeral a la vigencia temporal del Certificado de Expedición 0 de la **Póliza 1011165**.

Con todo, en los acápite subsiguientes se precisarán las razones merced a las cuales no es procedente derivar ninguna responsabilidad a cargo de LA PREVISORA dentro del marco fáctico y jurídico del presente litigio.

Sin perjuicio de lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.

3. **Es cierto.** No obstante, **aclaro** que la “retroactividad” acordada se remonta al 01 de febrero de 2007. Sin perjuicio de lo anterior, me atengo a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.
  
4. **No es cierto.** El Contrato de Seguro de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales instrumentado en la **Póliza 1011165** fue expedido bajo la modalidad ‘reclamación’ o ‘claims made’, razón por la cual, tiene por objeto cubrir única y exclusivamente el ‘primer reclamo escrito’ judicial o extrajudicial promovido en contra de la institución asegurada FUNDACIÓN SALUD BOSQUE durante la vigencia de la Póliza. Es decir, no cubre hechos ocurridos durante su vigencia.

En esa medida, téngase en cuenta que, si bien la **Póliza 1011165** contempla un período de retroactividad con corte al 01 de febrero de 2007, lo cierto es que la

vigencia de la Póliza en cita expiró el pasado 31 de enero de 2016. (Véase Certificado de Renovación 7).

Ahora bien, en la Póliza **1011165** no se pactó un período extendido para reclamos derivados de hechos ocurridos dentro de su vigencia, razón por la cual, para la fecha en cual fue presentada la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho elevada ante la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles [22 de mayo de 2017], ya no existía ninguna cobertura temporal para la época en que se presentó el ‘primer reclamo extrajudicial’ en contra la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE.

Sin perjuicio de lo anterior, me atengo a las razones que serán esbozadas en los acápite subsiguientes del presente escrito y a lo que resulte acreditado en el curso de la presente actuación procesal.

#### V. EXCEPCIONES DE MÉRITO CONTRA LA DEMANDA.

1. Coadyuvancia de las excepciones de mérito formuladas por FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BOSQUE-.
2. Inexistencia de culpa o mala praxis imputable a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BOSQUE-.
3. Ausencia de nexo causal entra la conducta observada por los profesionales de la salud adscritos a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BOSQUE- y el daño invocado por la parte actora.
4. Improcedencia de fundar la responsabilidad médica sanitaria en el campo de la obstetricia con fundamento en un régimen objetivo de responsabilidad.

5. Ausencia de responsabilidad frente a la patología base del paciente y en relación con reacciones orgánicas imprevisibles.
6. Inexistencia y/o sobreestimación de los perjuicios cuya indemnización reclama la parte actora.

**VI. RAZONES Y FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA CONTRA LAS  
PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y DEL LLAMAMIENTO EN  
GARANTÍA IMPETRADO EN SU CONTRA.**

**1. Coadyuvancia de las excepciones de mérito formuladas por FUNDACIÓN SALUD  
BOSQUE –CLÍNICA DEL BOSQUE–.**

**2. Inexistencia de culpa o mala praxis imputable a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE  
–CLÍNICA DEL BOSQUE–**

El régimen de responsabilidad médica establecido en nuestro ordenamiento, ora estatal, ora privado, descansa sobre la base del **sistema de culpa o falla probada**. Es así cómo, para endilgar responsabilidad patrimonial a partir de la prestación del servicio médico u hospitalario en un caso concreto, es necesario que el actor demuestre, fehacientemente, la culpa o falla incurrida por el agente que prestó el servicio, esto es, la falta cometida por el mismo, a fin que los daños derivados causalmente de dicha falta probada le sean imputables al agente; no aplicando actualmente, en el seno de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el pretérito régimen de la “falla presunta”, cuyo sustento ha sido

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

46

abiertamente rechazado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado<sup>1</sup>, según se observa en los siguientes apartes jurisprudenciales:

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 16085 del 26 de marzo de 2008, CP. Dra. Ruth Stella Correa: “En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. (...) Como el embarazo de la señora Elvira Caballero Corredor no se desarrolló en condiciones normales, sino que, por el contrario, evidenció problemas placentarios y la muerte del feto se produjo por desprendimiento de la placenta, esto es, como consecuencia de los problemas que presentó durante el embarazo, se ubica en la parte demandante la carga de la prueba de demostrar que la muerte del feto obedeció a una falla en el acto obstétrico por cuanto las circunstancias que rodearon el embarazo no llevan a inferir que el nacimiento debió presentarse normal, sin contratiempo”.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 17297 del 18 de febrero de 2010 y Sentencia 17837 del 15 de abril de 2010, CP. Dra. Myriam Guerrero de Escobar: “(...) tratándose del régimen de responsabilidad médica, deberán estar acreditados en el proceso todos los elementos que configuran la responsabilidad de la administración, de manera que le corresponde a la parte actora acreditar el hecho dañoso y su imputabilidad al demandado, el daño y el nexo de causalidad entre estos, para la prosperidad de sus pretensiones. En suma, en cumplimiento del artículo 177 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, y por lo tanto, corresponde a la parte actora probar los hechos por ella alegados”.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 16068 del 14 de abril de 2010, CP (E) Dr. Mauricio Fajardo: “Efectivamente, se observa que en el presente caso se alega la existencia de una

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 16085 del 26 de marzo de 2008, CP. Dra. Ruth Stella Correa: “Como el embarazo de la señora Elvira Caballero Corredor no se desarrolló en condiciones normales, sino que, por el contrario, evidenció problemas placentarios y la muerte del feto se produjo por desprendimiento de la placenta, esto es, como consecuencia de los problemas que presentó durante el embarazo, se ubica en la parte demandante la carga de la prueba de demostrar que la muerte del feto obedeció a una falla en el acto obstétrico por cuanto las circunstancias que rodearon el embarazo no llevan a inferir que el nacimiento debió presentarse normal, sin contratiempo” (resaltado no original).

falla del servicio de la entidad demandada como causa del daño padecido por la actora, por lo cual a ésta le correspondía acreditar tanto la existencia de aquel, como también la falla del servicio propiamente dicha, esto es, que el servicio no se prestó o no funcionó, o que lo hizo en forma defectuosa o tardía, y que fue precisamente esa actuación u omisión la causante del daño, de tal manera que de no haber mediado ese obrar defectuoso, éste no se habría producido”.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 18285 del 14 de abril de 2010, CP (E) Dr. Mauricio Fajardo: “Con la finalidad de proceder al estudio de fondo respectivo, la Sala considera pertinente precisar que en el caso concreto el régimen bajo el cual se debe estructurar la responsabilidad del Estado es la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, tal y como lo ha venido reiterando la Sala: “... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización, ... deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...”<sup>2</sup>”.

-Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 30 de enero de 2013, Exp. No. 24986, CP. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: “(...) [E]n cuenta (sic) al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, en casos como el presente 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, en la actualidad la posición consolidada de la Sala en esta materia la constituye aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria. (...) En el mismo sentido, partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación, “... en la medida en que el demandante alega que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización...”.

Por su parte, en estos términos se ha pronunciado la más reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia:

-Sentencia del 15 de enero de 2008, Exp. No. 2000-67300-01, MP. Dr. Edgardo Villamil Portilla: “Entonces, la declaración de responsabilidad en la actividad médica supone la prueba de “los elementos que la estructuran, como son la culpa

<sup>2</sup> Sentencia del 11 de mayo de 2006, expediente 14.400.

VG  
VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

49

contractual, el daño y la relación de causalidad" (Sent. Cas. Civ. de 12 de julio de 1994, Exp. No. 3656)".

-Sentencia del 22 de julio de 2010, Exp. No. 2000-00042-01, MP. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena: "En tratándose de la responsabilidad directa de las referidas instituciones, con ocasión del cumplimiento del acto médico en sentido estricto, es necesario puntualizar que ellas se verán comprometidas cuando lo ejecutan mediante sus órganos, dependientes, subordinados o, en general, mediando la intervención de médicos que, dada la naturaleza jurídica de la relación que los vincule, las comprometa. En ese orden de ideas, los centros clínicos u hospitalarios incurrirán en responsabilidad en tanto y cuanto se demuestre que los profesionales a ellas vinculados incurrieron en culpa en el diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica. Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras)".

-Sentencia del 17 de noviembre de 2011, Exp. No. 1999-00533-01, MP. Dr. William Namén Vargas: "En este contexto [la responsabilidad civil contractual], por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la lex artis, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8º decreto 2280 de 1981), naturalmente "el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza", incluso éticos componentes de su lex artis (cas. civ. sentencia de 31 de marzo de 2003, exp. 6430), respecto de los cuales asume la posición de garante frente a la sociedad y a los usuarios del servicio. (...)

Tratándose de la responsabilidad civil extracontractual médica, indispensable demostrar sus elementos, en particular el acto o hecho dañoso, imputable a título de dolo o culpa, el daño y la relación de causalidad, cuya carga probatoria corresponde al demandante, sin admitirse "un principio general encaminado a establecer de

manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras”, ni se oponga a “que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocésales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 Ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur*” (cas. civ. sentencia de 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01)”.  
[REDACTED]

Pues bien, este sistema de culpa o falla probada, en el cual descansa la institución de la responsabilidad patrimonial médica, encuentra fundamento no sólo en el principio general probatorio consagrado en el artículo 177<sup>3</sup> del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 211<sup>4</sup> del CPACA, sino también, tanto en la consideración que las obligaciones de los agentes prestadores de los servicios médicos y hospitalarios, salvo muy específicas excepciones, **son de medio y no de resultado**, por cuanto se dirigen al empleo de todos los instrumentos disponibles que estén al alcance para intentar salvaguardar la vida e integridad de los pacientes, como en el hecho de que la realización del acto médico desde ningún punto de vista puede ser tomado como una actividad peligrosa<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

<sup>4</sup> “En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil”.

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 5507 del 30 de enero de 2001, MP. Dr. José Fernando Ramírez: “Ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las “implicaciones humanísticas que le son inherentes”, al ejercicio de la medicina, como especialmente lo consagra el artículo 1º parágrafo 1º de la Ley 23 de 1981”.

60

V G  
VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

En efecto, tal como es bien sabido, el médico y la institución médica prestadores del servicio, tienen frente al paciente la obligación de medio de proveer todos los medios técnicos y humanos a su alcance para propender por la sanación del paciente, pero claramente su obligación no implica el que el médico y/o la institución médica respondiente, deban necesariamente lograr ese resultado esperado, esto es, obtener la efectiva curación del paciente, pues como es obvio, la propia condición médica del paciente antes y/o después del tratamiento médico, la cual resulta ajena al agente, puede conducir a que no se alcance ese resultado, en cuyo caso, la no producción del resultado esperado, no puede por ende resultar imputable al médico, si éste puso a disposición del paciente todos los medios y herramientas a su alcance para tal fin.

Por ello, nuestra jurisprudencia y doctrina han sido unánimes en establecer que, salvo casos puntuales (en los que la naturaleza de la obligación contraída por el médico y/o la Entidad médica determinan que aquella sea una obligación de resultado, como los casos de intervenciones quirúrgicas estéticas), para establecer la existencia de una alegada responsabilidad médica en un caso concreto, es necesario que dentro del proceso aparezca debidamente probada, como un primer requisito, la culpa o falta incurrida por el médico y/o la Institución Médica en la prestación del servicio, por cuanto, **de la no consecución del resultado pretendido, no puede presumirse la culpa del médico ni de la institución hospitalaria correspondiente.**

Así lo señaló, entre otras oportunidades, la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 13 de septiembre de 2002, al destacar:

“A este respecto la Jurisprudencia de la Corte, a partir de su sentencia de 5 de marzo de 1940 ha dicho...que la responsabilidad civil de los médicos (Contractual o extracontractual) está regida en la legislación patria por el criterio de la **culpa probada**, salvo cuando se asume una expresa obligación de sanación y esta se

incumple, cual sucede por ejemplo con las obligaciones llamadas de resultado, criterio reiterado en términos generales por la Sala en su fallo de 30 de enero de 2001 (Exp. 5507) en el que ésta puntualizó la improcedencia de aplicar en esta materia por regla de principio, la presunción de culpa prevista en el artículo 1604 del C.C., al sostener que, de conformidad con el inciso final de dicho precepto, priman sobre el resto de su contenido las estipulaciones de las partes, que sobre el particular existen, añadiendo por consiguiente no sin antes reconocer la importancia de la doctrina que diferencia entre las obligaciones de medio y de resultado, que lo fundamental esta en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo que asumir el médico, y per contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa.”

