

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE IBAGUE
SALA CIVIL – FAMILIA**

Ibagué, Julio treinta (30) de dos mil veinte (2.020)

Discutida y aprobada en Sala de Decisión virtual, según acta No. 26 de fecha 30 de julio de 2020

Magistrada sustanciadora: *ASTRID VALENCIA MUÑOZ*

Radicación No: 73001-31-03-005-2017-00133-03
Proceso: Declarativo
Demandante: CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ Y/O
Demandado: SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S Y/O

I. TEMA A TRATAR:

Se desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, los llamados en garantía y los litisconsorte cuasi necesarios contra la sentencia proferida el 24 de enero del 2020 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué dentro del proceso **ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD MEDICA** instaurado por **CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ, LUZ STELLA GUTIERREZ y OSCAR DAVID DEVIA GUTIERREZ** así como por **MARIA GLADYS GOMEZ, CAROLINA DEVIA GOMEZ, ADRIANA DEVIA GOMEZ y LUIS CARLOS DEVIA GOMEZ** en calidad de litisconsortes cuasinecesarios en contra de **SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S. y la EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD “EMCOSALUD”**

II. ANTECEDENTES:

CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ en calidad de afectado directo, LUZ STELLA GUTIERREZ OSCAR DAVID DEVIA GUTIERREZ en calidad de compañera permanente e hijo del afectado, respectivamente instauran el presente proceso para que con citación y audiencia de parte demandada se las declare civilmente responsable de los perjuicios a ellos causados con ocasión de las quemaduras de grado I y II causadas al señor DEVIA RAMIREZ al colocársele una manta térmica defectuosa en el curso de la cirugía practicada al paciente el 17 de octubre de 2014.

En consecuencia, se los condene al pago de las siguientes sumas de dinero:

A favor de CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ, la suma de \$22.066.000 por concepto de lucro cesante consolidado, \$17.705.000 por concepto de lucro cesante futuro, la suma equivalente a 100 S.M.L.M.V. por concepto de perjuicio por alteración grave a la existencia y la suma equivalente a 100 S.M.L.M.V. por concepto de perjuicio moral.

A favor de LUZ STELLA GUTIERREZ la suma equivalente a 100 S.M.L.M.V. por concepto de perjuicio por alteración grave a la existencia y la suma equivalente a 100 S.M.L.M.V. por concepto de perjuicio moral.

A favor de OSCAR DAVID DEVIA la suma equivalente a 100 S.M.L.M.V. por concepto de perjuicio moral.

Las anteriores pretensiones se derivan de los hechos que se sintetizan a continuación:

- CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ, en su calidad de afiliado a la EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD “EMCOSALUD” ingresó el 17 de octubre del 2014 a la Clínica SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S para someterse a cirugía de cambio o reemplazo de válvula mitral mas revascularización de 2 puentes con evidencia de soporte vasopresor y ventilatorio.
- Estando en el quirófano le fue colocada una manta eléctrica en defectuoso estado, lo que le produjo quemaduras de I y II grado en el dorso tercio superior y glúteos, dejándolo en un deplorable estado de salud ya que no le permitió seguir desarrollando su labor de conductor de un vehículo para acarreo con la que proveía el sustento suyo y de su familia.
- El percance también genero un profundo dolor no solo físico sino también moral al paciente en tanto quedaron en su cuerpo unas huellas imborrables que han afectado sus condiciones de existencia, así como a su compañera e hijo quienes a raíz del insuceso también vieron afectadas sus condiciones de existencia así como un profundo dolor moral.

Estando en curso el proceso, concurren como litisconsortes cuasinecesarios (folio 328 a 330 C1) los señores MARIA GLADYS GOMEZ en calidad de cónyuge del señor CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ, CAROLINA DEVIA GOMEZ, ADRIANA DEVIA GOMEZ y LUIS CARLOS DEVIA GOMEZ en calidad de hijos del señor DEVIA RAMIREZ indicando que *“se acogen a las pretensiones de la demanda para que se condene a los demandados en éste proceso al pago de los daños morales por el sufrimiento y dolor que les ha causado su esposo y padre CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ”* , habiendo sido aceptados al proceso mediante proveídos del 30 de mayo (fl. 332 C1) y 11 de junio del 2019 (fl. 334 C1)

III. DE LA CONTESTACION A LA DEMANDA:

3.1 La EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD “EMCOSALUD” contesta la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Propone las excepciones de:

INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD en tanto no existe ningún nexo entre la prestación del servicio a su afiliado y el daño a éste causado;

DILIGENCIA Y CUIDADO, AUSENCIA DE CULPA EN LA PRESTACION DE SERVICIOS MEDICOS, en tanto las lesiones sufridas por el paciente se debieron al uso de un elemento necesario para la realización del procedimiento médico a él practicado, sin que mediara indebida utilización del mismo o impericia del personal de salud sino por fallas en el mismo, ajenas a la voluntad de los especialistas .

