



TRASLADO DE EXCEPCIONES

Artículo 175 parágrafo 2o de la Ley 1437 de 2011

Medio de control	Reparación Directa
Radicado	13001-33-33-012-2015-00324-00
Demandante	Héctor Manuel Hurtado Babilonia y otros.
Demandado	ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo – SALUD VIDA EPS
Llamados en garantía por el Demandado	La Previsora S.A. – Anestesiólogos Unidos Sindicato de Gremio
Llamados en garantía por el llamado Anestesiólogos Unidos Sindicato de Gremio	Chubb Seguros Colombia S.A.

De conformidad con lo estipulado en el parágrafo 2º del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, se corre traslado a la parte contraria de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y en los llamamientos en garantía por el apoderado de la parte demandada y de los respectivos llamados, por el término de tres (3) días, en un lugar visible de la Secretaría del Juzgado Doce Administrativo de Cartagena, y en la página web de la Rama Judicial: www.ramajudicial.gov.co, hoy cinco (05) de marzo de dos mil dieciocho (2018) siendo las 8:00 de la mañana.

EMPIEZA EL TRASLADO: seis (06) de marzo de dos mil dieciocho (2018), a las 8:00 a.m.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
SECRETARIA

VENCE TRASLADO: ocho (08) de marzo de dos mil dieciocho (2018), a las 5:00 p.m.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
SECRETARIA

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129, 4º piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin12cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648675 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar



Señores

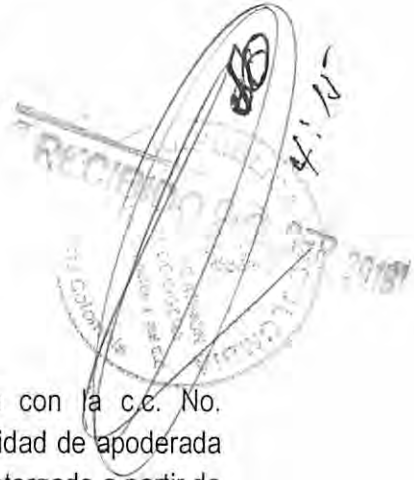
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Proceso : REPARACION DIRECTA

Radicado : 2015-0324

Demandante : HECTOR MANUEL HURTADO BABILONIA Y OTROS

Demandado : SALUDVIDA E.P.S. Y E.S.E MATERNIDAD RAFAEL CALVO



AURA CAROLINA MURCIA MARTINEZ Abogada en ejercicio, identificada con la c.c. No. 1.051.663.320 y portadora de la T.P. No. 225619 del C.S.J. actuando en mi calidad de apoderada de SALUDVIDA EPS-S según Poder especial adjunto, presento dentro del plazo otorgado a partir de la notificación personal, la contestación de la demanda en los siguientes términos:

I. EN CUANTO A LOS HECHOS

AL HECHO PRIMERO.- ES CIERTO.

Dado que se dispone de registros de la historia clínica, se consideran ciertos.

AL HECHO SEGUNDO. NO ES CIERTO

Hay un total desconocimiento del demandante sobre los hechos realmente sucedidos en este caso, toda vez que a la señora Hurtado no solo SI se le realizaron exámenes de laboratorio antes de la cirugía, sino que además SI se le realiza la evaluación pre anestésica, según consta claramente en la historia clínica en fecha Octubre de 2013.

En esta evaluación también están reportados los RESULTADOS DE LABORATORIO que le fueron realizados. Por lo tanto lo comentado por el demandante solo muestra su total desconocimiento de los hechos realmente sucedidos.

El punto sobre las cirugías anteriores, solamente da una mayor seguridad: si no se han presentado eventos adversos en cirugías previas, es claro que no hay alergias ni eventos que puedan complicar la que se está programando, lo cual por supuesto permite predecir aún más la seguridad del procedimiento.

AL HECHO TERCERO.- NO ES CIERTO COMO SE COMENTA

No hay ningún antecedente cardiovascular en la señora Hurtado ni tiene ningún síntoma asociado. Por lo tanto, la literatura médica NO RECOMIENDA RELIZAR EXAMENES DE ESTE TIPO a estos pacientes.

AL HECHO CUARTO.- ES CIERTO

Los registros de la historia se consideran ciertos. Es totalmente claro que la señora Hurtado no tenía ningún evento que hiciera pensar o predecir un evento cardiovascular durante el acto anestésico.

AL HECHO QUINTO.- ES CIERTO

Dado que se dispone de registros de la historia clínica, se consideran ciertos.

AL HECHO SEXTO.- DEBE DEMOSTRARSE

NO hay registros sobre lo que se comenta por lo que deberá demostrarse.

AL HECHO SEPTIMO.- ES PARCIALMENTE CIERTO

El hecho de decidir el tratamiento AMBULATORIO no se decide durante la cirugía: es un evento previsto desde antes de la intervención. Se trata de una cirugía de corta duración y bajo riesgo en una mujer sana, por lo que el manejo ambulatorio está totalmente indicado.

AL HECHO OCTAVO.-ES CIERTO.

Nuevamente, se evidencia que la señora Babilona está totalmente despierta, sin complicaciones en el momento de la recuperación anestésica.

AL HECHO NOVENO.- NO ES CIERTO.

El monitoreo es un evento inherente a la cirugía y la recuperación anestésica. Esto sería como decir que no hay registro que la señora tenga las barandas de la cama arriba para prevenir caídas, o el material quirúrgico que fue empleado y su esterilización: son eventos inherentes a la seguridad del paciente, aun cuando no estén en la historia.

AL HECHO DECIMO.- ES PARCIALMENTE CIERTO

Hay un error de percepción del demandante: las maniobras de reanimación no dependen del anestesiólogo, ni hay maniobras diferentes a realizar por el anestesiólogo. Las maniobras de reanimación son realizadas por un médico con entrenamiento en ellas, sin diferencia en la especialidad.

AL HECHO DECIMO PRIMERO.- ES PARCIALMENTE CIERTO

Las unidades de recuperación de anestesia, tienen como norma que deben estar vigiladas por un médico con formación en reanimación avanzada. Por supuesto un especialista en Medicina Interna y Cuidado Intensivo, es un especialista totalmente idóneo para realizar una reanimación cardiopulmonar, como en este caso.

No hay omisión o negligencia ninguna por este punto, y de nuevo esta claro el desconocimiento del demandante de los hechos realmente sucedidos en este caso.

AL HECHO DECIMO SEGUNDO.- NO ES CIERTO COMO SE COMENTA

El hecho del infarto, se desconoce por completo hasta que no se realiza una Necropsia, como se verá más adelante.

La señora sufre una MUERTE SUBITA; no explicable, no previsible, y por lo tanto causa extraña al actuar medico bajo las normas de seguridad de cirugía y anestesia de la literatura médica.

La reanimación del paciente es manejada por el especialista en Medicina Interna y Cuidado Intensivo, y la historia también comenta que el anestesiólogo si participa en la reanimación, por lo

que claramente deberá demostrarse lo que se comenta, dado que los registros de la historia clínica se presumen ciertos.

AL HECHO DECIMO TERCERO.- NO ES CIERTO COMO SE COMENTA

En el presente asunto se debe tener claro que el egreso de hospitalización y el egreso de la sala de cirugía, son diferentes. Por lo que no hay negligencia en este caso.

AL HECHO DECIMO CUARTO. NO ES CIERTO COMO SE COMENTA.

Como se ha comentado, no había ningún tipo de omisión o negligencia ni en la evaluación pre anestésica (que si fue realizada y consta en la historia clínica) como en los exámenes y su manejo luego durante la anestesia y recuperación. Así que no hay incumplimiento alguno, por lo que el demandante deberá demostrar cual es el supuesto protocolo incumplido en este caso.

AL HECHO DECIMO QUINTO. NO ES CIERTO.

Nos preguntamos, ¿Cuál es el registro que no permite hacer una reanimación, por un especialista en Cuidado Intensivo, que es precisamente la especialidad que maneja pacientes críticos?

Nuevamente, no hay concordancia entre los comentarios del demandante y los hechos reales de este caso

AL HECHO DECIMO SEXTO. NO ES CIERTO.

Nuevamente: deberá demostrar el demandante el "riesgo excepcional" del caso, pues nunca se dio. Lo que si es cierto es que la muerte de la señora Hurtado resulta causa extraña al actuar médico, pues no había evidencia ninguna de que presentara alguna alteración cardiovascular ni tampoco había evidencia de síntomas o signos clínicos.

Está claro que se presenta un evento IMPREVISIBLE e IRRESISTIBLE y por lo tanto causa extraña. Esta resulta la causa eficiente del daño, dado que no existe ningún tipo de omisión o negligencia ni antes ni durante el acto anestésico. Claramente registra la historia que la señora presenta una MUERTE SUBITA. Es evidente que el evento desencadenante resulta CAUSA EXTRAÑA.

"Para entender mejor lo anterior se trae a colación lo dicho sobre la fuerza mayor y el caso fortuito en una sentencia del Consejo de Estado, del 2 de mayo de 2002:

"En la legislación colombiana la ley 95 de 1890 define el caso fortuito junto con la fuerza mayor como 'el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.' (art. 1°).

Esa disposición se redactó, como lo dice la doctrina, bajo el concepto de la teoría unitaria de la causa extraña, esto es, la tendencia que acepta la identidad entre el caso fortuito y la fuerza mayor, utilizada por nuestra jurisprudencia civil mayoritaria, al considerar que no son conceptos separados 'sino elementos de una noción. El casus fortuitus indica la imprevisibilidad del acontecimiento y la vis major, su irresistibilidad". ¹

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2002. C.P. Dra.: María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.477

Para que pueda configurarse una causal exonerativa de responsabilidad es necesario que el evento que se está invocando cumpla con dos características esenciales, esto es, que sea un suceso (i) irresistible y (ii) que sea imprevisible. Algún sector de la doctrina de la jurisprudencia también habla de la necesidad de que el evento sea (iii) externo, respecto del demandado.

Sobre la forma de entender las características que debe cumplir la causa extraña como causal exonerativa de responsabilidad ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

"En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo. En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse como aquella circunstancia respecto de la cual 'no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia.

Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de 'imprevisto' de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual 'Imprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia'" ²

Como puede verse, es evidente y aceptado por las Altas Cortes que existen eventos durante el acto anestésico, como es el caso que nos ocupa, que escapan por completo al control y probabilidad de prevención del grupo médico, configurando así causa extraña y por lo tanto no son imputables al acto médico.

AL HECHO DECIMO SEPTIMO. NO ME CONSTA.

No nos consta, si la señora Yaneth Hurtado laboraba y/o si cubría los gastos de sostenimiento de las personas que se relacionan, como demandantes.

EN CUANTO A LAS PRETENSIONES Y CONDENAS

SALUDVIDA SA EPS, se opone a las pretensiones de la demanda, ya que no existe fundamento jurídico o factico alguno que pueda llevar a endilgar responsabilidad a mi representada en relación a los hechos que se señalan en el libelo demandatorio, principalmente porque de la lectura de los hechos, se desprende que la directamente implicada es la ESE MATERNIDAD RAFEL CALVO la cual prestó los servicios de salud a la Señora YANETH HURTADO BABILONIA; servicios que se prestaron de manera directa, por tratarse de actos médicos propiamente dichos. Por tanto, dichos actos no pueden ser imputables a mi mandante. De otra parte, no existe certeza en cuanto del daño alegado, en cuanto la carencia de pruebas y además por lo genérico de la pretensión carece de asidero jurídico que estas puedan ser endilgadas a mi representada.

Se resalta que en ningún momento **SALUDVIDA S.A. EPS** negó o rehusó la atención a la señora **YANETH HURTADO BABILONIA**, además no existe dentro del plenario presentado por la parte actora prueba sumaria que asegure que no se prestó a cabalidad el servicio médico y de procedimientos, o que evidencie la negación de prestación de servicios de salud, además SALUDVIDA S.A. EPS, dentro de su base de datos reporta que **YANETH HURTADO BABILONIA**,

² RML año XVII n°1, 2011 10. La hipertermia maligna, un evento imprevisto que puede exonerar de responsabilidad. www.medicolegal.com.co

se encontraba afiliada en el SGSS – Subsidiado desde el día 01 de octubre de 2009 y a partir de este momento se ha prestado toda la red de servicios requerida por el paciente.

SALUDVIDA SA EPS. Amparada bajo la figura de delegada del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por cuenta del estado, para prestar el Servicio Público de Salud, en la modalidad de garante de las afiliaciones, recaudo de las cotizaciones de los afiliados; no están establecidas para prestar el servicio de salud, pues no son Entidades dedicadas a la prestación de dichos servicios por definición, **sino coordinar la prestación de los mismos.**

Dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180 la Ley 100 de 1.993 los servicios contenidos en el POS-S serán prestados a sus afiliados por medio de sus propias Instituciones Prestadoras de Salud, o podrán contratar con Instituciones Prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos.

Por ello, solo son responsables en los términos señalados en la Ley 100 de 1.993 Art. 177, que define su naturaleza Jurídica y su límite de responsabilidad en la GARANTÍA de la prestación de servicio, no de la prestación de los mismos, que por definición le compete a las Instituciones Prestadora de Salud.

Me opongo a cada uno de los perjuicios invocados por la parte actora. A más que no se prueba el nexo de causalidad entre los hechos –conducta- y el presunto daño ocasionado con los hechos narrados en la presente demanda y mi representada SALUDVIDA S.A. E.P.S.

RESPECTO A LAS CONDENAS ECONOMICAS SOLICITADAS POR LA PARTE DEMANDANTE

Me opongo a todas y cada una de las condenas solicitadas en el libelo demandatorio contra mi representada **SALUDVIDA S.A EPS.**, por lo manifestado en el acápite anterior, ya que insisto, no existe una relación directa de causalidad entre los hechos alegados por el demandante y SALUDVIDA S.A. E.P.S. ya que en ningún momento se demuestra fáctica ni certeramente que mi mandante negara los servicios médicos requeridos y que la muerte de la señora YANETH HURTADO BABILONIA se originara por la mala praxis de los médicos tratantes.

PERJUICIOS MATERIALES E INMATERIALES.-ME OPONGO.

Me opongo a esta condena teniendo en cuenta que no se ha demostrado el daño de parte de SALUDVIDA S.A. E.P.S., **lo que significa que corresponde al actor dar la prueba de su ocurrencia, la falta de esa prueba condena al fracaso las pretensiones que la requieren.**

DAÑO EMERGENTE.- ME OPONGO.-

En cuanto al perjuicio material en la modalidad de daño emergente, en el plenario no se acreditó que se hayan realizado erogaciones o gastos en virtud de la ocurrencia del daño, como serían, gastos médicos, entre ellos, de hospitalización, de suministro de medicamentos, de traslado a las instalaciones hospitalarias o clínicas, razón por la cual no se reconocerá ningún rubro por este concepto.

Los daños materiales debe probarse, tal como lo señala en el consejo de Estado, sección tercera en sentencia del 28 de abril de 1967 y del 16 de diciembre de 1994: "*El daño constituye un requisito de la obligación de indemnizar*"... y *al no demostrarse como un elemento de la responsabilidad, no permite que esta se estructure.*"

LUCRO CESANTE. – ME OPONGO.

Se recuerda que no puede pretenderse a través de la Institución de la Responsabilidad un enriquecimiento sin causa para quien lo reclama, y en caso de probarse debe estarse atento a las decisiones jurisprudenciales sobre la materia y del material probatorio que obra en el proceso.

Nos oponemos a esta pretensión, no sin antes mencionar que la consideramos desacertada la forma como el apoderado de la parte demandante ha tasado este tipo de perjuicios, desconociendo los antecedentes jurisprudenciales de las altas Cortes, quienes han reconocido unos topes, que ha ido actualizando como punto de referencia para este tipo de rubros indemnizatorios.

Al no existir responsabilidad de SALUDVIDA S.A. EPS, en los hechos narrados, ni existir daño y mucho menos daño moral probado de la demandante con ocasión o como consecuencia de las atenciones médicas suministradas al paciente, ni nexo causal entre la patología, el tratamiento y la patología, las presentes condenas se deben desestimar y declarar que no corresponden a la realidad ni deben ser indemnizados.

Definición: *El lucro cesante hace referencia al lucro, al dinero, a la ganancia, a la renta que una persona deja de percibir como consecuencia del perjuicio o daño que se le ha causado. Si una persona no hubiera sufrido de un daño o perjuicio, se hubiera seguido lucrando sin problemas, lucro que se pierde, que cesa por culpa del daño o del perjuicio, y por supuesto que el responsable será quien causó el daño y el perjuicio, y en algunos casos tendrá que indemnizar a la víctima del daño o perjuicio.*

Respecto al lucro Cesante. Como se ha comentado en la sustentación de la presente demanda es inaudito solicitarlo teniendo en cuenta que no se acredita si la señora YANETH HURTADO BABILONIA, tenía una profesión, un trabajo fijo, o ganancias adicionales; ahora respecto a la supervivencia necesaria a toda su familia, **se debe demostrar.**

PERJUICIOS MORALES SOLICITADO EN FAVOR DE LOS DEMANDANTES

Respecto de los perjuicios morales, requeridos por el demandante y tasados en la suma de 50 SMLMV, a favor de cada uno de los demandantes, la jurisprudencia se ha pronunciado señalando que son "esos dolores, padecimientos, etc., que pueden presentarse solamente como secuela de los daños infligidos a la persona. Que no son entonces daños propiamente dichos, y que por otra parte, constituyen un sacrificio de intereses puramente morales, que justifican una extensión del resarcimiento, esta vez con función principalmente satisfactoria"

Es de señalar a nuestro juicio que si bien es cierto, se señalan perjuicio moral, es de notar que los mismos tampoco se especifican de manera clara por el apoderado, para ser solicitados, aunado a esto es de señalar que no hay evidencia de los padecimientos de los familiares frente a la muerte de la señora YANETH HURTADO BABILONIA.

RESPECTO A LA CONDENA – COSTAS.-

Me opongo a la prosperidad de las pretensiones de la demanda en contra de mi representada **SALUDVIDA S.A. EPS**, pues el acto demandado no es imputable a mi mandante por lo que se solicita al Despacho se condene a la parte actora al pago de las costas procesales.

RESUMEN DE LOS HECHOS SEGÚN LA HISTORIA CLINICA

Se trata de un paciente de 41 años, programada para una cirugía ambulatoria de bajo riesgo bajo anestesia general.

La señora Hurtado no tiene ningún antecedente médico de importancia clínica para la anestesia, y ha sido sometida a 4 cirugías bajo anestesia general sin complicación alguna. Se realiza la evaluación pre anestésica en Octubre de 2013 encontrándola como paciente ASA II o bajo riesgo, con exámenes normales.

Se lleva a cirugía bajo anestesia general el 4 de diciembre de 2013, con un acto quirúrgico sin complicaciones. Luego durante el proceso de recuperación anestésica, presenta súbitamente un paro cardiorrespiratorio, que es manejado por especialistas en Cuidado Crítico, con 30 minutos de reanimación sin obtener respuesta.

Se realiza una autopsia clínica, que muestra como causa de muerte un infarto del miocardio, del cual no se tenía ninguna sospecha dado que se trata de una mujer joven sin antecedentes médicos de riesgo. El infarto se produce por un espasmo de las arterias coronarias, evento que NO PODÍA PREVERSE.

EXCEPCIONES DE MERITO.

INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad civil la podemos definir como esa obligación que nace a cargo del que ha realizado un acto contrario al ordenamiento jurídico existente de poner al afectado, en cuanto esto sea posible, en la situación que tendría de no haber mediado el acontecimiento que le causo el daño, si este produjo realmente un perjuicio.

La obligación que nace de la responsabilidad civil puede ser de carácter contractual o Extracontractual, diferenciándose las mismas, en que la **CONTRACTUAL**, proviene de una relación previa existente, regulada por un contrato válido celebrado, que produce obligaciones para las partes y de cuyo cumplimiento es que nace la obligación de reparar el daño causado (Art. 1494 y 1495 C. Civil); en la Responsabilidad **EXTRA CONTRACTUAL**, no existe ninguna relación previa la fuente de la responsabilidad extracontractual no nace con en la Ley positiva en Colombia, , no existe una obligación preexistente, pues ella surge como consecuencia de la ocurrencia del daño.

Aterrizando lo manifestado anteriormente respecto a la **RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**, frente a los hechos narrados por el apoderado de la demandante es preciso tener claro su señoría que en el desarrollo de la Ley 100 de 1993, y más exactamente en el Art. 177, Las EPS autorizadas por el Gobierno Nacional, **no están establecidas para prestar el servicio de salud**, pues no son Entidades dedicadas a la prestación de dichos servicios por definición, **sino coordinar la prestación de los mismos**. Por ello, solo son responsables en los términos señalados en la Ley 100 de 1.993 Art. 177, que define su naturaleza Jurídica y su límite de responsabilidad en la GARANTÍA de la prestación de servicio, no de la prestación de los mismos, que por definición le compete a las Instituciones Prestadora de Salud.

Art. 177 de la Ley 100 de 1993, 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 será organizar y garantizar directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud obligatorio a los afiliados y girar dentro de los términos previstos en la Ley, la diferencia entre las cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al FOSYGA.

SALUDVIDA EPS es una Entidad Promotora de Salud, debidamente autorizada por el gobierno nacional mediante el Ministerio de Salud, y a través de la Superintendencia Nacional de Salud, queriendo ello significar, que todas y cada una de sus actuaciones, deben ser y de hecho están regidos por el Marco legal que impone la Ley 100 de 1.993 y sus Decretos Reglamentarios, así, como las resoluciones Administrativas de la Superintendencia, y los Acuerdos que emanan del **CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**, que están debidamente reglamentadas en el numeral 5 del art. 172 de la Ley 100 de 1.993.

Las Entidades Promotoras de Salud, prestan el servicio de salud por delegación del Estado, quien ejerce la Dirección, Coordinación y Control en los términos y bajo las condiciones establecidas en la ley, por tal motivo sólo podemos autorizar o cubrir lo que esté previsto en ella.

Respecto a la **RÉSPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**, entre la Entidad Promotora de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud naturales o Jurídicas, profesionales o instituciones de salud, existe y debe existir autonomía e independencia profesional y técnica que debe ser ejercida por los primeros; estableciéndose entre ellos un principio de confianza entre ambas partes que le permite a la Entidad Promotora de salud como el principio lo indica, confiar en que los profesionales e Instituciones actuarán diligentemente en el ejercicio de sus funciones.

Entre las Entidades Promotoras de Salud y los profesionales e instituciones de salud: IPS, no se establece una subordinación o dependencia que haga responsable civilmente a aquella por los actos de estos ante la víctima.

Existe una obligación legal de toda Institución Prestadora de servicios de salud de carácter público o privado, y los médicos especialistas que deben contar con unos requisitos legales para su funcionamiento establecidos en el Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad, que determinan sus condiciones de infraestructura física, administrativa, financiera y la idoneidad y calidad de los servicios prestados, que se ve reflejada en la declaración de habilitación ante las Secretarías de salud, que como ente de control, vigila y supervisa el cumplimiento de estos requisitos, para poder funcionar y prestar los servicios de salud (Habilitación).

La sentencia actual, cuyos apartes me permito transcribir para ilustración de las PARTES EN ESTE PROCESO, expone el tema en estudio sobre la responsabilidad en el acto médico:

"Ciertamente el acto médico quirúrgico, alguna veces comporta un riesgo, pero este al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la Jurisprudencia ha asignado como actividades peligrosas, en consideración al potencial de 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 ontológicamente y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere socialmente imperativo, para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina". Subrayo fuera de texto.

"... por personas o instituciones que además de calificadas académicamente está habilitada oficialmente para dicha práctica, pues son desde luego que el razonamiento precedente tiene validez, para cuando el acto médico quirúrgico corresponde a un ejercicio Legal de la profesión esos los criterios valorativos demanda para entenderlo como de beneficio para el paciente y legalmente justificado". (Sentencia de Enero 30 de 2001, expediente 5507, revista Jurisprudencia y Doctrina año 200).

Por lo anterior, es claro que no se configura por parte de los hechos demandados una Responsabilidad contractual al no configurarse los presupuestos del contrato legalmente establecidos en el Código Civil y tampoco existe una responsabilidad extracontractual ya que entre el hecho y el supuesto daño originado en la humanidad de la señora YANETH HURTADO BABILONIA, crea un nexo de causalidad con mi representada como se sustentará a continuación.

INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD

Para que se pueda hablar de Responsabilidad en este caso, es necesario que haya mediado una relación de causalidad adecuada. La doctrina señala que la relación causa a efecto es el elemento material que vincula directamente el daño con el hecho e indirecta y sucesivamente con los

factores de atribución de la responsabilidad. Se considera por numerosos autores, que la relación de causalidad adecuada se establece en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos. Para establecer la vinculación entre dos sucesos, es menester realizar un juicio retrospectivo de probabilidad, conocido por la doctrina como prognosis póstuma, cuya formulación es la siguiente: ¿la acción u omisión que se juzga era **per se apta o adecuada** para provocar esa consecuencia? En otras palabras la relación causal exige una relación efectiva y adecuada entre una acción y una omisión y el daño, es decir este debe haber sido causado por aquella. En el caso que nos ocupa no existe ninguna relación entre la actuación desplegada por mi poderdante, los hechos acaecidos y los presuntos perjuicios demandados.

Ahora bien si se mira las actividades desplegadas por SALUDVIDA EPS, las mismas se encuentran enmarcadas dentro de las funciones atribuidas es decir "ADMINISTRAR LOS RECURSOS DE LA SALUD" y no la responsabilidad médica y la responsabilidad de dicha actividad, en el caso en estudio no se demuestran los presupuestos para endilgar la falla en la prestación de este servicio a SALUDVIDA EPS, como Entidad Promotora de Salud, como lo ha dispuesto la Ley es claro que el actor debe probar en definitiva el nexo causal, entre el hecho que se cuestiona y el daño por el cual se reclama el perjuicio, la carga de la prueba se encuentra plasmada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 del Código General del Proceso.

Ahora, para que sea exigible una indemnización de perjuicios a una determinada persona natural o jurídica, se requiere que esté probada su responsabilidad para lo cual se exige la presencia de tres (3) elementos:

a) Existencia de una conducta o hecho dañoso del demandado: Es esencial en materia de responsabilidad que exista un comportamiento dañoso del responsable, dicha conducta del agente puede ser por acción u omisión.

En el caso en estudio, es de señalar que no existe dentro en el libelo demandatorio soporte a través del cual se evidencie que la entidad que represento, ha obrado de tal manera que ha causado un daño irreparable a la señora YANETH HURTADO BABILONIA, puesto QUE, en los soportes anexos se evidencia que la demandante fue atendida sin dilación alguna y no se observa que existe una negación dentro del expediente respecto a un servicio requerido todo lo contrario fue atendida en todas las instituciones sin ningún tipo de dilación.

b) Existencia de un daño: Daño indemnizable es aquel menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para poder disfrutar de un bien patrimonial o extra patrimonial. Dicho daño tiene la vocación de indemnizable cuando es causado en forma ilícita por persona diferente de la víctima.

Dentro del expediente y no obra la prueba de la existencia de un daño en concreto toda vez que se hable de una mala atención que la señora YANETH HURTADO BABILONIA, ni tampoco se evidencia una secuela de esta presunta mala atención, puesto que su parto fue atendido oportunamente y la historia clínica dice, SIN COMPLICACIONES.

c) Nexos de causalidad: Entre los dos elementos relacionados anteriormente (Hecho y Daño) obligatoriamente debe existir un relación de causa – efecto, es decir que el daño sea consecuencia del dolo o culpa. Sin presentarse dicha relación no se puede deducir la existencia de responsabilidad de la demandada SALUDVIDA SA E.P.S., pues tampoco constan dentro del proceso los extremos entre los cuales se desarrollaría.

El concepto de relación causal se resiste a ser fijado o definido apriorísticamente con carácter general, dada su complejidad, por lo que habrá de estarse al caso concreto.

La doctrina en general ha concluido que se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante en sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o 'conditio sine qua non' esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento, se considere consecuencia o efecto de otro anterior. Pero esa condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento y solo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados y los absolutamente extraordinarios.

Es propio de la esencia de la responsabilidad ya sea contractual o extracontractual que exista un vínculo que una la actividad con el daño, **de tal modo que pueda afirmarse que el daño es consecuencia de una determinada actividad** y esto es la más grande dificultad que se presenta en la práctica en tratándose de responsabilidad médica, ya que la realidad es mucho más compleja, puesto que en todo fenómeno intervienen una serie de condiciones positivas y negativas, de tal forma que faltando una de esas condiciones no se produciría el resultado.

La inexistencia de un hecho u omisión en concreto por parte de SALUDVIDA S.A. EPS., trae como consecuencia la ausencia del elemento axiológico de la relación de causalidad, por lo que la presunta lesión ocasionada no puede ser consecuencia directa o exclusiva de un hecho que no se establece dentro de la demanda. Así lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, doctor Jorge Santos Ballesteros, Expediente 6878 de septiembre 26 de 2002:

(...) "Nexo causal para configurar la responsabilidad. El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no solo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino que 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 del Código Civil el que da la pauta, junto al anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, (...)