Del mismo lo destaca el Doctor Javier Tamayo Jaramillo en su obra, al señalar:

“El derecho colombiano regula por separado la responsabilidad civil contractual y la extracontractual distinción que también es aplicable a la prueba de la culpa por defectuosa prestación de los servicios médicos. Aunque veremos por separado los textos que regulan una y otra responsabilidad, de todas formas insistimos en que cualquiera de las dos responsabilidades que se aplique por un acto médico defectuoso deberá suponer **una culpa probada del médico.**”<sup>6</sup> (resaltado no original).

De igual forma, vale la pena destacar que esta carga probatoria frente a la responsabilidad derivada de la prestación del servicio médico, se aplica tanto en casos de responsabilidad generada a partir del diagnóstico o tratamiento del paciente por parte del médico tratante, como en casos de responsabilidad generada a partir de la prestación del servicio hospitalario, por parte de la Entidad correspondiente. Así las cosas, también en los casos en que se pretende la declaratoria de responsabilidad a cargo de una Institución Médica a partir del servicio hospitalario suministrado por la misma, **es necesaria la prueba de la culpa o falta incurrida por el personal de la Entidad, en la prestación del servicio.** Así lo indica el Doctor Javier Tamayo Jaramillo cuando sostiene:

<sup>6</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I. Editorial Legis. Bogotá D.C., 2007. Pg 1080.

S)

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

“Los hospitales entre sus obligaciones principales contraen la de velar por la seguridad de los pacientes que ingresan en dichos establecimientos. Esa obligación...es de medio en relación con los daños que el paciente sufra cuando ha desempeñado un papel activo en la producción del hecho, como por ejemplo, cuando el enfermo al levantarse sufre una fractura. En este caso la víctima deberá probar alguna falla en el instrumental o una defectuosa información suministrada por el hospital. Desde luego, hay pacientes como los psiquiátricos, que dadas sus condiciones mentales, exigen una mayor vigilancia y cuidados por parte de la Entidad hospitalaria para evitar los posibles daños que ellos mismos puedan causar, y en consecuencia, a dichas entidades se les exige una mayor grado de diligencia y cuidado para con el paciente, lo cual no significa que su obligación sea en ese caso de resultado.”<sup>7</sup>

En este orden de ideas, considerando el caso que nos ocupa, es evidente que la alegada responsabilidad médica que se dice le asiste a la FUNDACIÓN SALUS BOSQUE – CLÍNICA DEL BOSQUE-, sólo podría llegar a declararse en sede judicial, en la medida en que logre determinar, fehacientemente, que esta institución médica incurrió en faltas inexcusables ligadas que directamente repercutieron del acto médico complejo, en desmedro de los postulados que la *lex artis* demandaba para el tratamiento del paciente, acorde a las particularidades de la mismo.

Ahora bien, para efectos de valorar la conducta in concreto del personal médico que asistió a la paciente, deben tomarse diferentes criterios para evaluar en el caso *sub examine* el actuar de los profesionales de la salud, con el fin de establecieron si su conducta encaja dentro de un actuar imperito o negligente en el campo obstétrico, deben tomarse en consideración las condiciones personales del médico y de la paciente, así como las circunstancias del tiempo y lugar que rodearon la realización del acto médico, con fundamento al cual se imputa responsabilidad al profesional de la salud.

---

<sup>7</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Pg 521.

Como puede apreciarse, los profesionales de la salud adscritos a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BOSQUE- colocaron a disposición de la paciente ALBA MILENA SILVA LÓPEZ todos los recursos humanos, técnicos y tecnológicos disponibles, en aras de recuperar la salud de la paciente y a pesar de ello se produjo el lamentable deceso del nasciturus.

**3. Ausencia de nexo causal entre la conducta observada por los profesionales de la salud adscritos a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BOSQUE- y el daño invocado por la parte actora.**

Frente a la responsabilidad patrimonial por la prestación del servicio médico, así como es necesario acreditar la falta o culpa incurrida en la prestación del servicio en el caso concreto, es igualmente necesario probar el nexo causal entre la conducta indebida desplegada por el agente y el daño sufrido por el paciente, en tanto, **sólo los daños directamente generados a partir de la falta o culpa cometida por el médico y/o la institución médica correspondiente, son imputables a los mismos.**

En verdad, es bien sabido que uno de los requisitos de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual, está dado por la existencia de nexo causal entre la conducta desplegada por el agente y el daño padecido por la víctima, de forma tal que si la víctima sufre un daño, pero el mismo no se derivó a partir de la conducta desplegada por el agente, no es posible endilgar responsabilidad civil a éste último, a partir de la generación del referido perjuicio.

En tal sentido se ha manifestado la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia<sup>8</sup>:

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de enero de 2008, Exp. No. 2000-67300-01, MP. Dr. Edgardo Villamil Portilla

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

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

“Pero si hay consenso en la necesidad de esa relación causal, la doctrina, acompañada en este punto de complejas disquisiciones filosóficas, no ha atinado en ponerse de acuerdo sobre qué criterios han de seguirse para orientar la labor del investigador –jueces, abogados, partes- de modo que con certidumbre pueda definir en un caso determinado en el que confluyen muchas condiciones y antecedentes, cuál o cuáles de ellas adquieran la categoría de causa jurídica del daño. Pues no ha de negarse que de nada sirve el punto de vista naturalístico, conocido como teoría de la equivalencia de las condiciones -defendida hace algún tiempo y hoy abandonada en esta materia-, según el cual todos los antecedentes o condiciones (y aún las ocasiones), tienen ontológicamente el mismo peso para la producción del resultado<sup>9</sup>. Semejante posición deja en las mismas al investigador, pues si decide mentalmente suprimir uno cualquiera de los antecedentes, con seguridad llegará a la conclusión de que el resultado no se hubiera dado, a más de la necesaria

<sup>9</sup> Se comprimía esta teoría con la fórmula: “*causa causae es causa causati*”. Y luego se la intentó precisar mediante la aplicación de la “*condictio sine qua non*”, en virtud de la cual, si mentalmente se suprime una de las condiciones, ésta adquiere la categoría de causa, cuando el resultado asimismo se ve suprimido.

arbitrariedad en la elección de la condición a suprimir, dado que no ofrece la teoría criterios concretos de escogencia.

“De las anteriores observaciones surgió la necesidad de adoptar otros criterios más individualizadores de modo que se pudiera predicar cuál de todos los antecedentes era el que debía tomar en cuenta el derecho para asignarle la categoría de causa. Teorías como la de la causa próxima, la de la causa preponderante o de la causa eficiente –que de cuando en cuando la Corte acogió- intentaron sin éxito proponer la manera de esclarecer la anterior duda, sobre la base de pautas específicas (la última condición puesta antes del resultado dañoso, o la más activa, o el antecedente que ~~que~~ principio del cambio, etc). Y hoy, con la adopción de un criterio de razonabilidad que deja al investigador un gran espacio, con la precisión que más adelante se hará cuando de asuntos técnicos se trata, se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más ‘adecuado’, el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarla<sup>10</sup>. En fin, como se ve, la gran elasticidad del esquema conceptual anotado, permite en el investigador una conveniente amplitud de movimiento. Pero ese criterio de adecuación se lo acompañó de un elemento subjetivo que le valió por parte de un sector de la doctrina críticas a la teoría en su concepción clásica (entonces y ahora conocida como de la ‘causalidad adecuada’), cual es el de la previsibilidad, ya objetiva o subjetivamente considerada. Mas, dejando de lado esas honduras, toda vez que su entronque con la culpa como elemento subjetivo es evidente, y éste es tema que no se toca en el recurso, el criterio que se expone y que la Corte acoge, da a entender que en la indagación que se haga -obviamente luego de ocurrido el daño (...) - debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud” (Sent. Cas. Civ. de

---

<sup>10</sup> Esta última proposición, la de sopesar antecedentes que sólo de manera anormal o azarosa producen el resultado, se le ha añadido a la teoría de la causalidad adecuada, -que precisamente es criticada en ese aspecto, es decir, en que deja sin explicación aquellos daños que se producen por causas que normalmente no son aptas para ocasionarlo-, pues la ayuda que las ciencias forenses prestan a este propósito, permite que aún en esos raros casos, y junto con la “*lógica de lo razonable*” (Recasens) más precisamente que con las reglas de la experiencia, dichos eventos puedan esclarecerse.

26 de septiembre de 2002, Exp. No. 6878), todo porque “el médico no puede responder sino cuando su comportamiento, dentro de la estimativa profesional, fue determinante del perjuicio causado” (Sent. Cas. Civ. de 30 de enero de 2001, Exp. No. 5507”).

En relación con este tema, también vale la pena el tomar en consideración los siguientes apartes jurisprudenciales, contenidos en sentencias de reciente vigencia, dentro de la jurisprudencia contencioso administrativa:

-Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 17297 del 18 de febrero de 2010, CP. Dra. Myriam Guerrero de Escobar: “La escasa prueba arrimada al proceso, impide afirmar que hubiera sido el suministro de dicho antibiótico, el que desencadenara en una isquemia por vasculitis y trombosis venosa, generando una gangrena y necrosando ambos órganos de la locomoción. En suma no se probó el nexo causal entre la lesión y la actividad de la administración, es decir no puede inferirse que la amputación de los miembros inferiores haya tenido origen en una reacción alérgica al medicamento suministrado, porque en este punto en particular, se si requería de una prueba mucha más elaborada, que estudiara las particularidades del caso, las condiciones especiales del paciente, el daño potencial que pudiera generar este tipo de medicamento al suministrarse en un paciente alérgico (...) La Sala no cuenta con los elementos de juicio suficientes para concluir que la reacción alérgica al antibiótico fue de tal gravedad que la consecuencia obligada fue la lesión por la que ahora se demanda, con los resultados ya conocidos. El juez, no puede de buenas a primeras dar por cierta la imputación hecha por la parte actora”.

-Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 16068 del 14 de abril de 2010, CP. (E) Dr. Mauricio Fajardo: “Efectivamente, se observa que en el presente caso se alega la existencia de una falla del servicio de la entidad demandada como causa del daño padecido por la actora, por lo cual a ésta le correspondía acreditar tanto la existencia de aquél, como también la falla del servicio propiamente dicha, esto es, que el servicio no se prestó o no funcionó, o que lo hizo en forma defectuosa o tardía, y que fue precisamente esa actuación u omisión la causante del daño, de tal manera que de no haber mediado ese obrar defectuoso, éste no se habría producido; así mismo, es claro que para poder predicar esta relación entre la falla y el daño, resulta insuficiente la prueba del contacto que el afectado hubiere tenido con el servicio, como cuando en los casos de responsabilidad médica, se acredita que la persona fue atendida en las instalaciones y por el personal de la entidad demandada o en

instalaciones ajenas pero por su cuenta y riesgo, por cuanto lo que resulta relevante para deducir la responsabilidad estatal, es que la actuación u omisión de la Administración haya sido la causa eficiente del daño en cuestión; al respecto, ha dicho la Sala:

“(...) Vale señalar que en materia de responsabilidad estatal, el asunto no puede ser resuelto con la sola constatación de la intervención causal de la actuación médica, sino que esa actuación debe ser constitutiva de una falla del servicio y ser ésta su causa eficiente. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea 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”<sup>11</sup> (resaltado fuera de texto).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 18285 del 14 de abril de 2010, CP. (E) Dr. Mauricio Fajardo “Ahora bien, en relación con este elemento de la responsabilidad, la parte demandante se limitó señalar que “la relación de causalidad entre el primero [daño] y el segundo [falla del servicio], es una evidencia plena que no necesita explicarse su aparición”, cuestión que resulta completamente insuficiente para estructurar en el asunto sub judice la responsabilidad de la entidad estatal, puesto que al igual que se ha referido en otros apartes de la sentencia, el actor no hizo esfuerzo alguno por concretar los cargos que habrían de conducir a la prosperidad de las pretensiones y menos por probarlos. Además, en el acervo probatorio no se advierten evidencias que pudieran conducir a concluir que la falta de atención debida que acaba de destacarse hubiere sido la causa del deceso. (...) Por tal razón, la Sala considera que ante la falta de argumentación de la parte demandante y de la insuficiencia en materia probatoria para la acreditación de la relación de causalidad entre la falla y el daño, no está acreditado el nexo entre el daño y la falla del servicio, razón por la cual en la parte resolutiva confirmará la sentencia apelada, en el sentido de denegar las pretensiones”.