LA ACTIVIDAD MEDICA CONSTITUYE UNA OBLIGACION DE MEDIO Y NO RESULTADO, en tanto los resultados de actividad medica también dependen de particularidades que representan lo aleatoria a que ella se encuentra sujeta, sin que las actuaciones medicas administrativas o medicas desplegadas pretendían causar un daño al afiliado.

EN EL CASO EN ESTUDIO, LOS PARIENTES DEL DEMANDANTE NO PUEDEN RECLAMAR COMO PERJUICIO PROPIO EL DAÑO FISIOLÓGICO O PERJUICIO A LA VIDA DE RELACION, en tanto este es un daño que solo puede ser reclamado por aquel que sufrió directamente el daño. Cita al respecto sentencia enero 20 de 2009 Sala de Casación Civil CSJ y Consejo de Estado, Sección tercera, de febrero 14 de 1992.

INDEBIDA TASACION DE LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS SOLICITADA. En tanto excede las tablas del Consejo de Estado para la tasación de perjuicios morales, además no se aporta prueba que sustente la pérdida de capacidad laboral y tampoco ha demostrado que entre la ocurrencia del hecho y la fecha de presentación de la demanda se encuentre en imposibilidad de laborar.

INNOMINADA.

De igual forma procedió a **LLAMAR EN GARANTÍA** a SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S y a la ASEGURADORA CONFIANZA

3.2 El SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S, como demandada contesta la demanda de manera extemporánea razón por la cual se tuvo por no contestada la demanda en auto del 31 de agosto del 2017 (fl. 116 C.1)

Sin embargo, como **llamada en garantía** dio contestación a la demanda (folios 109 a 128 C2) indicando que el señor DEVIA RAMIREZ estuvo hospitalizado entre el 4 y el 10 de septiembre del 2014 con diagnóstico de evento coronario agudo, tipo infarto agudo del miocardio con antecedentes de diabetes tipo mellitus e hipertensión arterial y cursaba para la fecha de ingreso con una infección pulmonar tipo neumonía y estaba en postoperatorio con alta probabilidad de muerte.

El 17 de octubre de 2014, volvió a ingresar a la clínica para practicarse una revascularización coronaria y cambio de válvula mitral, la cual se practicó ingresando al postoperatorio de la unidad de cuidados intensivos casi a la madrugada del día 18 de octubre de 2014. Que la manta, había sido adquirida en el mes de diciembre del 2013, a la empresa ARROW MEDIAL DE OCCIDENTE S.A.S con un año de garantía, su utilización fue la adecuada, ese mismo día había sido enviada a revisión pero por la duración y complejidad de la cirugía y la ausencia de alarma que permitiera advertir el riesgo, éste se concretó en plena cirugía, sin que se hubiera podido detener el procedimiento para evitar la quemadura, pues ello conllevaba un mayor riesgo que la misma quemadura. Que con éste procedimiento al señor DEVIA RAMIREZ se le dieron años de supervivencia y calidad de vida de los mismos, habiendo sufrido quemaduras superficiales grado I y II comprometiendo del 6% de la superficie corporal superficial.

El hecho de que el señor DEVIA RAMIREZ no haya podido desarrollar su actividad de conductor de un vehículo de acarreos no es consecuencia de las quemaduras sufridas sino por la incapacidad que el generó la cirugía practicada en la cual se le realizaron puentes en las arterias del corazón y reemplazaron una válvula del mismo, procedimientos éstos altamente invasivos. Además tenía vencida su licencia de conducción desde el 10 de noviembre del 2011, por lo que no es posible

que el demandante condujera para la fecha de los hechos, debiéndose tener en cuenta el antecedente de infarto agudo del miocardio y reemplazo valvular del paciente lo que impedía la refrendación ni siquiera con restricción, de la licencia para conducir.

Finalmente indica que las quemaduras del paciente fueron tratadas haciendo la clínica todo lo posible para que el resultado fuera favorable, haciéndole valoración por cirugía plástica, manejo con medicamento especializado y solo se dio el egreso cuando el paciente evolucionaba favorablemente. Propone las excepciones que denominó AUSENCIA DE CULPA, AUSENCIA DE CAUSALIDAD, OBLIGACION DE MEDIOS POR PARTE DE SERVICIOS CARDIOCRITICOS DEL TOLIMA, AUSENCIA DE DAÑO CIERTO, EXISTENCIA DE CASO FORTUITO QUE ROMPE LA CAUSALIDAD ADECUADA, PERJUICIO MENOR AL MAYOR BENEFICIO OBTENIDO, DAÑO NO INDEMINIZABLE POR SER JURIDICAMENTE ACEPTABLE Y LA PONDERACION DE DERECHOS DEL SEÑOR DEVIA RAMIREZ y la GENERICA.