Es decir, que el efecto no es el efecto de una causa, sino el resultado de un complejo de condiciones, cada una de las cuales, positiva o negativamente tienen una trascendencia causal del mismo.

Dado lo anterior y hasta tanto no se comprueben situaciones contrarias, se logra concluir que la entidad por mi representada, cumplió con las obligaciones administrativas, así como asistenciales a su cargo, toda vez que autorizó en forma oportuna y diligente la atención médica requerida por la paciente.

De lo anterior se infiere lógicamente que mi representada SALUDVIDA S.A. E.P.S. debe ser exonerada de la responsabilidad que se indilga en la demanda ya que no cumple con los tres elementos fundantes como son: el daño, la acción reprochada y la conexión fáctica y jurídica, como consta en las historias clínicas aportada en la demanda, por ello se puede colegir que SALUDVIDA E.P.S., realizó las gestiones de servicios necesarias para atención de la señora YANETH HURTADO BABILONIA, en los tiempos en que fue requerido.

INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD

Adicional a lo comentado anteriormente, tenemos que la solidaridad es una figura que debe estar legalmente establecida, sin que la ley en momento alguno establezca la responsabilidad solidaria entre las E.P.S y las I.P.S por el contrario, define un ámbito obligacional eminentemente diferente para cada una de ellas.

Ahora, con relación a la solidaridad, esta tampoco procede puesto que: En primer lugar, al momento de ser vinculada una Institución Prestadora de Servicios de Salud a la red prestadora de servicios de salud, estas se comprometen con la calidad, oportunidad, eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios de salud con sus propios recursos, con su propio equipo, liberando de toda responsabilidad derivada de dicha prestación a la E.P.S., en los siguientes términos, de acuerdo al contrato de prestación de servicios de salud de tal manera que el contratista responderá civil y penalmente, por cualquier perjuicio contractual o extracontractual que se cause a un paciente y/o usuario, por el que SALUDVIDA EPS sea conminado a responder, pues la prestación del servicio deberá ser prestada con la debida diligencia que acostumbra en sus actividades profesionales, en forma independiente, autónoma y bajo su propia cuenta y riesgo.

Las I.P.S. cuando suministran los servicios de salud, para los cuales han sido contratadas por las EPS, **tienen plena autonomía administrativa, técnica y financiera**, lo cual las hace responsables frente a sus usuarios tanto de las fallas en la prestación de los servicios de salud como de los daños que con ocasión del servicio por fuera de los márgenes de calidad se les generen, pues su actuar está enmarcado dentro de las funciones propias que la misma Ley 100 de 1993 le ha asignado, no pudiendo **ninguna autoridad jurídica o administrativa pretender que la EPS que las contrató responda por los actos, hechos y omisiones de éstas frente a los usuarios.**

Es claro que la Ley 100 de 1993 dividió las funciones de las EPS y de las IPS y sobre esa división es que cada uno entra a responder frente a terceros y frente al SGSS. De no ser como se plantea en la presente contestación, no habría diferencia entre las EPS y las IPS, situación que la Ley 100 de 1993 si dejó clara y expresa al establecer y asignar detalladamente a cada uno de estos entes, funciones y obligaciones específicas y diferentes que no pueden ser desconocidas, pero sobre todo porque hay que tener en cuenta que cada uno actúa con autonomía frente a las obligaciones que el Sistema General de Seguridad Social en Salud les ha asignado.

Esto quiere decir que cuando las EPS contratan los servicios de Salud con las IPS, éstas asumen la responsabilidad de los servicios de salud de los usuarios a los que les suministran dichos servicios, pues actúan bajo su plena autonomía administrativa, técnica y financiera y, sobre todo, **como integrantes del Sistema de Seguridad Social en Salud con funciones propias y específicas. De no ser así, el legislador no se hubiera tomado el trabajo de establecer responsabilidades a cada uno de los integrantes del Sistema de Seguridad Social en Salud y sólo le hubiera establecido responsabilidades para las EPS; nótese que fue la misma Ley 100 de 1993 la que hizo la distinción entre las obligaciones y responsabilidades de las EPS y las IPS.**

La diferencia entre las responsabilidades de las E.P.S, y las IPS fue declarada por la Corte Constitucional en **la Sentencia No. C-572 de 2003 cuando establece:**

(...) Conforme a lo anterior las EPS, las EPS y las IPS tienen como rasgos comunes los de ser entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que pueden ostentar naturaleza pública, mixta o privada; que a su vez están autorizadas para prestar directamente los servicios de salud tendientes a garantizar el Plan de Salud Obligatorio, dentro de sus respectivas esferas de acción. Sin embargo, en otros varios aspectos las IPS difieren de las EPS y las ARS, como por

*ejemplo en cuanto a que estas dos tienen una competencia administradora y operativa de gran trascendencia para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que las IPS no tienen. (..)*³

En segundo lugar, se precisa tener presente que con relación a la prestación del servicio de salud, rige el principio de confianza. Se entiende por el principio de confianza la facultad de asumir como regla general de comportamiento, que los ciudadanos se conducen conforme a las previsiones sociales de conducta, y con este postulado, lo que se pretende es creer que todos los asociados asumen su propia auto responsabilidad sobre la labor que desempeñan, y que por esto, cada ciudadano parte de la base que cada uno responde por una determinada tarea, concluyéndose de esta forma, que lo que se pretende es organizar el comportamiento sobre el supuesto de que los demás actuarán de acuerdo a las normas reglamentarias de un campo específico [2] y dentro del equipo designado por SALUDVIDA E.P.S., para la atención de sus usuarios se infiere que cada una de las INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD y profesionales seleccionados para la atención de los AFILIADOS cumplirá con su rol, pues cuentan el recurso humano y técnico requerido, cuentan con la capacitación y adiestramiento en su profesión y especialidad requeridos para ello, y con relación a ellos tiene plena aplicación el principio de confianza pues:

Se infiere que cada una de las instituciones prestadoras de servicios de salud contratadas cumplirá su rol y no existe el deber objetivo de cuidado, de vigilancia, frente a cada una de las instituciones prestadoras de servicios de salud contratados. No se puede esperar que la E.P.S. tenga un vigilante para cada uno de los actos de cada uno de las instituciones prestadoras de servicios de salud contratadas, su deber de cuidado llega hasta la selección del personal y la disponibilidad de recursos físicos y técnicos para la atención de sus usuarios.

Es claro que en ningún momento se demuestra la conducta omisiva o negligente sobre la cual pretende imputarse la responsabilidad a la EPS, pues es claro que la actuación de SALUDVIDA estuvo de acuerdo a las recomendaciones de la Lex Artis para estos casos.

Como se ha demostrado en los hechos y la situación fáctica, SALUDVIDA S.A. E.P.S. cumplió con todos los requerimientos señalados en la Ley 100 de 1993, de acuerdo a los hechos y omisiones deberá responder la persona encargada del tratamiento basados en las responsabilidades que la Ley 100 ha determinado para todos los actores del sistema (IPS Y EL MEDICO TRATANTE).

A lo anterior es importante que se tenga en cuenta por el despacho y la parte actora lo siguiente:

El artículo 153 de la Ley 100 de 1993 numeral 4º. Es claro en indicar:

“Fundamentos del Servicio Público. “.....Además de los principios generales consagrados en la Constitución política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

4. LIBRE ESCOGENCIA. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley”.

³ QUE TIPO DE RESPONSABILIDAD DEBE APLICARSE A LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD CUANDO SON DEMANDAS POR FALLA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD. Conferencia presentada por CLAUDIA STERLING POSADA y ANDRÉS DEWDNEY MONTERO en el XXIV Encuentro nacional de ACOLDESE, Barranquilla 2004

La norma en forma clara indica que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, existen unas entidades que administran y financian, que son las Entidades Promotoras de Salud – E.P.S.- y otras que son quienes prestan los servicios de salud - I.P.S. -, así entre otros:

2°. Los Organismos de administración y financiación

a- Las entidades promotoras de salud.

3°. Las instituciones prestadoras.

Vemos como la ley en forma clara indica que la EPS es un ente administrador y de financiación y que la IPS es Institución prestadora de salud, es la que brinda el servicio. Y el artículo 156 al señalar las características del sistema indica:

“E-. Las entidades promotoras de salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios, y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras.

I-. Las instituciones prestadoras de salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

Siguiendo con el análisis de la normatividad de Seguridad Social que determina en forma clara las funciones de la Entidades Promotoras de Servicios de Salud, debemos remitirnos a los Artículos 177 y 185 de la Ley 100:

EXISTENCIA DE RIESGOS INHERENTES A LA PATOLOGIA DEL PACIENTE

Dentro de la evolución de la medicina, la anestesia y el control del dolor para poder realizar intervenciones quirúrgicas cada vez más complejas han ido de la mano. El desarrollo de técnicas y medicamentos cada vez mejores ha hecho que la anestesia general hoy día sea un acto médico relativamente seguro.

Pero no por esto se puede desconocer que el acto anestésico, sea bajo anestesia regional realizando el bloqueo de los nervios de una parte del cuerpo o anestesia general en la cual mediante el uso de medicamentos se produce la sedación completa del paciente, es un evento con riesgos inherentes y mortalidad asociada.

Esto es además hecho notorio: la anestesia tiene riesgos, tanto de complicaciones como de muerte.

“La anestesia general es un factor de riesgo reconocido de morbimortalidad en cualquier intervención quirúrgica.

Según las estadísticas citadas como estándar por los anestesistas, la incidencia de muertes por anestesia oscila entre 1/185.000 a 1/ 300.000.

De éstas, se podría inferir que hoy la anestesia es relativamente segura.

Un análisis más reciente y estadísticamente más riguroso de los datos a partir de los que se calcularon estas cifras revela una mortalidad más realista sólo por factores anestésicos de aproximadamente 1/13.000" ⁴ (Texto subrayado por nosotros)

Todo acto anestésico supone una agresión sobre el equilibrio fisiológico y bioquímico de un ser vivo, y por lo tanto lleva implícito un riesgo de muerte o disminución (pasajera o permanente) de las capacidades vitales del paciente sometido a dicha anestesia.

Los procedimientos quirúrgicos generalmente asociados al acto anestésico producen así mismo alteraciones en la fisiología de los pacientes, habiendo sido definido desde hace tiempo el concepto de Estrés Quirúrgico.

Por lo tanto, en un procedimiento quirúrgico se sumarán tres tipos de agresión en un mismo paciente: la anestesia, la cirugía y los procesos patológicos que previamente y cada uno de estos factores puede estar correlacionado con los demás o ser independiente. Si la suma de factores negativos supera la capacidad de respuesta compensadora del paciente, la supervivencia del mismo se verá gravemente comprometida.

"RIESGO ANESTÉSICO:

Riesgo es la posibilidad de sufrir un daño ante un hecho que implica peligro. Usar este término significa hacer una estimación de una lesión específica y potencial." ⁵

Con el fin de evaluar el riesgo anestésico y quirúrgico del paciente, se creó un protocolo de evaluación del mismo, basados tanto en una valoración previa del paciente que permita al Anestesiólogo identificar si existen antecedentes relevantes que aumenten dicho riesgo, como en una serie de exámenes que se realizan según la edad y condición médica del paciente en particular.

Esto permite al Anestesiólogo clasificar el riesgo del paciente bajo una estandarización conocida como ASA. Indudablemente, además del riesgo quirúrgico existe un riesgo anestésico que está presente en todo paciente que debe ser sometido a un acto anestésico.

"CLASIFICACION DE RIESGO PREOPERATORIO ASA (American Society of Anesthesiologists)

Se trata de una clasificación que pretende evaluar la situación de salud de los pacientes previa a la realización de una intervención quirúrgica, lo que conlleva un mayor o menor riesgo anestésico.

ASA I

- Estado de salud: Excelente sin enfermedades sistémicas
- Limitaciones de actividad: Ninguno.
- Riesgo de muerte: No

Excluidas: Personas de edades extremas

ASA II

- Estado de salud: Enfermedad no vital de un sistema pero bajo control.
- Limitaciones de actividad: Ninguna.

⁴ Ver en: http://www.semcc.com/publicaciones/Journal/Cos_Med_8_2_2.pdf

⁵ Ver en: http://www.fundanest.org/jornadas/miren_madariaga1.pdf

- Riesgo de muerte: No

ASA III

- Estado de salud: Enfermedad importante de un sistema o de varios sistemas pero bajo control.
- Limitaciones de actividad: Presente pero no incapacitante.
- Riesgo de muerte: No inmediato peligro.

ASA IV

- Estado de salud: Precario pero con al menos una enfermedad severa con mal control o estado terminal.
- Limitaciones de actividad: Incapacitado.
- Riesgo de muerte: Posible.

ASA V

- Estado de salud: Muy malo o moribundo.
- Limitaciones de actividad: Incapacitado
- Riesgo de muerte: Inminente” ⁶

La mortalidad de la que se habla en la clasificación de ASA es la que tiene el paciente antes de la intervención o por la que se va a realizar la intervención. E igualmente existe un riesgo de muerte por el acto anestésico según sea la clasificación de ASA que tenga el paciente.

“Para su información adicionamos datos con la mortalidad anestésica según la ASA:

ASA I: MORTALIDAD 1: 10.000
ASA II: MORTALIDAD 1: 10.000
ASA III: MORTALIDAD 1: 347
ASA IV: MORTALIDAD 1: 134
ASA V: MORTALIDAD 1: 64
(E) EMERGENCIA DUPLICA EL RIESGO” ⁷

Como puede verse, la mortalidad resulta inherente al acto anestésico. Aunque en las clasificaciones ASA I y II resulta muy baja, esta se presenta.

“Aunque la anestesia es un procedimiento seguro, tienen una mortalidad de 1 por cada 10,000 casos.” ⁸

En el caso que nos ocupa, la señora Babilona es una mujer sana, sin antecedentes cardiacos o metabólicos severos, y será llevada a cirugía para un procedimiento de corta duración y ambulatorio. Esta es una cirugía DE BAJO RIESGO Y CORTA DURACION. Y dado que es una mujer sin antecedentes médicos relevantes o enfermedades previas, se trata de un riesgo anestésico bajo o ASA 2. Y bajo esta premisa se decide su intervención quirúrgica.

⁶ Ver en: http://www.trainmed.com/trainmed2/contentFiles/2101/es/G_spt03_05.pdf

⁷ Ver en: <http://www.geosalud.com/anestesia/preguntas.htm>

⁸ Ver en: <http://www.fmca.org.mx/art/art.php?id=626>

Esto está ampliamente aceptado por la literatura médica para cualquier procedimiento quirúrgico.

Un punto para aclarar es la NECESIDAD DE REALIZAR EXAMENES PREQUIRURGICOS para este caso. En realidad, en el caso de esta señora que se encuentra sana y que va a ser sometido a una cirugía de bajo riesgo y corta duración, NO HAY INDICACION PARA REALIZAR EXAMENES PREQUIRURGICOS ESPECIALIZADOS.

Se ha visto que el realizar estudios en pacientes sanos y con examen clínico normal, no aporta valor a medir el riesgo anestésico. Más aún, si se trata de una cirugía de bajo riesgo y de corta duración.

La realidad de los exámenes antes de una cirugía, es predecir las posibles complicaciones durante la cirugía y posterior a ella y el acto anestésico. Pero lo que se ha visto es que los exámenes como el electrocardiograma y muchos de los exámenes de laboratorio, no permiten predecir que se puedan presentar eventos adversos o complicaciones.

"MORBILIDAD PERIOPERATORIA

Uno de los principales objetivos de la evaluación pre anestésica y, por consiguiente, lo que se busca al ordenar pruebas de laboratorio, es disminuir la morbilidad perioperatoria.

Los reportes de morbilidad perioperatoria demuestran que los eventos más comunes son pulmonares y, en menor grado, por complicaciones cardíacas.

En varios estudios que analizan la morbilidad perioperatoria, no ha sido posible predecir complicaciones por medio de los exámenes de laboratorio, excepto con la albuminemia.

Los demás exámenes, incluso el electrocardiograma y la radiografía de tórax, han sido incapaces de predecir la morbilidad. Son mucho más importantes las evaluaciones funcionales (clase funcional, índice de la American Society of Anesthesiologists, magnitud de la cirugía, cualquier examen de laboratorio) y la historia clínica." ⁹

En este caso, la señora Hurtado ha sido sometida a cirugías antes, lo cual descarta eventos anestésicos como alergias o eventos a los medicamentos. Además, no tiene antecedentes médicos cardiovasculares que hagan pensar o predecir un evento cardíaco.

En este caso, la señora Hurtado acude a EVALUACION PRE ANESTESICA en Octubre de 2013, según se evidencia en la historia clínica. En esta evolución, los exámenes que se le habían realizado, su examen clínico, sus signos vitales y la ausencia de antecedentes médicos hacen que se clasifique como un RIESGO ANESTESICO BAJO o ASA II, como hemos explicado previamente.

Como puede verse, se trata de un riesgo anestésico bajo, en una paciente con una cirugía de riesgo bajo y de corta duración, a quien además se le realizan exámenes de laboratorio que resultan normales.

Es evidente que no había indicación para realizar electrocardiograma, como manda la literatura médica, ni otros estudios dado que no hay evidencia ninguna para sospechar una enfermedad cardíaca en este caso.

⁹ Ver en:

<http://www.anestesianet.com/normasydecretos/lbarraLaboratoriosRutinaRevColAn35n4a07.pdf>

"ELECTROCARDIOGRAMA (EKG)

El beneficio de ordenar rutinariamente un electrocardiograma, también está cuestionado por los pocos beneficios de hacerlo indiscriminadamente.

Es importante anotar que es inexistente la evidencia que demuestre el beneficio de su toma rutinaria en pacientes asintomáticos. La American Heart Association no recomienda su toma en pacientes asintomáticos. ¹⁰

"Por lo tanto, es evidente que el electrocardiograma no aporta mayor capacidad pronóstica de eventos cardíacos perioperatorios, y su utilidad en este periodo sería casi exclusivamente para identificar eventos isquémicos agudos, para lo cual sólo es necesario tener los datos básicos del trazo como los que se obtienen del monitor electrocardiográfico preoperatorio." ¹¹

La señora Hurtado es llevada a cirugía y según se comenta, no hay complicación ninguna durante el acto quirúrgico ni anestésico. Pero durante el proceso de recuperación, presenta súbitamente un paro cardiorrespiratorio que es evidenciado, iniciándose en forma inmediata la reanimación cardiopulmonar.

El evento de un paro cardiorrespiratorio se evidencia porque durante el proceso de recuperación, los pacientes son monitorizados y su evaluación está a cargo de un médico con formación clínica en reanimación. En este caso según se comenta la reanimación la realiza el Especialista en Medicina Interna y Cuidado Intensivo, quien tiene la total formación académica y experiencia clínica para realizar una reanimación avanzada en cualquier paciente.

A pesar de los esfuerzos clínicos, durante 30 minutos la señora Hurtado no tiene respuesta clínica, falleciendo.

En este caso dado que no hay ninguna explicación sobre la posible causa de muerte, pues se trataba de una mujer previamente sana, se decide solicitar una AUTOPSIA CLINICA, la cual se realiza en el Hospital Universitario del Caribe. El reporte es que la señora presentó un ESPASMO DE LAS ARTERIAS CORONARIAS, que la lleva a un infarto.

Este evento por supuesto es totalmente ajeno al actuar médico: resulta un evento idiosincrático, impredecible, pues la señora Hurtado no tenía ningún tipo de antecedente médico para que este evento pudiera presentarse, y por lo tanto no podía predecirse. El diagnóstico fue una MUERTE SUBITA; dado que no hay explicación alguna para su cuadro clínico.

Tal como hemos demostrado y documentado en la literatura médica referenciada, el riesgo anestésico existe y tiene una mortalidad y complicaciones que le son inherentes. Y resulta claro que existen eventos que no pueden ni sospecharse durante el mismo ni evidenciarse porque hacen parte de la naturaleza misma del paciente.

¹⁰ Ver en:
<http://www.anestesianet.com/normasydecretos/lbarraLaboratoriosRutinaRevColAn35n4a07.pdf>

¹¹ Ver en:
<http://www.anestesianet.com/normasydecretos/lbarraLaboratoriosRutinaRevColAn35n4a07.pdf>

"Durante décadas se ha tratado de establecer el riesgo que presenta un paciente al ser sometido a una intervención quirúrgica; la evaluación del aparato cardiovascular y de los sistemas de coagulación, no dan un verdadero pronóstico de riesgo.

El riesgo quirúrgico incluye muchas variables y algunas escapan a la evaluación, estas tienen una correlación y dependen de factores del paciente, del procedimiento quirúrgico, de la anestesia y condiciones del quirófano.

Frecuentemente se encuentra el cirujano en la situación de tomar la decisión de operar a personas de alto riesgo y evaluar si los beneficios están definidos y son mayores que los riesgos posibles. El cálculo del riesgo potencial para el paciente es una tarea difícil y compleja.

En 1963 la American Society of Anesthesiologists, creó un sistema de evaluación del estado físico del paciente, esta clasificación conocida como ASA, evalúa al paciente en cinco situaciones o clases.

En las cuales considera como clase ASA 1 a pacientes sanos y normales, que es solo un sentido de apreciación, debido a que un paciente sano y normal no tiene por qué ser operado." ¹²

Como se evidencia, existe una estratificación del riesgo para ser sometido a anestesia. Aunque la evaluación del riesgo quirúrgico en un paciente no siempre resulta un evento simple. Existen múltiples eventos adicionales que resultan imposibles de predecir. Pero la recomendación para un paciente con riesgo bajo o ASA 2 es ser llevado a cirugía, dado que no existe contraindicación para hacerlo dentro de LAS NORMAS CIENTIFICAS para evaluar el riesgo.

Es decir, resulta IMPREVISIBLE e IRRESISTIBLE para el grupo médico, el predecir que pueden darse complicaciones en un acto anestésico en pacientes que son considerados SANOS y pueden darse diversas complicaciones de la anestesia, incluso las conocidas como REACCIONES IDIOSINCRATICAS o una respuesta imprevisible.

Son igualmente eventos imprevisibles, que se producen por causas desconocidas, con cuadros clínicos de deterioro del paciente en forma súbita, que no se relacionan ni con la enfermedad que padece ni con el acto anestésico en sí.

"Otra reacción poco común es la llamada reacción idiosincrática.

Es impredecible y corresponde a un fenómeno individual, en el cual se presentan efectos totalmente insospechados e inesperados, de intensidad variable – pueden ser severos – ajenos al efecto primario del fármaco o la dosis administrada". ¹³

De la evaluación del caso, resulta claro que a pesar de haberse realizado los manejos médicos adecuados y recomendados previamente y durante el acto anestésico tal como recomienda la literatura científica para casos como el de la señora Hurtado, resulta CAUSA EXTRAÑA el hecho de la complicación que se presenta.

¹² Ver en: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/anales/v61_n3/pdf/a03v61n3.pdf

¹³ Ver en: PRINCIPIOS DE FARMACOLOGIA GENERAL Y ADMINISTRACION DE FARMACOS. PAGINA 16.
http://books.google.com.co/books?id=qU5F26XLnA4C&pg=PA16&lpg=PA16&dq=reaccion+idiosincrat+anestesia&source=bl&ots=3AtDGccLsR&sig=VPISaOeBGrwdHOx2Saqb_K4olCw&hl=es-419&sa=X&ei=E0f-T_GLHsao6wHp2Nj3Bg&ved=0CEsQ6AEwBQ#v=onepage&q=reaccion%20idiosincrat+anestesia&f=false

La Doctrina sobre las complicaciones y la responsabilidad médica, es enfática en afirmar que EXISTE RIESGOS QUE NO PUEDEN MANEJARSE a pesar de usar todos los medios para este fin. Y esto no significa que el acto médico resultara omisivo o negligente.

"Esto, nos lleva a la conclusión, de que ese deber objetivo de cuidado, está en relación con la obligación de prever lo que es previsible y de evitar lo que es evitable.

Sin embargo, el concepto de previsibilidad, como dice Romeo Casabona es relativo, ya que sólo sería auténticamente imprevisible, el caso nuevo, el no descrito en la literatura médica, todos los demás, de algún modo son previsibles. Así pues, hay que tomar el término "previsible" con relatividad, lo cual, nos lleva a hacer la diferencia entre riesgos típicos y riesgos atípicos.

Sabemos que muchos daños o complicaciones se repiten en determinadas patologías, como por ejemplo, las embolias grasas, en los intervenidos quirúrgicamente sobre huesos largos, las embolias sanguíneas, cuando se producen importantes destrucciones de vasos, en el encamamiento, etc. A estas complicaciones periódicas, las llamamos previsibles, porque conocemos el tanto por ciento con que se producen.

Cuando el riesgo adquiere un nivel de frecuencia considerable, (en cada caso se fija según las estadísticas), estaremos ante un riesgo típico. Por debajo de esa frecuencia del riesgo típico, se situarían los riesgos atípicos, es decir; aquellos que son imprevisibles (relativamente imprevisibles).

El médico, sólo estará obligado a poner los medios necesarios para prevenir los riesgos típicos, de lo contrario, no sería posible ejercer la medicina, ya que la totalidad de riesgos potenciales ante una intervención es tan elevado, que no sería operativa la prevención de todos ellos.

Evidentemente, los riesgos típicos no sólo dependen de la frecuencia, sino también de la gravedad que entrañan, de la facilidad o no, de su prevención y, de los efectos secundarios de las medidas preventivas. Por ello, la consideración de riesgo típico dependerá de la conjunción de todas las variables mencionadas y no sólo de su frecuencia".¹⁴ (Texto subrayado por nosotros).

Está claro que en este caso se trata de un RIESGO ATÍPICO. No puede el grupo médico, basado en las consideraciones que la Lex Artis sobre la atención particular de la señora Babilona el PREDECIR que la complicación que se presentó podría darse.

Por lo tanto, como comenta el Dr. Romeo Casabona, siendo claro que en este caso el grupo médico y en particular el Especialista en Anestesiología que maneja el caso y suministra la anestesia, conocía de antemano que se trata de una mujer normal, con un riesgo anestésico bajo y por lo tanto le resultaba caso fortuito el predecir que podría presentarse la complicación que finalmente se da, no existe responsabilidad ni culpa imputable al acto médico.

Esta premisa ha sido acogida por la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 26 de noviembre de 2010, por el magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena.

¹⁴ RESPONSABILIDAD PENAL CULPOSA DEL MÉDICO: FUNDAMENTOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA NEGLIGENCIA O IMPERICIA. Guillermo Portero Lazcano. Clínica Forense de Bilbao, País Vasco, España

En esta se expone claramente que este tipo de riesgos, como en los actos anestésicos como el que se presenta en el caso de la Sentencia comentada, y que no pueden predecirse como las REACCIONES IDIOSINCRATICAS tal como la que se presenta, hacen parte del ALEAS de la medicina y por lo tanto, claramente resultan causa extraña.

La Corte Suprema de Justicia considero:

"No puede desconocerse que no son pocas las circunstancias en que ciertos eventos escapan al control del médico y, en este caso, al anesthesiologo, pues a pesar de la prudencia y diligencia con las que actúe en su ejercicio profesional, no puede prevenir o evitar algunas consecuencias dañosas.

Así acontece, verbi gratia, en aquellas situaciones en las que obran limitaciones o aleas propias de la ciencia médica, o aquellas que se derivan del estado del paciente o que provengan de sus reacciones orgánicas imprevisibles o de patologías iatrogénicas o las causadas por el riesgo anestésico, entre otras, las cuales podrían calificarse en algunas hipótesis como verdaderos casos fortuitos con la entidad suficiente para exonerarlo del deber resarcitorio.

El estado del paciente y sus reacciones orgánicas también pueden generar situaciones francamente imprevisibles que debe evaluar el juzgador al momento de determinar la responsabilidad médica; así, un marcado deterioro del estado de la salud puede incrementar el riesgo anestésico y quirúrgico o el suministro de ciertos fármacos puede ocasionar en el enfermo reacciones inesperadas (alérgicas, tóxicas, idiosincrásicas, etc.), que en la actualidad no es posible evitar con los recursos que la ciencia y la técnica médica ofrecen, como tampoco paliar algunos de sus efectos"

Otras sentencias de la Corte Suprema de Justicia tienen la completa aceptación de esta línea Doctrinal, bajo la cual existen reacciones que escapan por completo al actuar médico y por lo tanto, desvirtúan la responsabilidad y el nexo causal sobre el daño, tales como la Sentencia de Junio 28 de 2011 de la Corte Suprema de Justicia, con Ponencia del Magistrado Pedro Octavio Munar Cadena.

"Trátese, ciertamente, de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos injustificados, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio.

...Por el contrario, aquellos errores inculpables a que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que puede calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad.

En todo caso, y esto hay que subrayarlo, ese error debe juzgarse ex ante, es decir, atendiendo a las circunstancias que en su momento afronto el médico, pues el lógico que superadas las dificultades y miradas las cosas retrospectivamente en función de un resultado ya conocido, parezca fácil haber emitido un acertado diagnóstico."