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Expediente 15772. M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

54

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

Igualmente, cabe trae a colación lo sostenido por el Tratadista Javier Tamayo Jaramillo en su obra: “... *puede suceder que una persona que se haya comportado en forma ilícita y en forma paralela o simultanea un tercero haya sufrido un perjuicio. En tales circunstancias no existirá responsabilidad civil de quien se comportó en forma ilícita, mientras dicha persona no haya sido la causante del perjuicio sufrido por la víctima.*”<sup>12</sup>

Ahora bien, frente a lo señalado resulta pertinente resaltar, cómo la existencia del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño sufrido por el tercero, **nunca se presume**, de forma tal que siempre debe necesariamente aparecer de manera probada con la suficiente certeza dentro del proceso; carga probatoria que, al decir de la jurisprudencia y del artículo 164 del Código General de Proceso, corresponde asumir a la parte demandante: “*Por lo tanto el médico no será responsable de la culpa o falta que le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado. Al demandante incumbe probar esa relación de causalidad o en otros términos, debe demostrar los hechos de donde se desprende aquella*”<sup>13</sup>. Así las cosas, si a partir de las pruebas recaudadas dentro del proceso no existe la suficiente certeza que el hecho dañoso ha sido el origen del daño sufrido por el tercero, el nexo causal no revestirá la aptitud necesaria para generar responsabilidad civil en cabeza del agente.

En este sentido se ha expresado el Tratadista Javier Tamayo Jaramillo al sostener: “*Como corolario de lo anterior, también cabe predicar certeza absoluta del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño mismo, ya que podría presentarse la certidumbre del hecho sin que se sepa a ciencia cierta cuales van a ser sus efectos, o se conocen sus efectos, pero ni si ellos fueron producidos por ese hecho dañoso o por otro.*”<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> TAMAYO JARAMILLO. Ob Cit. Tomo I. Pg 224.

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de enero de 2008, Exp. No. 2000-673.

<sup>14</sup> TAMAYO JARAMILLO. Ob Cit. Tomo IV. Pg 151

En este orden de la exposición, la prueba de la *causalidad*, por regla general, incumbe al reclamante en un juicio de responsabilidad, toda vez que el ordenamiento jurídico donde se inserta el *derecho de daños* no consagra como regla general una *presunción de causalidad*, puesto que la atribución de las consecuencias indemnizatorias del daño, no ~~puede~~ establecerse en forma absoluta con base a resultados; por el contrario, en el campo de la responsabilidad patrimonial, las nociones de *imputatio facti* e *imputatio iuris*, constituyen la piedra angular del proceso lógico jurídico de la causalidad e imputación.

A este respecto, el profesor argentino ALFREDO BUERES, sostiene:

“(...) Por nuestra parte, reiteramos que en principio el enfermo debe demostrar la relación causal y la culpa del médico- a fin de responsabilizar a éste y al sanatorio que tiene a su cargo el deber de seguridad asistencial-. Claro está que, en los hechos, la prueba de esos extremos se superpone, se fusiona, y hace difícil establecimiento de una neta separación. De cualquier forma, los tropiezos no pueden generar confusiones en el intérprete, ya que, de acuerdo con cuanto expresáramos oportunamente, la relación de causa a efecto apunta- en cuanto se conecta con la extensión del resarcimiento- a la previsibilidad abstracta, mientras que la culpa concierne a la previsibilidad concreta.

(...) Sin desmedro de las mentadas reglas –sin duda esbozadas con amplitud-, cabe particularizar y calar más hondo en la problemática. En tal sentido, creemos que el mero contacto físico o material entre el actual profesional y el resultado, no siempre ha de ser decisivo para tener por configurada la relación causal, pues en la actividad médica el daño no es, de suyo, *en todos los casos*, relevador de culpa o de causalidad jurídica (adecuada). En rigor, a partir de la evidencia de que el enfermo acude al médico por lo común con su salud desmejorada, a veces resulta difícil afirmar que existe un daño y, en otras oportunidades, los tropiezos se localizan al establecer si ciertamente el daño (existente) obedece al actuar médico o si deriva de la evolución natural del propio enfermo.

Esta última afirmación nos conduce de la mano a reiterar que en tema de responsabilidad galénica, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daño, no permite indefectiblemente imputar estos daños al susodicho profesional, pues las pruebas aportadas al proceso, con

VG

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

suma frecuencia, suscitan dudas acerca de si el obrar médico fue en verdad el que ocasionó los perjuicios. Al hilo de la exposición, se nos ocurre si un automovilista asciende a la acera con su rodado y embiste a un transeúnte, este mero contacto físico basta para tener probada la *autoría* de los daños que se establezcan *adecuados*- salvo la contraprueba que destruya el nexo causal, no siempre factible de demostración-. En cambio, frente al daño médico es muy común que las constancias procesales pongan de presente que el perjuicio pudo ocurrir por el hecho del profesional o por una o varias *causas ajenas* derivadas *fortuitamente* del propio estado de salud del enfermo- amén de los supuestos de hecho (o culpa) de este último-. (...)"<sup>15</sup>

Así las cosas, bajo los postulados de la teoría de la *causalidad adecuada*, en responsabilidad civil únicamente se tiene como causante, aquella conducta que de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la lógica, ostenta una tendencia hacia el logro del resultado (daño); es decir, se trata de conductas que aumentan la probabilidad del mismo. De esta manera, las condiciones que solamente por azar han colaborado a la consecución del resultado, deben considerarse jurídicamente irrelevantes.

Sin perder de vista las consideraciones esbozadas en el acápite precedente, resulta oportuno precisar que en esta etapa primigenia del litigio no se observa nexo causal alguno entre la atención médica suministrada a la paciente en la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE – CLÍNICA DEL BOSQUE- y el daño del cual derivan las pretensiones indemnizatorias elevadas por los demandantes en el libelo introductor de la presente *litis*.

Sobre el particular, téngase presente que, de conformidad con la información consignada en la Historia Clínica, el cuadro clínico de la paciente el día de su primer ingreso a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BOSQUE- presentaba grado mayúsculo de complejidad, derivado precisamente de cuadros de infecciones de las vías urinarias durante el embarazo y de la ulterior bradicardia que sufría el feto, razón por la

---

<sup>15</sup> BUERES, Alfredo J. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Tomo I. Ed. Hammurabi, segunda edición, Buenos Aires, pp. 312-313

cual, los profesionales de la salud que asistieron a la gestante, ordenaron la realización de una cesárea de emergencia. Pese a ello, el hijo de la señora SILVA LÓPEZ presentaba un cuadro de infección respiratoria, asociado a los cuadros infecciosos presentados por la gestante y, adicionalmente, un cuadro de cardiopatía congénita, razón por la cual, pese a los esfuerzos adelantados por la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE -CLÍNICA DEL BOSQUE- y su oportuna remisión al Instituto Roosevelt, el recién nacido, desafortunadamente, no sobrevivió.

Ahora bien, valga anotar que de conformidad con la literatura médica, la cardiopatía congénita y demás complicaciones de salud que presentaba el cuadro clínico del hijo de la señora ALBA MILENA SILVA LÓPEZ, constituye la realización de un evento **imprevisible** y, por consiguiente, su existencia no es atribuible en forma alguna a la atención médica suministrada inicialmente. Es decir, el suceso en comento deviene en un hecho súbito y repentino, ajeno por completo a la asistencia médica suministrada a la paciente.

A la luz de las consideraciones que anteceden, aplicando los postulados de la causalidad adecuada, tomando como referencia un estudio de probabilidades realizado *ex ante* y ocupando la posición de los galenos adscritos a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE - CLÍNICA DEL BOSQUE- y las condiciones en que se encontraban de cara a la asistencia médica suministrada a la señora ALBA MILENA SILVA LÓPEZ, se deduce que en el presente caso nos encontramos ante eventos que constituyen cursos causales de naturaleza extraordinaria: las dificultades respiratorias y la cardiopatía congénita del hijo de la señora SILVA LÓPEZ.

Bajo este entendido, a la luz de la teoría de la causalidad adecuada, los referidos cursos causales extraordinarios deben ser eliminados, evitando de esta manera, el *regressus ad infinitum* inherente a la teoría de la equivalencia de las condiciones, toda vez que dichos

antecedentes constituyen desviaciones del curso causal producidas por fuera de todo cálculo racional.

De esta manera, la atención, procedimientos, diagnósticos y asistencia suministrada por los galenos adscritos a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BOSQUE-, no ~~creyeron~~ en forma alguna la posibilidad de realización del resultado (muerte fetal intrauterina), por cuanto resulta absolutamente improbable que dicha conducta traiga consigo tal resultado.

En suma, la imputación jurídica realizada por los demandantes frente a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BOSQUE-, parte del errado presupuesto, conforme al cual, todos los antecedentes al resultado tendrían idéntico valor causal, tal como lo pregonaba la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones, cuyo empleo ha sido desecho por la Jurisprudencia y la Doctrina, merced a los grandes inconvenientes que su aplicación a ultranza trae consigo. Por lo tanto, cualquier esfuerzo adicional para imputar jurídicamente el daño sufrido por los demandantes a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BOSQUE-, será necio e inútil.

#### **4. Improcedencia de fundar la responsabilidad médica sanitaria en el campo de la obstetricia con fundamento en un régimen objetivo de responsabilidad.**

Al margen de las consideraciones efectuadas con antelación, de conformidad con la línea jurisprudencial vigente del Consejo de Estado, resulta imperioso llamar la atención del Despacho en el sentido que en el campo de la obstetricia no es viable concebir un sistema de responsabilidad objetiva que sirva como título de imputación jurídica de la obligación resarcitoria a cargo de la Institución Hospitalaria demandada en el caso *sub examine*.

Sobre el particular, téngase presente que en algunas oportunidades la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en el campo de la obstetricia se había inclinado por estimar que la imputación de la responsabilidad debía realizarse con arreglo a los dictados de un régimen objetivo, en los casos en que el desarrollo del embarazo hubiese sido normal ~~y, sin~~ embargo, éste no culmina en forma exitosa, bajo el entendido que la obligación de la entidad médico-sanitaria es de *resultado*.<sup>16</sup>

No obstante, la tesis jurisprudencial antes reseñada, fue objeto de serios cuestionamientos hasta el punto de ser revaluada por el Órgano de Cierre la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. En consecuencia, la tesis actualmente imperante, parte del presupuesto, conforme al cual, los eventos de responsabilidad patrimonial de las Instituciones Hospitalarias no puede edificarse sobre un régimen objetivo de responsabilidad.

En efecto, opta la línea jurisprudencial reciente, por encasillar la imputación jurídica de la obligación indemnizatoria en función a un régimen de *culpa probada*, merced al cual, la parte actora no queda exenta de acreditar- fehacientemente- la configuración de una *falla en el servicio*; empero, el hecho que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiese sido satisfactorio, dicha circunstancia constituye

---

<sup>16</sup> En relación con esta línea jurisprudencial, véase por ejemplo la sentencia de fecha 10 de febrero de 2009, exp. 11.878, oportunidad en la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado, estimó a saber: “(...) en el campo de la obstetricia, definida como la ‘rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero’, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando *ab initio* el proceso de embarazo se presenta norma, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles... En casos como estos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y no con una patología.” En el mismo sentido, véase la sentencia de fecha 17 de agosto de 2000, exp. No. 12.123.