De igual manera objeta la estimación de los perjuicios materiales en tanto no están acreditados los ingresos del paciente, en cuanto a los perjuicios por alteración grave a las condiciones de existencia señala que éstos solo pueden ser solicitados por la víctima directa y que su cuantía excede la tabla establecida por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto del 2014 así como la cuantía de los perjuicios morales.

Procede a **LLAMAR EN GARANTIA** a LIBERTY SEGUROS S.A. y a ARROW MEDICAL S.A.S

3.3 La **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. “CONFIANZA”** contesta la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Propone las excepciones de INEXISTENCIA DE NEGLIGENCIA O IMPERICIA en tanto el daño sufrido por el paciente no tuvo como causa directa el tratamiento, mal procedimiento o erróneo diagnóstico de los médicos tratantes de EMCOSALUD; LAS OBLIGACIONES DEL PERSONAL MEDICO TRATANTE FUERON DE MEDIOS Y NO DE RESULTADO, CUANTIFICACION EXCESIVA DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES QUE SE PRETENDEN COBRAR, teniendo en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado, FALTA DE ACREDITACION DE PERJUICIOS POR LUCRO CESANTE.

Frente al llamamiento en garantía, propone las excepciones de EXISTENCIA DE SUBLIMITE ASEGURADO, que para el daño moral se estableció en la suma de \$100.000.000 y para lucro cesante por evento en la suma de \$100.000.000; EXISTENCIA DEDUCIBLE PACTADO, equivalente al 10% de la condena impuesta al asegurado sin que ésta pueda ser inferior a \$10.000.000 y la EXCEPCION GENERICA.

3,4 La **SOCIEDAD ARROW MEDICAL S.A.S** contesta la demanda oponiéndose tanto a la demanda como al llamamiento en garantía, indicando que al parecer la manta térmica sufrió un desperfecto por mal manejo especialmente al protocolo de guardado y utilización. El daño acaecido al aparecer un hueco en la costura tuvo una reparación indebida vulcanizando la manta lo cual no está permitido y no es viable hacerlo y a pesar de ello la utilizaron durante la cirugía realizada al demandante principal, cuando lo que debieron haber hecho era hacer efectiva la garantía, avisando a la sociedad para que analizara la posibilidad de reparación o cambio de la manta, absteniéndose de utilizarla.

Señala que al haber procedido a reparar la manta sin autorización de la sociedad, produce la pérdida de vigencia de la garantía por manipulación indebida (artículo 16 Ley 1480 de 2011), por tanto, no puede ser llamada en garantía. Propone las excepciones de TERMINACION DE LA GARANTIA, EXONERACION DE RESPONSABILIDAD DE GARANTÍA, AUSENCIA DE CULPA, AUSENCIA DE CAUSALIDAD, AUSENCIA DE DAÑO CIERTO Y ACTUAL, CUANTIFICACION EXCESIVA DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES QUE SE PRETENDEN COBRAR Y FALTA DE ACREDITACION DE PERJUICIOS POR LUCRO CESANTE y la genérica.

3.5 La **COMPAÑÍA LIBERTY SEGUROS** se opone al llamamiento en tanto la póliza No. 386933 fue pactada en la modalidad CLAIMS MADE conforme la cual, la reclamación hecha por al asegurado o a la aseguradora, ya sea por vía judicial o extrajudicial, debe hacerse durante la vigencia de la póliza, que en éste caso fue del 2013-11-15 hasta el 2014-11-15 y habiéndose presentado reclamación a la aseguradora por medio de éste llamamiento en garantía el 27 de febrero de 2018, ya ha caducado la oportunidad para reclamar.

Propone las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION EN CUANTO EL SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S POR AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL, INEXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS –AUSENCIA DE DAÑO INDEMNIZABLE, FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION POR APLICACIÓN DE LA CLAUSULA CLAIMS MADE, COBRO DE LO NO DEBIDO y PRESCRIPCION DE LA ACCIÓN derivada del contrato de seguro artículo 1081 C. de Co.

IV. DE LA DECISIÓN DE PRIMER GRADO:

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué mediante proveído del 24 de enero de 2020 y en atención a las consideraciones allí expuestas:

(i) DECLARÓ no probadas las excepciones de mérito propuestas por los demandados EMCOSALUD, SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S así como por las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. y ASEGURADORA CONFIANZA;

(ii) DECLARÓ probada la excepción de “exoneración de responsabilidad de garantía” propuesta por ARROW MEDICAL S.A.S;

(iii) NIEGA las pretensiones de los litisconsortes cuasinecesarios MARIA GLADYS GOMEZ. CAROLINA, ADRIANA Y LUIS CARLOS DEVIA GOMEZ;

(iv) Declaró civil y solidariamente responsables a SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S y a la EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD “EMCOSALUD” de las lesiones causadas a CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ;

(v) los CONDENÓ a pagar a favor de aquel la suma de \$43.890.150 equivalente a 50 S.M.L.M.V por concepto de perjuicios moral y la suma de \$26.334.090, equivalente a 30 S.M.L.M.V. por concepto de daño a la vida de relación. A favor de LUZ STELLA GUTIERREZ la suma de \$26.334.090, equivalente a 30 S.M.L.M.V. por concepto de daño moral y la suma de \$13.167.045, equivalente a 15 S.M.L.M.V. por concepto de daño a la vida de relación y, a favor de OSCAR DAVID DEVIA GUTIERREZ la suma de \$13.167.045, equivalente a 15 S.M.L.M.V. por concepto de daño moral.