Por lo tanto una imputación de responsabilidad basada en imprudencia, impericia o negligencia en este caso, se basaría en el supuesto de que el grupo médico debería haber previsto y manejado un riesgo un riesgo que NO PODIA IDENTIFICARSE.

Igualmente, es claro que todas las intervenciones, estudios diagnósticos y manejos que requirió a señora Hurtado fueron autorizados por Saludvida EPS, cumpliendo así su obligación contractual para con su afiliado.

Está claro que las IPS y la EPS cumplen funciones distintas dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), estableciéndose responsabilidades particulares para las mismas como integrantes del Sistema, de conformidad con su propia naturaleza y las actividades que desarrollan, para lo cual cada una debe cumplir con unas obligaciones propias en cumplimiento de la normatividad vigente.

Las obligaciones establecidas por el Decreto 1011 de 2006, con respecto a SOGCS, son tanto para las EPS como para las IPS y es en razón de esto que no se puede hablar simplemente de que dicho sistema de calidad está en cabeza de uno u otro, sino que cada uno de los actores del SGSSS tiene unas funciones definidas.

AUSENCIA DEL ELEMENO AXIOLOGICO DEL DAÑO

La responsabilidad que se deriva del daño tampoco está demostrada dentro de la demanda ni mucho menos se establece con claridad en donde se debe evidenciar la intención dañina, o la negligencia o imprudencia que se observó por la acción u omisión en que haya podido incurrir SALUDVIDA S.A. E.P.S.

Es preciso tener en cuenta que:

(...) es necesario demostrar, además el daño y la relación causal, la intención dañina con que se obró, o la negligencia o imprudencia que se observó, porque los elementos definitorios de esta responsabilidad se enmarcan dentro del esquema de la teoría de la responsabilidad subjetiva" (...) Corte Suprema de Justicia, Dr. José Fernando Ramírez Gómez, sentencia de noviembre 7 de 2000, expediente 5476.

Como se ha evidenciado en la presente contestación de la demanda y las pruebas arrojadas al proceso, mi representada en ningún momento negó la autorización de servicios o remisiones solicitadas por las diferentes entidades, para la atención a la señora YANETH HURTADO BABILONIA.

De acuerdo a lo planteado por la doctrina, **el daño es un requisito necesario, más no suficiente para que se declare la responsabilidad en efecto, el Dr. Juan Carlos Henao, en su libro el Daño, señala**

"Sin embargo, en ocasiones a pesar de existir un daño no procede declarar la responsabilidad. Esto por cuanto el daño es indispensable pero no suficiente para declarar la responsabilidad. En efecto, en algunos eventos no se declara la responsabilidad, a pesar de haber existido daño, es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas; o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre".

De esta manera, las atenciones, procedimientos y tratamientos realizados al paciente se encuentran plenamente detallados en la historia clínica, la cual reposa en la IPS que lo atendió, porque lo detallado por la parte demandante debe guardar correlación con las anotaciones efectuadas en dicho documento, pues de lo contrario se estaría faltando a la verdad, e incurriendo de esta forma en graves manifestaciones que desvirtuarían la credibilidad de lo relatado.

EXCESIVA TASACION DE PERJUICIOS

Cuando las acciones civiles o administrativas buscan el resarcimiento de perjuicios estos no pueden solicitarse excesivamente, pues podrían constituirse en fuente de enriquecimiento ilícito para quienes los solicitan.

Dice la Corte al respecto: "... ante el imperativo jurídico de que el lesionado por el daño moral reciba en compensación de sus padecimientos y en orden a que "... se haga llevadera su congoja..." cierta cantidad, y como ese dinero del dolor (pretium doloris) no puede traducirse en un "quantum" tasable del modo que es propio de aquellos destinados al resarcimiento de perjuicios patrimoniales, el problema neurálgico radica entonces en definir este "quantum" en el que habrá de expresarse la reparación, quedando reservado este difícil cometido al discreto arbitrio de los jueces, arbitrio que contra lo que en veces suele crearse, no equivale a abrirle paso a antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, sino que a dichos funcionarios les impone el deber de actuar con prudencia, evitando en primer lugar servirse de pautas apriorísticas, como acontece con el acostumbrado recurso del artículo 106 del Código Penal, en este campo únicamente son de recibo en tanto mandatos legales expuestos que lo consagren ..." (Corte Suprema de Justicia, 25 de Noviembre de 1992.).

Es así como se constituye en un imperativo la oposición a la condena que por concepto de perjuicios morales se pretende, pues **LA LIQUIDACION DEL DAÑO MORAL**, como bien lo plantea la demanda se está en frente de un proceso reparatorio, compensatorio y la sanción a que se hiciera merecedor cualquier demandado en Colombia, no podrá constituirse en momento alguno en fuente de enriquecimiento de terceras personas, es así como lo que se pretende en caso de demostrarse la responsabilidad de los demandados, de algunos o de alguno de ellos, no es el enriquecimiento de los demandados, sino el resultado de la valoración de estos tres elementos: fundamento probatorio, el marco legal y la conveniencia patrimonial del mismo, lo que llevará al fallador a definir el monto compensatorio, atendiendo la nueva posición jurisprudencial en el sentido de que la condena debe expresarse en salarios mínimos legales mensuales.

Es necesario manifestar que dentro del cuerpo de la demanda, ni dentro de sus anexos, obra prueba alguna que concluya la existencia de responsabilidad por parte de SALUDVIDA S.A. EPS., que conlleve a declarar una acción u omisión de su parte ella para desencadenar en el reconocimiento de los correspondientes perjuicios y condenas solicitadas por el actor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento la presente contestación y excepciones en lo dispuesto en la Constitución Nacional; Ley 100 de 1993; Decreto 3260 de 2004; Ley 1122 de 2007; Decreto 050 de 2001; Ley 1437 de 2011; Ley 1564 de 2012 y demás normas concordante

PETICIONES

PRIMERO: Se desestime la acción de Reparación Directa, incoada por los accionantes por no tener sustento fáctico ni jurídico al no existir responsabilidad de mi representada.

SEGUNDO: Se declaren probadas las excepciones planteadas en el presente escrito.

TERCERO: Se exonere a mi representada de responsabilidad en los hechos alegados por el accionante.

CUARTO: Se condene en costas a los demandantes.

PRUEBAS

1. DOCUMENTALES:

Copia de la Autorizaciones de hechas a la señora YANETH HURTADO BABILONIA con ocasión al tratamiento objeto del litigio.

2. **TESTIMONIALES:** El testimonio de KETTY TROUCHON MIRANDA, en su calidad de coordinadora médica de SALUDVIDA S.A. EPS., regional Bolívar, para que sirva explicar al Despacho de qué manera mi prohijada cumplió con la obligación que impone el SGSSS al momento de autorizar consultas de las respectivas citas.

ANEXOS

- Poder debidamente diligenciado para actuar y anexos.
- Certificado de existencia y representación legal de SALUDVIDA S.A. EPS.

NOTIFICACIONES

La entidad demandada SALUDVIDA EPS y la suscrita las recibiremos en la Avenida Pedro de Heredia Sector Amberes # 39-304 de la ciudad de Cartagena, donde se encuentra ubicada la Regional Bolívar de SALUDVIDA S.A. E.P.S; y a los correos electrónicos auramurcia@saludvidaeps.com - notificacioneslegales@saludvidaeps.com

La entidad demandante en la dirección contenida en la demanda.

Cordialmente,



AURA CAROLINA MURCIA MARTINEZ

C.C. No. 1.051.663.320 de Mompós Bolívar

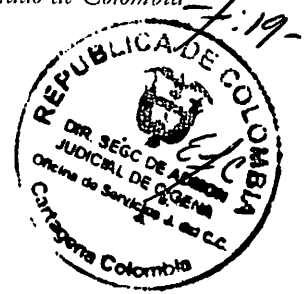
T. P. No. 22.56.19 del C.S. de la Judicatura.

Jorge Eliécer Salazar Avenia
Abogado

Universidad de Cartagena
Especialista en
Derecho Agrario y Laboral
Universidad Nacional Autónoma de México
Derecho Público
Universidad Externado de Colombia

295

Doctora
LEIDYS LILIANA ESPINOSA VALEST
Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena
E. S. D.



Ref.: Proceso de Reparación Directa de HÉCTOR MANUEL HURTADO BABILONIA, KATERINE MARGOTH HURTADO BABILONIA, ENEIDA BABILONIA DE HURTADO e INGRID PIEDAD HURTADO BABILONIA contra LA ESE CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO C. y SALUDVIDA S.A.

Cuaderno de llamamiento en garantía LA PREVISORA S.A.
Rad. No. 13- 001-33-33-012-2015-00324-00.

JORGE ELIÉCER SALAZAR AVENIA, mayor y vecino de Cartagena, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.066.232 de Cartagena, y portador de la tarjeta profesional de abogado No. 9.426 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado especial de La Previsora S. A. Compañía de Seguros, conforme al poder que obra en autos, otorgado por el doctor Víctor Andrés Gómez Henao, en su calidad de Representante Legal judicial y extrajudicial de la Llamada en Garantía, estando dentro de la debida oportunidad legal, respetuosamente comunico a usted que mediante el presente escrito, descorro el término del traslado para la contestación del llamamiento en garantía y de la demanda, en los siguientes términos:

I.- TEMPORALIDAD DE ESTA CONTESTACIÓN

Mi representada fue notificada electrónicamente de la demanda y del llamamiento en garantía el 24 de enero del presente año. Por lo tanto, el término legal para descorrer el traslado de 15 días ordenado por el auto que resolvió el llamamiento en garantía aún están en curso, y la presente contestación se hace dentro de dicho término legal.

II.- EN CUANTO AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

A LOS HECHOS Y A LAS PRETENSIONES:

En efecto, respecto de los hechos del llamamiento que conciernen a mi representada, se anota que LA PREVISORA S. A. COMPAÑÍA DE SEGUROS celebró con la ESE CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO el contrato de seguros contenido en la póliza No. 1002436, renovado para la vigencia del 30 de abril del 2.013 al 30 de abril del 2.014. Sin embargo, es necesario precisar que la aseguradora no está obligada a responder por todos los posibles perjuicios que se generen a cargo de la asegurada, ni que aquélla tenga que asumir integralmente todos los conceptos y sumas a que se refiera una eventual condena a cargo de la demandada ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo, sino que la Compañía de Seguros sólo está obligada a responder hasta el límite de los valores asegurados y por aquéllos conceptos que hayan sido objeto del contrato de seguros y hasta los límites y sublímites del valor acordado entre los contratantes para cada uno de esos conceptos, como se alega adelante en las excepciones de mérito que se invocan.

III.- EXCEPCIONES AL LLAMAMIENTO EN GARANTIA:

Invoco en defensa de los derechos de la sociedad llamada en garantía las siguientes excepciones de mérito:

1.- EXCEPCIÓN DE SUJECIÓN A LAS CONDICIONES GENERALES Y PARTICULARES DEL CONTRATO DE SEGURO Y A LA LEGISLACIÓN QUE LO REGULA.

En virtud de la expedición de una póliza de seguros de responsabilidad civil extracontractual, mi mandante está obligada a cubrir los siniestros acaecidos durante la vigencia del contrato. Pero para que proceda el pago de una indemnización, los hechos por los que se reclama deben estar enmarcados dentro de la cobertura otorgada por la póliza de seguro, es decir, deben constituir un siniestro, entendido éste como la realización del riesgo asegurado dentro de la vigencia del contrato y sin que escapen a la órbita de la cobertura que otorga la póliza por tratarse de acontecimientos excluidos. Adicionalmente los hechos deben encontrarse circunscritos a las condiciones generales y particulares del contrato de seguro y a las normas que lo iluminan y quien reclama debe ostentar la calidad de beneficiario de la indemnización.

Como es sabido el contrato es Ley para las partes. Dentro de la facultad que otorga el ordenamiento positivo, para que las personas satisfagan sus necesidades, se ha dado una prelación relevante a la autonomía contractual, con la cual el legislador busca que cada una de las partes que intervienen en los diferentes negocios a través de los cuales disponen de sus intereses, les den la forma que más les convenga dentro del marco jurídico vigente.

De manera que el demandante debe probar, durante el juicio, que la reclamación de que se trata está cubierta por la póliza. Pues podría resultar que es un evento excluido o que sencillamente el hecho no está amparado o carece de cobertura.

En este particular asunto se hace notar que existen circunstancias que exoneran a la aseguradora de toda obligación económica, como son:

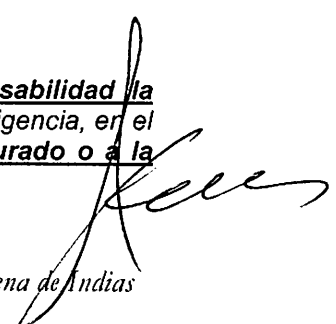
Primero: Cláusula Claims Made.- En el caso subjuídice, se trata de un llamamiento en garantía en virtud de contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual por ocurrencia. Es decir, se habla de un seguro de responsabilidad civil de la modalidad de cobertura claims made o "por reclamación pura", con arreglo a la cual es viable circunscribir la cobertura de responsabilidad civil, a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la aseguradora durante la vigencia del seguro.

Hasta el año de 1.997 en el derecho colombiano, los siniestros amparados por seguros de responsabilidad civil ocurridos bajo la vigencia de la póliza podían reclamarse en cualquier momento, con independencia de que la acción se encontrara prescrita o no. Pues la prescripción debía ser invocada por la aseguradora.

Pero con la Ley 389 de 1.997 se introdujo en la normatividad positiva colombiana la llamada cláusula claims made para los seguros de responsabilidad. La modalidad de seguros de responsabilidad claims made exige que no sólo el hecho generador del daño debe ocurrir dentro de la vigencia de la póliza sino que la reclamación que haga la víctima debe presentarse también dentro de esta vigencia, aunque las partes pueden pactar el reconocimiento de siniestros ocurridos con anticipación al inicio de la póliza, cuya reclamación no hubiese sido presentada aún contra el asegurado y pueden también convenir una fecha posterior a la vigencia de la póliza para que se presenten los reclamos de los siniestros ocurridos durante su vigencia.

El artículo 4º de la mencionada ley 389 de 1.997 dice lo siguiente:

"En los seguros 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



297

compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

En este mismo orden de ideas se afirma que la póliza 1002436 a que se refiere el llamamiento en garantía, debió ser expedida por la aseguradora con anterioridad a la ocurrencia del hecho y éste, también, ser notificado y reclamado al asegurado o a la aseguradora durante su vigencia. Tal y como se convino por la partes al suscribir el contrato de seguros contenido en las CONDICIONES GENERALES de dicha póliza, la cual reglamenta, dentro del marco legal, la relación jurídica entre los contratantes.

Es así como la Condición Primera al señalar "los amparos cubiertos", dice:

"1.1. RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MÉDICA:

PREVISORA 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 la cobertura especificado en las condiciones particulares (salvo los actos médicos que queden expresamente excluidos)". (subrayas fuera de texto).

(...)

"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 médico haya ocurrido durante la vigencia de esta póliza". (Resaltado me pertenece).

(...)

Lo anterior significa que en el presente caso tanto el siniestro como la reclamación debieron darse bajo la vigencia de la póliza 1002436. Conforme a la carátula de dicha póliza, ella fue expedida el día 30 de abril del 2.013 y estuvo vigente entre el 30 de abril del 2.013 y el 30 de abril de 2.014.

El siniestro, según el ítem 3.10 de los hechos de la demanda, que es la muerte de la señora Yaneth Hurtado Babilonia, q.e.p.d., ocurrió el 4 de diciembre del 2.012, es decir, durante la vigencia de la póliza, Y la reclamación contra la asegurada, sólo fue presentada el día 16 de marzo del 2015 (durante la audiencia fallida de conciliación prejudicial), cuando ya la póliza que se alega como fundamento del llamamiento había dejado de tener vigencia (abril 2.013- abril 2014). Y la demanda (reclamación judicial) solo se presentó el 22 de mayo del 2.015.

En consecuencia, no existe amparo del siniestro porque la reclamación contra la asegurada y la aseguradora se presentó por fuera de los términos y oportunidades legales y contractuales, conforme lo determinado por la modalidad contractual del seguro Claims Made.

Segundo: Exclusiones Absolutas.- En este mismo orden de ideas de la hipotética existencia de un contrato de seguro vigente al momento del accidente, se anota igualmente que la citada Condición Primera de la póliza 1002436 consagra también los siniestros que quedan excluidos de los amparos de la póliza. Y en el numeral 2 se lee:

"2. EXCLUSIONES ABSOLUTAS

"2.3. La responsabilidad civil profesional individual propia de médicos y/o odontólogos, o de cualquier Profesional de la salud".

En el caso presente no se reclama por un acto que pueda atribuirse directamente a la persona jurídica asegurada, como serían la negligencia o falta de atención hospitalaria, quirúrgica o médica que dependiera inequívocamente de la demandada. Pero no es así,

Jorge Eliécer Salazar Avenia
Abogado

Universidad de Cartagena
Especialista en
Derecho Agrario y Laboral
Universidad Nacional Autónoma de México
Derecho Público
Universidad Externado de Colombia

298

la demanda está fundada en la posible comisión de hechos que no pueden atribuirse a la asegurada. Y algunos podrían enmarcarse dentro de lo dispuesto por el arriba transcrito numeral 2.3 de las exclusiones absolutas.

Tercero: Aviso de la Asegurada a la Aseguradora.- Dentro de las cláusulas convenidas en la póliza de seguro No. 10012436, existe la denominada **Cláusula de Cooperación de Reclamos** (Cláusula Octava de las Condiciones Generales), que establece al asegurado la obligación de poner en conocimiento de la Aseguradora la ocurrencia del siniestro, dentro de los 30 días siguientes al hecho. El incumplimiento de esta cláusula equivale al incumplimiento del contrato y por lo tanto el asegurado no puede exigirle a la Aseguradora que responda por el siniestro. En el presente caso, la asegurada y demandada ESE CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO fue convocada a la audiencia de conciliación prejudicial el 16 de marzo de 2.015, siendo éste el primer aviso que tuvo de los hechos, pero no le dio aviso a la aseguradora sobre la ocurrencia de los mismos, omitiendo así el cumplimiento del claro mandamiento legal y lo dispuesto en las condiciones generales del contrato de seguro. Posteriormente, la asegurada se notificó de la demanda el día 26 de julio del 2.016 y tampoco en esta oportunidad avisó a la llamada en garantía sobre el siniestro.

La primera noticia del siniestro que tuvo la Compañía Aseguradora, es la notificación electrónica de la demanda y del llamamiento en garantía, el día 14 de febrero del 2.017, enviada por el Juzgado del conocimiento a la compañía, informándole que se está tramitando la presente demanda en la que la Previsora S.A. ha sido llamada en garantía. En ese momento se encuentran vencidos en exceso los 30 días siguientes a la fecha en que la asegurada y demandada tuvo conocimiento extrajudicial, primero, y judicial, después, de la reclamación del siniestro.

En este particular asunto se hace notar que la póliza de seguro No. 1002436, se rige por el Código de Comercio que establece en el artículo 1075 al asegurado la obligación de poner en conocimiento de la Aseguradora la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres (3) días siguientes al hecho, plazo que de común acuerdo los contratantes en la póliza que nos ocupa, ampliaron a 30 días. **El incumplimiento de esta norma equivale al incumplimiento del contrato y por lo tanto el asegurado no puede exigirle a la Aseguradora que responda por el siniestro.**

En el presente caso y en el curso del proceso, debe determinarse plenamente si las causas y los hechos que dieron origen a la demanda sucedieron, bajo el amparo de la póliza que se invoca, pues de lo contrario quedarían excluidos del amparo del contrato de seguros.

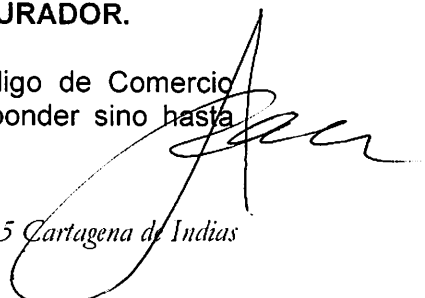
Por lo anterior, cualquier eventual fallo que comprometa la responsabilidad patrimonial de mi mandante debe sujetarse a las estipulaciones del contrato, tanto generales como particulares, y a las normas que regulan el contrato de seguro, contenidas en el Código de Comercio.

Como prueba de esta excepción solicito que se tenga la póliza del contrato de seguro y sus condiciones particulares y generales, cuyas reimpresiones originales y auténticas, anexo al presente escrito.

Dejo en esta forma estructurada la presentación y prueba de la excepción propuesta y solicito al señor Juez que la declare probada.

2.- EXCEPCIÓN DEL LÍMITE DE LA RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR.

El artículo 85 de la Ley 45 de 1.990 y el artículo 1.079 del Código de Comercio taxativamente prescriben que el asegurador no está obligado a responder sino hasta



conurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1.074.

Con fundamento en lo ordenado por las normas citadas, en el hipotético caso de que mediante sentencia debidamente ejecutoriada que ponga fin al proceso y que decida de fondo las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por la demandada y por la sociedad llamada en garantía, se resolviera que mi poderdante está obligada a pagar alguna suma de dinero, ésta deberá sujetarse en todo caso a los límites del valor asegurado por la póliza vigente al momento del siniestro.

En efecto, los valores asegurados son los límites máximos hasta por los cuales responde mi mandante en caso de ocurrencia de un siniestro. En realidad los valores y riesgos amparados, como consta en la carátula de la póliza en referencia, están limitados y sublimitados por eventos y vigencias.

Como prueba de esta excepción solicito que se tenga la póliza del contrato de seguro y sus condiciones particulares y generales que anexo en reimpresión original y auténtica.

Dejo en esta forma estructurada la presentación y prueba de la excepción propuesta y solicito al señor Juez que la declare probada.

3.- EXCEPCIÓN DEL LÍMITE DEL DERECHO PARA PEDIR O DEDUCIBLE.

El artículo 1.103 del Código de Comercio consagra las cláusulas que obligan al asegurado a soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, y precisamente una de estas cláusulas es el llamado deducible o franquicia deducible, en virtud de la cual el asegurador se obliga al pago del siniestro a partir de un determinado límite, lo cual significa que de ese límite hacia abajo, el asegurado debe soportar el pago del daño, o una cuota del mismo. Criterio éste que fue ratificado en el artículo 8º de la Ley 491 de 1.999.

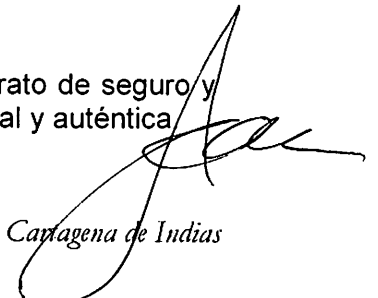
En el caso subjuídice la demandada ha presentado copia de la póliza de seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No.1002436, en virtud de la cual ha llamado en garantía a mi representada. Conforme se desprende de dicha póliza, en el supuesto de un fallo adverso a los intereses de mi mandante, y según la póliza, la indemnización reclamada por los actores debe ser asumida por la demandada hasta el límite del deducible.

En la póliza que obra en autos las partes acordaron sobre la responsabilidad extracontractual por hechos médicos y hospitalarios, que cubrió la vigencia 2.013-2.014, un deducible del 10% del valor de la pérdida y un mínimo de CINCO MILLONES (\$5'000.000,00) DE PESOS M/CTE.

Lo anterior quiere decir que el asegurado estaba obligado a cubrir en dicha vigencia de la póliza, siniestros por el valor equivalente al 10% y un mínimo de \$5'000.000,00 de la eventual condena, para que la aseguradora a partir de ese deducible asuma el valor de la indemnización a que hubiere lugar y hasta los límites y sublímites de los valores asegurados, conforme a los términos del contrato de seguro.

Sólo el resultado final del proceso, en caso de ser desfavorable a los intereses de la demandada, podría determinar si hay suma alguna que deba cancelar la Aseguradora, en la medida en que la condena exceda el valor de la franquicia deducible, conforme a lo convenido en el contrato de seguro, cuya póliza obra en autos.

Como prueba de esta excepción solicito que se tenga la póliza del contrato de seguro y sus condiciones particulares y generales que anexo en reimpresión original y auténtica.



300

Dejo en esta forma estructurada la presentación y prueba de la excepción propuesta y solicito al señor Juez que se sirva declararla probada.

4.- EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEXAR LA SUMA ASEGURADA.

La Compañía de Seguros La Previsora S.A., cubrirá los perjuicios causados y subrogados a la demandante, hasta el porcentaje pactado, en el evento de que por ese Despacho se llegare a dictar sentencia en contra de la ESE CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO. Los artículos 1.079 y 1.080 del C. de Co. establecen que el asegurador sólo está obligado a responder hasta concurrencia de la suma asegurada y sólo se causarán intereses si verificada la existencia del siniestro, dicha suma no es cancelada dentro del mes siguiente a que el beneficiario acredite su derecho a reclamar el monto asegurado.

Por tratarse de una excepción de puro derecho, no requiere prueba especial.

Dejo en esta forma estructurada la presentación y prueba de la excepción propuesta y solicito al señor Juez que se sirva declararla probada.

5.- EXCEPCIÓN INNOMINADA O GENÉRICA.

Solicito al señor Juez, conforme a lo preceptuado en el artículo 306 del C. de P. C., que si llegaren a probarse dentro del Proceso hechos que constituyen una excepción que exonere de responsabilidad a la Compañía de Seguros La Previsora S.A., en relación con el llamamiento en garantía y la demanda principal, se sirva reconocerlas oficiosamente y declararlas probadas en la sentencia.

IV.- PETICIONES RESPECTO AL LLAMAMIENTO:

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, respetuosamente solicito a su Señoría, a que con base en las excepciones invocadas, se sirva exonerar de toda obligación y responsabilidad a mi representada en el caso subjuídice, en el evento de una sentencia adversa a los intereses de la demandada, ESE CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO.

V.- EN CUANTO A LA DEMANDA:

A LOS HECHOS:

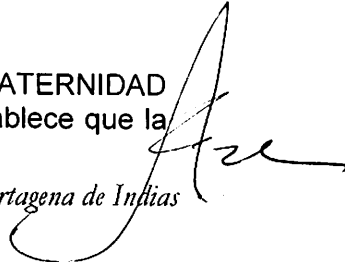
Ninguno de los hechos de la demanda le constan a mi representada, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. Por lo tanto:

Del 3.1. AL 3.17.: No me constan. Que los pruebe.

A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

En cuanto se refieren a la demandada y llamante en garantía ESE CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO me opongo a todas las pretensiones de la demanda y solicito que sean denegadas por carecer de fundamentos de hecho y de derecho, conforme se demostrará en el proceso.

Me opongo a que se declare la responsabilidad de la ESE CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO porque en ninguno de los hechos de la demanda se establece que la



asegurada haya incurrido en actos graves, dolosos o culposos que permitan establecer el nexo causal entre ella y el hecho dañoso que alega el demandante. No existen los presupuestos fácticos y legales en virtud de los cuales se pueda atribuir responsabilidad a la demandada ESE CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO en el presente caso.

Así también me opongo a que, con base en una supuesta responsabilidad de la ESE CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO, que no está soportada en la demanda, se condene a ésta empresa al pago de indemnizaciones por daños morales o materiales, lucro cesante ni a indexaciones o intereses, o condenas en costas o agencias en derecho.

VI.- EXCEPCIONES CONTRA LA DEMANDA

Invoco a favor de la asegurada ESE CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO las siguientes excepciones de mérito:

1. CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD.-

Los hechos relatados en la demanda, exponen en sí mismos el cumplimiento de la obligación de mi representada, no hubo negativa ni retraso para la atención de la señora Yaneth Hurtado Babilonia, q.e.p.d.; se ciñó a lo estipulado por el art. 185 de la ley 100/93: *"Son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley."*

Las instituciones prestadoras de servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además propenderán a la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios y evitando el abuso de posición dominante en el sistema."

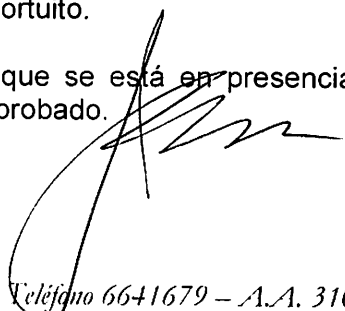
La Ese Clínica de Maternidad Rafael Calvo asumió su responsabilidad durante la estancia del paciente en estas instalaciones cuando requirió el servicio de urgencias u hospitalarios, quirúrgicos, o de análisis clínicos, y veló porque recibiera la atención adecuada y para esto se proporcionaron todos los elementos necesarios con el fin de recuperar y estabilizar su estado de salud.

Por las razones aquí mencionadas, solicito que prospere esta excepción, porque está claro que la asegurada cumplió su obligación como institución prestadora de salud, cumpliendo con las obligaciones a la que está sometida.