SG

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

apenas un *indicio de falla*. Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del 14 de julio de 2005, a saber refirió:

“Debe precisarse, en esta oportunidad, que las observaciones efectuadas por la doctrina, que pueden considerarse válidas en cuenta se refieren a la naturaleza especial y particular de la obstetricia, como rama de la medicina que tiene por objeto la atención de un proceso normal y natural, y no de una patología, sólo permitirían, en el caos colombiano, facilitar la demostración de la falla del servicio, que podría acreditarse indiciariamente, cuando dicho proceso no presente dificultades y, sin embargo, no termina satisfactoriamente. No existe, sin embargo, fundamento normativo para considerar que, en tales eventos, la parte demandante pueda ser exonerada de probar la existencia del citado elemento de la responsabilidad. Y más exigente será, en todo caso, la demostración del mismo, cuando se trate de un embarazo riesgoso o acompañado de alguna patología.”<sup>17</sup>

Así las cosas, al tenor de la orientación jurisprudencial reciente sobre la responsabilidad médica en el campo de la obstetricia, le corresponde a la parte actora demostrar todos y cada uno de los presupuestos estructurales y fundantes de la responsabilidad médica endilgada, incluyendo la falla del servicio o el evento constitutivo de *mala praxis* y que dicho antecedente sea la causa exclusiva y adecuada de la producción del daño que pretende imputar al extremo demandado.

En ese sentido, la Jurisprudencia reiteró su posición en los siguientes términos:

“En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal.

---

<sup>17</sup> Sentencia de 14 de julio de 2005. Exp. No. 15.276.

La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.”<sup>18</sup> (Negrillas fuera de texto).

Sin perder de vista las consideraciones esbozadas en los acápite precedentes, resulta imperioso acotar que en el caso *sub examine*, no es procedente dar aplicación a método de aligeramiento probatorio, tales como: *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas) o la denominada “*faute virtuelle*” o “culpa virtual”, en la medida en que las circunstancias particulares en que se produjo el lamentable acontecimiento de la muerte del hijo de la señora ALBA MILENA SILVA LÓPEZ, no tienen el mérito de acortar el recorrido causal ni mucho menos de configurar la prueba de la culpa.

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Posición reiterada en sentencia del 19 de agosto de 2009. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 7600123310001997322501.

Con todo, resulta pertinente anotar que los sistemas de morigeración de la prueba de la culpa médica, **no corresponden a un sistema de presunción judicial**, en la medida en que no tienen el propósito de invertir la carga de la prueba (*onus probando*) que recae sobre la parte actora.

Ahora bien, en gracia de discusión, si se atendiera la línea de argumentación de la parte demandante, la sola circunstancia que el embarazo de la señora ALBA MILENA SILVA LÓPEZ *aparentemente* se hubiere desarrollado en condiciones de normalidad y que se hubiese producido el muerte intrauterina fetal por virtud de un “abrupto placentario”, apenas constituye un “indicio”. Eso sí, advierto, que dicho indicio es aislado e inmerso en total orfandad probatoria en la medida en que valorado en conjunto con los medios de convicción recaudados en esta etapa primigenia de la *litis*, la atención médica integral suministrada por los galenos adscritos a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE -CLÍNICA DEL BOSQUE- a la paciente se compadeció fielmente con las graves condiciones y el cuadro clínico que presentaba la paciente al momento de su ingreso a la institución el día 12 de agosto de 2012, tal como fue reseñado en los acápite precedentes.

Ahora bien, nótese, en todo caso, que el embarazo de la señora ALBA MILENA SILVA LÓPEZ no se desarrolló en condiciones de normalidad, dado que presentó al menos tres (3) episodios de infección urinaria, lo cual, acrecentaba el riesgo de menoscabo del bienestar fetal.

Bajo este entendido, lo narrado permite afirmar en esta etapa introductora de la *litis*, que en el caso *sub iudice*, no puede afirmarse en sana lógica que las cosas o circunstancias hablen por sí solas, como quiera que no son demostrativa que haya existido yerros de naturaleza flagrante en la etapa de atención, valoración y diagnóstico de la gestante ALBA MILENA SILVA LÓPEZ. En consecuencia, resulta forzoso que la imputación está llamada al

fracaso, toda vez que no se verificó la configuración de un hecho constitutivo de culpa o *mala praxis* en los servicios obstétricos dispensados a la demandante SILVA LÓPEZ por parte de la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BOQUE-.

En el caso concreto, el daño (muerte del hijo de la señora ALBA MILENA SILVA LÓPEZ) no obedeció a la ausencia de un parámetro mínimo de diligencia –como erradamente lo denuncian los demandantes-. Al respecto, insisto que el lamentable suceso no fue originado a causa de la valoración y atención médica suministrada por los galenos adscritos a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BOSQUE-, ni mucho menos a errores crasos en el diagnóstico y valoración inicial del cuadro clínico.

##### **5. Ausencia de responsabilidad frente a la patología base del paciente y en relación con reacciones orgánicas imprevisibles.**

Al margen de las consideraciones esbozadas a lo largo del presente escrito, no sobra recordar que la responsabilidad civil galénica se encuentra circunscrita a la noción de *riesgo previsible*, en la medida en que la patología del paciente constituye, en estricto rigor, uno de los riesgos que se cierne sobre la prestación establecida en virtud de la relación médico-paciente.

Ahora bien, en virtud de la relación médico- paciente, y de los deberes éticos y de humanidad que ella conlleva, es razonable que las enfermedades o dolencias del paciente constituyan un antecedente previo, por regla general, a la asistencia y cuidados médicos suministrados. En ese sentido, dichos riesgos previos al acto médico, son trasladados al paciente y sólo en la medida en que se configure una mala praxis es viable comprometer la responsabilidad del Centro Médico Asistencial demandado en un caso concreto.

Bajo este contexto, es factible concebir circunstancias eximentes de responsabilidad médica sanitaria, los cuales a saber se concretan en los siguientes eventos: a) ausencia de culpa o *falta del servicio*; b) hecho exclusivo de la víctima; c) fuerza mayor o caso fortuito, evento éste dentro del cual se ubican la enfermedad del paciente y las reacciones orgánicas imprevisibles.

De este modo, es factible argüir que la patología o dolencia que aqueja al paciente puede ser incurable, pese a los altos estándares de la *praxis* médica desplegada por los facultativos que lo asisten, evneto en el cual resultaría contrario a los principios materiales de justicia, derivar responsabilidad del médico, bajo la consideración que los fundamentos de la responsabilidad médica sanitaria se cimenta en un régimen subjetivo de responsabilidad. De este modo, la patología base del paciente (su estado previo) y las reacciones orgánicas imprevisibles, constituyen circunstancias eximentes de toda consecuencia indemnizatoria que pretenda el paciente o sus herederos en un caso concreto.

Sobre el particular, la doctrina foránea ha establecido:

"Estado del paciente y reacciones orgánicas imprevisibles. Cuando como consecuencia el propio estado de salud del paciente o de sus propias reacciones orgánicas se produjeren indeseadas derivaciones, no sería responsable el médico tratante en la medida que concurrieren en la especie las imprescindibles notas de imprevisibilidad o inevitabilidad que caracterizan todo casus.

Tal lo proclamado por nuestra mejor doctrina; así, entre otros autores, el maestro Bueres- en posición a la que suscribimos- con todo acierto expresa que "... Frente al daño médico es muy común que las constancias procesales pongan de manifiesto que el perjuicio pudo ocurrir por el hecho del profesional o por una o varias causas ajenas derivadas fortuitamente del propio estado de salud del enfermo..."; por su parte, el profesor Mosset Iturraspe -a cuyo pensamiento también adherimos- apropiadamente señala que "el organismo humano puede tener reacciones, alteraciones, vicisitudes, en una palabra, que pueden ser

calificadas como 'casus', verdaderos fortuitos, hechos que escapan al conocimiento científico aquilatado, verdaderos imponderables."<sup>19</sup>

Traducidas las anteriores consideraciones al caso *sub examine*, no existe fundamento alguno con base al cual fundamentar la imposición de obligación indemnizatoria alguna a cargo de la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE -CLÍNICA DEL BOSQUE-, en la medida en que la dificultades respiratorias y la cardiopatía congénita -conforme a la literatura médica científica- se erigen circunstancia de suyo *imprevisible* e *irresistible* de cara al acutar galénico.

Así las cosas, sin perjuicio de los argumentos esbozados en los acápite precedentes, en el caso *sub examine*, no es viable jurídicamente imponer a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE -CLÍNICA DEL BOSQUE- condena alguna en virtud de la responsabilidad enrostrada por los demandantes en el libelo introductor de la presente *litis*.

Sin perjuicio de lo anterior, me reservo el derecho de ampliar los fundamentos fácticos y jurídicos del presente medio exceptivo.

**6. Inexistencia y/o sobreestimación de los perjuicios cuya indemnización reclama la parte actora.**

Los demandantes pretenden el resarcimiento y/o compensación de los siguientes rubros, a saber:

[REDACTED]

---

<sup>19</sup> URRUTIA R. Amílcar, URRUTIA M. Déborah, URRUTIA A. Gustavo. Responsabilidad médico-legal de los obstetras. Ed. La Roca. Buenos Aires, 1995, pp. 218-219.

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

Perjuicios morales

Reclamante	Parentesco	Cantidad reclamada
ELFONSO GÓMEZ HUESO	Padre	\$100.000.000
ALBA MILENA SILVA LÓPEZ	Madre	\$100.000.000
MARÍA FERNANDA GÓMEZ ÁVILA	Hermana	\$50.000.000
YUDERLIN CAMILA GÓMEZ GONZÁLEZ	Hermana	\$50.000.000
JAIR ALFONSO GÓMEZ GONZÁLEZ	Hermano	\$50.000.000
ANGIE KARINA PATIÑO SILVA	Hermana	\$50.000.000
Total: \$400.000.000		

  
**VÉLEZ GUTIÉRREZ**  
 A B O G A D O S

Daño a la vida de relación.

Reclamante	Parentesco	Cantidad pretendida
IDELFONSO GÓMEZ HUESO	Padre	\$60.000.000
ALBA MILENA SILVA LÓPEZ	Madre	\$60.000.000
Total: \$120.000.000		

Pérdida de la oportunidad

Reclamante	Parentesco	Cantidad pretendida
IDELFONSO GÓMEZ HUESO	Padre	\$60.000.000

61

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

ALBA MILENA SILVA LÓPEZ 	Madre	\$60.000.000
Manos de la víctima		\$50.000.00
Total: \$170.000.000		

Lucro cesante.		
Reclamante	Parentesco	Cantidad pretendida
IDELFONSO GÓMEZ HUESO	Padre	\$50.000.000
ALBA MILENA SILVA LÓPEZ	Madre	\$50.000.000
Total: \$100.000.000		

**Frente a los perjuicios morales.**

En primer, resulta oportuno señalar que, si bien los perjuicios extrapatrimoniales escapan a la órbita del juramento estimatorio previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso, en todo caso, referiré las razones por las cuales los diferentes rubros que informan el presente concepto son a todas luces *inexistentes*.

Al respecto, me veo forzado a reiterar que el paciente no sufrió daño alguno derivado de una *mala praxis* imputable a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BOSQUE-. Todo lo contrario, de conformidad con las anotaciones realizadas en los acápite que anteceden, se observa sin equívoco alguno que los galenos que asistieron a la paciente ALBA MILENA SILVA LÓPEZ y a su hijo ANDERSON GÓMEZ SILVA (Q.E.P.D.) No obstante, este último falleció por causas ajenas a la prestación de los servicios salud dispensados por la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BSOQUE-.