(vi) NIEGA el resto de pretensiones de la demanda;
(vii) CONDENO a las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. y ASEGURADORA CONFIANZA a responder por los perjuicios causados por sus asegurados.

Encontró el a quo demostrada la culpa de los accionados indicando que aparece demostrado que el señor DEVIA se encontraba afiliado al sistema de salud a través de EMCOSALUD, quien aceptó haber autorizado el servicio requerido por él como paciente. Que la Ley 100 de 1993 asigna a las EPS la obligación de prestar el servicio de salud a sus usuarios, por lo que asume como suyas las responsabilidades en que incurra la IPS contratada. Que el reproche a las demandadas no se centra en la intervención quirúrgica cardíaca como tal – que por demás fue exitosa - sino en el hecho de que en el curso de la intervención hubo una falla que le ocasiono las quemaduras que sufrió el paciente al colocársele una manta defectuosa, de la que da cuenta la historia clínica en nota adjunta.

Que la realización de la cirugía no guarda ninguna relación con las quemaduras sufridas por el paciente, que la manta se encuentra en manejo y control del perfusionista, quien debe estar pendiente del intercambiador del calor y no solo el flujo del agua que corre por aquella sino la temperatura del líquido. Que además se había advertido una imperfección en la manta en horas de la mañana antes de la cirugía sin que este demostrado que quien la vulcanizó fuera una persona experta en el mantenimiento de la manta, estando demostrado la culpa de servicio cardiocrítico, sin que pueda hablarse de caso fortuito, pues era un asunto que podía controlarse y fruto de la negligencia de quien debía estar al cuidado del funcionamiento del equipo.

Que a la compañera e hijo del demandante en razón a la convivencia con el paciente se les reconoce perjuicios morales y por daño a la vida de relación. Que MARIA GLADYS y sus hijos no se les reconoce el perjuicio moral, en tanto, no probaron de qué manera se les causo un perjuicio de tal rango, pues si bien es cierto acreditaron el vínculo matrimonial y consanguíneo ese hecho por si solo no es suficiente para reconocer perjuicio moral.

V. DE LA IMPUGNACIÓN:

Contra dicha decisión se alzarón en apelación:

- Los demandantes CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ, LUZ STELLA GUTIERREZ y OSCAR DAVID DEVIA, cuyo apoderado desistió posteriormente del recurso, siendo aceptado en auto del 6 de febrero de 2020 por la magistrada ponente.
- ASEGURADORA CONFIANZA, quien dentro del término de ley no sustentó el recurso interpuesto razón por la cual en auto del 6 de febrero de 2020 la magistrada ponente declaró desierto el recurso.
- Los litisconsortes MARIA GLADYS GOMEZ. CAROLINA, ADRIANA Y LUIS CARLOS DEVIA GOMEZ, indicando que le fue negada su pretensión resarcitoria en tanto según el juez de instancia no se demostró la existencia de un perjuicio además que no cohabitaban con su padre. Señala que está demostrada la legitimación de los hijos habidos dentro del matrimonio y que la misma razón que existió para reconocer daño moral a CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ permitía reconocer los perjuicios a los consanguíneos en el mismo orden.

Que CAROLINA y ADRIANA DEVIA GOMEZ son enfermeras profesionales y fueron quienes asistieron a su señor padre en su residencia ubicada en la ciudad de Ibagué durante todo el postoperatorio de las quemaduras hasta cuando éste decidió devolverse a su casa de habitación ubicada en el Municipio de Espinal.

Que la señora MARIA GLADYS GOMEZ, esposa con vínculo matrimonial vigente con CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ no obstante no convivir con su esposo, siempre ha conservado una buena amistad con él, lo ha amparado en los momentos difíciles, al punto que lo tuvo afiliado al sistema de salud como beneficiario hasta la fecha. Además si su matrimonio está vigente y no se ha liquidado la sociedad conyugal, está legitimada por activa para reclamar el daño moral que legalmente le corresponde ya que a ella también la acongojó el precario momento.

- EMCOSALUD señala que erradamente se afirmó que ella es una EPS y por ende debe velar por las condiciones de salud de los usuarios conforme lo prevé la ley 100 de 1993, olvidando que es una IPS y que a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no le es aplicable tal normatividad.