2. CASO FORTUITO.

Durante los tratamientos hospitalarios o las intervenciones quirúrgicas que se brindan a los pacientes suelen presentarse situaciones que no pueden ser previstas por los médicos o el personal profesional de atención de la institución Y que muchas veces responden a particularidades propias de los pacientes, que, a pesar de la diligencia y cuidado de quienes los atienden, no pueden evitarse. Son situaciones o imprevistos que obedecen al eximente de responsabilidad llamado Caso Fortuito.

Si del debate probatorio llegare a resultar que se está en presencia de uno de tales casos, solicito al señor Juez que los declare probado.



202

3. AUSENCIA DE CULPA PROBADA.-

Invoco a favor de la asegurada y contra la demanda la excepción de **AUSENCIA DE CULPA PROBADA**.

En el caso sub judice se pretende que los demandados son solidariamente responsables en razón de la responsabilidad civil extracontractual, por una actuación médica que no ha sido individualizada, pero que, según la demanda, genera una culpa indirecta de los accionados.

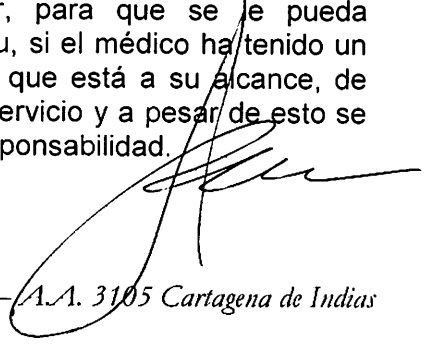
En el caso de la asegurada ESE CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO, la demanda busca establecer una responsabilidad indirecta, cuando en realidad la responsabilidad que podría exigirse a la llamante en garantía sería la que se derivara de una alegada solidaridad por la actuación de sus agentes o empleados, lo que en verdad no se ha demostrado, sino que son simples afirmaciones de la demanda, que presentan más bien solidaridad con los otros accionados, lo que de ser así nos colocaría en el caso de una responsabilidad directa y contractual, que tampoco aparece demostrada, pues los médicos tratantes del paciente no se ha dicho que fueran subordinados de la asegurada y llamante en garantía porque podrían ser asignados bajo su propia responsabilidad por la otra demandada.

Si lo que se pretende a través de la responsabilidad civil extracontractual es hacer valer la responsabilidad indirecta, señalo, en defensa de la asegurada, que el ejercicio de la actividad de los profesionales de la salud está reglado en nuestro régimen jurídico, por un marco de preceptos ético-legales. El acto médico puede acarrear consecuencias positivas, como la evolución satisfactoria del paciente o negativas como el que genera consecuencias nefastas. En estos casos cuando concurre alguna forma de culpabilidad, es decir, no actúan causales eximentes o exoneradoras, el profesional debe entrar a responder.

Tampoco aparece en la demanda ninguna acción atribuible al personal asistencial de la FUNDACIÓN CLÍNICA UNIVERSITARIA SAN JUAN DE DIOS, a quien se le hubiera endilgado una actuación negligente, imprudente, descuidada o culposa que hubiera conducido al paciente a la discapacidad en que se encuentra.

Los presupuestos de la responsabilidad médica son la culpa, el daño antijurídico y la relación de causalidad. Si estos tres elementos concurren se estructura la responsabilidad. Lo anterior significa que sin culpa no hay responsabilidad. Aunque se haya producido un daño, pero si éste no deriva culpa, no puede hablarse de responsabilidad.

La culpa ha sido definida como "un error de conducta que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas condiciones externas que el autor del daño"; o también como "una falla contra una obligación preexistente", o como "la legítima confianza engañada", o como "un error de conducta que no cometería una persona prudente colocada en las mismas condiciones extremas del causante". En este caso se requiere que el médico haya incurrido en negligencia o impericia, u omisión de un determinado comportamiento que podía y debía cumplir, para que se le pueda responsabilizar por el perjuicio ocasionado. A contrario sensu, si el médico ha tenido un comportamiento prudente y cuidadoso, ha realizado todo lo que está a su alcance, de acuerdo a las circunstancias concretas de la prestación del servicio y a pesar de esto se produce un perjuicio, no se podrá, en este caso, hablar de responsabilidad.



En el presente caso, no existe un médico de quien se diga que incurrió en un diagnóstico o tratamiento equivocado. Por lo tanto no se aprecia el origen de la responsabilidad indirecta.

De otro lado, en cuanto hace al nexo de causalidad, es necesario decir que el perjuicio debe ser producto de la acción o la omisión del facultativo, al violar el deber legal que le impone actuar en un determinado sentido. En el presente caso, no existe ninguna relación de causalidad entre el hecho dañoso o antijurídico y la asegurada.

No existiendo, entonces, culpa ni nexo de causalidad, mal puede hablarse de responsabilidad de la demandada.

Solicito al señor Juez se sirva declarar probada esta excepción.

VII.- PETICIONES RESPECTO A LA DEMANDA

Respetuosamente solicito a su señoría se sirva denegar las pretensiones de la demanda y, por el contrario, exonerar a la demandada FUNDACIÓN CLÍNICA UNIVERSITARIA SAN JUÁN DE DIOS de toda responsabilidad y obligación dentro el presente proceso, y, por ende, declarar también exenta de toda condena a mi representada, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

VIII.- PRUEBAS

1.- Documentales.-

Respetuosamente solicito al señor Juez, se sirva tener y decretar como pruebas las siguientes:

- Reimpresión original y auténtica de la Póliza de Responsabilidad Civil 1002436.
- Reimpresión original y auténtica de las Condiciones Particulares y Generales de la póliza de RC 1002436.

2.- Otras.-

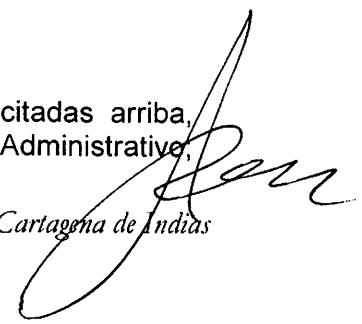
Comunico a su Señoría adhiero al acápite de pruebas solicitadas por la demandada Fundación Clínica Universitaria San Juan de Dios **en el libelo de contestación de la demanda** y al coadyuvarlas, le ruego decretarlas y tener como tales todas las pedidas en dicho memorial.

IX.- PETICIONES

Con fundamento en las anteriores alegaciones, respetuosamente solicito a su Señoría se sirva exonerar de toda obligación y responsabilidad a la demandada y llamante en garantía ESE CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO. Pero en el evento de una sentencia adversa a los intereses de la asegurada, le solicito que la condena que se profiera no se traslade ni se haga extensiva a mi representada, y, por el contrario, se declaren probadas las excepciones invocadas por la aseguradora al contestar el llamamiento en garantía.

X.- DERECHO

Como fundamentos de derecho, además de las normas transcritas y citadas arriba, invoco los artículos 144, 146 y concordantes del Código Contencioso Administrativo,



Jorge Eliécer Salazar Avenia
Abogado

Universidad de Cartagena
Especialista en
Derecho Agrario y Laboral
Universidad Nacional Autónoma de México
Derecho Público
Universidad Externado de Colombia

304

1.494, 1.495, 1.496, 1.501, 1.502, 1.524 y concordantes del Código Civil; artículo 34 de la Ley 54 de 1.887; 1.036, 1.037, 1.038, 1.040, 1.044, 1.046, 1.047, 1.049, 1.052, 1.054, 1.077, 1.079, 1.103, y concordantes del Código de Comercio; artículo 8° de la Ley 491 de 1.999; artículo 85 de la Ley 45 de 1.990; artículo 4° de la Ley 389 de 1.997.

XI.- ANEXOS

Presento como anexos de esta contestación en número total de 11 folios los siguientes documentos:

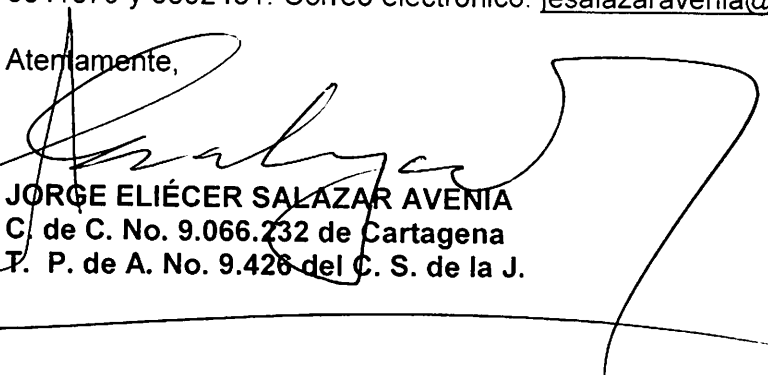
- Copia autenticada de la póliza Responsabilidad Civil 1002436.
- Copia autenticada de las Condiciones Generales de la póliza de RC 1002436.

XII.- NOTIFICACIONES:

Mi representada puede ser notificada, como efectivamente ya lo fue, en la dirección que aparece en el llamamiento en garantía. Correo Electrónico: notificacionesjudiciales@previsora.gov.co

Oigo notificaciones en la Secretaría de su Despacho y en mi oficina de abogado, situada en el Edificio Andian, No. 401, Centro, Plaza de la Aduana de Cartagena. Teléfonos 6641679 y 6602451. Correo electrónico: jesalazaravenia@gmail.com

Atemperamente,


JORGE ELIÉCER SALAZAR AVENIA
C. de C. No. 9.066.232 de Cartagena
T. P. de A. No. 9.426 del C. S. de la J.

Señor(a).

**JUZGADO 12 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL
CARTAGENA.**

En su despacho.

Referencia:

- Acción de Reparación Directa.
- Demandante: Héctor Manuel Hurtado Babilonia y Otros.
- Demandado: E.S.E. Clínica De Maternidad Rafael Calvo y Otros.
- Radicado: 13-001-33-33-012-2015-00324-00.
- Memorial: Contestación de demanda y del Llamamiento en Garantía.



FELIX MANUEL PUELLO ALVEAR, mayor de edad, con domicilio y residencia en la ciudad de Cartagena, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderado judicial del **Sindicato de Gremio ANESTESIOLOGOS UNIDOS (ANESTESUN)** llamado en garantía dentro del proceso de la referencia, mediante el presente escrito me dirijo a su despacho con el fin de CONTESTAR LA DEMANDA incoada por Héctor Manuel Hurtado Babilonia y Otros, y al LLAMAMIENTO EN GARANTÍA formulado por la apoderada de la E.S.E. Clínica De Maternidad Rafael Calvo, en los términos que siguen:

A LOS HECHOS DE LA DEMANDA, CONTESTA MI MANDANTE

Al hecho No. 1:

Es cierto de conformidad con la historia clínica de la paciente.

Al hecho No. 2:

No es cierto.

En la historia clínica de la paciente aportada por la E.S.E. demandada, se aprecia documento de "EVALUACION PREANESTESICA" con registro de los diversos puntos evaluados en dicho examen preanestésico, esto es, registro de si presenta o no antecedentes personales, indicación de si ingiere o no medicamentos, otros antecedentes, antecedentes anestésicos, registro de signos vitales (tensión arterial, frecuencia cardiaca y

respiratoria), anotación de los resultados de laboratorio (hemoglobina, hematocrito, tiempo de protrombina, tiempo parcial de tromboplastina, etc.), se registra la indicación de ayuno, técnica anestésica y observaciones.

Lo anterior, es pieza indiscutible que indica que a la paciente SI se le realizó la correspondiente valoración preanestésica, la cual estuvo a cargo del Dr. Gaspar Del Rio Contreras.

Al hecho No. 3:

No es cierto.

De conformidad con la historia clínica de la paciente, a la Sra. Hurtado Babilonia (Q.E.P.D.), se le ordenaron los exámenes y ayudas diagnosticas necesarias para el procedimiento quirúrgico y anestésico al que iba a ser sometida(ninguna guía de preanestesia indica electrocardiograma en pacientes asintomáticos menores de 50 años), teniendo en cuenta su cuadro clínico, así como sus antecedentes patológicos y quirúrgicos, respecto de los cuales la paciente en valoración preanestésica refirió no sufrir de enfermedad cardiovascular, ni diabetes, ni de soplos cardiacos, ni de haber sufrido infarto de miocardio y ninguna otra enfermedad asociada, que sugirieran la realización de exámenes o pruebas adicionales.

Ni la edad de la paciente, en este caso 41 años, ni que cuatro años antes le hubiesen suministrado medicamentos anestésicos, contraindicaban ni contraindican la aplicación de anestesia general a un paciente. De conformidad con la valoración preanestésica, el ASA del paciente y la ausencia de antecedentes, fue pertinente la técnica anestésica empleada, la cual, tal como se evidencia en la historia clínica, no reportó complicación alguna, ni guarda relación con la causa de muerte de la paciente.

Al hecho No. 4.

Es cierto.

Desde la valoración preanestésica y hasta el ingreso a cirugía y durante la misma, la paciente reportó buenas condiciones de salud, que permitieron la realización del procedimiento bajo anestesia general, sin que se presentaran complicaciones durante este.

Al hecho No. 5.

Es cierto.

Al hecho No. 6.

No es cierto y se aclara.

El acto anestésico brindado a la Sra. Hurtado Babilonia (Q.E.P.D.), Sí se registró y hace parte de la historia clínica de la paciente aportada al expediente.

El "REGISTRO DE ANESTESIA" que forma parte de la historia clínica indica que el acto anestésico fue brindado por el Dr. Herrera Coneo y contó con la ayudantía de la hoy anesthesióloga Viviana Torres, y en este no solo se anotó la técnica anestésica empleada, sino el record donde se describieron los signos vitales, monitoreo por cardioviscopio¹, oximetría de pulso, cannografía, anotándose incluso las siguientes observaciones: *"Previa revisión de historia clínica, monitorización no invasiva, preoxigenación, inducción 1, 2, 3 TUT tubo 7.0 a 20 cm CLD carmek I, ventilación simétrica y capnografía (+)"*.

Además de lo anterior, en dicho registro se anotaron los medicamentos anestésicos empleados (con indicación de su porcentaje y vía), así como el

¹ El cardioviscopio es un tipo de monitor que como su nombre lo indica sirve para registrar y visualizar en tiempo real cualquier irregularidad o anomalía del ritmo cardíaco, se le denomina cardioviscopio porque en el monitor se registra la actividad eléctrica del corazón, y se utiliza en todas las intervenciones o procedimientos quirúrgicos

estado de la paciente al salir de quirófano, anotándose que salió despierta y con signos vitales estables.

El registro de anestesia es un documento que hace parte de la historia clínica, por lo tanto adquiere su carácter legal y de uso exclusivo del anesthesiólogo en donde se registra cualquier actividad y la atención que el paciente quirúrgico requiera, consta de encabezado, registro de signos vitales, gases anestésicos, gases medicinales, drogas anestésicas intravenosas, líquidos endovenosos diuresis, sangrado, temperatura, gasimetría arterial, al final se describe la técnica anestésica que se empleó para cada paciente, y se registra todo el comportamiento del paciente en cualquier acto quirúrgico.

Quiere decir todo lo anterior, que la paciente estuvo monitorizada en su acto peri-operatorio (pre, trans y pos operatorio) de hecho inicia inducción anestésica con monitoreo hemodinámico no invasivo que comprende tensión arterial, pulsoximetría y monitoreo de ritmo cardiaco.

Al hecho No. 7:

Es cierto.

Este numeral reitera que durante y al termino del procedimiento quirúrgico y anestésico, NO se presentaron complicaciones, es decir la paciente toleró sin inconveniente alguno tanto la técnica quirúrgica como anestésica empleada, al punto que salió de quirófano despierta, consciente y con buenos signos vitales.

Al hecho No. 8.

Es cierto.

Este numeral reitera que durante y al término del procedimiento quirúrgico y anestésico, NO se presentaron complicaciones, es decir la paciente toleró sin inconveniente alguno tanto la técnica quirúrgica como anestésica empleada, al punto que salió de quirófano despierta, consciente y con buenos signos vitales.

Al hecho No. 9:

No es cierto y se aclara.

La paciente Sra. Hurtado Babilonia (Q.E.P.D.), siempre estuvo monitorizada. Tal como antes se dijo, El "REGISTRO DE ANESTESIA" que forma parte de la historia clínica, indica que el acto anestésico fue brindado por el Dr. Herrera Coneo y conto con la ayudantía de la hoy anesthesióloga Viviana Torres, y en este no solo se anotó la técnica anestésica empleada, sino el record donde se describieron los signos vitales, monitoreo por cardiovisoscopia, oximetría de pulso, cannografía, anotándose incluso las siguientes observaciones: *"Previa revisión de historia clínica, monitorización no invasiva, preoxigenacion, inducción 1, 2, 3 TUT tubo 7.0 a 20 cm CLD carmek I, ventilación simétrica y capnografía (+)"*

Si se hizo monitoreo con cardiovisoscopia. Este es un tipo de monitor que como su nombre lo indica sirve para registrar y visualizar en tiempo real cualquier irregularidad o anormalidad del ritmo cardiaco, se le denomina cardiovisoscopia porque en el monitor registra la actividad eléctrica del corazón, y se utiliza en todas las intervenciones o procedimientos quirúrgicos.

Al hecho No. 10:

Es cierto.

De conformidad con las notas de enfermería de la historia clínica de la paciente, se señala que estando en recuperación postanestésica, se encontró a la paciente con cianosis leve en uñas y sin respuesta al llamado, por lo que alertaron inmediatamente al anesthesiólogo Dr. Carlos Herrera, quien inmediatamente asistió a la paciente, inicio maniobras de reanimación y dispuso su traslado a quirófano haciendo compresiones cardiacas y ambu, para continuar con las maniobras de reanimación avanzada en sala de cirugía. Activado el código azul, se alerta al intensivista de Unidad de cuidados intensivos Dr. Jose Rojas, quien

también acude inmediatamente al llamado y continúan con maniobras de reanimación por un lapso de tiempo, declarándose fallecida la paciente a las 18:41.

El informe de autopsia es claro y contundente al señalar, a partir del estudio de histopatología, que la paciente presentó muerte súbita.

En dicho informe se señala: *"Se trata de una paciente femenina de 41 años, sin antecedentes personales de importancia, a quien se le realizó miomectomía por laparoscopia + escisión y ablación de endometriosis grado IV por laparoscopia, presentando en el postquirúrgico inmediato (sala de recuperación) muerte súbita..."*. Así mismo, se señala en dicho informe *"Llama la atención en algunos cortes que el músculo cardíaco es reemplazado por adipocitos maduros hasta un 25%. Todo lo anterior favorece las arritmias cardíacas, porque el tejido adiposo es un mal conductor eléctrico, estimulando focos ectópicos de conducción, el espasmo de una de las arterias coronarias explica los cambios isquémicos que soportan y explican la muerte súbita de la paciente"*.

Al hecho No. 11:

No es cierto y se aclara.

La paciente Sra. Yaneth Hurtado (Q.E.P.D.), recibió atención inmediata del anesthesiólogo Dr. Carlos Herrera, quien inició las maniobras de reanimación, masajes cardíacos yambu mientras dispuso el traslado de la paciente a sala de cirugía, lugar este último a donde llegó el internista con entrenamiento en cuidado crítico y cuidados intensivos Dr. Jose Rojas, al alertársele del caso y activarse el código azul, continuando así en conjunto con el Dr. Herrera, las maniobras de reanimación avanzadas en sala de cirugía.

Las notas de enfermería son claras, y hacen una reconstrucción real de los hechos, donde indican y registran que las maniobras de reanimación fueron iniciadas por el anesthesiólogo Dr. Carlos Herrera y luego, fueron seguidas en conjunto con el Dr. Rojas.

Al hecho No. 12.

Este numeral se contesta si:

No es cierto que el Dr. Herrera no hay acudió a realizar maniobras de reanimación.

La notas de enfermería son claras en señalar que se evidenciaba la cianosis leve de la paciente, se alertó al Dr. Herrera quien inició maniobras de reanimación y dispuso su traslado a sala de cirugía dando masajes cardiacos y ambu.

Es cierto que la paciente falleció por un cuadro súbito de infarto agudo del miocardio, teniendo como enfermedad de base Cardiomiopatía hipertrófica del ventrículo izquierdo, como bien lo señaló el informe de autopsia clínica practicado al cadáver. Es de resaltar, que el patólogo identifica dentro de los cortes histológicos, la presencia de crecimiento anormal de las fibras cardiacas, e inclusive el reemplazo de parte el músculo cardiaco por grasa, esto favorece arritmias cardiacas y el espasmo de una arteria coronaria explicaría la falta de riego sanguíneo en el corazón y explicaría la muerte súbita de la paciente.

Al hecho No. 13.

No es cierto que el procedimiento anestésico se haya manejado con falta de diligencia. Los actos anestésicos brindados a la finada se ajustaron a la lex artis y prueba de ello, es que a la paciente se le realizó el procedimiento quirúrgico sin complicación alguna, ni quirúrgica ni anestésica, al punto que salió despierta, consciente y orientada de cirugía hacia sala de recuperación.

Respecto al tema de la epicrisis, no le consta a mi mandante, en tanto se plantea un tema completamente desconocido por este. El anesthesiologo adscrito a mi apadrinado Dr. Carlos Herrera, solo debe diligenciar el record de anestesia, y la epicrisis es de manejo administrativo de cada institución.

Al hecho No.14.

No es un hecho. Se plantean apreciaciones subjetivas del demandante, carentes de fundamentación científica y jurídica que las respalde, que en caso de ser un hecho, NO son ciertas.

Es pertinente señalar que a la paciente se le brindó la técnica anestesia acorde con el procedimiento que se le realizó, atendiendo sus antecedentes patológicos y quirúrgicos que no reportaban ningún padecimiento que sugiriera otra conducta. A su vez, tal como antes se dijo, las maniobras de reanimación SI fueron realizadas por el anesthesiologo Carlos Herrera, en conjunto con el Dr. Jose Rojas intensivista con formación en cuidado crítico y cuidados intensivos.

Al hecho No. 15.

No es cierto y se aclara.

La historia clínica aportada por la E.S.E. demandada y obrante en el expediente contiene los registros médicos y anestésicos donde se aprecian la valoración preanestésica con indicación y registro de los antecedentes patológicos, quirúrgicos, anotación de signos vitales y de pruebas de laboratorio. También se encuentra el registro de anestesia donde se anotaron los signos vitales durante el acto operatorio, los medicamentos suministrados, dejando constancia incluso del estado de la paciente al salir de sala de cirugía.

A la finada se le suministró anestesia general por ser la técnica pertinente para el procedimiento que se le realizó, dentro de los estándares de calidad y con apego estricto a la lex artis, lo que permitió la terminación del procedimiento quirúrgico sin complicación alguna.

La causa de muerte de la Sra. Hurtado no guarda relación alguna con el acto anestésico brindado por el Dr. Carlos Herrera. La muerte se desencadenó por cardiopatía oculta no relacionada con el acto quirúrgico, presentada de manera abrupta, súbita siendo esta irresistible, no obstante haber dispuesto todo el recurso humano e intelectual al momento de reanimar a la paciente.

Al hecho No. 16:

No es cierto y se aclara.

El acto anestésico brindado a la finada se hizo dentro de los estándares de calidad y ajustado en todo a la lex artis. La causa de muerte de la Sra. Hurtado no tuvo relación causal alguna con el acto anestésico brindado por el Dr. Carlos Herrera, quien no solo ejecutó una adecuada técnica anestésica, sino que además, llevo a cabo unas adecuadas maniobras de reanimación en la paciente.

Al hecho No.17.

No le consta a mi mandante lo señalado en este numeral, en tanto se invocan hechos y circunstancias personales de la finada, completamente desconocidos por este.

A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA,
CONTESTA MI MANDANTE

Nos oponemos a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamento fáctico, probatorio y científico para hacer esta reclamación.

A LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA,
CONTESTA MI MANDANTE

Es cierta la existencia del contrato No. 066 del 31 de mayo de 2013 celebrado entre mi representado y la E.S.E. Clínica De Maternidad Rafael Calvo.

A su vez, es cierto que el anesthesiólogo Carlos Herrera Coneo, pertenece a al sindicato Anestesiólogos Unidos (ANESTESUN).

A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA,
CONTESTA MI MANDANTE

Nos oponemos a que prosperen estas pretensiones del llamamiento en garantía, por carecer de fundamento fáctico, probatorio y jurídico para ello.

El artículo 225 del CPACA señala:

ARTÍCULO 225. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

- 1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.*
- 2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.*
- 3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.*
- 4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.*

El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.

Carece el escrito de llamamiento en garantía de uno de los requisitos necesarios que el legislador ha dispuesto para ello, cual es la indicación de los fundamentos de derecho que se invoquen para hacer tal llamamiento.

Se aprecia en el escrito formulado por a E.S.E. demandada, una relación escueta de hechos donde se plantea la simple existencia de un contrato, sin expresar cuales son las razones de derecho que supuestamente habilitan dicho llamamiento.

A su vez, nos oponemos por configurarse la **INEFICACIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA POR NOTIFICACIÓN PERSONAL EXTEMPORÁNEA DEL AUTO QUE VINCULÓ A ANESTESUN COMO LLAMADO EN GARANTIA.**

La figura jurídica del llamamiento en garantía se encuentra regulada en el artículo 225 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde se señala que *"Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación"*

A su vez, en dicho artículo se regula el término que tiene el llamado para contestar el llamamiento en garantía y vincular y/o pedir la citación de un tercero. Así mismo, establece los requisitos que debe contener el escrito de llamamiento en garantía.

El artículo 226 del CPACA establece lo atinente a la IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES SOBRE INTERVENCIÓN DE TERCEROS y,

El artículo 227 dispone lo concerniente al "TRÁMITE Y ALCANCES DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS", que "En lo no regulado en este Código sobre la intervención de terceros se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil". Negrilla y resaltado fuera de texto original.

En vista de lo anterior, es decir, debiendo aplicar las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy normas del Código General del Proceso para **"lo no regulado en este Código sobre la intervención de terceros"**, esto es, todo lo atinente al trámite de notificación de la decisión que vinculó como llamado en garantía al Sindicato ANESTESUN, también dispuesto por el artículo 200 del CPACA como lo ordenó el Juez de instancia en el numeral segundo del auto del 24 de noviembre de 2016, artículo este (200 CPACA) que señala: *"Para la práctica de la notificación personal que deba hacerse a personas de derecho privado que no tengan dirección electrónica para notificaciones judiciales por no estar inscritas en el registro mercantil, se procederá de acuerdo con lo previsto en los artículos 315 y 318 del Código de Procedimiento Civil"*, hoy artículos 291 y 292 del Código General Del Proceso, es pertinente precisar que dicho trámite notificadorio corre a cargo de la parte interesada, esto es, del llamante en garantía E.S.E. Clínica De Maternidad Rafael Calvo.

Carga procesal esta, respecto de la cual no se avizora en el expediente trámite alguno durante los nueve (9) meses siguientes al auto del 24 de

noviembre de 2016, dando lugar a la ineficacia del llamamiento en garantía consagrada en el **artículo 66 del Código General Del proceso**, cuyo tenor literal reza: **“TRÁMITE. Si el juez halla procedente el llamamiento, ordenará notificar personalmente al convocado y correrle traslado del escrito por el término de la demanda inicial. Si la notificación no se logra dentro de los seis (6) meses siguientes, el llamamiento será ineficaz. La misma regla se aplicará en el caso contemplado en el inciso segundo del artículo anterior”**

Es claro, tal como lo señaló el mismo a-quo en auto del 20 de septiembre de 2017, que la notificación del auto que resolvió vincular al proceso como llamado en garantía al sindicato de gremio ANESTESUN, es *“un trámite que debe correr a cargo de la parte interesada”*. En este sentido, tal como antes se dijo, no se gestionó por parte del interesado llamante, trámite alguno tendiente a lograr la notificación personal del auto del 24 de noviembre de 2016 dentro de los seis (6) meses siguientes a su notificación por estado, por lo que en legal aplicación del artículo 66 del Código General Del Proceso, dicho llamamiento se hizo ineficaz.

El termino dispuesto por la legislación colombiana para lograr la comparecencia y notificación del llamado en garantía, tiene carácter preclusivo, por lo tanto, superados los seis (6) meses sin que se ejercite la vinculación al proceso, ya no es legal hacerlo, no fue debidamente vinculado al proceso, deviniendo en ineficaz tal llamamiento como bien lo dispone el artículo 66 del Código General Del Proceso.

Tales criterios de temporalidad, en los que se resalta el carácter preclusivo que se le otorga a la figura del llamamiento en garantía y sobre ello al término que se establece para lograr la notificación del llamado en garantía, encuentran respaldo jurisprudencial de vieja data, que pacíficamente ha sido aceptado por el Consejo De Estado y la Doctrina al pronunciarse sobre esta figura con independencia del tránsito legislativo que sigue regulando la figura del llamamiento en garantía.

Dicho lo anterior, vale traer a colación un pronunciamiento del Tribunal Administrativo del Cesar del 05 de marzo de 2015 proceso Radicado: 20-001-33-31-004-2011-00453-01, que invocando fuentes jurisprudenciales y doctrinales sobre el Llamamiento en garantía, se pronunció sobre el carácter preclusivo del término para vincular al llamado en garantía, así:

"Sobre el particular, esta Corporación señaló lo siguiente:

Una vinculación extemporánea de la persona llamada en garantía, genera que respecto de ella no pueda proferirse un pronunciamiento de mérito, pues precisamente se puede pregonar que no fue debidamente vinculada al proceso" (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 5 de octubre de 1989. Expediente No. 4510-67).