Sin perder de vista lo anterior, aun en el improbable y remoto evento en que se accediese a las pretensiones de la demanda por este rubro, llamo poderosamente la atención del Despacho en el sentido que la cantidad pretendida por los accionantes se encuentra completamente sobreestimada y la misma no es acorde con la pautas jurisprudenciales establecidas por la Honorable Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que estableció el tope de \$72.000.000 para este tipo de perjuicios.

En consonancia con lo antes expuesto, no es viable desde ninguna óptica acceder a las pretensiones de la parte actora, en lo que atañe frente a los perjuicios morales reclamados. Por consiguiente, dicha pretensión indemnizatoria está llamada al fracaso.

**En lo que concierne al daño a la vida de relación.**

Al respecto debo anotar que no se encuentra demostrado preliminarmente en este estado de la actuación, en forma fehaciente, que los reclamantes se encuentren privados de la oportunidad de gozar de la vida, ni de vivir en las mismas condiciones que sus congéneres, o que se encuentren imposibilitados de realizar actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. Ni mucho menos se encuentra mostrada la gravedad e incidencia en relación con la vida exterior y su relación con el entorno social, económico y familiar.

**Frente a los perjuicios por pérdida de la oportunidad.**

Sobre el particular, huelga señalar que la pérdida de la oportunidad, en tratándose de los procesos de responsabilidad por fallas en la prestación de servicios médicos asistenciales, como daño resarcible de carácter autónomo, se encuentra supeditada a estrictos requisitos, los cuales demandan del operador judicial un alto grado de sigilo y cautela a la hora de analizar los medios de prueba en su conjunto, máxime si se tiene presente que la indemnización no parte de la pérdida del beneficio esperado sino de la *oportunidad* en sí misma considerada, razón por la cual, es imperioso acudir a juicios ponderados y razonables de “probabilidades”, en la medida en que la no obtención del referido beneficio constituye un evento completamente azaroso.

En refuerzo de lo anterior, no puede perderse de vista que uno de los presupuestos de la efectividad de la referida teoría radica en el hecho que la víctima debía encontrarse en una situación potencialmente apta para alcanzar el beneficio esperado.

Sin perjuicio de lo anterior, tengase presente que el solo hecho que los demandantes imputen responsabilidad a la parte demandada, con arreglo a la Teoría de la Oportunidad, no exonera a la parte actora de acreditar fehacientemente el *nexo de causalidad* que existe entre el hecho generador del presunto daño irrogado a la víctima.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

“La pérdida de oportunidad, como daño resarcible de carácter autónomo, ha sido analizada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en casos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico-asistenciales. Recientemente, la Sala reiteró los criterios expuestos en las sentencias del 11 de agosto de 2010 y del 7 de julio de 2011, así (se transcribe textualmente):

‘2.- La ‘pérdida de oportunidad’ o ‘pérdida de chance’ como modalidad del daño a reparar.

‘Se ha señalado que las expresiones ‘chance’ u ‘oportunidad’ resultan próximas a otras como ‘ocasión’, ‘probabilidad’ o ‘expectativa’ y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.

‘En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta ésta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente

resarcimiento.

‘La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detramento (...).

‘Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.

‘La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación (...).

Toda vez que no obran en el plenario elementos de juicio que permitan establecer, con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del daño sufrido por los demandantes como consecuencia de la referida pérdida de oportunidad, a raíz de las graves lesiones que padeció la menor Lina María Anturi Peralta, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico impone tener en cuenta a efectos de reparar de forma integral<sup>20</sup> el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En relación con el daño indemnizable en los eventos en los que se encuentra acreditada la pérdida de oportunidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:

‘Tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquél a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino’.<sup>21</sup>

Con fundamento en las consideraciones que preceden, y pese a la falta de claridad de los supuestos en que se funda la pretensión invocada por este concepto, valga la pena anotar que, en el caso de marras, las probabilidades con que contaba el menor ANDERSON GÓMEZ SILVA (Q.E.P.D.) de sobrevivir a las patologías congénitas eran escasas, razón

<sup>20</sup> “Artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Valoración de daños. 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 actariales”.

<sup>21</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 76001-23-31-000-1997-24141-01(27743). En el mismo sentido: sentencia del 3 de abril de 2013, Exp. 26.437; sentencia del 11 de agosto de 2010, Exp. 18.593.

por la cual, no se encontraba en condiciones aptas de alcanzar el resultado esperado, esto es, sobrevivir al referido cuadro patológico.

Por lo anterior, tal como se demostrará en el curso de la presente actuación procesal, al no reunirse los requisitos que condicionan la procedencia de la indemnización de la 'pérdida ~~de~~ la oportunidad', no es procedente su resarcimiento, razón por la cual, solicito comedidamente al despacho desestimar la referida pretensión.

**Respecto de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro.**

En lo que atañe al presente rubro reclamado por los demandantes IDELFONSO GÓMEZ HUESO y ALBA MILENA SILVA LÓPEZ, valga señalar que el mismo es inexistente al ser meramente hipotético y eventual, razón por la cual, no es digno de resarcimiento alguno.

En efecto, nótese que el pedimento del resarcimiento solicitado por los accionantes, pugna con los postulados de las pautas establecidas por la jurisprudencia, toda vez que parte de una situación inexistente que se proyecta a futuro, según el capricho de los demandantes. Al respecto, téngase en cuenta que aun si se asumiera que el menor ANDERSON GÓMEZ SILVA (Q.E.P.D.) hubiese sobrevivido a las patologías congénitas que la aquejaban y, en esa medida, alcanzado la adulterz, las reglas de la experiencia enseñan que este formaría su propio hogar y, bajo ese entendido, en condiciones normales, proveería a su propio sustento y al de su hogar.

Por lo demás, huelga señalar que la suma pretendida, ni el período indemnizable han sido establecidos con base a las pautas jurisprudenciales, razón por la cual, la indeterminación de dichos conceptos impide al extremo adjetivo que represento esbozar una objeción detallada de los perjuicios reclamados a título de lucro cesante futuro.

Con todo, nótese que en el caso que nos ocupa, no existen siquiera expectativas serias y fundadas con base a las cuales colegir que los demandantes en su vejez lleguen a necesitar el aporte económico de sus hijos, razón por la cual, es imperioso colegir que el ~~perjuicio~~ reclamado por los accionantes bajo este rubro no ostenta certeza alguna, razón por la cual, no es digno de resarcimiento a la luz de lo preceptuado por los artículos 1613, 1614 del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998.

#### VII. EXCEPCIONES DE MÉRITO CONTRA EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

1. La Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165 fue otorgada bajo la modalidad reclamación o 'claims made'.
2. La cobertura de la Póliza no operó, porque el siniestro fue reclamado y notificado por fuera del periodo de vigencia.
3. La cobertura de la póliza se encuentra limitada a lo estrictamente convenido en su clausulado.
4. La Póliza no cubre daños derivados de abandono y/o negativa de atención al paciente.
5. En caso de determinarse inconsistencias en la historia clínica, o de diligenciararse indebidamente el consentimiento informado, se produce la pérdida del derecho a la indemnización.

6. El eventual compromiso indemnizatorio a cargo de LA PREVISORA se circumscribe a la suma asegurada correspondiente al amparo de responsabilidad civil profesional previsto en la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165** y al sublímite de perjuicios 'extrapatrimoniales'.

7. Existencia de deducible.

8. Prescripción de las acciones derivadas del Contrato de Seguro.

**VIII. RAZONES Y FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA CONTRA LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA Y DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO IMPETRADAS EN SU CONTRA.**

1. La Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165 fue otorgada bajo la modalidad reclamación o 'claims made'.

De conformidad con las Condiciones Particulares que rigen el Contrato de Seguro instrumentado en **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165**, se circunscribió claramente la modalidad temporal del riesgo asegurado en los siguientes términos:

-“(...) AMPAROS CUBIERTOS.

ESTA POLIZA OTORGA COBERTURA POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROPIA DE CLINICAS, SANATORIOS, HOSPITALES Y/U OTRO TIPO DE ESTABLECIMIENTOS O INSTITUCIONES MÉDICAS. BAJO LAS LIMITACIONES Y EXCLUSIONES DESCRITAS A CONTINUACIÓN:

1.1 RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MÉDICA:

- a) EL ASEGURADOR SE OBLIGA A INDEMNIZAR AL ASEGURADO POR CUALQUIER SUMA DE DINERO QUE ESTE DEBA PAGAR A UN TERCERO EN RAZÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN QUÉ INCURRA, EXCLUSIVAMENTE COMO CONSECUENCIA DE CUALQUIER “ACTO MÉDICO” DERIVADO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ATENCIÓN EN LA SALUD DE LAS PERSONAS, ~~DE~~ EVENTOS QUE SEAN RECLAMADOS Y NOTIFICADOS POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA Y HASTA EL LÍMITE DE COBERTURA ESPECIFICADO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES (SALVO LOS ACTOS MÉDICOS QUE QUEDEN EXPRESAMENTE EXCLUIDOS)
- b) EL ASEGURADOR SE OBLIGA A CUBRIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADO, QUE PROVENGA DE ACCIONES U OMISIONES DE SUS EMPLEADOS Y/O DE LOS PROFESIONALES Y/O AUXILIARES INTERVINIENTES, CON RELACION AL “ACTO MEDICO”, EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA O NO CON EL ASEGURADO, LEGALMENTE HABILITADOS, CUANDO TALES ACCIONES U OMISIONES RESULTEN EN UN SINIESTRO QUE DE ACUERDO CON LAS CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA, PRODUZCA PARA EL ASEGURADO UNA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR, SEGÚN SE DESCRIBE EN EL PUNTO a) ANTERIOR. (...)” (resaltado no original).

Ahora bien, como se ha dicho, la delimitación temporal de la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165**- corresponde al sistema reclamación o ‘claims made’, razón por la cual, la misma otorga cobertura frente a ‘reclamos’ judiciales y/o extrajudiciales elevados en contra de la Institución Hospitalaria asegurada durante el período de vigencia de la Póliza o dentro del período de retroactividad acordado, en armonía con lo preceptuado por el artículo 4º de la Ley 389 de 1997, que a saber prescribe:

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

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la

reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

PARAGRAFO. El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten.” (Negrilla fuera de texto) “

Así las cosas, en el evento improbable que el Despacho establezca responsabilidad a cargo de la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE, y decida, con fundamento en ello, proferir condena contra mi representada, con base en la cobertura otorgada por la misma a través de la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165**, habrá de tenerse en cuenta el monto y extensión de la responsabilidad asumida por la Aseguradora con fundamento en las condiciones generales y particulares estipuladas en el referido contrato de seguro, esto es concretamente, cuál de los perjuicios por los cuales se profiera condena en contra de la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE se encontraban amparados por la referida Póliza, tal como obra en las condiciones generales y particulares de la misma, pues por aquellos perjuicios sobre los cuales no se haya otorgado la respectiva cobertura de la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165**, no podrá proferirse condena en contra de la llamada en garantía, para la indemnización de los mismos.

**2. La cobertura de la Póliza no operó, porque el siniestro fue reclamado y notificado por fuera del periodo de vigencia.**

De conformidad con lo convenido en el clausulado general de las Pólizas con base a las cuales se llamó en garantía a mi representada, particularmente en las cláusulas 1.1, 1.5 literal b), 2.40 y vigésima quinta, para que surja a la vida jurídica la obligación indemnizatoria condicional, radicada en cabeza de la Compañía Aseguradora, se requiere insoslayablemente, entre otros aspectos expresamente previstos en el contrato de seguro, el acaecimiento del siniestro, en los términos señalados en las cláusulas aceptadas por las

partes, y dentro del periodo expresado en la Póliza, así como su reclamo y notificación al asegurado o a la Aseguradora dentro del mismo lapso, por parte de los terceros que se consideren con derecho a reclamar la indemnización correspondiente.

En este sentido se pronuncian las cláusulas arriba identificadas:

-“AMPAROS CUBIERTOS.