Tampoco se probó que existiera por parte de EMCOSALUD una omisión, retardo, irregularidad, insuficiencia o ausencia en la prestación del servicio, por el contrario, autorizó y garantizó la ejecución de los servicios de salud al paciente a punto que culminó a satisfacción la cirugía autorizada, no existiendo un nexo causal entre el actuar de la IPS y los perjuicios que fueron reconocidos en la parte motiva de la providencia, además, EMCOSALUD no fue notificada de la situación acaecida con el paciente.

No aparece en los registros correspondientes que se haya reportado que la manta térmica o el intercambiador de calor hayan presentado alertas o fallas en el transcurso de la cirugía, por lo cual la clínica no activó los protocolos propios del caso.

- SOCIEDAD SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S solicita se revoque la sentencia de primera instancia, se declaren probadas las excepciones de CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR así como la de PERJUICIO MENOR AL MAYOR BENEFICIO OBTENIDO por ella propuestas y se la exonere de responsabilidad. Igualmente se revoque la sentencia en tanto encontró demostrada la excepción denominada EXONERACION DE RESPONSABILIDAD propuesta por la llamada en garantía ARROW MEDICAL S.A.S

Señala que existió una indebida valoración probatoria de la historia clínica pues desconoce que según la misma, para el 17 de octubre de 2014 se realizaron dos cirugías y al terminar la primera de ellas, se advierte que la manta presenta defectos de fábrica, por ende el biomédico adscrito a la clínica, opta por vulcanizar la misma, circunstancias que desdibujan las argumentaciones del fallador en tanto se conocía por las partes involucradas en la Litis que la manta venía presentando inconsistencias, por tanto, la afirmación conforme la cual las quemaduras se produjeron luego de terminada la cirugía por descuido del personal de enfermería no tiene ningún sustento.

No tuvo en cuenta el fallador el delicado estado de salud del paciente, concurriendo lamentablemente el evento del mal funcionamiento de la

manta térmica, sopesando que la cirugía no se podía suspender porque ella estaba fallando pues había riesgo de muerte. Considera desacertado que el fallador afirme que no se hicieron los esfuerzos administrativos tendientes a evitar el suceso acaecido, olvidando la distancia entre la ciudad de Ibagué y la de Bogotá, que es la sede comercializadora del producto, razón por la cual el mero trámite de hacer efectiva la garantía era demorado abriendo paso a la suspensión de la cirugía, que debía realizarse de manera inaplazable.

Que las quemaduras se causaron por defectos y la mala calidad en la confección de la manta térmica por parte de ARROW MEDICAL S.A.S y no de la clínica. Además tampoco corresponde a un hechos relacionado con la cirugía practicada la paciente, debiéndose tener en cuenta que solo fue antes de terminar la cirugía que se advirtió que probablemente el paciente había sufrido quemaduras en tanto durante todo el procedimiento estuvo boca arriba.

El paciente no fue abandonado y fue debidamente atendido y tampoco se le puede imputar un acto omisivo por no realizar mantenimiento a la manta eléctrica pues ni el perito ELKIN RONDON no señaló la necesidad de calibrar la manta antes del año de venta y el representante legal de ARROW aseguro que ese instrumental excepcionalmente se daña.

- LIBERTY SEGUROS S.A. señala que el juez de instancia, disertó sobre el fenómeno de la prescripción del contrato de seguro pero no se pronunció respecto de la modalidad CLAIMS MADE que rige la póliza de seguro contratada por SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA que fue alegada como medio exceptivo. En este caso, la oportunidad para reclamar caduco en tanto la reclamación se produjo por fuera de la vigencia de la póliza que cubrió el período 2013-11-15 al 2014-11-15

CONSIDERACIONES:

1. Revisada las actuaciones no observa esta Sala impedimento alguno para decidir el recurso incoado, en tanto, los presupuestos procesales concurren a cabalidad y no se observan presentes vicios que invaliden lo hasta ahora actuado.
2. Escuchadas las intervenciones de los apelantes, descenderá primeramente la sala en el estudio de aquellas que están dirigidas a desvirtuar la responsabilidad civil de las demandadas SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S y EMCOSALUD. Solo si se supera este examen, se adentrará en el estudio de las razones de impugnación de los litisconsortes cuasinecesarios DEVIA GOMEZ y GOMEZ y finalmente se determinará si asiste alguna obligación a las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. y ARROW MEDICAL S.A.S.
3. Encaminados en tal sentido, debe precisarse delantadamente el marco conceptual y jurídico bajo el cual se examinará la responsabilidad de las demandadas, debiendo recordarse tal como lo ha precisado la jurisprudencia especializada, que la responsabilidad médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que están a cargo del personal médico, paramédico o administrativo de la institución hospitalaria (Consejo de Estado. Sección 3. Sentencia abril 28 de 2010, rad. 18574 y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC2202 de junio 20 de 2019. Rad. 2006-00280-01).