"En efecto, de las piezas procesales se concluye que dentro de los 90 días que permaneció suspendido el proceso, la parte demandante no realizó, los actos tendientes a vincular al llamado en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguro y solo después de reanudado el mismo, aportó lo necesario para realizar la notificación, es decir cuando el termino de vinculación del llamado en garantía ya había precluido." (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A 31 de marzo de 2011 Radicado: 76001-23-31-000-2008-01239-01(39.116)).

"Ante tales circunstancias, la realidad procesal reseñada permite concluir, que el llamamiento en garantía admitido por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del circuito de Valledupar, el 28 de agosto de 2013, carece de efectos vinculante frente a la doctora OLENA MINDIOLA, habida consideración de que la notificación de la mencionada providencia se produjo extemporáneamente.

Ahora, si bien en este caso es evidente la pérdida de eficacia del llamamiento en garantía en relación con la apelante, dicha circunstancia no resulta conducente para concluir que el auto en virtud del cual el llamamiento se admitió debe ser revocado, pues tal solución se impone solo si se verifica que tal decisión no se encuentra ajustada a derecho, situación que en el sub judice no se presenta.

Precisado lo anterior, la Sala mantendrá en firme el auto impugnado, y declarara la pérdida de fuerza vinculante del llamamiento en garantía admitido en contra de la doctora OLENA MINDIOLA". (Tribunal Administrativo del Cesar del 05 de marzo de 2015 proceso Radicado: 20-001-33-31-004-2011-00453-01).

INEXISTENCIA DE VÍNCULO LEGAL O CONTRACTUAL QUE PERMITA EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA POR INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES.

Conforme al artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solo quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación, de donde se evidencia que **la existencia de un vínculo legal o contractual es requisito necesario para que pueda resultar procedente vincular y proferir una eventual condena en contra del llamado en garantía.**

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al regular la figura llamamiento en garantía señala:

***"ARTÍCULO 225. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.** Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.*

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

- 1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.*
- 2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último*

bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.

3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.

4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.

El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen." (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

A su vez, el artículo 227 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra lo siguiente:

"ARTÍCULO 227. TRÁMITE Y ALCANCES DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS. En lo no regulado en este Código sobre la intervención de terceros se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil."

El hecho de que los artículos 64 del C.G.P. y 225 de la ley 1437 de 2011 establezcan que puede llamar en garantía "quien afirme" tener el derecho legal o contractual de exigir de un tercero la reparación del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso del pago que tuviere que hacer como consecuencia de una sentencia en su contra (en contra del llamante), no quiere decir, bajo ningún punto de vista, que:

"pueda llamarse indiscriminadamente a cualquier persona para que se constituya en verdadera parte del proceso, teniendo en cuenta que para el CGP solamente son terceros los coadyuvantes y los llamados de oficio, el llamado en garantía es parte y debe tener legitimación".² (Auto del 12 de febrero de 2015 del Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa

² Auto del 12 de febrero de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dentro del proceso de Reparación Directa iniciado por el Sr. Humberto Barrios y Otros contra la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM y Otros, identificado con el radicado 2014- 00007-01.

Catalina, Proceso de Reparación Directa de Humberto Barrios y Otros contra CAPRECOM y Otros, radicado 2014- 00007-01.)

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe advertir que la apoderada de la E.S.E. Clínica De Maternidad Rafael Calvo llama en garantía indiscriminadamente al Sindicato ANESTESUN, ya que en el escrito del llamamiento en garantía presentado, NO SE EVIDENCIA EL VÍNCULO LEGAL O CONTRACTUAL entre mi apadrinada y la demandada, en el cual se establezca la obligación contractual de la primera de responder frente a la segunda por el perjuicio que llegaré a sufrir frente a una eventual condena con motivo del proceso que le proponga un tercero.

Entonces véase señor Juez, que el llamante invoca de manera general la existencia de un contrato sindical sin mención alguna a alguna cláusula que establezca la obligación de ANESTESUN de responder frente a la ESE por el perjuicio que llegaré a sufrir frente a una eventual condena con motivo del proceso que le proponga un tercero

En el presente caso, donde el vínculo que alega el llamante es contractual, al NO existir una cláusula que estipule una obligación de garantía o salvaguardia a favor del llamante y a cargo del llamado, no es posible pretender la vinculación al proceso de ANESTESUN bajo la figura del llamamiento en garantía, so pretexto de la sola y simple existencia de un contrato sindical para la prestación de los servicios de anestesiología.

Además, es importante resaltar que el Honorable Consejo de Estado, haciendo un verdadero razonamiento jurídico respecto de la exigencia del requisito de acompañar al escrito de llamamiento en garantía con prueba siquiera sumaria, expresó lo siguiente:

“... debe advertirse, en todo caso, que el requisito de la prueba sumaria exigida por el ordenamiento legal, para acreditar el vínculo jurídico entre llamante y llamado, que faculta al primero para llamar al proceso el segundo, no se satisface con el solo escrito contentivo de la demanda; se requiere, además, acreditar, al menos sumariamente el derecho que le asiste al demandado para vincular a ese tercero al proceso, dada la seriedad que reviste dicho instrumento, en la medida en que los efectos de una decisión judicial en contra de la persona

demandada podrían hacerse extensivos eventualmente al llamado en garantía y, por consiguiente, resultar comprometido o afectado su patrimonio.” (Subrayas por fuera del texto original)

Además, El Consejo de Estado a partir de providencia fechada en octubre 11 de 2006, sostuvo:

"En ese contexto, si el llamamiento en garantía, al igual que la denuncia del pleito, para su configuración presupone la existencia de una relación de garantía o salvaguardia, no resulta lógico que se libere a la persona que pretende formalizar el llamamiento de acreditar, siquiera sumariamente, el contenido y alcance de dicho vínculo sustancial; en esa perspectiva, la demanda no ostenta la suficiente entidad jurídica para reemplazar los efectos de la prueba sumaria de que trata el art. 54 ibídem, por las siguientes razones:

a. El llamamiento es un acto procesal; contrario sensu la prueba sumaria a que se refiere el artículo 54 del C.P.C. hace relación a la demostración de la relación jurídica del orden legal o contractual del que se pretende derivar la vinculación del llamado, circunstancia por la cual no es posible afirmar que los hechos fundados y razonados de la demanda o de la contestación sustituyan en sus efectos a aquélla.

b. El escrito de llamamiento proviene directamente de una de las partes procesales, motivo por el que no es posible que el juez la reconozca como prueba sumaria, como quiera que independientemente a que /a prueba sumaria no haya sido controvertida, ésta al menos conduce a la certeza del funcionario judicial, aunque sea sólo temporalmente.

c. En ese contexto, el requisito de la prueba sumaria a que se refiere el artículo 54 ibídem, no se satisface con la exposición seria y razonable de los hechos del escrito de llamamiento; la posición contraria atenta contra el derecho de contradicción, defensa y debido proceso de la persona natural o jurídica llamada.

d. En materia del llamamiento que efectúa el Estado a sus

agentes o funcionarios, de conformidad con los preceptos de la ley 678 de 2001, el inciso segundo del artículo 90 constitucional en ningún momento releva de la prueba siquiera sumaria para que se legalice dicha vinculación procesal.

e. *La ley 678 lo consagra de modo tal que resulta ineludible aplicar el precepto.*"³(Negrillas por fuera del texto original).

De acuerdo con lo expuesto por las Altas Cortes al referirse al llamamiento en garantía, para que tal figura sea procedente, es necesario que se cumplan unos requisitos imprescindibles que no se cumplen en este caso, a saber:

- a. El hecho de que el artículo 225 del CPACA consagre que quien afirme tener derecho legal o contractual para reclamar de un tercero el reembolso del pago que tuviera que hacer como consecuencia de una condena puede solicitar la citación de ese tercero, no quiere decir, bajo ningún punto de vista, que se pueda llamar indiscriminadamente a cualquier persona para que se constituya en verdadera parte del proceso.
- b. Debe advertirse que la procedencia del llamamiento en garantía, se encuentra supeditada a la existencia de un derecho legal o contractual en cabeza del llamante (E.S.E. Clínica de Maternidad Rafael Calvo) que permita solicitar que un tercero (ANESTESUN) sea vinculado al proceso, en orden a que en la misma litis principal se defina la relación sustancial que tienen aquellos dos, de tal manera que quien solicita (E.S.E. Clínica de Maternidad Rafael Calvo) el llamamiento en garantía debe cumplir con la carga procesal de acompañar prueba siquiera sumaria del derecho para tal actuación, esto es del derecho legal o contractual que le permita exigir del tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reintegro del pago que tuviere que hacer en virtud de la sentencia condenatoria que se profiera en su contra. Como se ve a las claras, la (E.S.E. Clínica de Maternidad Rafael Calvo) NO TIENE U

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 11 de octubre de 2006, Exp. 32.324, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

OSTENTA DERECHO CONTRACTUAL O LEGAL frente a ANESTESUN en tanto que no existe entre mi apadrinada y la demandada, cláusula contractual alguna en la cual se establezca la obligación de la primera de responder frente a la segunda por el perjuicio que llegaré a sufrir frente a una eventual condena con motivo del proceso que le proponga un tercero.

- c. El simple hecho de que un anesthesiólogo afiliado haya atendido a la paciente, no significa que tal hecho sirva de fuente o causa de un DERECHO INEXISTENTE en cabeza de la E.S.E. demandada para exigir de ANESTESUN el resarcimiento del perjuicio que llegaré a sufrir en caso de dictarse sentencia condenatoria. Luego, el sólo hecho de haber atendido a la paciente por parte del Dr. Herrera afiliado al sindicato, no tiene la virtualidad de hacer nacer a favor de la (E.S.E. Clínica de Maternidad Rafael Calvo) el derecho a llamar en garantía a mi apadrinada, para ello debe ostentar o esgrimir el fundamento legal o contractual de tal derecho, fundamento que en este caso NO EXISTE POR NINGÚN LADO y cuya carga demostrativa corre por su cuenta.

En relación con el requisito de la prueba sumaria de la relación contractual o legal en que se fundamenta el llamamiento en garantía, ya hemos visto como es imprescindible para que proceda el llamamiento en garantía y que dicha prueba no es posible satisfacerla con el escrito de demanda, de contestación de la demanda o del llamamiento en garantía.

OBJECIÓN A LOS PERJUICIOS ESTIMADOS DE LA PARTE DEMANDANTE

Pretende el demandante el reconocimiento económico de unos supuestos perjuicios causados con ocasión de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que a su juicio y de su apoderado, ha tenido que soportar como consecuencia de una mala praxis médica, los cuales estimó en \$400 SMLMV por perjuicios extrapatrimoniales, y \$154.148.632 por daños materiales.

No obstante la estimación que hace de tales daños, no se esfuerza ni siquiera mínimamente el demandante y su abogado, en exponer y mucho menos acreditar, las razones para tal petición y su cuantía.

La anterior estimación, a todas luces desbordada y sumamente exagerada, e improcedente, parte del equivoco de considerar a mi mandante como causante de los daños generadores de los perjuicios que la sustentan, cual es, la de considerar que con el acto anestésico de su afiliado participe incurrió en fallas que a la postre determinaron los padecimientos de la Sra. Hurtado Babilonia (Q.E.P.D.).

No existe una real estimación de los perjuicios inmateriales, pues no se aprecia una seria y adecuada determinación del mismo y mucho menos de las pruebas que los justifiquen. A su vez, pide el demandante el reconocimiento de un daño a la familia a razón de 50 smlmv a cada uno de los demandantes, el cual ya ha sido pedido al solicitar el daño moral. El daño familiar que alega el demandante no constituye un perjuicio autónomo e independiente que pueda reclamar.

De los hechos de la demanda, se aprecia como el accionante y su apoderado se aventuran a señalar que existió mala praxis médica por parte del Dr. Herrera, sin definición alguna de las razones que expliquen tal mala praxis para sí inferir, que ello -la mala praxis- fue la causa de la muerte de la Sra. Hurtado y por tanto de los perjuicios extrapatrimoniales y patrimoniales que en cuantía exorbitante reclaman.

Respetado (a) Juez Administrativo del Circuito, en el presente asunto el demandante y su apoderado No han estimado razonadamente la cuantía de los daños cuya indemnización solicitan, en tanto que ha sido indebidamente soportados sobre hechos y circunstancias en las que no se evidencia el más mínimo grado de culpa por parte del Dr. Herrera afiliado participe del sindicato que represento, no pudiéndose en consecuencia derivar ni establecer un nexo causal que permita estimar y resultar de ello, unos perjuicios. Así mismo, han presentado una estimación de la cuantía solicitando el reconocimiento de daños no determinados jurisprudenciales establecidos por el Honorable Consejo de Estado como el daño familiar pedido.

El daño o perjuicios alegados por los demandantes no se deriva ni guarda relación con los actos anestésicos brindados y por tanto, cualquier estimación o intento de estimar perjuicios resulta inapropiada.

Como antes se dijo, no es posible derivar perjuicios y estimar razonadamente la cuantía de los mismos, partiendo de concepciones propias y equivocadas, respecto al real cuadro patológico de la paciente y de los tratamientos médicos y quirúrgicos propuestos y llevados a cabo.

DAÑOS MATERIALES Y SU ESTIMACIÓN DE LA CUANTÍA: Pretende la parte demandante y su apoderado el reconocimiento de perjuicios de orden material por valor \$154.148.632.

No obstante la indicación de tales pretensiones que hace el apoderado de la demandante, no se esfuerza mínimamente en explicar porque y de donde se general tales requerimientos.

No es entendible el reclamo que hace el apoderado de los demandantes, pues no aporta un solo elemento que permita tan siquiera pensar que podrán tener derecho al perjuicio reclamado.

Es pertinente reiterar lo antes dicho, en el sentido de que los daños alegados por los demandantes no se derivan ni guarda relación con los actos brindados por el afiliado participe Dr. Carlos Herrera y por tanto cualquier estimación o intento de estimar perjuicios resulta inapropiada, ya que no es posible derivar perjuicios y estimar razonadamente la cuantía de los mismos, partiendo de concepciones propias y equivocadas, respecto al real cuadro patológico de la paciente y de los tratamientos médicos y quirúrgicos propuestos y llevados a cabo. La estimación de la cuantía de estos daños carece de pruebas que la soporten y por tanto no deben ser tenidas en cuenta por su señoría. La suma presentada por el apoderado de la demandante, no son sino números caprichosos en tanto no pueden derivarse ni pretender que surjan respecto de los cuales no se ha aportado ni se han dado razones de su cuantía y de su procedencia que los justifiquen.

EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE A LA DEMANDA Y AL LLAMAMIENTO EN GARANTIA

1. AUSENCIA DE CULPA.

La intervención del anesesiologo Dr. Herrera, afiliado al sindicato ANESTESUN se ajustó en un todo a la Lex Artis y cánones de la ciencia médica. No existe ni existió negligencia, impericia, imprudencia o violación de reglamentos que puedan comprometer su responsabilidad a título de culpa.

La ejecución de los actos médicos por parte del ANESTESIOLOGO Dr. Herrera para con la finada consistieron en la asistencia como anestesiólogo en el procedimiento quirúrgico de miomectomia por laparoscopia en el que este le brindo anestesia general sin complicaciones, y en la atención mediante maniobras de reanimación que le hizo ante el llamado por presentarse la Sra. Hurtado con cianosis leve en uñas y sin respuesta al llamado. Atenciones estas que fueron oportunas, con sujeción de atención a protocolos.

El afiliado Dr. Herrera desarrolló un comportamiento oportuno, diligente y estrictamente apegado a la lex artis medica en cada una de las atenciones brindada a la Sra. Hurtado, no pudiéndose enrostrar culpa alguna a su actuar médico.

La historia clínica de la finada da muestra de que se atendió a la paciente las veces que fue necesario, direccionando su actuar en la forma adecuada a partir de los hallazgos clínicos, siguiendo estrictamente los protocolos que el caso ameritaba, denotando con ello, el alto grado de pericia, coherencia y racionalidad científica en el manejo de la patología de la Sra. Hurtado.

El actuar medico quirúrgico brindado, conforme lo enseña la historia clínica de la paciente, se ajustó a los canones de la ciencia médica, razón por la cual no es posible derivar del mismo ningún comportamiento culposo. Los tratamientos médicos y quirúrgicos realizados a la paciente fueron ordenados dada la evolución de la patología de la paciente de manera oportuna y diligente.

2. AUSENCIA DE NEXO CAUSAL. IMPUTABILIDAD CAUSAL LA CONDICIÓN CLÍNICO PATOLÓGICA DE LA PACIENTE.

No existe relación causal alguna entre el daño que alegan los demandantes y los actos desarrollados y brindados por el anestesiólogo afiliado a la finada.

El informe de autopsia es claro y contundente al señalar, a partir del estudio de histopatología, que la paciente presentó muerte súbita.

En dicho informe se señala: *"Se trata de una paciente femenina de 41 años, sin antecedentes personales de importancia, a quien se le realizó miomectomía por laparoscopia + escisión y ablación de endometriosis grado IV por laparoscopia, presentando en el postquirúrgico inmediato (sala de recuperación) muerte súbita..."*. Así mismo, se señala en dicho informe *"Llama la atención en algunos cortes que el músculo cardíaco es reemplazado por adipocitos maduros hasta un 25%. Todo lo anterior favorece las arritmias cardíacas, porque el tejido adiposo es un mal conductor eléctrico, estimulando focos ectópicos de conducción, el espasmo de una de las arterias coronarias explica los cambios isquémicos que soportan y explican la muerte súbita de la paciente"*.

La paciente falleció por un cuadro súbito de infarto agudo del miocardio, teniendo como enfermedad de base Cardiomiopatía hipertrofica del ventrículo izquierdo, como bien lo señaló el informe de autopsia clínica practicado al cadáver. Es de resaltar, que el patólogo identifica dentro de los cortes histológicos, la presencia de crecimiento anormal de las fibras cardíacas, e inclusive el reemplazo de parte el músculo cardíaco por grasa, esto favorece arritmias cardíacas y el espasmo de una arteria coronaria explicaría la falta de riego sanguíneo en el corazón y explicaría la muerte súbita de la paciente.

La causa de muerte de la Sra. Hurtado no guarda relación alguna con el acto anestésico brindado por el Dr. Carlos Herrera. La muerte se desencadenó por cardiopatía oculta no relacionada con el acto quirúrgico, presentada de manera abrupta, súbita siendo esta irresistible, no obstante haber dispuesto todo el recurso humano e intelectual al momento de reanimar a la paciente.

3. TASACIÓN DE PERJUICIOS EXCESIVA.

Sin admitir algún tipo de culpa, se considera que en este caso particular existe una excesiva tasación de perjuicios, de acuerdo a los argumentos expuestos, los cuales no comulgan con los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y el Honorable Consejo De Estado.

Cabe señalar que uno de las principales características del daño en materia de responsabilidad es que exista un nexo causal entre la conducta y el daño, lo que en este caso no se presenta, al no haber relación de causalidad entre la conducta del Dr. Herrera y los daños que alega la parte demandante, los cuales en caso de ser probados, no pueden ser imputados a mi representado.

4. EXCEPCIÓN GENÉRICA.

Le solicito muy respetuosamente al Honorable Juez declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el proceso tal como lo prevé el artículo 282 del Código General del Proceso.

5. INEFICACIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA POR NOTIFICACIÓN PERSONAL EXTEMPORÁNEA DEL AUTO QUE VINCULÓ A ANESTESUN COMO LLAMADO EN GARANTIA.

La figura jurídica del llamamiento en garantía se encuentra regulada en el artículo 225 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde se señala que *"Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación"*

A su vez, en dicho artículo se regula el término que tiene el llamado para contestar el llamamiento en garantía y vincular y/o pedir la citación de un tercero. Así mismo, establece los requisitos que debe contener el escrito de llamamiento en garantía.

El artículo 226 del CPACA establece lo atinente a la IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES SOBRE INTERVENCIÓN DE TERCEROS y,

El artículo 227 dispone lo concerniente al "TRÁMITE Y ALCANCES DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS", que "En lo no regulado en este Código sobre la intervención de terceros se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil". Negrilla y resaltado fuera de texto original.

En vista de lo anterior, es decir, debiendo aplicar las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy normas del Código General del Proceso para "**lo no regulado en este Código sobre la intervención de terceros**", esto es, todo lo atinente al trámite de notificación de la decisión que vinculó como llamado en garantía al Sindicato ANESTESUN, también dispuesto por el artículo 200 del CPACA como lo ordenó el Juez de instancia en el numeral segundo del auto del 24 de noviembre de 2016, artículo este (200 CPACA) que señala: "*Para la práctica de la notificación personal que deba hacerse a personas de derecho privado que no tengan dirección electrónica para notificaciones judiciales por no estar inscritas en el registro mercantil, se procederá de acuerdo con lo previsto en los artículos 315 y 318 del Código de Procedimiento Civil*", hoy artículos 291 y 292 del Código General Del Proceso, es pertinente precisar que dicho trámite notificadorio corre a cargo de la parte interesada, esto es, del llamante en garantía E.S.E. Clínica De Maternidad Rafael Calvo.

Carga procesal esta, respecto de la cual no se avizora en el expediente trámite alguno durante los nueve (9) meses siguientes al auto del 24 de noviembre de 2016, dando lugar a la ineficacia del llamamiento en garantía consagrada en el **artículo 66 del Código General Del proceso**, cuyo tenor literal reza: "**TRÁMITE. Si el juez halla procedente el llamamiento, ordenará notificar personalmente al convocado y correrle traslado del escrito por el término de la demanda inicial. Si la notificación no se logra dentro de los seis (6) meses siguientes, el llamamiento será ineficaz. La misma regla se aplicará en el caso contemplado en el inciso segundo del artículo anterior**"

Es claro, tal como lo señaló el mismo a-quo en auto del 20 de septiembre de 2017, que la notificación del auto que resolvió vincular al proceso como llamado en garantía al sindicato de gremio ANESTESUN, es "*un trámite que debe correr a cargo de la parte interesada*". En este sentido, tal como antes se dijo, no se gestionó por parte del interesado llamante, trámite alguno tendiente a lograr la notificación personal del auto del 24 de noviembre de 2016 dentro de los seis (6) meses siguientes a su

notificación por estado, por lo que en legal aplicación del artículo 66 del Código General Del Proceso, dicho llamamiento se hizo ineficaz.

El termino dispuesto por la legislación colombiana para lograr la comparecencia y notificación del llamado en garantía, tiene carácter preclusivo, por lo tanto, superados los seis (6) meses sin que se ejercite la vinculación al proceso, ya no es legal hacerlo, no fue debidamente vinculado al proceso, deviniendo en ineficaz tal llamamiento como bien lo dispone el artículo 66 del Código General Del Proceso.

Tales criterios de temporalidad, en los que se resalta el carácter preclusivo que se le otorga a la figura del llamamiento en garantía y sobre ello al término que se establece para lograr la notificación del llamado en garantía, encuentran respaldo jurisprudencial de vieja data, que pacíficamente ha sido aceptado por el Consejo De Estado y la Doctrina al pronunciarse sobre esta figura con independencia del tránsito legislativo que sigue regulando la figura del llamamiento en garantía.

Dicho lo anterior, vale traer a colación un pronunciamiento del Tribunal Administrativo del Cesar del 05 de marzo de 2015 proceso Radicado: 20-001-33-31-004-2011-00453-01, que invocando fuentes jurisprudenciales y doctrinales sobre el Llamamiento en garantía, se pronunció sobre el carácter preclusivo del término para vincular al llamado en garantía, así:

“Sobre el particular, esta Corporación señaló lo siguiente:

Una vinculación extemporánea de la persona llamada en garantía, genera que respecto de ella no pueda proferirse un pronunciamiento de mérito, pues precisamente se puede pregonar que no fue debidamente vinculada al proceso” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 5 de octubre de 1989. Expediente No. 4510-67).

“En efecto, de las piezas procesales se concluye que dentro de los 90 días que permaneció suspendido el proceso, la parte demandante no realizó, los actos tendientes a vincular al llamado en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguro y solo después de reanudado el mismo, aportó lo necesario para realizar la notificación, es decir cuando el termino de vinculación del llamado en garantía ya había precluido.” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala de lo

Contencioso Administrativo, Subsección A 31 de marzo de 2011 Radicado: 76001-23-31-000-2008-01239-01(39.116)).

“Ante tales circunstancias, la realidad procesal reseñada permite concluir, que el llamamiento en garantía admitido por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del circuito de Valledupar, el 28 de agosto de 2013, carece de efectos vinculante frente a la doctora OLENA MINDIOLA, habida consideración de que la notificación de la mencionada providencia se produjo extemporáneamente.

Ahora, si bien en este caso es evidente la pérdida de eficacia del llamamiento en garantía en relación con la apelante, dicha circunstancia no resulta conducente para concluir que el auto en virtud del cual el llamamiento se admitió debe ser revocado, pues tal solución se impone solo si se verifica que tal decisión no se encuentra ajustada a derecho, situación que en el sub judice no se presenta.

Precisado lo anterior, la Sala mantendrá en firme el auto impugnado, y declarara la pérdida de fuerza vinculante del llamamiento en garantía admitido en contra de la doctora OLENA MINDIOLA”. (Tribunal Administrativo del Cesar del 05 de marzo de 2015 proceso Radicado: 20-001-33-31-004-2011-00453-01).

6. INEXISTENCIA DE VÍNCULO LEGAL O CONTRACTUAL QUE PERMITA EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA POR INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES.

Conforme al artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solo quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación, de donde se evidencia que **la existencia de un vínculo legal o contractual es requisito necesario para que pueda resultar procedente vincular y proferir una eventual condena en contra del llamado en garantía.**

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al regular la figura llamamiento en garantía señala:

“ARTÍCULO 225. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. *Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.*

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

- 1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.*
- 2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.*
- 3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.*
- 4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.*

El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.” (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

A su vez, el artículo 227 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 227. TRÁMITE Y ALCANCES DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS. En lo no regulado en este Código sobre la intervención de terceros se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil.”

El hecho de que los artículos 64 del C.G.P. y 225 de la ley 1437 de 2011 establezcan que puede llamar en garantía “quien afirme” tener el derecho legal o contractual de exigir de un tercero la reparación del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso del pago que tuviere que hacer como consecuencia de una sentencia en su contra (en contra del llamante), no quiere decir, bajo ningún punto de vista, que:

“pueda llamarse indiscriminadamente a cualquier persona para que se constituya en verdadera parte del proceso, teniendo en cuenta que para el CGP solamente son terceros los coadyuvantes y los llamados de oficio, el llamado en garantía es parte y debe tener legitimación”.⁴ (Auto del 12 de febrero de 2015 del Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Proceso de Reparación Directa de Humberto Barrios y Otros contra CAPRECOM y Otros, radicado 2014- 00007-01.)

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe advertir que la apoderada de la E.S.E. Clínica De Maternidad Rafael Calvo llama en garantía indiscriminadamente al Sindicato ANESTESUN, ya que en el escrito del llamamiento en garantía presentado, NO SE EVIDENCIA EL VÍNCULO LEGAL O CONTRACTUAL entre mi apadrinada y la demandada, en el cual se establezca la obligación contractual de la primera de responder frente a la segunda por el perjuicio que llegaré a sufrir frente a una eventual condena con motivo del proceso que le proponga un tercero.

Entonces véase señor Juez, que el llamante invoca de manera general la existencia de un contrato sindical sin mención alguna a alguna cláusula que establezca la obligación de ANESTESUN de responder frente a la ESE

⁴ Auto del 12 de febrero de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dentro del proceso de Reparación Directa iniciado por el Sr. Humberto Barrios y Otros contra la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM y Otros, identificado con el radicado 2014- 00007-01.

por el perjuicio que llegaré a sufrir frente a una eventual condena con motivo del proceso que le proponga un tercero

En el presente caso, donde el vínculo que alega el llamante es contractual, al NO existir una cláusula que estipule una obligación de garantía o salvaguardia a favor del llamante y a cargo del llamado, no es posible pretender la vinculación al proceso de ANESTESUN bajo la figura del llamamiento en garantía, so pretexto de la sola y simple existencia de un contrato sindical para la prestación de los servicios de anestesiología.