ESTA POLIZA OTORGА COBERTURA POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROPIA DE CLINICAS, SANATORIOS, HOSPITALES Y/U OTRO TIPO DE ESTABLECIMIENTOS O INSTITUCIONES MÉDICAS. BAJO LAS LIMITACIONES Y EXCLUSIONES DESCRIPTAS A CONTINUACIÓN:

1.1 RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MÉDICA:

a) EL ASEGURADOR SE OBLIGA A INDEMNIZAR AL ASEGURADO POR CUALQUIER SUMA DE DINERO QUE ESTE DEBA PAGAR A UN TERCERO EN RAZÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN QUE INCURRA, EXCLUSIVAMENTE COMO CONSECUENCIA DE CUALQUIER “ACTO MÉDICO” DERIVADO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ATENCIÓN EN LA SALUD DE LAS PERSONAS, DE EVENTOS QUE SEAN RECLAMADOS Y NOTIFICADOS POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA Y HASTA EL LÍMITE DE COBERTURA ESPECIFICADO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES (SALVO LOS ACTOS MÉDICOS QUE QUEDEN EXPRESAMENTE EXCLUIDOS)

b) EL ASEGURADOR SE OBLIGA A CUBRIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADO, QUE PROVENGA DE ACCIONES U OMISIONES DE SUS EMPLEADOS Y/O DE LOS PROFESIONALES Y/O AUXILIARES INTERVINIENTES, CON RELACION AL “ACTO MEDICO”, EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA O NO CON EL ASEGURADO, LEGALMENTE HABILITADOS, CUANDO TALES ACCIONES U OMISIONES RESULTEN EN UN SINIESTRO QUE DE ACUERDO CON LAS CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA, PRODUZCA PARA EL ASEGURADO UNA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR, SEGÚN SE DESCRIBE EN EL PUNTO a) ANTERIOR. (...)” (resaltado no original).

-Cláusula 1.5: "ESTE SEGURO CUBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADO POR EL "ACTO MÉDICO" O "EVENTO", QUE DIERA ORIGEN A LOS "DAÑOS MATERIALES" Y/O "LESIONES CORPORALES" ALEGADOS, SIEMPRE Y CUANDO SE CUMPLAN LAS SIGUIENTES CONDICIONES:

- a) QUE DICHO ACTO MÉDICO HAYA OCURRIDO DESPUÉS DE LA FECHA DE RETROACTIVIDAD ESTABLECIDA EN ESTA PÓLIZA, EN CASO DE NO ESTAR ESTABLECIDA DICHA FECHA, QUE EL ACTO MEDICO HAYA OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA POLIZA.
- b) QUE EL TERCERO O SUS CAUSAHABIENTES FORMULEN SU RECLAMO Y LO NOTIFIQUEN FEHACIENTEMENTE, POR ESCRITO, DURANTE EL PERÍODO DE VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA, SU RENOVACIÓN, O DURANTE EL PERÍODO DE EXTENSIÓN PARA DENUNCIAS (...)" (resaltado fuera de texto).

-Cláusula 2.40: "EXCLUSIONES

PEVISORA NO CUBRIRÁ BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA "RECLAMACIONES" Y/O "INDEMNIZACIONES" QUE EL ASEGURADO TENGA QUE PAGAR POR "DAÑOS MATERIALES" Y/O "LESIONES CORPORALES" QUE SEAN CONSECUENCIA DIRECTA O INDIRECTA DE:

2. EXCLUSIONES ABSOLUTAS. (...)

2.40. NOTIFICACIONES FORMULADAS POR EL ASEGURADO, O LOS RECLAMOS O DEMANDAS DE TERCEROS QUE LLEGUEN A CONOCIMIENTO DEL ASEGURADO FUERA DEL LÍMITE TEMPORAL DE VIGENCIA, O DEL PLAZO OPCIONAL PACTADO EN EL ENDOSO CORRESPONDIENTE, AUNQUE DICHAS NOTIFICACIONES, RECLAMOS O DEMANDAS SE DERIVEN DE ACTOS MÉDICOS PRACTICADOS DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA" (resaltado no original).

-Cláusula 25: "CONDICIÓN VIGESIMA QUINTA-DEFINICIONES (...)

h) **Reclamo:** Cualquier notificación o demanda por vía judicial o extrajudicial, hecha por un tercero, y recibida por el Asegurado o su Asegurador, solicitando compensación en forma monetaria y/o de servicios por daños y/o perjuicios ocasionados por un "acto médico" y/o "evento"".

Así las cosas, considerando que la vigencia de la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165** se extendía desde el 31 de enero de 2012 (Véase Certificado de Expedición 0) al 31 de enero de 2016 (Véase Certificado de Renovación 7). En esa medida, téngase en cuenta que la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165**, acorde con sus Certificados de Expedición y Renovación, dispensó de cobertura temporal a la **FUNDACIÓN SALUD BOSQUE**, dentro de los siguientes períodos, a saber:

Póliza	Certificado	Vigencia
1011165	0	<u>Desde el 31 de enero de 2012</u> al 31 de enero de 2013.
1011165	1	Desde el 31 de enero de 2013 al 31 de enero de 2014.
1011165	2	Desde el 31 de enero de 2014 al 31 de enero de 2015
1011165	3	Desde el 31 de enero de 2015 al 31 de enero de 2016
1011165	4	Desde el 31 de enero de 2015 al 31 de enero de 2016
1011165	5	Desde el 31 de enero de 2015 al 31 de enero de 2016
1011165	6	Desde el 31 de enero de 2015 al 31 de

64

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

		enero de 2016
1011165	7	Desde el 31 de enero de 2015 al <u>31 de enero de 2016</u>

Para bien, téngase en cuenta que en la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165 no se pactó período adicional para denuncias de reclamos por hechos ocurridos durante su vigencia, razón por la cual, al terminarse indefectiblemente la vigencia temporal de la citada Póliza el pasado 31 de enero de 2016, resulta forzoso concluir que todo reclamo judicial o extrajudicial dirigido al Asegurado carecerá de cobertura. Con todo, la citada Póliza contempló un período de retroactividad con corte al 01 de febrero de 2007.

Por lo tanto, la Póliza en comento dispensará cobertura a la Institución Hospitalaria asegurada -FUNDACIÓN SALUD BOSQUE- por el primer reclamo judicial o extrajudicial formulado en su contra durante el período de vigencia de la Póliza “por actos médicos ocurridos” desde el período de retroactividad.

En ese orden de ideas, llamo poderosamente la atención del Despacho en el sentido que el primer reclamo extrajudicial dirigido en contra de FUNDACIÓN SALUD BOSQUE, esto es, la Conciliación Extrajudicial en Derecho convocada por los hoy accionantes, se efectuó el pasado 22 de mayo de 2017, fecha para la cual, la citada Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165 ya no se encontraba vigente.

Así las cosas, resulta forzoso colegir que no se encuentra configurado el requisito contractual atinente a la exigencia, aceptada por las partes, de que el siniestro no sólo debía materializarse en la referida vigencia, sino que también debía ser reclamado o notificado en el mismo tiempo, acorde a las formalidades señaladas en la Póliza; razón por la cual esta

falencia, independientemente de lo que resuelva el Despacho frente a la responsabilidad patrimonial de la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE, frustra definitivamente cualquier posibilidad de que haya nacido obligación resarcitoria alguna a cargo de mí representada LA PREVISORA.

En esa medida, téngase en cuenta que la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165 no cubre hechos constitutivos de responsabilidad civil imputables al asegurado durante su vigencia** sino que, por el contrario, el ámbito de su cobertura temporal se restringe única y exclusivamente a “reclamos” (siniestros) que hayan sido reclamados por primera vez durante la vigencia de la póliza.

**La cobertura de la póliza se encuentra limitada a lo estrictamente convenido en su clausulado.**

Conforme a lo normado en los artículos 1045<sup>22</sup> numeral 2, 1047<sup>23</sup> numeral 9 y 1056<sup>24</sup> del Código de Comercio, compete libremente a la Compañía Aseguradora la asunción de los riesgos que pretenda adoptar por virtud del negocio asegurativo, lo cual conlleva, igualmente, a que jurídicamente se haya reconocido que dicha facultad implica la delimitación de los riesgos transferidos, así como de las situaciones expresamente excluidas de cobertura, las cuales son aceptadas plenamente por el tomador al manifestar su consentimiento frente al respectivo contrato.

Así las cosas, en el evento improbable que el Despacho establezca responsabilidad a cargo de la entidad demandada, y decida, con fundamento en ello, proferir condena contra mí

<sup>22</sup> “Son elementos esenciales del contrato de seguro: (...) 2) El riesgo asegurable (...).”

<sup>23</sup> La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato: (...) 9) Los riesgos que el asegurador toma su cargo”.

<sup>24</sup> “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”.

representada con base en la cobertura otorgada por la misma a través de la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165**, con base a la cuale fue vinculada mi representada y llamada en garantía, habrá de tenerse en cuenta el monto y extensión de la responsabilidad asumida por la Aseguradora con fundamento en las condiciones generales y particulares estipuladas en el referido contrato de seguro, esto es ~~concretamente~~, cuál de los perjuicios por los cuales se profiera condena en contra de la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE y a favor de la parte demandante se encontraban amparados por la referida Póliza, tal como obra en las condiciones generales y particulares de las mismas, pues por aquellos perjuicios sobre los cuales no se haya otorgado la respectiva cobertura de las respectivas Pólizas, no podrá proferirse condena en contra de la llamada en garantía, para la indemnización de los mismos.

**La Póliza no cubre daños derivados de abandono y/o negativa de atención al paciente.**

Bajo la égida de la norma contenida en el artículo 1056<sup>25</sup> del Estatuto Comercial, en las condiciones generales que rigen la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165**, se aceptó libremente, por parte de los sujetos contractuales del negocio asegurativo, que LA PREVISORA no respondería por “*TODA RESPONSABILIDAD CIVIL Y/O PENAL COMO CONSECUENCIA DE ABANDONO Y/O NEGATIVA DE ATENCIÓN AL PACIENTE*” (v. condición No. 2.26); de tal suerte que si se llegare a acreditar en el proceso que la pérdida del hijo que esperaba la señora ALBA MILENA SILVA LÓPEZ se debió a negativa o abandono del mismo por parte de la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE, no se generaría ninguna obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, ya que se trataría de una situación explícitamente excluida del ámbito de

---

<sup>25</sup> “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”.

cobertura de la Póliza en referencia, con base a la cual se efectuó el llamamiento en garantía a mi representada y llamada en garantía.

**En caso de determinarse inconsistencias en la historia clínica, o de diligenciarse indebidamente el consentimiento informado, se produce la pérdida del derecho a la indemnización.**

En la condición segunda del clausulado general, se estipularon una serie de requisitos y condicionamientos que debía cumplir la entidad asegurada en relación con el diligenciamiento y cuidado de las historias clínicas, así como de los consentimientos informados, cuyo cumplimiento se convino en modo de garantía del contrato de seguro, y, a su turno, también como condición suspensiva para el surgimiento del derecho indemnizatorio a cargo del asegurado y la eventual víctima.

Ciertamente, teniendo en mente la segunda de las circunstancias nombradas (condición suspensiva), la cláusula décimo cuarta del condicionado general, en su literal b), dispuso que cuando se incumplieran las garantías exigidas al asegurado, se perdería en forma total los derechos indemnizatorios que pudieran derivarse de la Póliza; sin que para tal fin interese lo dispuesto en el artículo 1061 del Código Comercial, pues la consecuencia jurídica en comento (la de la condición décimo cuarta) tiene fuente contractual y difiere de las enunciadas en el artículo del Código (anulabilidad o terminación contractual, según sea el caso), las cuales se dan si la Aseguradora así lo desea.

Así reza la indicada cláusula contractual:

**“CONDICIÓN DECIMA CUARTA-PÉRDIDA DEL DERECHO DE INDEMNIZACIÓN**

El asegurado y/o los beneficiarios perderán en forma total los derechos que se deriven de esta póliza en los siguientes casos: (...)

b) Por el incumplimiento de las garantías exigidas al asegurado en esta póliza. (...)".