Entre esas obligaciones, está la obligación de seguridad en virtud de la cual el deudor está obligado a cuidar de la integridad corporal del acreedor o la de las cosas que éste le ha confiado, es decir, para definirla con palabras de la Corte Suprema de Justicia, es aquella por la cual *“una de las partes en la relación negocial se compromete a devolver sanos y salvos –ya sea a la persona del otro contratante o sus bienes- al concluir el cometido que es materia de la prestación a cargo de dicha parte estipulada...”* (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. sentencia de 1 de febrero de 1993).

Según la providencia que se acaba de citar, en relación a la prestación de servicios asistenciales por parte de las entidades nosocomiales, la obligación de seguridad se traduce en el deber de *“... tomar todas las medidas necesarias para que {el paciente} no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento de las prestaciones esenciales que por razón del contrato dicho centro asume”*, identificándose así un imperativo de conducta que en el común de los casos, cuando el paciente no ha desempeñado función activa alguna en la producción del daño, constituye una obligación determinada o de resultado, mientras que en la hipótesis contraria, o sea cuando ha mediado un papel activo de la víctima en el proceso de causación del perjuicio, al establecimiento deudor tan sólo le es exigible un quehacer diligente y técnicamente apropiado, deber que se estima satisfecho en tanto demuestre que el accidente acaecido no se debió a negligencia, imprudencia o impericia de su parte. (Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Civil. Sentencia 18 de octubre de 2005. Expediente No. 14.491)

Dentro de la misma caracterización de obligación de resultado, en sentencia del 13 de septiembre de 2013 (rad. n°. 11001-3103-027-1998-37459-01), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se refirió al deber de seguridad en los siguientes términos: *“Ahora bien, debe destacar la Corte que, en el contexto de que se trata, el deber de seguridad no sólo se manifiesta en la necesidad de evitar que el paciente sufra accidentes o eventos traumáticos en el curso de la atención médica u hospitalaria, sino también en garantizar que los distintos aparatos, elementos, instrumentos, insumos, fármacos o materiales que son utilizados para la atención de la enfermedad no causen daños a las personas que son beneficiarias de los servicios de las clínicas u hospitales. Desde otra óptica, debe advertirse también que los prestadores de los servicios de salud, al igual que ocurre con los restantes intervinientes en el mercado, pueden responder por los productos que utilicen en el desarrollo de sus actividades y que se puedan considerar defectuosos, por no ofrecer la seguridad que legítimamente pueden esperar los consumidores o usuarios, campo este donde, por regla general, el deber en comento asume las características de una obligación de resultado (mírese en el mismo sentido. Sentencia 30 de abril de 2009, exp. 00629 01).*

3. Bajo ese norte, y ya descendidos a las razones de apelación de SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S, dígame frente a la excepción denominada PERJUICIO MENOR AL MAYOR BENEFICIO OBTENIDO fundamentada en términos generales en la afirmación conforme la cual, dada la envergadura y complejidad de la cirugía cardiovascular que le fue practicada al paciente, debe tenerse en cuenta que el beneficio que recibió el paciente debido al resultado exitoso de la misma fue mayor con respecto al menor riesgo que se concretó en las quemaduras sufridas por él sufridas, que la excepción estaba llamada al fracaso en tanto, como arriba se vio, en éste particular asunto, la responsabilidad del ente hospitalario se discute desde la obligación de seguridad que lo compelió a garantizar la seguridad del paciente, independientemente del éxito o no de la cirugía.

3.1 Ahora, se encuentra demostrado en el proceso que CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ resultó lesionado el 17 de octubre de 2014, debido a que sufrió

quemaduras en la espalda, glúteos y cara posterior de los brazos en el transcurso de una cirugía vascular a él practicada, como aparece documentado en la historia clínica de SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA de la siguiente manera:

- El 18 de octubre de 2014 a las 09:22 horas, se registró en la historia clínica del paciente: *“se revisa dorso con presencia de áreas de quemaduras en tercio superior de la espalda con presencia de flictenias rojas y en área glútea bilateral junto con cara posterior de brazos, posiblemente secundaria a quemaduras por manta eléctrica en quirófano, Se ordena sulfaplata (sulfadiazina o eplata), vendas vaselinadas y ante alto riesgo de sobreinfección se ordena inicio de cubrimiento antibiótico cefepine vancomicina dada la perturbación de barreras innatas de la piel. Vigilancia estricta de quemadura de 2do grado área corporal mas o menos 20%. Resto de manejo, igual.”* (folio 123 vuelto C.1).
- El 20 de octubre de 2014, el cirujano cardiovascular deja la siguiente nota: *“quemadura grado II, superficial del 6% en tórax posterior, brazos y glúteo. No requiere manejo quirúrgico por esfacelación casi completa y evitar riesgo quirúrgico (...) anotando como diagnostico “quemaduras que afectan menos del 10% de la superficie del cuerpo”* (folio 127 vuelto C.1).
- Entre los días 21 a 28 de octubre de 2014, la misma especialidad dejo anotado que la quemadura grado 2 en dorso, se encontraba en proceso de cicatrización con mejoría marcada con tratamiento con sulfaplata y parches de acuacel (fls. 129 vuelto a 138 C.1), siendo remitido el día 28 a la clínica Minerva para continuar con la atención del paciente.
- El 29 de octubre de 2014 al momento de ingreso a la Clínica Minerva, se anota en la epicrisis, que el paciente presenta *“quemadura de 1 y 2 grado en dorso con extensión del 20% de superficie corporal”* por lo que se ordena manejo conjunto con cirugía plástica y medicina interna – cardiología (fl. 279 C1). Al examen físico se anota: *“dorso, se evidencian múltiples heridas en región dorsal superior de 2 grado superficial y profundo, No se evidencian aparentes signos de infección. Región glútea, se evidencian heridas por quemaduras de 2 grado profundo en ambos glúteos. Extremidades sin edema, con adecuada perfusión distal (...) se evidencia región de quemadura en dorso de miembro superior izquierdo, en región posterior”* y se indica que fue valorado por cirugía plástica quien *“refiere necesidad de remisión prioritaria para manejo integral en unidad de quemados debido a la extensión y el compromiso de superficie total comprometido: 12%, además se destaca alto riesgo de complicaciones secundarias incurriendo en un riesgo de infección debido a que el entorno donde se encuentra el paciente no es un área idónea para el aislamiento del paciente”* (fl. 280 C1)
- El 12 de noviembre de 2014, el paciente es atendido por el Dr. Nicolás Prada Garay, cirujano plástico quien conceptúa quemaduras de 3 grado y ordena su hospitalización (fl. 275 C1)

Documental ésta que da cuenta no solo de las lesiones que sufrió el paciente, sino de la gravedad de las mismas, llamando la atención que mientras los médicos de la especialidad cirugía vascular que tuvieron a su cargo la recuperación del paciente en el SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S hacían referencia a quemaduras “superficiales” de menos del 10% del cuerpo en proceso de cicatrización con “mejoría marcada”. En la clínica MINERVA al que fue posteriormente remitido el paciente se hace referencia a una *“quemadura de 1 y 2 grado en dorso con extensión del 20% de superficie corporal”* unas profundas y otras superficiales, haciéndose necesario la

remisión a la unidad de quemados debido a la extensión y el compromiso de superficie total comprometida y el alto riesgo de complicaciones secundarias, criterio médico que se acompasa con el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima que únicamente con relación a las quemaduras sufridas por el paciente estableció una pérdida de capacidad laboral del 14,40% (folios 384 a 390 C1), por lo tanto, el daño ocasionado a DEVIA RAMIREZ está demostrado.

3,2 Ahora, sobre la forma cómo se produjeron las quemaduras al paciente, obra en el expediente oficio suscrito por el Dr. JORGE EDWIN LARA SALINAS en su calidad de GERENTE SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S y dirigido a CAROLINA DEVIA GOMEZ, hija del paciente, en el mes de octubre de 2014, aportado junto con el escrito de demanda (folios 16 a 18 C1), que en respuesta a las reclamaciones por las quemaduras sufridas por el señor DEVIA RAMIREZ anexa concepto del Dr. NOE FABIAN HOYOS, médico general Coordinador de la unidad y del Biomédico de la Unidad, JJUAN CARLOS MARIÑO.

Pues bien, el Dr. NOE FABIAN HOYOS (folios 19 a 20 C1), informa que el 18 de octubre del 2014, ingresa el paciente de quirófano *“con percance en quirófano debido a quemadura de grado I y II en dorso, en tercio superior y en glúteos”* anotando más adelante *“ante la quemadura involuntaria causada por la manta eléctrica utilizada y necesaria en el procedimiento quirúrgico, se solicitó a la empresa encargada de dicha manta, dado que es un implemento nuevo que no lleva más de un año en uso, se informe al proveedor para su revisión y según su investigación nos informen para dar una adecuada corrección. Por el momento dicha manta se envió para su revisión”*

Y JUAN CARLOS MARIÑO (fl. 21 C1), procede a dar informe del evento ocurrido el 17 de octubre de 2014, indicando que ese día en horas de la mañana estaban programadas dos cirugías vasculares:

“para la primera cirugía, a las 7 a.m., se encontró que la manta térmica tenía un poro en una de las costuras. Dicha manta se llevó para vulcanizar el poro y se volvió a instalar para la segunda cirugía.