Además, es importante resaltar que el Honorable Consejo de Estado, haciendo un verdadero razonamiento jurídico respecto de la exigencia del requisito de acompañar al escrito de llamamiento en garantía con prueba siquiera sumaria, expresó lo siguiente:

"... debe advertirse, en todo caso, que el requisito de la prueba sumaria exigida por el ordenamiento legal, para acreditar el vínculo jurídico entre llamante y llamado, que faculta al primero para llamar al proceso el segundo, no se satisface con el solo escrito contentivo de la demanda; se requiere, además, acreditar, al menos sumariamente el derecho que le asiste al demandado para vincular a ese tercero al proceso, dada la seriedad que reviste dicho instrumento, en la medida en que los efectos de una decisión judicial en contra de la persona demandada podrían hacerse extensivos eventualmente al llamado en garantía y, por consiguiente, resultar comprometido o afectado su patrimonio." (Subrayas por fuera del texto original)

Además, El Consejo de Estado a partir de providencia fechada en octubre 11 de 2006, sostuvo:

"En ese contexto, si el llamamiento en garantía, al igual que la denuncia del pleito, para su configuración presupone la existencia de una relación de garantía o salvaguardia, no resulta lógico que se libere a la persona que pretende formalizar el llamamiento de acreditar, siquiera sumariamente, el contenido y alcance de dicho vínculo sustancial; en esa perspectiva, la demanda no ostenta la suficiente entidad jurídica para reemplazar los efectos de la prueba sumaria de que trata el art. 54 ibídem, por las siguientes razones:

a. *El llamamiento es un acto procesal; contrario sensu la prueba sumaria a que se refiere el artículo 54 del C.P.C. hace relación a la demostración de la relación jurídica del orden legal o contractual del que se pretende derivar la vinculación del llamado, circunstancia por la cual no es posible afirmar que los hechos fundados y razonados de la demanda o de la contestación sustituyan en sus efectos a aquélla.*

f. *El escrito de llamamiento proviene directamente de una de las partes procesales, motivo por el que no es posible que el juez la reconozca como prueba sumaria, como quiera que independientemente a que /a prueba sumaria no haya sido controvertida, ésta al menos conduce a la certeza del funcionario judicial, aunque sea sólo temporalmente.*

g. *En ese contexto, el requisito de la prueba sumaria a que se refiere el artículo 54 ibídem, no se satisface con la exposición seria y razonable de los hechos del escrito de llamamiento; la posición contraria atenta contra el derecho de contradicción, defensa y debido proceso de la persona natural o jurídica llamada.*

h. *En materia del llamamiento que efectúa el Estado a sus agentes o funcionarios, de conformidad con los preceptos de la ley 678 de 2001, el inciso segundo del artículo 90 constitucional en ningún momento releva de la prueba siquiera sumaria para que se legalice dicha vinculación procesal.*

i. *La ley 678 lo consagra de modo tal que resulta ineludible aplicar el precepto."⁵(Negrillas por fuera del texto original).*

De acuerdo con lo expuesto por las Altas Cortes al referirse al llamamiento en garantía, para que tal figura sea procedente, es necesario que se cumplan unos requisitos imprescindibles que no se cumplen en este caso, a saber:

d. El hecho de que el artículo 225 del CPACA consagre que quien

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 11 de octubre de 2006, Exp. 32.324, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

afirme tener derecho legal o contractual para reclamar de un tercero el reembolso del pago que tuviera que hacer como consecuencia de una condena puede solicitar la citación de ese tercero, no quiere decir, bajo ningún punto de vista, que se pueda llamar indiscriminadamente a cualquier persona para que se constituya en verdadera parte del proceso.

- e. Debe advertirse que la procedencia del llamamiento en garantía, se encuentra supeditada a la existencia de un derecho legal o contractual en cabeza del llamante (E.S.E. Clínica de Maternidad Rafael Calvo) que permita solicitar que un tercero (ANESTESUN) sea vinculado al proceso, en orden a que en la misma litis principal se defina la relación sustancial que tienen aquellos dos, de tal manera que quien solicita (E.S.E. Clínica de Maternidad Rafael Calvo) el llamamiento en garantía debe cumplir con la carga procesal de acompañar prueba siquiera sumaria del derecho para tal actuación, esto es del derecho legal o contractual que le permita exigir del tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reintegro del pago que tuviera que hacer en virtud de la sentencia condenatoria que se profiera en su contra. Como se ve a las claras, la (E.S.E. Clínica de Maternidad Rafael Calvo) **NO TIENE U OSTENTA DERECHO CONTRACTUAL O LEGAL** frente a ANESTESUN en tanto que no existe entre mi apadrinada y la demandada, cláusula contractual alguna en la cual se establezca la obligación de la primera de responder frente a la segunda por el perjuicio que llegaré a sufrir frente a una eventual condena con motivo del proceso que le proponga un tercero.
- f. El simple hecho de que un anestesiólogo afiliado haya atendido a la paciente, no significa que tal hecho sirva de fuente o causa de un **DERECHO INEXISTENTE** en cabeza de la E.S.E. demandada para exigir de **ANESTESUN** el resarcimiento del perjuicio que llegaré a sufrir en caso de dictarse sentencia condenatoria. Luego, el sólo hecho de haber atendido a la paciente por parte del **Dr. Herrera** afiliado al sindicato, no tiene la virtualidad de hacer nacer a favor de la (E.S.E. Clínica de Maternidad Rafael Calvo) el derecho a llamar en garantía a mi apadrinada, para ello debe ostentar o esgrimir el fundamento legal o contractual de tal derecho, fundamento que en este caso **NO EXISTE POR NINGÚN LADO** y cuya carga demostrativa corre por su cuenta.

En relación con el requisito de la prueba sumaria de la relación contractual o legal en que se fundamenta el llamamiento en garantía, ya hemos visto como es imprescindible para que proceda el llamamiento en garantía y que dicha prueba no es posible satisfacerla con el escrito de demanda, de contestación de la demanda o del llamamiento en garantía.

PRUEBAS

1. DOCUMENTALES.

Que se aportan:

- Seis (6) folios que contiene diploma de médico y de anestesiólogo del Dr. Carlos Herrera Coneo, convalidación del título como anestesiólogo y registro médico.

2. DECLARACIÓN DE TERCEROS O TESTIMONIOS TÉCNICOS.

- Se cite como testigo al **Dr. Jose Rojas Suarez** Médico especialista en medicina interna e intensivista, quien puede ser ubicado en Amberes calle 29 # 30-30 de cartagena.

Su declaración tiene por objeto, dados sus conocimientos como médico especialista y por haber atendido a la paciente, deponer e ilustrar al despacho sobre los hechos de la demanda y su contestación. Así mismo, informar sobre la patología de la paciente, los procedimientos realizados, etc.

- Se cite como testigo a la **Dr. Gaspar Del Rio** Médico especialista en anestesiología quien puede ser ubicado Alcibia sector Meria Auxiliadora, sede E.S.E. Clínica De Maternidad Rafael Calvo Cl. 31a #71-48, Cartagena, Bolívar.

Su declaración tiene por objeto, dados sus conocimientos como medico especialista y por haber atendido a la paciente, deponer e ilustrar al despacho sobre los hechos de la demanda y su contestación. Así mismo, informar sobre la patología de la paciente, los procedimientos realizados, etc.

- Se cite como testigo a la **Dr. Carlos E. Herrera Coneo** Médico, especialista en anestesiología quien puede ser ubicado en Castellana Calle 3 No. 31 B - 111.

Su declaración tiene por objeto, dados sus conocimientos como medico especialista y por haber atendido a la paciente, deponer e ilustrar al despacho sobre los hechos de la demanda y su contestación. Así mismo, informar sobre la patología de la paciente, los procedimientos realizados, etc.

- Se cite como testigo a la **Dr. Alberto Méndez** medico anesthesiologo intensivista, quien puede ser ubicado Manga CR 17 # 24-34 AV EL PASTELILLO PS 1 de cartagena.

Su declaración tiene por objeto, dados sus conocimientos como médico especialista y por haber presenciado los hechos, deponer e ilustrar al despacho sobre los hechos de la demanda y su contestación. Así mismo, informar sobre la patología de la paciente, los procedimientos realizados, etc.

- Se cite como testigo a la Auxiliar de enfermería **Liliana Tordesilla** quien puede ser ubicada en alcibia sector Meria Auxiliadora, sede E.S.E. Clinica De Maternidad Rafael Calvo Cl. 31a #71-48, Cartagena, Bolívar.

Su declaración tiene por objeto, dados sus conocimientos como personal asistencial y por haber atendido a la paciente, deponer e ilustrar al despacho sobre los hechos de la demanda y su contestación. Así mismo, informar sobre la patología de la paciente, los procedimientos realizados, etc.

- Se cite como testigo a la Sra. **Damaris Carmona** quien puede ser ubicada en Alcibia sector Maria Auxiliadora, sede E.S.E. Clínica De Maternidad Rafael Calvo Cl. 31a #71-48, Cartagena, Bolívar.

Su declaración tiene por objeto, dados sus conocimientos como personal asistencial y por haber atendido a la paciente, deponer e

ilustrar al despacho sobre los hechos de la demanda y su contestación. Así mismo, informar sobre la patología de la paciente, los procedimientos realizados, etc.

- Se cite como testigo a la **Ines Duran** quien puede ser ubicada en Alcibia sector Maria Auxiliadora, sede E.S.E. Clínica De Maternidad Rafael Calvo Cl. 31a #71-48, Cartagena, Bolívar.

Su declaración tiene por objeto, dados sus conocimientos como personal asistencial y por haber atendido a la paciente, deponer e ilustrar al despacho sobre los hechos de la demanda y su contestación. Así mismo, informar sobre la patología de la paciente, los procedimientos realizados, etc.

- Se cite como testigo a la **Dra. Viviana Torres** medico anesthesiologo, quien puede ser ubicado Alcibia sector Maria Auxiliadora, sede E.S.E. Clínica De Maternidad Rafael Calvo Cl. 31a #71-48, Cartagena, Bolívar.

Su declaración tiene por objeto, dados sus conocimientos como médico especialista y por haber presenciado los hechos, deponer e ilustrar al despacho sobre los hechos de la demanda y su contestación. Así mismo, informar sobre la patología de la paciente, los procedimientos realizados, etc.

3. DECLARACIÓN DE PARTE.

Solicito respetuosamente que se citen y hagan comparecer al Presidente del Sindicato de Gremio ANESTESIOLOGOS UNIDOS (ANESTESUN) Dr. Roque Palomino, quien puede ser ubicado en la calle 29ª No. 21ª - 45 de Cartagena.

4. DICTAMEN PERICIAL.

SOLICITUD DE QUE SE CONCEDA TERMINO PARA APORTAR DICTAMEN PERICIAL, DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 227 DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO.

De conformidad a lo señalado en los artículos 175 de C.P.A.C.A. y 226 del C.G.P., me permito anunciar la presentación de dictamen pericial, a fin de desvirtuar los hechos de la demanda y dar respaldo a las excepciones formuladas en esta contestación. El dictamen será aportado dentro del término legal para hacerlo

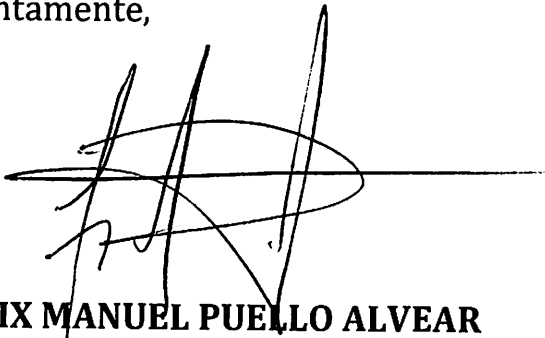
ANEXOS

Se anexan los documentos relacionados en el acápite probatorio.

NOTIFICACIONES.

El suscrito podrá ser notificada en el correo electrónico f.puello@scare.org.co o en el callejón Dandy No. 21^a - 45 de Cartagena, barrio Manga.

Atentamente,



FELIX MANUEL PUELLO ALVEAR
C.C. 72.270.117 de Barranquilla
T.P. No. 149.329 del C. S. de la J.

DIANA CAROLINA ROZO M.
Abogada

Señora:

JUEZ DOCE (12°) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
E. S. D.



RADICACIÓN: 2015-00324
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES: HÉCTOR HURTADO BABILONIA Y OTROS
DEMANDADOS: ESE-CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO Y SALUD VIDA EPS.
LLAMAMIENTO A: SINDICATO ANESTESIÓLOGOS UNIDOS DE CARTAGENA -ANESTESUN.
CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.

Fi 62
Hora: 1:25 pm

DIANA CAROLINA ROZO MONTAÑO, mayor, vecina de la ciudad de Barranquilla, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en calidad de Apoderada especial de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, Nit. No. 860.026.518-6, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., todo ello, en virtud del mandato a mí conferido, que se aporta como prueba documental de este escrito, respetuosamente me dirijo ante su Despacho, dentro del término legal concedido para el efecto, con el fin de contestar en primer lugar, la Demanda instaurada en ejercicio del medio de control de Reparación directa, por parte de los señores **HÉCTOR MANUEL HURTADO BABILONIA, KATERINE MARGOTH HURTADO BABILONIA, ESNEYDA BABILONIA DE HURTADO e INGRID PIEDAD HURTADO BABILONIA**, en contra de la **ESE-CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO y SALUD VIDA EPS**, y posteriormente, me pronunciaré frente a la convocatoria formulada a mi representada por parte del **SINDICATO DE ANESTESIÓLOGOS UNIDOS DE CARTAGENA - ANESTESUN**, quien figura igualmente en su condición de llamada en garantía por parte de la **ESE -CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO**, solicitando desde ya que se desestimen las pretensiones de la parte actora y se exonere de cualquier declaratoria de Responsabilidad Administrativa en contra de la citante y consecuentemente, en contra de mi procurada. Lo anterior, en consideración a los argumentos que se expondrán seguidamente:

PRIMER APARTADO

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EN CUANTO AL ACÁPITE TITULADO: HECHOS

Al Hecho 1.: No me constan de manera directa las afirmaciones expuestas en este hecho, por escapar al conocimiento de mi procurada como Aseguradora llamada en garantía. En consecuencia, solicito su prueba fehaciente e idónea a la parte actora, en virtud de la carga que la asiste.

No obstante lo anterior, según las pruebas obrantes en el plenario, entre ellas, la Historia Clínica de la paciente, se evidencia que en efecto la Señora Yaneth Hurtado Babilonia, acudió el día 04 de Diciembre de 2013, a la ESE -Clínica de Maternidad Rafael Calvo, para la práctica de un procedimiento quirúrgico denominado "*Miomectomía por laparoscopia + Escisión y ablación de endometriosis IV por Laparoscopia*".

Al Hecho 2.: No me constan de manera directa las manifestaciones expuestas en este hecho, por ser ajenas al conocimiento de mi mandante en su condición de

REPUBLICA DE COLOMBIA



SECRETARIA DE INTERIO

BOGOTA

REPUBLICA DE COLOMBIA
MINISTERIO DE INTERIO
SECRETARIA DE INTERIO
BOGOTA

REPUBLICA DE COLOMBIA
MINISTERIO DE INTERIO
SECRETARIA DE INTERIO
BOGOTA

SECRETARIA DE INTERIO

REPUBLICA DE COLOMBIA
MINISTERIO DE INTERIO
SECRETARIA DE INTERIO
BOGOTA

450

Aseguradora llamada en garantía. En consecuencia, solicito su prueba fehaciente e idónea a la parte actora, mediante los elementos útiles, pertinentes y conducentes.

Sin embargo, a partir de la revisión de las pruebas que ya reposan en el plenario, se destaca el documento titulado "Evaluación Preanestésica", en donde se consignaron diferentes aspectos de la paciente, entre ellos, si presentaba o no antecedentes personales, si ingería o no algún tipo de medicamento previa la cirugía, los antecedentes anestésicos, los resultados del examen físico en cuanto a tensión arterial, frecuencia cardiaca, frecuencia respiratoria, los resultados obtenidos en los exámenes previos de laboratorio, la indicación de ayuno, la técnica anestésica sugerida según el procedimiento a practicar, etc, todo lo cual permite concluir que a la señora Hurtado Babilonia sí le fueron practicados los exámenes y las valoraciones requeridas previa la práctica de su cirugía.

Al Hecho 3.: No me constan las manifestaciones expuestas en este hecho, respecto a la realización o no de un examen cardiovascular previo a la señora Yaneth Hurtado Babilonia, y tampoco si existía algún tipo de contraindicación para la aplicación de anestesia general, durante el procedimiento quirúrgico de la paciente. Todo ello, por escapar al ámbito de conocimiento de mi procurada.

De todas maneras, es importante mencionar que corresponderá a la parte actora, acreditar no sólo el daño alegado, sino adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre ésta y el daño, según la jurisprudencia actual del H. Consejo de Estado, que establece que casos como el presente, deben analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada¹.

Al Hecho 4.: En similares términos a los ya expuestos, no me constan de manera directa las afirmaciones consagradas en este hecho, por ser ajenas a mi procurada como Aseguradora llamada en garantía.

Sin perjuicio de lo anterior, y a partir de los documentos que reposan en el expediente, se evidencia que efectivamente la señora Yaneth Hurtado Babilonia, ingresó en buenas condiciones a la práctica del procedimiento quirúrgico ordenado, e incluso, no se presentaron complicaciones durante éste.

Al Hecho 5.: No me consta de manera directa cuáles fueron los galenos que intervinieron en el procedimiento quirúrgico de la señora Yaneth Hurtado Babilonia, pues ello desborda el ámbito de conocimiento de mi mandante como Aseguradora vinculada a este trámite.

Sin embargo, de la lectura de la Historia Clínica de la paciente, se observa que en efecto, asistió al procedimiento el cirujano Dr. Rafael Padrón, y como anesthesiólogo, el Dr. Carlos Herrera Coneo.

Al Hecho 6.: En similares términos a los ya expuestos, no me constan de manera directa las afirmaciones consignadas en este hecho, por ser ajenas a mi procurada como Aseguradora llamada en garantía. Por lo tanto, solicito su prueba fehaciente a cargo de la parte demandante, mediante los medios útiles, pertinentes y conducentes, pues de lo contrario, sus pretensiones deberán ser despachadas de manera desfavorable por este Juzgador.

¹ Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Tercera -Subsección A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Fecha: 06 de Diciembre de 2017. Expediente No. 08001-23-31-000-2002-02725-01(43847).

Al Hecho 7.: No me constan de manera directa las afirmaciones consignadas en este hecho, pues repito, son ajenas a mi representada como entidad llamada en garantía, y, por ende, me atengo a lo que logre probarse durante el debate procesal respectivo.

De todos modos, a partir de la Historia Clínica de la paciente, puede evidenciarse que efectivamente ella toleró sin complicaciones el procedimiento quirúrgico que le fue practicado el día 04 de Diciembre de 2013, y de hecho salió del quirófano con signos vitales estables.

Al Hecho 8.: No me constan de manera directa las afirmaciones consignadas en este hecho, pues reitero, son ajenas a mi representada como entidad llamada en garantía, y, por ende, me atengo a lo que logre probarse durante el debate procesal respectivo.

Al Hecho 9.: No me constan de manera directa las afirmaciones consignadas en este hecho, pues reitero, son ajenas a mi representada como entidad llamada en garantía. Por ende, me atengo a lo que logre probarse durante el debate procesal respectivo.

Al Hecho 10.: En similares términos a los ya referidos, no me constan de manera directa las afirmaciones consagradas en este hecho, por ser ajenas a mi procurada como Aseguradora llamada en garantía, y en tal sentido, solicito su prueba fehaciente.

Sin perjuicio de lo anterior, y a partir de los documentos que reposan en el expediente, se evidencia que, efectivamente estando la Señora Yaneth Hurtado Babilonia, en Sala de recuperación, presentó muerte súbita, y pese a las maniobras de reanimación adelantadas inicialmente por parte del galeno anesthesiólogo, Dr. Herrera, y posteriormente por el Dr. José Rojas, de la Unidad de Cuidados Intensivos, la paciente falleció a las 18:41 horas. De ahí que, no pueda endilgarse ninguna conducta constitutiva de culpa o falla a los referidos médicos, quienes en todo momento procuraron el bienestar de la señora Hurtado Babilonia, en estricta observancia de su obligación de medios.

Por otro lado, es importante destacar el contenido del documento titulado "Hallazgos de Autopsia –Laboratorio de Patología", de la ESE –Hospital Universitario del Caribe, de fecha 05 de Diciembre de 2013, obrante ya en el proceso, y en el que se dictaminó como causa de muerte de la Señora Yaneth Hurtado Babilonia, un "Infarto Agudo del Miocardio". Adicionalmente, en dicha autopsia se estableció como enfermedad de base de la paciente, la de "Cardiomiopatía Hipertrófica del Ventrículo Izquierdo", lo que en últimas justificaría la causa de la muerte súbita que presentó, tal y como se indicó en el apartado de "Comentarios", del aludido documento, así:

"COMENTARIO

Se trata de una paciente femenina de 41 años, sin antecedentes personales de importancia, a quien se le realizó miomectomía por laparoscopia + escisión y ablación de endometriosis grado IV por laparoscopia, presentando en el postquirúrgico inmediato (Sala de recuperación), muerte súbita. Entre las características macroscópicas más importantes de la autopsia se encontró la cardiomegalia, con hipertrofia a expensas del ventrículo izquierdo. Este hallazgo es concordante con los cortes histológicos del corazón, que revela la presencia de miocitos hipertróficos, con cambios nucleares, rodeados de material mixoide, infiltrado inflamatorio agudo con áreas de fibrosis. Llama la atención en algunos cortes que el músculo cardiaco es reemplazado por adipocitos maduros hasta un 25%. Todo lo anterior favorece las arritmias cardiacas, porque el tejido adiposo en un mal conductor eléctrico, estimulando focos ectópicos de conducción, el espasmo de una de las arterias coronarias explica los

cambios isquémicos que soportan y explican la muerte súbita de la paciente. -Énfasis fuera del original.

Al Hecho 11.: No me constan de manera directa las afirmaciones consignadas en este hecho, pues reitero, son ajenas a mi representada como entidad llamada en garantía. Por ende, solicito su prueba fehaciente.

No obstante lo anterior, si se revisa en detalle la Historia Clínica obrante en el expediente, de la cual hacen parte integrante las correspondientes Notas de Enfermería, se evidencia que no es cierto que las maniobras de reanimación no hayan sido realizadas por un galeno especialista en anestesiología, pues de hecho, allí se registra que se hizo llamado al anesthesiólogo Dr. Herrera, quien adelantó las respectivas maniobras de reanimación a la paciente sin obtener respuesta positiva; por tal motivo, se encendió luego código azul y se realizó llamado posteriormente al médico Dr. José Rojas, quien igualmente luego de practicarle a la señora Yaneth Hurtado Babilonia, todas las maniobras de reanimación durante el término de 30 minutos, decidió declarar su fallecimiento.

Al Hecho 12.: No me constan de manera directa las manifestaciones consignadas en este hecho, por resultar ajenas a mi representada como entidad llamada en garantía. Por ende, solicito su prueba fehaciente.

De todos modos, a partir de lo documentado en la Historia Clínica de la paciente, se observa que el Dr. Herrera sí adelantó las maniobras de reanimación a la Señora Yaneth Hurtado Babilonia, y en tal sentido, se dio cumplimiento a los protocolos establecidos, se obró cuidadosa, oportuna, perita y diligentemente, luego entonces no hubo incumplimiento en la obligación de medios del galeno y se satisfizo su deber profesional.

Incluso, la muerte de la paciente tuvo como causa un "Infarto agudo al miocardio", que en nada tiene que ver con el procedimiento quirúrgico practicado, o con el acto anestésico aplicado, sino que más bien obedeció, tal como lo determinó la respectiva autopsia, a una enfermedad de base: "Cardiomiopatía Hipertrófica del Ventrículo Izquierdo".

Al Hecho 13.: No me constan de manera directa las manifestaciones consignadas en este hecho, por resultar ajenas a mi representada como entidad llamada en garantía. Por ende, solicito su prueba fehaciente.

Al Hecho 14.: No es un hecho, son manifestaciones subjetivas de la parte demandante, carentes de sustento técnico o científico que las avale. Por ende, solicito su prueba fehaciente mediante los medios útiles, pertinentes y conducentes.

Al Hecho 15.: No es un hecho, son manifestaciones subjetivas de la parte demandante, carentes de sustento técnico o científico que las avale. Por ende, solicito su prueba fehaciente mediante los medios útiles, pertinentes y conducentes.

No obstante lo anterior, si se revisa en detalle la Historia Clínica obrante en el expediente, de la cual hacen parte integrante las correspondientes Notas de Enfermería, se evidencia que no es cierto que las maniobras de reanimación no hayan sido realizadas por un galeno especialista en anestesiología, pues de hecho, allí se registra que se hizo llamado al anesthesiólogo Dr. Herrera, quien adelantó las respectivas maniobras de reanimación a la paciente sin obtener respuesta positiva; por tal motivo, se encendió luego código azul y se realizó llamado posteriormente al médico Dr. José Rojas, quien igualmente luego de practicarle a la señora Yaneth

Hurtado Babilonia, todas las maniobras de reanimación durante el término de 30 minutos, decidió declarar su fallecimiento.

Incluso, la muerte de la paciente tuvo como causa un "Infarto agudo al miocardio", que en nada tiene que ver con el procedimiento quirúrgico practicado, o con el acto anestésico aplicado, sino que más bien obedeció, tal como lo determinó la respectiva autopsia, a una enfermedad de base: "Cardiomiopatía Hipertrófica del Ventrículo Izquierdo".

Al Hecho 16.: No me constan las manifestaciones consignadas en este hecho por ser ajenas a mi mandante como Aseguradora vinculada en su condición de llamada en garantía. Por ende, solicito su prueba fehaciente.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que a la paciente Señora Yaneth Hurtado Babilonia, se le realizaron en su momento, todas las maniobras de reanimación, y en tal sentido, se dio cumplimiento a los protocolos establecidos por la Lex artis, se obró cuidadosa, oportuna, perita y diligentemente, luego entonces no hubo incumplimiento en la obligación de medios de los galenos tratantes, y se satisfizo su deber profesional.

Sumado a lo antes expuesto, recuérdese que en casos como el presente, el H. Consejo de Estado ha manifestado que el análisis del título de imputación, debe corresponder al de régimen de falla probada del servicio, y por ende, corresponderá a la parte actora acreditar no sólo el daño alegado, sino adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre ésta y el daño.

Al Hecho 17.: No me consta para nada lo aquí expuesto frente a la labor que desempeñaba en vida la Señora Yaneth Hurtado Babilonia, y mucho menos, mi mandante conoce la supuesta dependencia económica que aluden tener los hoy demandantes respecto a la fallecida señora Hurtado. Lo anterior, por ser cuestiones que rebosan el ámbito de conocimiento de mi mandante. En tal sentido, ruego su prueba fehaciente.

De todos modos, recuérdese que la dependencia económica debe probarse por parte de los actores, y no opera ninguna presunción por razón del vínculo familiar o parental que exista entre ellos y la fallecida Señora Yaneth Hurtado Babilonia.

EN CUANTO AL ACÁPITE DENOMINADO: "PRETENSIONES"

De manera respetuosa procedo a oponerme a la prosperidad de las pretensiones declarativas y de condena formuladas en el libelo por la parte actora, pidiendo desde ya al Despacho se desestimen dada su improcedencia, toda vez que no logran edificar los supuestos de hecho y de derecho requeridos para estructurar la responsabilidad administrativa que pretende endilgarse a la pasiva de esta acción y/o a la aquí llamante.

En efecto, en este particular se dio cumplimiento a los protocolos establecidos por la lex artis, se obró cuidadosa, oportuna, perita y diligentemente, por parte de los galenos que practicaron el procedimiento quirúrgico a la señora Yaneth Hurtado Babilonia, luego entonces no hubo incumplimiento en la obligación de medios y se satisfizo plenamente su deber profesional.

Incluso, la muerte de la paciente tuvo como causa un "Infarto agudo al miocardio", que en nada tiene que ver con el procedimiento quirúrgico practicado, o con el acto anestésico aplicado, sino que más bien obedeció, tal como lo determinó la respectiva

autopsia, a una enfermedad de base: "Cardiomiopatía Hipertrófica del Ventrículo Izquierdo".

Ahora bien, frente al acápite de "Pretensiones" formulado en el escrito demandatorio, me pronuncio en detalle, de la siguiente manera:

Frente a la Primera: Me opongo a la prosperidad de esta pretensión declarativa de responsabilidad administrativa en contra de las aquí demandadas y/o de la aquí convocante, por cuanto no existe ningún nexo causal entre el acto médico desplegado y el perjuicio que pretende ser resarcido en virtud del fallecimiento de la Señora Yaneth Hurtado Babilonia.

En efecto, en este particular se dio cumplimiento a los protocolos establecidos por la lex artis, se obró cuidadosa, oportuna, perita y diligentemente, por parte de los galenos que practicaron el procedimiento quirúrgico a la señora Yaneth Hurtado Babilonia, luego entonces no hubo incumplimiento en la obligación de medios y se satisfizo plenamente su deber profesional.

Incluso, la muerte de la paciente tuvo como causa un "Infarto agudo al miocardio", que en nada tiene que ver con el procedimiento quirúrgico practicado, o con el acto anestésico aplicado, sino que más bien obedeció, tal como lo determinó la respectiva autopsia, a una enfermedad de base: "Cardiomiopatía Hipertrófica del Ventrículo Izquierdo".

En ese orden de ideas, me opongo a la presente declaratoria de responsabilidad, y a cualquier tipo de condena económica en contra de la parte demandada y/o en contra de la Aseguradora convocada.