Por ende, apelando por el momento sólo a la condición décimo cuarta, y sin que se interprete que la Aseguradora renuncia a los efectos jurídicos previstos en el mencionado artículo 1061, en esta etapa del proceso baste con señalar que si en el debate probatorio se acredita, a partir de las acusaciones de la parte actora, que la historia clínica de la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE, así como los consentimientos informados, se han llevado sin la observancia de lo contemplado en la Póliza, deberá concluirse, por virtud de la condición contractual en comento, que no se ha generado derecho resarcitorio alguno a favor ni del asegurado ni de los demandantes; cual es una situación que, se insiste, está prevista contractualmente en forma autónoma y diferente a lo dispuesto en el artículo 1061 comercial.

**El eventual compromiso indemnizatorio a cargo de LA PREVISORA se circunscribe a la suma asegurada correspondiente al amparo de responsabilidad civil profesional previsto en la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165 y al sublímite de perjuicios 'extrapatrimoniales'.**

En el evento improbable que el Despacho decida rechazar las anteriores excepciones formuladas contra la demanda y el llamamiento en garantía, y decida así proferir condena en contra de mi representada para el pago de las pretensiones formuladas, deberá tenerse en cuenta que en tal escenario, la responsabilidad de mi poderdante se encuentra limitada por el valor de la suma asegurada establecida en el contrato de seguro, suma por encima de la cual, en consecuencia, no se podrá proferir condena en contra la misma, de acuerdo al artículo 1.079 del CCo., el cual dispone: "*El asegurador no estará obligado a responder*

*sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1074”.*

Así entonces, al tenor de lo dispuesto por la citada norma, es claro que la responsabilidad del Asegurador se encuentra limitada por la suma asegurada pactada en el respectivo contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1079 del C de Co., excepción que hace referencia al reconocimiento por parte del Asegurador de los gastos asumidos para evitar la extensión y propagación del siniestro, la cual, sobra advertir, no resulta aplicable al presente caso.

En todo caso, téngase presente que la Póliza opera bajo el sistema de ‘reclamación’ o ‘claims made’ (art. 4<sup>26</sup> de la Ley 389 de 1997) (v. Condiciones Particulares que rigen la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitalares 1011165**), conforme al cual no basta con la ocurrencia del siniestro, sino que, además, es necesaria la reclamación de la indemnización de las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales del mismo, bajo los condicionamientos de la Póliza; de tal forma que, al presente caso, aplicará la vigencia en cuyo seno se concretó el cumplimiento de los requisitos que derivan la configuración del siniestro en el caso que nos ocupa, conforme fue analizado en el acápite correspondiente del presente escrito.

En ese sentido, aun en el remoto e improbable evento en que el Despacho determinase que es procedente derivar un compromiso indemnizatorio frente a LA PREVISORA en

---

<sup>26</sup> “En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

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

contravía de las razones esbozadas en los acápite precedentes con arreglo a la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165**, deberán respetarse los correspondientes límites de suma asegurada correspondientes al amparo de responsabilidad civil profesional, incluyendo el sublímite de “perjuicios extrapatrimoniales”, por evento y vigencia, respectivamente, conforme se analizará seguidamente.

Ahora bien, retomando el punto en comento en el sentido que el primer reclamo extrajudicial [Solicitud de Conciliación Extrajudicial en Derecho] se produjo por fuera de la vigencia de la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165**- con base a la cual se formuló llamamiento en garantía frente a mi poderdante LA PREVISORA-, no sería viable desde ningún punto de vista jurídico, derivar compromiso indemnizatorio a su cargo, tal como se precisó en acápite precedentes.

Sin perjuicio de lo anterior, aun en el lejano e improbable evento en que el Despacho decidiese imponer una eventual condena en contra de mi poderdante LA PREVISORA, no debe perderse de vista que para el **amparo de responsabilidad civil profesional (“errores u omisiones profesionales”)** de la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165** contempla una suma asegurada de mil quinientos millones de pesos (\$1.500.000.000 límite por evento/ vigencia), previa deducción del correspondiente deducible pactado en la Póliza, conforme será analizado en el acápite subsiguiente. En todo caso, valga anotar que dentro de la suma asegurada (expresada en términos de límite por evento/vigencia) se encuentran comprendidos los “perjuicios extrapatrimoniales”, los cuales, se encuentran sub-limitados (por evento y vigencia) a la suma de \$250.000.000.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Sublímite aplicable para la vigencia comprendida entre el 31 de enero de 2015 al 31 de enero de 2016. (Véase Certificado de Renovación 7).

Por consiguiente, de conformidad con las mencionadas condiciones de la Póliza y las normas del contrato de seguro, es evidente que en el evento en que el Despacho acepte las pretensiones formuladas contra la entidad demandada y la llamada en garantía, ésta no podrá ser condenada a pagar suma que exceda el monto de las sumas máximas aseguradas, acorde a lo arriba explicado; las cuales aparecen establecidas específica y particularmente en el contrato de seguro.

**Existencia de deducible.**

El deducible es el monto del valor a indemnizar que queda a cargo del asegurado. Así las cosas, en este caso particular, de existir algún tipo de condena en contra de la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE, así como en contra de mi representada, debe tomarse en consideración, al momento de liquidar el valor de la indemnización, el descuento que a título de deducible se encuentra pactado en la **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitalares 1011165**, vigente para la fecha de la primera reclamación extrajudicial formulada a la entidad hospitalaria en comento.

En efecto, como es bien sabido, el deducible es aquella porción de la pérdida que le corresponde asumir directamente al Asegurado, y que, por tanto, se debe descontar del valor a cancelar a título de indemnización derivada del contrato de seguro.

Ciertamente, así lo ha reconocido reiterativamente la doctrina y la jurisprudencia, y así mismo lo destacó expresamente la Póliza expedida en el presente caso en su carátula, y en la cual se encuentra pactado, en punto del amparo de responsabilidad civil clínicas y hospitalares, un deducible, aplicable al valor total de la indemnización surgida por este concepto; valores que deberá asumir la entidad asegurada en caso de presentarse un siniestro, de forma tal que, si no se llegase a tener en cuenta esta estipulación de las partes, en virtud de la cual al asegurado le corresponde asumir una cuota de la pérdida, se estaría

violando el artículo 1.602 del Código Civil, en razón a que se desconocería una clara estipulación contractual.

Aterrizando las premisas que anteceden, puntualizo que **Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales 1011165** contempla un deducible mínimo del diez por ciento (10%) del valor de la pérdida, mínimo veinte millones de pesos (\$20.000.000)<sup>28</sup>, aplicable al amparo “responsabilidad civil profesional” valores éstos que debe asumir la entidad asegurada en caso de proferirse sentencia alguna en contra de mi representada y llamada en garantía LA PREVISORA.

#### Prescripción de las acciones derivadas del Contrato de Seguro.

Nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1081 del Código de Comercio<sup>29</sup> consagra en materia de contrato de seguro dos tipos de prescripción que corren paralelas y que extinguen el derecho cuando la primera de ellas se consuma.

La prescripción ordinaria es de dos (2) años y se cuenta desde el conocimiento del hecho que da base a la acción, es decir del siniestro. Por requerir del conocimiento por parte del titular del derecho emanado del contrato de seguro, se la califica de prescripción subjetiva.

---

<sup>28</sup> Los valores correspondientes al deducible en cita se encuentran establecidos en el Certificado de Renovación 7 de la Póliza 1011165.

<sup>29</sup> “Artículo 1081. Prescripción de acciones. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

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

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

Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

La prescripción extraordinaria, por su parte, es de 5 años y se cuenta desde el hecho mismo, con independencia de su conocimiento por parte del interesado, por lo cual se la califica de prescripción de carácter objetivo<sup>30</sup>.

En materia de prescripción, el artículo 1131<sup>31</sup> (modificado por el artículo 86 de la Ley 45 de 1990) estableció una regla especial para el seguro de responsabilidad, que se sintetiza así: i) frente a la víctima la prescripción de la acción directa se computa a partir de la

---

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. Exp. 1100131030392007-00071-01, de 18 de diciembre de 2012. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez:

“Sobre dicha norma esta Corporación en sentencia de 29 de junio de 2007, exp. 1998-04690, señaló como características y aspectos determinantes, los siguientes:

- (i) Las dos clases de prescripción son de diferente naturaleza, pues, mientras la ordinaria depende del conocimiento real o presunto por parte del titular de la respectiva acción de la ocurrencia del hecho que la genera, lo que la estructura como subjetiva; la extraordinaria es objetiva, ya que empieza a correr a partir del surgimiento del derecho, independientemente de que se sepa o no cuándo aconteció.
- (ii) Todas las acciones que surgen del contrato de seguro, o de las normas legales que lo regulan, pueden prescribir tanto ordinaria, como extraordinariamente.
- (iii) La prescripción extraordinaria corre contra toda clase de personas, mientras que la ordinaria no opera contra los incapaces.
- (iv) El término de la ordinaria es de sólo dos años y el de la extraordinaria se extiende a cinco, “justificándose su ampliación por aquello de que luego de expirado, se entiende que todas las situación jurídicas han quedado consolidadas y, por contera, definidas”.
- (v) Las dos formas de prescripción son independientes y autónomas, aun cuando pueden transcurrir simultáneamente, adquiriendo materialización jurídica la primera de ellas que se configure”.

<sup>31</sup> “Artículo 1131. Ocurrencia del siniestro (Artículo subrogado por el artículo 86 de la Ley 45 de 1990): En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.”

ocurrencia del hecho y ii) frente al asegurado el inicio del término de prescripción de su acción será a partir de la reclamación.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>32</sup>, así como un sector de la doctrina<sup>33</sup>, sostienen que en la modalidad de ocurrencia la norma transcrita fija como punto de partida para la prescripción de la acción directa de la víctima el hecho generador de la responsabilidad (no su conocimiento), lo que significa que ha consagrado una prescripción de naturaleza objetiva que corresponde a la extraordinaria de 5 años desde el hecho. En relación con el asegurado la prescripción correrá desde la reclamación y la misma sí podrá ser ordinaria.

Nótese que tanto la norma citada como el pronunciamiento jurisprudencial se refieren de manera explícita al régimen de seguros de responsabilidad pactados por ocurrencia, en el cual, se reitera, el siniestro es la ocurrencia del hecho generador de la responsabilidad.

Como ya se dijo la modalidad de reclamación fue introducida por una norma especial y posterior, por lo cual el texto del artículo 1131 del estatuto mercantil no puede aplicarse literalmente a este tipo de cláusula de seguro.

En esa medida, el término de prescripción se contabilizará frente al asegurado en los seguros de responsabilidad otorgados bajo la modalidad reclamación o ‘claims made’, a partir del momento en que conozca o deba conocer el correspondiente reclamo judicial o extrajudicial, razón por la cual, le es aplicable única y exclusivamente el término prescriptivo ordinario contemplado en el artículo 1.081 del Código de Comercio.

---

<sup>32</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 11001-31-03-009-1998-04690-01, del 29 de junio de 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y Expediente No. 73449-3103-001-2006-00049-01, del 8 de septiembre de 2011. M.P. Ruth Marina Diaz Rueda.

<sup>33</sup> Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. “La Prescripción en el Contrato de Seguro”. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis. Bogotá, 2012. Pág. 96.

En esa medida, teniendo en cuenta que es factible que los demandantes hayan elevado cualquier otro reclamo extrajudicial con anterioridad a la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho y la demanda judicial dentro del proceso ~~a la~~ referencia, que amén de ser conocido por la institución asegurada y llamada en garantía - FUNDACIÓN SALUD BOSQUE-, constituya el punto de partida del cómputo de la prescripción ordinaria (subjetiva) de las acciones y derechos del contrato de seguro en ~~en~~ forma atrás anotada, me reservo el derecho de ampliar los fundamentos fácticos y jurídicos que informan el presente medio exceptivo dentro de la oportunidad procesal correspondiente.

#### IX. OBJECIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 206 del Código General del Proceso, objeto la cuantía de los perjuicios cuya indemnización y/o compensación reclama la parte actora.