Frente a la Segunda: Me opongo a ésta pretensión de condena por concepto de perjuicios materiales, en aplicación al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y por ello, ante la inexistente falla del servicio atribuible a la parte demandada, ninguna indemnización puede cobrarsele a ella.

De otro lado, sin que esto constituya aceptación de responsabilidad de ninguna índole, es importante destacar que los rubros solicitados por los actores a título de: "Indemnización Consolidada" e "Indemnización anticipada", no pueden ser reconocidos, dado que no se ha logrado acreditar ninguna dependencia económica de los hoy demandantes, respecto a los presuntos ingresos percibidos en vida por parte de la Señora Yaneth Hurtado Babilonia. Además, lo petitionado frente a "Gastos funerarios, servicios exequiales y sepultura" de la señora Hurtado, no cuentan con ningún tipo de prueba o soporte para que se acceda a su resarcimiento.

Frente a la Tercera: Me opongo a ésta pretensión de condena por concepto de perjuicios morales, en aplicación al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y por ello, ante la inexistente falla del servicio atribuible a la parte demandada, ninguna indemnización puede cobrarsele a ella.

En efecto, no existe aquí ningún nexo causal entre el acto médico desplegado y el perjuicio que pretende ser resarcido en virtud del fallecimiento de la Señora Yaneth Hurtado Babilonia, pues en este particular, se dio cumplimiento a los protocolos establecidos por la lex artis, se obró cuidadosa, oportuna, perita y diligentemente, por parte de los galenos que practicaron el procedimiento quirúrgico a la señora Yaneth Hurtado Babilonia, luego entonces no hubo incumplimiento en la obligación de medios y se satisfizo plenamente su deber profesional.

Incluso, la muerte de la paciente tuvo como causa un "Infarto agudo al miocardio", que en nada tiene que ver con el procedimiento quirúrgico practicado, o con el acto anestésico aplicado, sino que más bien obedeció, tal como lo determinó la respectiva autopsia, a una enfermedad de base: "Cardiomiopatía Hipertrófica del Ventrículo Izquierdo".

Frente a la Cuarta: Me opongo a ésta pretensión de condena por concepto de lo que se denomina en la demanda como "perjuicios a la unidad familiar", en aplicación al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y por ello, ante la inexistente falla del servicio atribuible a la parte demandada, ninguna indemnización puede cobrarse a ella.

En efecto, no existe aquí ningún nexo causal entre el acto médico desplegado y el perjuicio que pretende ser resarcido en virtud del fallecimiento de la Señora Yaneth Hurtado Babilonia, pues en este particular, se dio cumplimiento a los protocolos establecidos por la lex artis, se obró cuidadosa, oportuna, perita y diligentemente, por parte de los galenos que practicaron el procedimiento quirúrgico a la señora Yaneth Hurtado Babilonia, luego entonces no hubo incumplimiento en la obligación de medios y se satisfizo plenamente su deber profesional.

Frente a la Quinta: En similares términos a los ya referidos, me opongo a que prospere cualquier tipo de condena o reparación integral de perjuicios en este caso, pues se insiste en que la parte actora no ha logrado edificar los elementos constitutivos de falla probada del servicio, que según la H. jurisprudencia del Consejo de Estado, son: i) El daño, ii) la falla en el acto médico y iii) el nexo causal; sin los cuales, se hace improcedente cualquier tipo de condena por esta vía.

Frente a la Sexta: En similares términos a los ya referidos, me opongo a que prospere cualquier tipo de condena por concepto de "indexación" o "actualización", pues se insiste en que la parte actora no ha logrado edificar los elementos constitutivos de falla probada del servicio, que según la H. jurisprudencia del Consejo de Estado, son: i) El daño, ii) la falla en el acto médico y iii) el nexo causal; sin los cuales, se hace improcedente cualquier tipo de condena por esta vía.

Frente a la Séptima: Me opongo igualmente a que prospere esta pretensión conforme lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, si se tiene en cuenta que en este particular, no existe prueba alguna de la falla del servicio médico que intenta imputarse a las aquí demandadas y/o vinculadas, y en tal sentido, cualquier tipo de condena por esta vía, resultaría abiertamente improcedente.

Frente a la Octava: Finalmente, me opongo a que prospere la petición de pago por concepto de costas y/o agencias en derecho a cargo de la parte demandada, si se tiene en cuenta que quien resultará vencida en juicio es la parte actora, dada la improcedencia de su acción.

Así pues, conforme a lo expuesto en líneas precedentes, de manera respetuosa solicito a usted señora Juez, denegar todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena consignadas en el libelo y en su lugar, tal y como lo ordena la ley, se condene en costas y agencias en derecho a los hoy demandantes.

OBJECIÓN A LA ESTIMACIÓN DE PERJUICIOS DE LA DEMANDA

De manera respetuosa, procedo a presentar objeción frente a la estimación de perjuicios esgrimidos en la demanda, como quiera que no sólo no se han acreditado

los elementos esenciales para predicar la existencia de una falla probada del servicio, atribuible a la pasiva de esta acción, sino que adicionalmente, no existe prueba idónea del perjuicio que pretende ser indemnizado por la parte actora.

En efecto, no existe aquí ningún nexo causal entre el acto médico desplegado y el perjuicio que pretende ser resarcido en virtud del fallecimiento de la Señora Yaneth Hurtado Babilonia, pues en este particular, se dio cumplimiento a los protocolos establecidos por la lex artis, se obró cuidadosa, oportuna, perita y diligentemente, por parte de los galenos que practicaron el procedimiento quirúrgico a la señora Yaneth Hurtado Babilonia, luego entonces no hubo incumplimiento en la obligación de medios y se satisfizo plenamente su deber profesional. Incluso, la muerte de la paciente tuvo como causa un "Infarto agudo al miocardio", que en nada tiene que ver con el procedimiento quirúrgico practicado, o con el acto anestésico aplicado, sino que más bien obedeció, tal como lo determinó la respectiva autopsia, a una enfermedad de base: "Cardiomiopatía Hipertrófica del Ventrículo Izquierdo".

De otro lado, sin que esto constituya aceptación de responsabilidad de ninguna índole, es importante destacar que los rubros solicitados por los actores a título de: "Indemnización Consolidada" e "Indemnización anticipada", no pueden ser reconocidos, dado que no se ha logrado acreditar ninguna dependencia económica de los hoy demandantes, respecto a los presuntos ingresos percibidos en vida por parte de la Señora Yaneth Hurtado Babilonia. Además, lo peticionado frente a "Gastos funerarios, servicios exequiales y sepultura" de la señora Hurtado, no cuentan con ningún tipo de prueba o soporte para que se acceda a su resarcimiento, en la modalidad de daño emergente.

Finalmente, los actores aluden a un supuesto rubro por "perjuicio a la unidad familiar" o "daño familiar", que constituye una tipología de perjuicio no avalada actualmente por la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, en cuanto a la conocida clasificación que existe respecto al reconocimiento de perjuicios extrapatrimoniales o inmateriales.

Con fundamento en lo expuesto, ruego a usted Señora Juez, denegar todas y cada una de las pretensiones contenidas en la demanda, y disponer la correspondiente condena en costas y agencias en derecho a cargo de los actores.

EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE A LA DEMANDA

Solicito respetuosamente a usted Señor Juez, tener como excepciones de mérito contra la demanda, las que se enuncian enseguida:

1. EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN JURÍDICA APLICABLE EN ESTE PARTICULAR ES EL DE FALLA PROBADA DEL SERVICIO.

Respecto del régimen de responsabilidad aplicable en casos en que se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados con ocasión de las actividades médico-sanitarias, como el presente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha afirmado que², en casos en los cuales se ventila la acción imperfecta de la Administración o su omisión, como causa del daño reclamado, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio.

En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños provenientes de la atención médica defectuosa, se ha retornado, como se verá, a la

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del marzo 8 de 2007, exp. 27.434, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

falla probada; esta Corporación ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. En este sentido, se ha sostenido que:

"1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO.

(...)

"2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.

"La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como 'anormalmente deficiente'"³. -Énfasis es propio.

En este punto conviene recordar que, por un tiempo, aceptó la jurisprudencia Contencioso Administrativa que el título de imputación jurídica en torno a los eventos en los que se debatía la responsabilidad médica fuese el de la "falla presunta", según la cual la nuda constatación de la intervención causal de la actuación médica en el resultado nocivo por el que se reclamaba era suficiente para atribuir el daño a la Administración. **Pese a lo anterior, se retomó la senda clásica de la responsabilidad subjetiva o falla probada**⁴, por lo que hoy en día, según esta sub-regla jurisprudencial, deben ser acreditados en este punto tres elementos inexcusables por parte del actor, a saber: **i) el daño; ii) la falla en el acto médico y iii) el nexo causal**, sin los cuales improcedente se hace la condena del Estado por esta vía, tal y como lo ha entendido esta Corporación, cuando consideró que:

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

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del marzo 8 de 2007, exp. 27.434, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 15.725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño⁵. (Énfasis añadido).

Se concluye entonces que la posición de la Corporación en esta época, a la par que la de la doctrina autorizada, se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, en casos como el presente, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño.

Con fundamento en lo expuesto, ruego se declare probada esta excepción.

2. AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL REQUERIDO

Esta excepción se formula, teniendo en cuenta que para obtener una declaratoria de Responsabilidad en contra del Estado, deben acreditarse por parte de los demandantes, sus elementos esenciales a saber, i) el daño, ii) la falla en el acto médico y **iii) el nexo causal**. Sin embargo, dicho sea de paso, este vínculo causal tiene que reunir determinadas condiciones, luego, no es suficiente con una hipotética ligazón abstracta.

En efecto, no existe aquí ningún nexo causal entre el acto médico desplegado y el perjuicio que pretende ser resarcido en virtud del fallecimiento de la Señora Yaneth Hurtado Babilonia, pues en este particular, se dio cumplimiento a los protocolos establecidos por la *lex artis*, se obró cuidadosa, oportuna, perita y diligentemente, por parte de los galenos que practicaron el procedimiento quirúrgico a la señora Yaneth Hurtado Babilonia, luego entonces no hubo incumplimiento en la obligación de medios y se satisfizo plenamente su deber profesional. Incluso, la muerte de la paciente tuvo como causa un "Infarto agudo al miocardio", que en nada tiene que ver con el procedimiento quirúrgico practicado, o con el acto anestésico aplicado, sino que más bien obedeció, tal como lo determinó la respectiva autopsia, a una enfermedad de base: "Cardiomiopatía Hipertrófica del Ventrículo Izquierdo".

Recuérdese que, la ciencia médica tiene sus limitaciones y en el tratamiento clínico o quirúrgico de cualquier paciente existe siempre un alea que escapa al cálculo más implacable o a las previsiones más prudentes y consecuentemente, obliga a restringir el análisis de la falla del servicio, pues el médico nunca puede prometer la conservación de la vida del paciente, ni la eliminación de su dolencia; sólo se compromete a actuar poniendo a su servicio, todos sus conocimientos científicos, con diligencia, prudencia, oportunidad, pericia y en estricta observancia de los protocolos dictados por la *lex artis*.

La medicina no es una ciencia exacta en ninguna de sus especialidades y aunque los procedimientos difieren en complejidad y escala de dificultades técnicas, los resultados de éstos podrán ser esperables, pero nunca predecibles, ya que ningún profesional de la salud por más experto y hábil que sea, puede garantizar previo a una intervención o a un procedimiento un resultado cien por ciento satisfactorio pues en el mismo tratamiento se pueden presentar situaciones inherentes a las características individuales del paciente y que pese a haber implementado en su oportunidad el procedimiento reconocido y aceptado y basado en evidencias, no significa que eventualmente se presenten circunstancias de caso fortuito, por características propias del paciente, que constituyen un hecho muchas veces imprevisible, y que aún siendo previsible, resulten inevitables, tal como ocurrió en el presente caso, al presentarse muerte súbita de la paciente, Señora Yaneth Hurtado Babilonia, por una

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 19.101 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

enfermedad de base o preexistente, lo cual destruye justamente ese vínculo o nexo causal requerido, que hacen inviables las pretensiones de los hoy demandantes.

Por lo expuesto, ruego a usted Señora Juez, declarar probada esta excepción.

3. EL FALLECIMIENTO DE LA PACIENTE OBEDECIÓ A SU ENFERMEDAD DE BASE Y NO GUARDA NEXO CAUSAL CON EL ACTO MÉDICO DESPLEGADO.

A partir de los documentos que reposan en el expediente, se evidencia que, efectivamente estando la Señora Yaneth Hurtado Babilonia, en Sala de recuperación, presentó muerte súbita, y pese a las maniobras de reanimación adelantadas inicialmente por parte del galeno anestesiólogo, Dr. Herrera, y posteriormente por el Dr. José Rojas, de la Unidad de Cuidados Intensivos, la paciente falleció a las 18:41 horas. De ahí que, no pueda endilgarse ninguna conducta constitutiva de culpa o falla a los referidos médicos, quienes en todo momento procuraron el bienestar de la señora Hurtado Babilonia, en estricta observancia de su obligación de medios.

Al respecto, conviene destacar el contenido del documento titulado "Hallazgos de Autopsia -Laboratorio de Patología", de la ESE -Hospital Universitario del Caribe, de fecha 05 de Diciembre de 2013, obrante ya en el proceso, y en el que se dictaminó como causa de muerte de la Señora Yaneth Hurtado Babilonia, un "Infarto Agudo del Miocardio".

Adicionalmente, en dicha autopsia se estableció como enfermedad de base de la paciente, la de "Cardiomiopatía Hipertrofica del Ventrículo Izquierdo", lo que en últimas justificaría la causa de la muerte súbita que presentó, tal y como se indicó en el apartado de "Comentarios", del aludido documento, así:

"COMENTARIO

*Se trata de una paciente femenina de 41 años, **sin antecedentes personales de importancia**, a quien se le realizó miomectomía por laparoscopia + escisión y ablación de endometriosis grado IV por laparoscopia, presentando en el postquirúrgico inmediato (Sala de recuperación), muerte súbita. Entre las características macroscópicas más importantes de la autopsia se encontró la cardiomegalia, con hipertrofia a expensas del ventrículo izquierdo. Este hallazgos es concordante con los cortes histológicos del corazón, que revela la presencia de miocitos hipertrofos, con cambios nucleares, rodeados de material mixoide, infiltrado inflamatorio agudo con áreas de fibrosis. Llama la atención en algunos cortes que el músculo cardiaco es reemplazado por adipocitos maduros hasta un 25%. **Todo lo anterior favorece las arritmias cardiacas, porque el tejido adiposo en un mal conductor eléctrico, estimulando focos ectópicos de conducción, el espasmo de una de las arterias coronarias explica los cambios isquémicos que soportan y explican la muerte súbita de la paciente**". -Énfasis fuera del original.*

Así las cosas, dado que el fallecimiento de la paciente se produjo única y exclusivamente por la enfermedad de base que padecía, ruego declarar probado este medio exceptivo.

4. EXONERACIÓN POR CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE MEDIO BRINDADA POR LOS GALENOS TRATANTES.

La señora Yaneth Hurtado Babilonia recibió por parte de sus galenos tratantes, todo el manejo médico requerido, en la práctica del procedimiento quirúrgico de

460

“Miomectomía + Escisión y Ablación de endometriosis”, que le fue realizado el día 04 de Diciembre de 2013, en la ESE –Clínica de Maternidad Rafael Calvo C., ello conforme los protocolos médicos establecidos por la *lex artis* y con el total lleno de los requisitos y estándares de calidad; cumpliendo con los deberes profesionales que la ciencia médica en particular exige, siéndole propio el de abstenerse de prometer un resultado en particular en razón al reconocimiento de los factores de orden endógeno y exógeno que conlleva cada persona.

Como ya se mencionó, adicional a todo lo anterior, todo tratamiento médico está plagado de riesgos considerables, factores de riesgo que pueden ser endógenos o biológicos, propios del individuo y exógenos o del medio ambiente.

Y es que ***el médico contrae frente al paciente una obligación de medio y no de resultado*** consistente en la aplicación de su saber y de su proceder, a favor de la salud del paciente, ya que está obligado a practicar una conducta diligente, que normal y ordinariamente pueda alcanzar la curación, sin que ello signifique que el fracaso del tratamiento o la ausencia de éxito se traduzca en incumplimiento o mala Praxis Médica.

Considerar que la obligación médica es una obligación de resultado, desconociendo su naturaleza, sería tanto como aplicar la responsabilidad objetiva en éste campo, lo cual no es de recibo, pues resulta claro que en ésta materia el riesgo que representa el tratamiento lo asume el paciente y es él quien debe soportar sus consecuencias, cuando ellas no puedan imputarse a un comportamiento irregular de la entidad o del equipo médico.

En igual sentido la Corte Constitucional en sentencia T - 645 de noviembre 26/1996 MP. Alejandro Martínez Caballero expuso que el Derecho a la salud no implica una obligación de resultado. Por su parte la Corte Suprema ha sido reiterativa en reconocer la obligación médica como de medio (Sentencia de enero 30/2001 MP. José Fernando Ramírez.)

Por lo expuesto, respetuosamente solicito a usted Señora Juez, se declare probada la presente excepción.

5. EL ACTO MÉDICO DESPLEGADO SE CUMPLIÓ CONFORME A LA LEX ARTIS Y LA DISCRECIONALIDAD CIENTÍFICA.

Esta excepción se plantea, toda vez que a partir de los documentos obrantes en el expediente, en especial de la Historia clínica de la paciente, logra inferirse que la atención se brindó conforme los protocolos establecidos por la *lex artis* para la práctica de este tipo de procedimientos quirúrgicos, y con el lleno de los requisitos y estándares de calidad. A diferencia de lo que sucede en otros campos, en el ámbito médico de conexión causal entre una acción y un determinado resultado debe ser establecido con arreglo a criterios científicos.

Como se puede observar, el médico enfrenta todo un conjunto de circunstancias del paciente, de su entorno social, familiar y de tipo particular o intrínseco también llamado idiosincrático de cada paciente, así como el alea terapéutica siempre presente en los tratamientos médicos.

Dentro del marco de ***la lex artis***, se trata de determinar si la acción ejecutada se ajusta a lo que ***“debe hacerse”***, lo cual significa un criterio más o menos unánime, una costumbre reconocida o científicamente aprobada por el conglomerado médico. Los procedimientos, así concebido son aceptados por la literatura, donde encuentra su soporte y se mantienen vigentes como verdades que desafían el tiempo, entre tanto que aparece otra alternativa que resulte mejor en muchos aspectos y que por tanto se hace necesario adoptar.

En este sentido el Consejo de Estado en Colombia con ponencia del Mg. Julio Cesar Uribe Acosta, mediante sentencia de abril 18 de 1994 coincidió en señalar que el Juez no falla controversias científicas. Expuso "El sentenciador encuentra que confrontados los testimonios técnicos, se presentan aspectos que permiten concluir que en algunas circunstancias y facetas científicas las opiniones de los citados profesionales se encuentran divididas, pero en estos casos la doctrina orienta en el sentido de que ***el Juez no puede tomar partido en tales controversias, filosofía con la cual el punto controvertido, de no existir una prueba científica que lo defina se queda sin demostración.***"

Con todo, el actuar de los profesionales de la salud que atendieron el procedimiento quirúrgico y el acto anestésico de la Señora Hurtado Babilonia, estuvieron ajustados siempre a la *lex artis*, por lo que no es atribuible a ellos ninguna falla del servicio, generadora de responsabilidad.

Con fundamento en lo expuesto, ruego declarar probada esta excepción.

6. CARENCIA DE PRUEBA DEL SUPUESTO PERJUICIO QUE PRETENDE LA PARTE ACTORA SEA INDEMNIZADO A SU FAVOR.

Se plantea este medio exceptivo, como quiera que en este particular, no sólo no se han acreditado los elementos esenciales para predicar la existencia de una falla probada del servicio, atribuible a la pasiva de esta acción, sino que adicionalmente, no existe prueba idónea del perjuicio que pretende ser indemnizado por la parte actora.

En efecto, no existe aquí ningún nexo causal entre el acto médico desplegado y el perjuicio que pretende ser resarcido en virtud del fallecimiento de la Señora Yaneth Hurtado Babilonia, pues en este particular, se dio cumplimiento a los protocolos establecidos por la *lex artis*, se obró cuidadosa, oportuna, perita y diligentemente, por parte de los galenos que practicaron el procedimiento quirúrgico a la señora Yaneth Hurtado Babilonia, luego entonces no hubo incumplimiento en la obligación de medios y se satisfizo plenamente su deber profesional. Incluso, la muerte de la paciente tuvo como causa un "Infarto agudo al miocardio", que en nada tiene que ver con el procedimiento quirúrgico practicado, o con el acto anestésico aplicado, sino que más bien obedeció, tal como lo determinó la respectiva autopsia, a una enfermedad de base: "Cardiomiopatía Hipertrofica del Ventrículo Izquierdo".

De otro lado, sin que esto constituya aceptación de responsabilidad de ninguna índole, es importante destacar que los rubros solicitados por los actores a título de: "Indemnización Consolidada" e "Indemnización anticipada", no pueden ser reconocidos, dado que no se ha logrado acreditar ninguna dependencia económica de los hoy demandantes, respecto a los presuntos ingresos percibidos en vida por parte de la Señora Yaneth Hurtado Babilonia. Además, lo peticionado frente a "Gastos funerarios, servicios exequiales y sepultura" de la señora Hurtado, no cuentan con ningún tipo de prueba o soporte para que se acceda a su resarcimiento, en la modalidad de daño emergente.

Finalmente, los actores aluden a un supuesto rubro por "perjuicio a la unidad familiar" o "daño familiar", que constituye una tipología de perjuicio no avalada actualmente por la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, en cuanto a la conocida clasificación que existe respecto al reconocimiento de perjuicios extrapatrimoniales o inmateriales

Por todo lo expuesto, dada la ausencia de prueba del supuesto perjuicio que reclama la parte actora, respetuosamente solicito se declare probada esta excepción.

7. EFECTOS VINCULANTES PARA MI PROCURADA, FRENTE A LA INEFICACIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO AL SINDICATO DE ANESTESIOLOGOS UNIDOS DE CARTAGENA –ANESTESUN, DADA LA EXTEMPORANEIDAD EN SU NOTIFICACIÓN A CARGO DE LA ESE-CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO.

Esta excepción se propone toda vez que de llegar a declararse la ineficacia del llamamiento en garantía que le fue formulado a la convocante ANESTESUN, dada la extemporaneidad en su notificación a cargo de la ESE demandada, ruego que, de manera simultánea, se otorguen y hagan extensivos tales efectos de la ineficacia a mi mandante, como quiera que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y por ello, de llegar a declararse que efectivamente el término de la notificación se produjo por fuera de los 6 meses de que trata el artículo 66 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión al procedimiento Contencioso Administrativo, se resuelva igualmente la desvinculación de Chubb Seguros Colombia S.A., en su condición de llamada en garantía por parte del Sindicato de Anestesiólogos Unidos de Cartagena, Anestesun.

Ruego declarar probada esta excepción.

8. GENÉRICA O INNOMINADA Y OTRAS

Conforme lo dispuesto en el Artículo 282 del Código General del Proceso, aplicable por remisión analógica al Procedimiento Contencioso Administrativo, de manera respetuosa ruego a usted Señora Juez, que de llegar a encontrar probados los hechos que constituyan cualquier otra excepción, y que pueda corroborar que no existe ninguna obligación resarcitoria a cargo de las aquí demandas y/o convocadas, se declare y reconozca de manera oficiosa en el respectivo fallo que resuelva ésta controversia.

SEGUNDO APARTADO

CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO A CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.

EN CUANTO AL ACÁPITE TITULADO “HECHOS”

En cuanto al Hecho Primero: Es cierto y se destaca que entre la sociedad ACE SEGUROS S.A., (Hoy CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.), y el SINDICATO DE ANESTESIOLOGOS UNIDOS DE CARTAGENA –ANESTESUN, se celebró un contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Médica No. 13319, vigente desde el 17 de Agosto de 2013 (00:00 horas), hasta el 16 de Agosto de 2014 (24:00 horas), cuyo objeto quedó expresamente determinado en el contenido de las condiciones generales y particulares que se expidieron, en especial, las atinentes a la modalidad de cobertura pactada, que en este caso se determinó como “Claims Made”, con un periodo de retroactividad igual al de inicio de vigencia de la Póliza, es decir, desde el 17 de Agosto de 2013, y con un periodo adicional para recibir reclamaciones, de 24 meses; todo lo cual se desprende a partir de la simple lectura de la carátula de la Póliza y su respectivo clausulado, que se aporta como prueba de este escrito.

Luego entonces, en la identificación de las contraprestaciones pactadas, es indispensable tomar en consideración todas y cada una de las cláusulas de la Póliza, en las que se estipuló como condición para el nacimiento de cualquier obligación condicional, además de la realización del riesgo asegurado, el cumplimiento de los requisitos allí consignados. En tal sentido, de llegar a configurarse en este particular,

alguna causal de exclusión y/o de inexistencia de cobertura de la Póliza, mi procurada no puede ser condenada al pago de ninguna indemnización, pues repito, su obligación se contrae al marco preciso del amparo que otorgó.

En cuanto al Hecho Segundo: Es cierto, conforme se desprende del libelo demandatorio.

EN CUANTO AL ACÁPITE DENOMINADO "PRETENSIÓN"

Frente a la pretensión única esgrimida por parte de la convocante, ruego a usted Señora Juez, tener en cuenta que mi representada se opone a la misma, sólo en la medida en que dicha petición desconozca las condiciones particulares y generales del contrato de seguro contenido en la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Médica No. 13319, vigente desde el 17 de Agosto de 2013 (00:00 horas), hasta el 16 de Agosto de 2014 (24:00 horas), especialmente lo referente a la delimitación temporal de cobertura que se otorgó: "Claims Made", con un periodo de retroactividad igual al de inicio de vigencia de la Póliza, es decir, desde el 17 de Agosto de 2013, y con un periodo adicional para recibir reclamaciones, de 24 meses

Lo anterior, dado que es en el mismo contrato de seguro, donde se encuentra contenido el marco y alcance de las obligaciones asumidas por Chubb Seguros Colombia S.A., tal y como consagra el artículo 1056 del Código de Comercio, frente a la asunción de riesgos por parte del Asegurador.

Por lo tanto, en la identificación de las contraprestaciones pactadas, es indispensable tener en consideración todas y cada una de las cláusulas de la Póliza, en las que se estipuló como condición para el nacimiento de cualquier obligación condicional, además de la realización del riesgo asegurado, el cumplimiento de los requisitos allí consignados. En tal sentido, de llegar a configurarse en este particular, alguna causal de exclusión y/o de inexistencia de cobertura de la Póliza, mi procurada no puede ser condenada al pago de ninguna indemnización, pues repito, su obligación se contrae al marco del amparo que otorgó, ni más ni menos.

EN CUANTO AL ACÁPITE TITULADO "JURAMENTO ESTIMATORIO"

Me opongo a la estimación efectuada en este apartado por la convocante, en la suma de **\$449.235.432, (Cuatrocientos Cuarenta y Nueve Millones Doscientos Treinta y Cinco Mil Cuatrocientos Treinta y Dos Pesos Moneda Corriente)**, en la medida en que se desconoce que la obligación asumida por mi procurada no es de aquellas que se reputan solidarias, sino que el marco de su eventual deber de indemnizar, dependerá de las específicas condiciones en que brindó cobertura, conforme a la Póliza expedida, v.gr. el límite o valor asegurado, el deducible pactado, las exclusiones de cobertura, delimitación temporal, etc, a las cuales tendrá que atenerse en todo momento el Despacho, a la hora de proferir el fallo que ponga fin a la presente controversia.

EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

1. INEXISTENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DADA LA ESPECIAL DELIMITACIÓN TEMPORAL PACTADA.

Este medio exceptivo se formula, toda vez que mi mandante sólo está obligada a responder por un reclamo, al tenor de las obligaciones expresamente estipuladas en la

póliza que expidió, luego entonces, no puede entenderse comprometido al asegurador por riesgos que no le fueron trasladados por el tomador si de los hechos que se prueban resultare ello.

En efecto, en las Condiciones Generales de la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Médica No. 13319, utilizada como fundamento de la presente convocatoria, se definió el marco de su cobertura, en los siguientes términos:

"CONDICIONES GENERALES

1. COBERTURAS

COBERTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA INSTITUCIONES MÉDICAS

POR LA PRESENTE PÓLIZA, EN DESARROLLO DEL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 389 DE 1997, EL ASEGURADOR INDEMNIZARÁ EN EXCESO DEL DEDUCIBLE Y HASTA EL LÍMITE DE RESPONSABILIDAD, LOS DAÑOS Y/O GASTOS LEGALES A CARGO DEL ASEGURADO, PROVENIENTES DE UNA RECLAMACIÓN PRESENTADA POR PRIMERA VEZ EN CONTRA DEL ASEGURADO DURANTE EL PERIODO CONTRACTUAL DERIVADA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL IMPUTABLE AL ASEGURADO DE ACUERDO CON LA LEY(Y/O DURANTE EL PERIODO ADICIONAL PARA RECIBIR RECLAMACIONES, EN CASO EN QUE ESTE ÚLTIMO SEA CONTRATADO), POR CAUSA DE UN ACTO MÉDICO ERRÓNEO EN LA PRESTACIÓN DE SUS SERVICIOS PROFESIONALES.

LA COBERTURA SE EXTIENDE A CUBRIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL IMPUTABLE AL ASEGURADO POR LAS RECLAMACIONES DERIVADAS DE UN ACTO MÉDICO ERRÓNEO DEL PERSONAL MÉDICO, PARAMÉDICO, MÉDICO AUXILIAR, FARMACEUTA, LABORATORISTA, ENFERMERÍA O ASIMILADOS, BAJO RELACIÓN LABORAL CON EL ASEGURADO O AUTORIZADOS POR ESTE PARA TRABAJAR EN SUS INSTALACIONES MEDIANTE CONTRATO Y/O CONVENIO ESPECIAL, AL SERVICIO DEL MISMO

LOS ACTOS MÉDICOS ERRÓNEOS QUE ORIGINEN UNA RECLAMACIÓN DEBEN HABER SIDO COMETIDOS CON POSTERIORIDAD AL INICIO DE LA FECHA DE RETROACTIVIDAD ESPECIFICADA EN LAS CONDICIONES PARTICULARES Y CON ANTERIORIDAD A LA FINALIZACIÓN DEL PERIODO CONTRACTUAL.

En ese orden de ideas, como quiera que la responsabilidad de la Compañía de seguros está delimitada estrictamente por el amparo que otorgó al SINDICATO DE ANESTESIOLOGOS UNIDOS DE CARTAGENA -ANESTESUN, se tiene entonces que aún en el remoto caso en que se profiera algún tipo de condena en contra de la aquí llamante, la Póliza antes referida, no ofrecería amparo en este particular, al menos no en el Anexo aportado como base de la convocatoria, pues, repito, el ámbito de delimitación temporal de la cobertura otorgada, fue bajo la modalidad "Claims Made", con un periodo de retroactividad igual al de inicio de vigencia de la Póliza, es decir, desde el 17 de Agosto de 2013, y con un periodo adicional para recibir reclamaciones, de 24 meses, condiciones todas estas que deben cumplirse de manera simultánea, para que pueda predicarse amparo.

Bajo este marco, es claro entonces que los eventos cubiertos con sujeción a las condiciones de la póliza, son los reclamados por primera vez durante la vigencia de la misma, o a más tardar en un periodo adicional de 24 meses, siempre que los hechos hayan ocurrido dentro de esa misma vigencia, o dentro de la fecha de retroactividad pactada. En el caso que aquí nos interesa, se tiene que si bien, los hechos por los cuales

se pretende obtener un resarcimiento por parte de los actores, ocurrieron dentro del periodo de retroactividad pactado, no se cumple con la exigencia de que el reclamo (constitutivo en este caso de siniestro), se haya efectuado entre el 17 de agosto de 2013 y el 16 de agosto de 2014, y mucho menos en el plazo adicional pactado en 24 meses, esto es, hasta el 16 de agosto de 2016. Lo anterior, si se tiene en cuenta que el llamamiento en garantía formulado por la demandada ESE –Clínica de Maternidad Rafael Calvo, en contra del Sindicato Asegurado, se admitió el 24 de Noviembre de 2016, y se notificó personalmente a aquél, sólo hasta el día 26 de octubre de 2017, superando por mucho el preclusivo término de vigencia consagrado en dicha Póliza, e incluso, el periodo adicional para recibir reclamaciones en contra del asegurado.

Corroborando lo anterior, las condiciones adicionales pactadas en la carátula de la citada Póliza, cuyos apartes pertinentes se transcriben enseguida, así:

"CONDICIONES ADICIONALES

- **La póliza opera bajo el sistema de aseguramiento base reclamación "Claims-Made", es decir, se cubren todas las reclamaciones presentadas por primera vez, durante la vigencia de la póliza, en un todo de acuerdo con lo establecido en el artículo cuarto de la ley 389 de 1997.**
- *Todas las extensiones y coberturas forman parte y no operaran en adición al límite total agregado de la póliza.*
- **Fecha de retroactividad: Los **ACTOS MÉDICOS ERRÓNEOS** deben haber sido cometidos con posterioridad al inicio de la **FECHA DE RETROACTIVIDAD** que para esta póliza será: **Inicio de vigencia.****
- *Fecha de Reconocimiento de antigüedad: Fecha de inicio de vigencia con ACE Seguros.*
- **PERIODO ADICIONAL PARA RECIBIR RECLAMACIONES: 100% de la última prima anual para un periodo de 24 meses.**
- *Todas las alteraciones y/o modificaciones y/o extensiones deberán ser acordadas por los ACE Seguros.*
- *Términos, textos y condiciones según clausulado ACE ELITE MEDICOS – SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA MEDICOS Y PROFESIONALES DE LA SALUD, SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA INSTITUCIONES MÉDICAS". – Énfasis en negrilla y subrayas es propio.*

Entonces, debe tomarse en cuenta que en las condiciones particulares de la póliza, que hacen parte integral del contrato de seguro, expresamente se pactó que la cobertura se otorgaba bajo la modalidad CLAIMS MADE, y con ese alcance, necesariamente se concluye que los sucesos cubiertos únicamente son aquellos acaecidos dentro de la correspondiente vigencia o en el periodo de retroactividad allí establecido, siempre y cuando sus consecuencias sean reclamadas a la entidad asegurada, incluso extrajudicialmente, durante la vigencia de la póliza, o en el periodo adicional para reclamaciones, convenido en 24 meses, es decir, hasta el 16 de agosto de 2016.

De ahí que, para resolver lo concerniente al llamamiento en garantía deben tenerse en cuenta el tipo de cobertura otorgada y los límites temporales de amparo que se acaban de mencionar, por cuanto si los hechos de la demanda y la reclamación de los mismos no se encuentran enmarcados bajo esos parámetros temporales, resulta

imposible la afectación del contrato de seguro utilizado como fundamento de la convocatoria a mi representada y la compañía estaría exenta de toda obligación, para lo cual debe revisarse en detalle, el periodo de vigencia de la póliza, la prueba sobre el momento de ocurrencia del hecho, la fecha del reclamo judicial a ANESTESUN, la fecha de notificación al Asegurado, etc.

Solicito al Señor Juez, declarar probada ésta excepción.

2. AUSENCIA DE SINIESTRO E INEXISTENCIA DE CONFIGURACIÓN DE LA OBLIGACIÓN CONDICIONAL ASUMIDA POR ACE SEGUROS S.A., HOY CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.

Esta excepción se formula, por cuanto, además de la inexistencia de prueba de los elementos que permitan atribuir un acto médico erróneo a la convocante, se suma el hecho que en este particular, no puede entenderse configurado un siniestro que pueda ser objeto de indemnización por parte de mi procurada.

Recuérdese que en virtud del artículo 1072 del Código de Comercio, se denomina siniestro a la materialización del riesgo asegurado, y en este caso, en virtud de la especial modalidad de cobertura pactada: "Claims Made" se entiende como siniestro la misma reclamación, entendida ésta lógicamente, dentro del marco de las condiciones generales de la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Médica No. 13319, cuyo alcance se determinó de la siguiente manera, en el apartado de "Definiciones":

"(...)

1. Reclamación.

Significa todo reclamo extrajudicial, demanda o proceso, ya sea civil, o arbitral en contra del Asegurado, para obtener la reparación de un daño patrimonial o extrapatrimonial originado por un Acto Médico Erróneo, incluyendo:

- *Cualquier notificación o requerimiento escrito en contra del Asegurado que pretenda la declaración de que el mismo es responsable, de un Daño como resultado o derivado de un Acto Médico Erróneo.*

Lo anterior se considerará Reclamación siempre y cuando se presenten por primera vez contra el Asegurado durante el periodo contractual o el Periodo Adicional para Recibir Reclamaciones si hubiese sido contratado y estén relacionadas con un Daño y/o Gastos Legales cubiertos bajo la presente póliza. -Énfasis en negrilla y subrayas es propio.

Luego entonces, resulta claro que los eventos cubiertos con sujeción a las condiciones de la póliza, son los reclamados por primera vez contra el Asegurado, durante la vigencia de la misma, o a más tardar en el periodo adicional para recibir reclamaciones, pactado en este caso en 24 meses, siempre que los hechos hayan ocurrido dentro de esa misma vigencia, o dentro de la fecha de retroactividad pactada.

En el caso que aquí nos interesa, se tiene que si bien, los hechos por los cuales se pretende obtener un resarcimiento por parte de los actores, ocurrieron dentro del periodo de retroactividad pactado, no se cumple con la exigencia de que el reclamo (constitutivo en este caso de siniestro), se haya efectuado por primera vez contra ANESTESUN, entre el 17 de agosto de 2013 y el 16 de agosto de 2014, y mucho menos

en el plazo adicional pactado en 24 meses, esto es, hasta el 16 de agosto de 2016. Lo anterior, si se tiene en cuenta que el llamamiento en garantía formulado por la demandada ESE -Clínica de Maternidad Rafael Calvo, en contra del Sindicato Asegurado, se admitió el 24 de Noviembre de 2016, y se notificó personalmente a aquél, sólo hasta el día 26 de octubre de 2017, superando por mucho el preclusivo término de vigencia consagrado en dicha Póliza, e incluso, el periodo adicional para recibir reclamaciones en contra del asegurado.

De lo expuesto, se desprende entonces que el Asegurador sólo está obligado a indemnizar, conforme las condiciones generales y particulares de la Póliza que expidió, las cuales solicito de manera respetuosa a este Despacho, sean analizadas en su conjunto y en detalle, al momento de definir la controversia que aquí se discute.

Por lo expuesto, ruego declarar probada la presente excepción.

3. MARCO DE LOS AMPAROS OTORGADOS Y ALCANCE CONTRACTUAL DEL ASEGURADOR, LÍMITES DE RESPONSABILIDAD, VALOR ASEGURADO, DEDUCIBLES Y DEMÁS ESTIPULACIONES.

Esta excepción se propone, sin dejar de lado las anteriores, toda vez que la vinculación de mi procurada se basa en la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Médica No. 13319, vigente desde el 17 de Agosto de 2013 (00:00 horas), hasta el 16 de Agosto de 2014 (24:00 horas), y específicamente en lo pactado en sus condiciones generales y particulares, pues es allí, donde se encuentra contenido el marco y alcance de las obligaciones asumidas por Chubb Seguros Colombia S.A., tal y como consagra el artículo 1056 del Código de Comercio, frente a la asunción de riesgos por parte del Asegurador.

Luego entonces, necesariamente las obligaciones que contraiga la aseguradora que represento, son exclusivamente las expresadas en su texto, mediante las diversas cláusulas en las que se determinaron los límites, amparos, valor asegurado, vigencia, delimitación especial de cobertura, deducibles, exclusiones y demás convenciones.

Lo anterior, significa entonces que la obligación de la aseguradora sólo nace si efectivamente se realiza el riesgo amparado, y no se configura ninguna de las causales convencionales o legales de exclusión o de inoperancia del contrato de seguro. De allí que una eventual obligación de pago a cargo de mi procurada, sólo puede predicarse cuando el suceso esté concebido en el ámbito de la cobertura y vigencia otorgada según su texto literal.

En efecto, en las condiciones particulares de la citada Póliza, se estableció lo siguiente:

"CONDICIONES PARTICULARES

TIPO:	<i>SEGURO DE RESPONSABILIDAD ACE ELITE MÉDICOS - SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MEDICA PARA INSTITUCIONES MEDICAS.</i>
TOMADOR:	<i>SINDICATO ANESTESIOLOGOS UNIDOS DE CARTAGENA - ANESTESUN.</i>
ASEGURADO:	<i>SINDICATO ANESTESIOLOGOS UNIDOS DE CARTAGENA - ANESTESUN.</i>

VIGENCIA: 17 DE AGOSTO DE 2013 A LAS 00:00 HORAS HASTA EL 16 DE AGOSTO DE 2014 A LAS 24:00 HORAS.

INTERES: Responsabilidad Civil profesional Médica.

DELIMITACION TERRITORIAL: Se encuentra ubicado en la ciudad de Cartagena y desarrolla su actividad en la ESE CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO.

JURISDICCIÓN: Colombia.

MODALIDAD DE COBERTURA: Claims made

RETROACTIVIDAD: Inicio de vigencia

FECHA DE ANTIGÜEDAD: Inicio de vigencia”

Ahora bien, en lo relacionado con el alcance de la cobertura de Responsabilidad Civil para Instituciones Médicas, se consagró en las condiciones generales que:

“CONDICIONES GENERALES

1. COBERTURAS

COBERTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA INSTITUCIONES MÉDICAS

POR LA PRESENTE PÓLIZA, EN DESARROLLO DEL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 389 DE 1997, EL ASEGURADOR INDEMNIZARÁ EN EXCESO DEL DEDUCIBLE Y HASTA EL LÍMITE DE RESPONSABILIDAD, LOS DAÑOS Y/O GASTOS LEGALES A CARGO DEL ASEGURADO, PROVENIENTES DE UNA RECLAMACIÓN PRESENTADA POR PRIMERA VEZ EN CONTRA DEL ASEGURADO DURANTE EL PERIODO CONTRACTUAL DERIVADA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL IMPUTABLE AL ASEGURADO DE ACUERDO CON LA LEY(Y/O DURANTE EL PERIODO ADICIONAL PARA RECIBIR RECLAMACIONES, EN CASO EN QUE ESTE ÚLTIMO SEA CONTRATADO), POR CAUSA DE UN ACTO MÉDICO ERRÓNEO EN LA PRESTACIÓN DE SUS SERVICIOS PROFESIONALES.

LA COBERTURA SE EXTIENDE A CUBRIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL IMPUTABLE AL ASEGURADO POR LAS RECLAMACIONES DERIVADAS DE UN ACTO MÉDICO ERRÓNEO DEL PERSONAL MÉDICO, PARAMÉDICO, MÉDICO AUXILIAR, FARMACEUTA, LABORATORISTA, ENFERMERÍA O ASIMILADOS, BAJO RELACIÓN LABORAL CON EL ASEGURADO O AUTORIZADOS POR ESTE PARA TRABAJAR EN SUS INSTALACIONES MEDIANTE CONTRATO Y/O CONVENIO ESPECIAL, AL SERVICIO DEL MISMO

LOS ACTOS MÉDICOS ERRÓNEOS QUE ORIGINEN UNA RECLAMACIÓN DEBEN HABER SIDO COMETIDOS CON POSTERIORIDAD AL INICIO DE LA FECHA DE RETROACTIVIDAD ESPECIFICADA EN LAS CONDICIONES PARTICULARES Y CON ANTERIORIDAD A LA FINALIZACIÓN DEL PERIODO CONTRACTUAL.

De lo cual, necesariamente se concluye que los sucesos cubiertos únicamente son aquellos acaecidos dentro de la correspondiente vigencia o en el periodo de retroactividad allí establecido, siempre y cuando sus consecuencias sean reclamadas a la entidad asegurada, incluso extrajudicialmente, durante la vigencia de la póliza, o en el periodo adicional para reclamaciones, convenido en 24 meses, es decir, hasta el 16 de agosto de 2016.

En concordancia con lo anterior, conviene traer a mención lo dispuesto en el numeral 19), del condicionado general de la Póliza, frente al tema de la Delimitación temporal de cobertura, así:

19. "DELIMITACION TEMPORAL

*La cobertura de esta póliza, en desarrollo del inciso 1 del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, es aplicable a las **Reclamaciones** presentadas por primera vez contra cualquier **Asegurado** durante el **Periodo Contractual** o el **Periodo Adicional para Recibir Reclamaciones** en caso en que este último sea contratado. Los hechos que dan origen a la **Reclamación** deben ser posteriores a la **Fecha de Retroactividad**".*

Igualmente, respecto al límite de Responsabilidad a cargo de la Aseguradora, se resolvió lo siguiente:

4. "LÍMITE DE RESPONSABILIDAD

*El Límite de Responsabilidad establecido en las condiciones particulares y/o en la carátula es la suma asegurada que es el máximo de responsabilidad del **Asegurador** en relación con todos los **Daños** y **Gastos Legales** amparados por esta póliza, independientemente de la cantidad de **Asegurados**, **Reclamaciones**, personas o entidades que efectúen tales **Reclamaciones**.*

*Cualquier sublímite especificado en esta póliza para una cobertura, extensión de cobertura o anexo, será el máximo de responsabilidad del **Asegurador** para esa cobertura, independientemente del número de **Daños**, **Gastos Legales**, cantidad de **Asegurados**, **Reclamaciones**, personas o entidades que efectúen tales **Reclamaciones**. A menos que se diga expresamente lo contrario, los sublímites hacen parte del límite de responsabilidad de la póliza y no se consideran en adición al mismo.*

*Los **Gastos Legales** están sujetos a y erosionan el límite de responsabilidad establecido. En consecuencia, el **Asegurador** no estará obligado, en ningún caso, a pagar **Daños** ni **Gastos Legales** que excedan el Límite de responsabilidad aplicable, una vez éste haya sido agotado.*

*Todas las **Reclamaciones** derivadas del mismo **Acto Médico Erróneo** se considerarán como una sola **Reclamación**, la cual estará sujeta a un único límite de responsabilidad. Dicha **Reclamación** se considerará presentada por primera vez en la fecha en que la primera del conjunto de las **Reclamaciones** haya sido presentada, sin importar si tal fecha tuvo lugar durante o con anterioridad al inicio del **Periodo Contractual**.*

(...)"

Por último, se destaca en cuanto al deducible, entendido éste como la parte de la pérdida que deberá ser asumida directamente por el asegurado, que en caso de proferirse una condena en su contra, deberá entonces asumir directamente el 10% del valor de la pérdida indemnizable, mínimo la suma de \$9.000.000, conforme la modificación consagrada en el respectivo anexo de cobertura, obrante en el expediente.

Conforme todo lo expuesto en líneas precedentes, se concluye entonces que, para resolver lo concerniente al llamamiento en garantía formulado a Chubb S.A., debe tenerse en cuenta el tipo de cobertura otorgada y los límites temporales de amparo ya

mencionados, por cuanto si los hechos de la demanda y la reclamación de los mismos no se encuentran enmarcados bajo esos parámetros temporales, resulta imposible la afectación del contrato de seguro utilizado como fundamento de la convocatoria a mi representada y la compañía estaría exenta de toda obligación, para lo cual insisto, debe revisarse en detalle el periodo de vigencia de la póliza, la prueba sobre el momento de ocurrencia del hecho, la fecha del reclamo judicial a ANESTESUN, la fecha de notificación al Asegurado, etc.

Con fundamento en todo lo anterior, solicito declarar probada la presente excepción.

4. LAS EXCLUSIONES EXPRESAMENTE PREVISTAS EN LAS CONDICIONES GENERALES Y PARTICULARES DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MÉDICA NO. 13319.

Esta excepción se formula, por cuanto en la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Médica No. 13319, puntualmente en sus condiciones particulares y generales, se pactaron algunas exclusiones de cobertura, que deberán analizarse en detalle, al momento de dirimir esta controversia, pues de llegar a configurarse una de ellas, se releva a mi procurada, de la obligación de pagar cualquier tipo de indemnización.

En efecto, en las condiciones particulares de la citada Póliza, se pactaron como exclusiones las siguientes:

“EXCLUSIONES:

- ***MALA FE Y DOLO.***
- ***RECLAMOS Y LITIGIOS ANTERIORES O PENDIENTES***
- ***CIRCUNSTANCIAS ANTERIORES***
- ***ASEGURADO CONTRA ASEGURADO***
- ***PRACTICAS LABORALES***
- ***CONTAMINACIÓN***
- ***RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS***
- ***TRANSFUSIONES DE SANGRE O POR LA ACTIVIDAD DE BANCOS DE SANGRE***
- ***RESIDUOS, FILTRACIONES, CONTAMINANTES PATOLÓGICOS***
- ***INTERRUPCIÓN PREMATURA Y/O FORZADA DEL EMBARAZO***
- ***CAMBIO DE SEXO***
- ***CIRUGÍAS ESTÉTICAS O PLÁSTICAS.***
- ***DAÑOS RELACIONADOS CON TRANSPORTE DE PACIENTES***
- ***FALLOS DE TUTELA***
- ***TÉRMINOS, TEXTO Y CONDICIONES SEGÚN CLAUSULADO ACE ELITE PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA CLÍNICAS Y HOSPITALES.***

Del mismo modo, en el apartado correspondiente a las “Exclusiones Adicionales”, se dispuso:

“EXCLUSIONES ADICIONALES

EL ASEGURADOR NO SERÁ RESPONSABLE DE PAGAR DAÑOS NI GASTOS LEGALES DERIVADOS DE UNA RECLAMACIÓN POR RESPONSABILIDAD CIVIL, CUANDO DICHOS DAÑOS Y GASTOS LEGALES SEAN ORIGINADOS EN, BASADOS EN, O ATRIBUIBLES DIRECTA O INDIRECTAMENTE A:

- **RECLAMOS PRESENTADAS POR TERCEROS RESPECTO DE ACTIVIDADES DISTINTAS A LAS PROFESIONALES MÉDICAS, COMO SON LA GESTION Y SERVICIOS DE APOYO ADMINISTRATIVO Y/O FUNCIONES EMPRESARIALES NO MEDICOS, COMPRA DE ACTIVOS COMO EDIFICIOS, EQUIPOS Y MEDICAMENTOS ETC. CUALQUIER ACTIVIDAD RELACIONADA CON DIRECTORES Y ADMINISTRADORES Y TODO LO RELACIONADO CON MANAGED CARE E&O”.**

En ese orden de ideas, y de conformidad con lo consagrado en el artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador podrá a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés, el patrimonio o la persona asegurada, y por tal motivo, aquello que no fue objeto de cobertura, no puede imputársele a mi procurada bajo ningún caso.

Así las cosas, reitero, antes de emitir un pronunciamiento que resuelva el fondo de este litigio, deberán tomarse en consideración todas y cada una de las cláusulas pactadas en dicha Póliza de seguro, especialmente las consignadas en el apartado de exclusiones, pues de llegar a comprobarse la realización de una de ellas, luego del decurso procesal respectivo, mi mandante deberá ser exonerada de cualquier tipo de condena en contra.

En virtud de lo expuesto, ruego declarar probada la presente excepción.

5. DISPONIBILIDAD DE LA SUMA ASEGURADA

Se formula esta excepción, teniendo en cuenta que según lo dispuesto en el Artículo 1079 del Código de Comercio, el Asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada.

Lo anterior significa entonces que al momento de resolver la relación sustancial existente entre mi procurada y su Asegurado, ANESTESUN, deben tomarse en cuenta los eventuales pagos que se hayan efectuado con cargo a la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Médica No. 13319, pues los mismos, reducen el monto máximo que fue asegurado por parte de mi procurada.

Ruego se declare probada esta excepción.

6. EFECTOS VINCULANTES PARA MI PROCURADA, FRENTE A LA INEFICACIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO AL SINDICATO DE ANESTESIÓLOGOS UNIDOS DE CARTAGENA -ANESTESUN, DADA LA EXTEMPORANEIDAD EN SU NOTIFICACIÓN A CARGO DE LA ESE-CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO.

Esta excepción se propone toda vez que de llegar a declararse la ineficacia del llamamiento en garantía que le fue formulado a la convocante ANESTESUN, dada la extemporaneidad en su notificación a cargo de la ESE demandada, ruego que, de manera simultánea, se otorguen y hagan extensivos tales efectos de la ineficacia a mi mandante, como quiera que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y por ello, de llegar a declararse que efectivamente el término de la notificación se produjo por fuera de los 6 meses de que trata el artículo 66 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión al procedimiento Contencioso Administrativo, se resuelva igualmente la desvinculación de Chubb Seguros Colombia S.A., en su condición de llamada en garantía por parte del Sindicato de Anestesiólogos Unidos de Cartagena, Anestesun.

Ruego declarar probada esta excepción.

7. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimación en la causa, en términos generales, hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes en el proceso y el interés sustancial del litigio, de tal manera que aquella persona a quien se le exige la obligación es a quien habilita la ley para actuar procesalmente.

Al respecto, el H. Consejo de Estado, se ha manifestado en los siguientes términos:

“Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.⁶

Clarificado, entonces, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa⁷. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas⁸. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido (...)”⁹.

Por ende, la falta de legitimación en la causa no constituye una excepción que pueda enervar las pretensiones de la demanda, sino que configura un presupuesto anterior y necesario para que se pueda proferir sentencia, en el entendido de que, si no se encuentra demostrada tal legitimación, el juez no puede acceder a las pretensiones.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, expediente No. 13356.

⁷ Ver, por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de junio de 2000, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez (expediente No. 10.171) y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar (expediente 14178).

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre 2007 (expediente 13.503). M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹ Sentencia proferida el 6 de julio de 2006 por la Sección Tercera del Consejo de Estado (expediente 28835), M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Con fundamento en todas las consideraciones anteriormente expuestas, y aterrizando lo afirmado al caso que nos ocupa, como la ESE demandada no surtió el trámite de notificación personal a ANESTESUN, dentro del término perentorio de 6 meses siguientes a la notificación por estado del auto que admitió la convocatoria a aquella, esto es, la providencia de fecha 24 de Noviembre de 2016, sino que, por el contrario, la notificación personal sólo pudo realizarse hasta el 26 de octubre de 2017, entonces de manera consecuente, deberá declararse la Ineficacia de tal convocatoria, incluso en la misma audiencia de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; efectos que en todo caso, como ya se dijo, deberán hacerse extensivos a mi representada, Chubb Seguros Colombia S.A, en virtud del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Ruego se acceda a esta excepción y se declare probada.

8. GENÉRICA O INNOMINADA Y OTRAS

Conforme lo dispuesto en el Artículo 282 del Código General del Proceso, aplicable por remisión analógica al Procedimiento Contencioso Administrativo, de manera respetuosa ruego a usted Señora Juez, que de llegar a encontrar probados los hechos que constituyan cualquier otra excepción, y que pueda corroborar que no existe ninguna obligación indemnizatoria a cargo de Chubb Seguros Colombia S.A., se declare y reconozca en el respectivo fallo que resuelva ésta controversia, incluso la de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, de llegar a acreditarse que transcurrieron más de los dos años de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, frente a la prescripción ordinaria.

MEDIOS DE PRUEBA

Ruego a usted señora Juez, decretar y tener como pruebas las siguientes:

- **DOCUMENTALES**

Solicito se tengan como tales todas las que ya obran en el expediente, y así mismo las que relaciono enseguida:

1. Poder a mí conferido para la defensa de CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.
2. Copia del Certificado de Existencia y Representación Legal de CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
3. Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Médica No. 13319 (Anexo No. 0), junto a su correspondiente Clausulado General y particular, para la vigencia comprendida entre el 17 de Agosto de 2013 y el 16 de Agosto de 2014.

- **INTERROGATORIO DE PARTE**

Respetuosamente solicito ordenar y hacer comparecer a los señores **HÉCTOR MANUEL HURTADO BABILONIA, KATERINE MARGOTH HURTADO BABILONIA, ESNEYDA BABILONIA DE HURTADO e INGRID PIEDAD HURTADO BABILONIA**, para que, en Audiencia Pública, cuya fecha y hora indicará este Despacho, se presenten, con el fin de absolver bajo la gravedad de juramento, el interrogatorio de parte que en forma verbal o escrita les formularé, sobre los hechos de la demanda y

sobre los fundamentos de las excepciones aquí propuestas. Los deponentes, deberán ser citados en la dirección indicada en la demanda.

• **OFICIOS**

De manera muy respetuosa, solicito al Despacho que se oficie a CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., cuyo domicilio principal está ubicado en la ciudad de Bogotá D.C., en la Carrera 7 # 71-21, Torre B, Piso 7, con el fin de que se sirva remitir certificación actualizada del valor asegurado disponible, frente a la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Médica No. 13319. El objeto de esta prueba es determinar si se han realizado pagos con cargo a dicha Póliza, que puedan reducir en todo o en parte, el valor que aquí se aseguró.

DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

- La parte actora en el lugar indicado en la demanda.
- La parte demandada en el lugar indicado en sus correspondientes escritos de contestación.
- La parte convocante en la Calle 29ª # 21ª-45, Manga, Ciudad de Cartagena. E-mail: f.puello@scare.org.co.
- Mi representada CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en la Carrera 7 # 71-21, Torre B, Piso 7, en la ciudad de Bogotá D.C., e mail: Nancy.Gejen@chubb.com y/o alarias@chubb.com . Teléfono: (1)326-62-00.
- La suscrita en la Calle 62 # 47-56, Apartamento 201, Edificio Mirador del Prado, en la ciudad de Barranquilla, Atlántico, e mail: dianarozo26@gmail.com Teléfono: 300-635-78-42, o en la Secretaría de su Despacho.

Cordialmente,



DIANA CAROLINA ROZO MONTAÑO
C.C. No. 1.130.676.813 de Cali
T.P. No. 233.835 del C.S. de la J.