Los demandantes pretenden el resarcimiento y/o compensación de los siguientes rubros, a saber:

Perjuicios morales		
Reclamante	Parentesco	Cantidad reclamada

74

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

IDELOFONSO GÓMEZ HUESO	Padre	\$100.000.000
ALBA MILENA SILVA LÓPEZ	Madre	\$100.000.000
MARÍA FERNANDA GÓMEZ ÁVILA	Hermana	\$50.000.000
YUDERLIN CAMILA GÓMEZ GONZÁLEZ	Hermana	\$50.000.000
JAIR ALFONSO GÓMEZ GONZÁLEZ	Hermano	\$50.000.000
ANGIE KARINA PATIÑO SILVA	Hermana	\$50.000.000
Total: \$400.000.000		

Daño a la vida de relación.

Reclamante	Parentesco	Cantidad pretendida
------------	------------	---------------------

IDELFONSO HUESO	GÓMEZ	Padre	\$60.000.000
ALBA MILENA SILVA LÓPEZ		Madre	\$60.000.000
Total: \$120.000.000			

Pérdida de la oportunidad		
Reclamante	Parentesco	Cantidad pretendida
IDELFONSO HUESO	Padre	\$60.000.000
ALBA MILENA SILVA LÓPEZ	Madre	\$60.000.000

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

75

Hermanos de la víctima		\$50.000.00
Total: \$170.000.000		

Lucro cesante.

Reclamante	Parentesco	Cantidad pretendida
IDELFONSO GÓMEZ HUESO	Padre	\$50.000.000
ALBA MILENA SILVA LÓPEZ	Madre	\$50.000.000
Total: \$100.000.000		

**Frente a los perjuicios morales.**

En primer, resulta oportuno señalar que, si bien los perjuicios extrapatrimoniales escapan a la órbita del juramento estimatorio previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso, en todo caso, referiré las razones por las cuales los diferentes rubros que informan el presente concepto son a todas luces *inexistentes*.

Al respecto, me veo forzado a reiterar que el paciente no sufrió daño alguno derivado de una *mala praxis* imputable a la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BOSQUE-. Todo lo contrario, de conformidad con las anotaciones realizadas en los acápite que anteceden, se observa sin equívoco alguno que los galenos que asistieron a la paciente ALBA MILENA SILVA LÓPEZ y a su hijo ANDERSON GÓMEZ SILVA (Q.E.P.D.) No obstante, este último falleció por causas ajenas a la prestación de los servicios salud dispensados por la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE –CLÍNICA DEL BOSQUE-.

Sin perder de vista lo anterior, aun en el improbable y remoto evento en que se accediese a las pretensiones de la demanda por este rubro, llamo poderosamente la atención del Despacho en el sentido que la cantidad pretendida por los accionantes se encuentra completamente sobreestimada y la misma no es acorde con la pautas jurisprudenciales establecidas por la Honorable Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que estableció el tope de \$72.000.000 para este tipo de perjuicios.

En consonancia con lo antes expuesto, no es viable desde ninguna óptica acceder a las pretensiones de la parte actora, en lo que atañe frente a los perjuicios morales reclamados. Por consiguiente, dicha pretensión indemnizatoria está llamada al fracaso.

**En lo que concierne al daño a la vida de relación.**

Al respecto debo anotar que no se encuentra demostrado preliminarmente en este estado de la actuación, en forma fehaciente, que los reclamantes se encuentren privados de la oportunidad de gozar de la vida, ni de vivir en las mismas condiciones que sus congéneres, o que se encuentren imposibilitados de realizar actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. Ni mucho menos se encuentra

demostrada la gravedad e incidencia en relación con la vida exterior y su relación con el entorno social, económico y familiar.



#### Frente a los perjuicios por pérdida de la oportunidad.

Sobre el particular, huelga señalar que la pérdida de la oportunidad, en tratándose de los procesos de responsabilidad por fallas en la prestación de servicios médicos asistenciales, como daño resarcible de carácter autónomo, se encuentra supeditada a estrictos requisitos, los cuales demandan del operador judicial un alto grado de sigilo y cautela a la hora de analizar los medios de prueba en su conjunto, máxime si se tiene presente que la indemnización no parte de la pérdida del beneficio esperado sino de la *oportunidad* en sí misma considerada, razón por la cual, es imperioso acudir a juicios ponderados y razonables de "probabilidades", en la medida en que la no obtención del referido beneficio constituye un evento completamente azaroso.

En refuerzo de lo anterior, no puede perderse de vista que uno de los presupuestos de la efectividad de la referida teoría radica en el hecho que la víctima debía encontrarse en una situación potencialmente apta para alcanzar el beneficio esperado.

Sin perjuicio de lo anterior, téngase presente que el solo hecho que los demandantes imputen responsabilidad a la parte demandada, con arreglo a la Teoría de la Oportunidad, no exonera a la parte actora de acreditar fehacientemente el *nexo de causalidad* que existe entre el hecho generador del presunto daño irrogado a la víctima.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

"La pérdida de oportunidad, como daño resarcible de carácter autónomo, ha sido analizada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en casos relativos a la responsabilidad

patrimonial del Estado por actividades médico-asistenciales. Recientemente, la Sala reiteró los criterios expuestos en las sentencias del 11 de agosto de 2010 y del 7 de julio de 2011, así (se transcribe textualmente):

‘2.- La ‘pérdida de oportunidad’ o ‘pérdida de chance’ como modalidad del daño a reparar.

‘Se ha señalado que las expresiones ‘chance’ u ‘oportunidad’ resultan próximas a otras como ‘ocasión’, ‘probabilidad’ o ‘expectativa’ y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.

‘En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta ésta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

‘La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose

mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimiento (...).

‘Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.

‘La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación (...).’

Toda vez que no obran en el plenario elementos de juicio que permitan establecer, con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del daño sufrido por los demandantes como consecuencia de la referida pérdida de oportunidad, a raíz de las graves lesiones que padeció la menor Lina María Anturi Peralta, la Sala

acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico impone tener en cuenta a efectos de reparar de forma integral<sup>34</sup> el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En relación con el daño indemnizable en los eventos en los que se encuentra acreditada la pérdida de oportunidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:

‘Tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino’.<sup>35</sup>

Con fundamento en las consideraciones que preceden, y pese a la falta de claridad de los supuestos en que se funda la pretensión invocada por este concepto, valga la pena anotar que, en el caso de marras, las probabilidades con que contaba el menor ANDERSON GÓMEZ SILVA (Q.E.P.D.) de sobrevivir a las patologías congénitas eran escasas, razón por la cual, no se encontraba en condiciones aptas de alcanzar el resultado esperado, esto es, sobrevivir al referido cuadro patológico.

<sup>34</sup> “Artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Valoración de daños. 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”.

<sup>35</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 76001-23-31-000-1997-24141-01(27743). En el mismo sentido: sentencia del 3 de abril de 2013, Exp. 26.437; sentencia del 11 de agosto de 2010, Exp. 18.593.

Por lo anterior, tal como se demostrará en el curso de la presente actuación procesal, al no reunirse los requisitos que condicionan la procedencia de la indemnización de la 'pérdida de [REDACTED] oportunidad', no es procedente su resarcimiento, razón por la cual, solicito comedidamente al despacho desestimar la referida pretensión.

**Respecto de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro.**

En lo que atañe al presente rubro reclamado por los demandantes IDELFONSO GÓMEZ HUESO y ALBA MILENA SILVA LÓPEZ, valga señalar que el mismo es inexistente al ser meramente hipotético y eventual, razón por la cual, no es digno de resarcimiento alguno.

En efecto, nótese que el pedimento del resarcimiento solicitado por los accionantes, pugna con los postulados de las pautas establecidas por la jurisprudencia, toda vez que parte de una situación inexistente que se proyecta a futuro, según el capricho de los demandantes. Al respecto, téngase en cuenta que aun si se asumiera que el menor ANDERSON GÓMEZ SILVA (Q.E.P.D.) hubiese sobrevivido a las patologías congénitas que la aquejaban y, en esa medida, alcanzado la adulterz, las reglas de la experiencia enseñan que este formaría su propio hogar y, bajo ese entendido, en condiciones normales, proveería a su propio sustento y al de su hogar.

Por lo demás, huelga señalar que la suma pretendida, ni el período indemnizable han sido establecidos con base a las pautas jurisprudenciales, razón por la cual, la indeterminación de dichos conceptos impide al extremo adjetivo que represento esbozar una objeción detallada de los perjuicios reclamados a título de lucro cesante futuro.

Con todo, nótese que en el caso que nos ocupa, no existen siquiera expectativas serias y fundadas con base a las cuales colegir que los demandantes en su vejez lleguen a necesitar

el aporte económico de sus hijos, razón por la cual, es imperioso colegir que el perjuicio reclamado por los accionantes bajo este rubro no ostenta certeza alguna, razón por la cual, no es digno de resarcimiento a la luz de lo preceptuado por los artículos 1613, 1614 del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998.

## X. PRUEBAS.

### A. DOCUMENTALES.

1. Poder debidamente conferido (obra ya en el expediente).
2. Certificado de Existencia y Representación legal de LA PREVISORA, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia (obra ya en el expediente).
3. Carátula, Condiciones Generales y Particulares del Contrato de Seguro de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales instrumentado en la Póliza 1011165.
4. Los demás documentos que ya obran en el expediente.

### B. INTERROGATORIOS DE PARTE.

Solicito comedidamente al Despacho que señale fecha y hora para que concurran los demandantes IDELFONSO GÓMEZ HUESO y ALBA MILENA SILVA LÓPEZ y rindan interrogatorio de parte sobre los hechos debatidos en la presente actuación procesal, conforme al cuestionario que formularé en la debida oportunidad. Con tal fin, los demandantes en cita recibirán notificaciones en las direcciones suministradas en el escrito de demanda.

39

VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

De otra parte, solicito comedidamente al Despacho que señale fecha y hora que concurra el Representante Legal de FUNDACIÓN SALUD BOSQUE – CLÍNICA UNIVERSITARIA ~~EJ BOSQUE~~, a efectos que rinda interrogatorio de parte sobre los hechos debatidos en la presente controversia. Con tal fin, el citado Representante Legal recibirá notificaciones en las direcciones suministradas en el escrito de su contestación a la demanda.

●  
**C. EXHIBICIÓN DOCUMENTAL.**

**D. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL**

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 228 del Código General del Proceso, solicito comedidamente al Despacho que cite a audiencia a los Peritos. MÁXIMO ALBETO DUQUE PIDRAHITA, ANA KATIUSKA MALDONADO ASUAJE y LUZ ASTRID CELIS CASTAÑEDA para que rindan sendos interrogatorios de parte sobre su idoneidad, imparcialidad y el contenido de los dictámenes por ellos elaborados. Con tal fin, los citados peritos recibirán notificaciones en las direcciones suministradas en el expediente.

**XI. ANEXOS.**

Documentos enlistados en el acápite de pruebas.

**XII. NOTIFICACIONES.**

1. Los demandantes, en las direcciones señaladas en la demanda.
2. La parte demandada, en la dirección que obra en el expediente.

VG  
VÉLEZ GUTIÉRREZ  
A B O G A D O S

3. LA PREVISORA., así como su representante legal, recibirán notificaciones en la Calle 57 No. 9-07 de la ciudad de Bogotá D.C.
4. Por mi parte las recibiré en la secretaría del Despacho, en la Carrera 7 No. 74B-56 piso 14 de la Ciudad de Bogotá D.C., y a los correos electrónicos rvelez@velezgutierrez.com y mzuluaga@velezgutierrez.com.

Del Señor Juez, respetuosamente



RICARDO VÉLEZ OCHOA  
C.C. 79.470.042 de Bogotá D.C.  
T.P. 67.706 del C.S. de la J.

MEMORIAL AL DESPACHO  
ESTADO CIVIL CIVIL

VELEZ GUTIERREZ

BY FOLIOS

18948 13-AUG-19 16:05

ESTADO CIVIL CIVIL