El equipo entró en funcionamiento y al parecer hubo una restricción del flujo del agua y se subió la temperatura en la manta y no causó ningún tipo de alarma en el equipo. El equipo se envió a Bogotá para verificar los parámetros de fábrica”

Revidado minuciosamente el expediente, no se encontró anotación alguna respecto de la intervención quirúrgica del 17 de octubre de 2014, por tanto, se desconoce qué fue lo que realmente ocurrió al interior de la misma, ¿cuándo se dieron cuenta los presentes en la cirugía que el paciente se encontraba quemado? y ¿qué medidas se tomaron en ese momento?, pues todas las anotaciones a partir de la intervención quirúrgica empiezan con la nota adjunta de ingreso a la unidad de cuidado intensivo el día 18 de octubre, donde someramente se narra el accidente ocurrido al paciente.

Sin embargo, de las documentales, se puede extraer que fue en el transcurso de la mencionada cirugía, que el paciente resultó con las quemaduras a las que arriba se ha hecho referencia, pues así lo refiere el Dr. NOE FABIAN HOYOS en el documento ya referido, al indicar que el paciente sufre *“... percance en quirófano debido a quemadura de grado I y II en dorso, en tercio superior y en glúteos”* y tanto el galeno como el biomédico, señalan que la causa de las quemaduras fue un desperfecto en la manta térmica. De igual manera, en la historia clínica en nota adjunta del 18 de octubre de 2014, el Dr Hoyos señala que las lesiones en la espalda, región glútea y cara posterior de los brazos que se observan en el paciente obedecen *“... a quemadura por manta térmica en quirófano”*, por tanto, el daño sufrido por el señor DEVIA

RAMIREZ es imputable a SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S en tanto las quemaduras las sufrió estando en el quirófano cuando se le practicaba una cirugía vascular en esa institución de salud.

Ahora bien, tal como lo ha señalado la jurisprudencia especializada, en el contexto de que se trata, (i) que el deber de seguridad no solo se manifiesta en la necesidad de evitar que el paciente sufra accidentes o eventos traumáticos en el curso de la atención médica u hospitalaria, sino también en garantizar que los distintos aparatos, elementos, instrumentos, insumos, fármacos o materiales que son utilizados para la atención de la enfermedad no causen daños a las personas que son beneficiarias de los servicios de las clínicas u hospitales y (ii) desde otra óptica, debe advertirse también que los prestadores de los servicios de salud, al igual que ocurre con los restantes intervinientes en el mercado, pueden responder por los productos que utilicen en el desarrollo de sus actividades y que se puedan considerar defectuosos, por no ofrecer la seguridad que legítimamente pueden esperar los consumidores o usuarios, campo este donde, por regla general, el deber en comento asume las características de una obligación de resultado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia abr. 30/2009, Exp. 00629 01).

Así las cosas, sea de medios o de resultado, resulta de todos modos aplicable al presente asunto lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil en cuanto a que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo. La prueba del caso fortuito al que lo alega”*, por tanto, incumbía al SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S., demostrar que las quemaduras producidas al paciente se produjeron pese a que fue diligente y cuidadoso, si se tuviera como obligación de medios o, que medio una causa extraña, si se tuviere como una obligación de resultado.

En su defensa, el ente hospitalario, propuso la excepción que denominó EXISTENCIA DE UN CASO FORTUITO QUE ROMPE LA CAUSALIDAD ADECUADA indicando que no eran previsibles las quemaduras por manta eléctrica pues la misma se encontraba en periodo de garantía, se había revisado previamente al procedimiento y no era posible pensar en algún daño en la misma que causara un perjuicio al paciente y no era resistible, porque aún, cuando el equipo se hubiere percatado del daño, dadas las características de la cirugía y las condiciones del paciente, no era posible suspender el procedimiento sin poner en riesgo la vida del señor DEVIA RAMIREZ.

La fuerza mayor o el caso fortuito se encuentra definido en el artículo 64 del Código Civil como *“el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*, es decir, que ha de tratarse de fenómenos externos al sujeto cuyo comportamiento se analiza, imprevisibles (hechos súbitos, sorprendidos, insospechados) e irresistibles (que los efectos del hecho no puedan ser exitosamente enfrentados o conjurados por una persona común).

De los medios de convicción obrantes en el expediente se sabe que tal como lo señaló en su informe el biomédico JUAN CARLOS MARIÑO *“para la primera cirugía, a las 7 a.m., se encontró que la manta térmica tenía un poro en una de las costuras. Dicha manta se llevó para vulcanizar el poro y se volvió a instalar para la segunda cirugía”*, es decir, que el personal médico y de enfermería de SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S advirtió en la cirugía de las 7:00 am que la manta térmica estaba deteriorada (poro en una de las costuras), decidieron arreglarla ellos mismos *“vulcanizándola”* y poniéndola nuevamente al servicio en la segunda

cirugía que fue la que se le realizó al señor DEVIA RAMIREZ con los resultados conocidos.

En su declaración el testigo ELKIN ALBERTO RENDON VARELA (record 2:12:07 en adelante CD folio 274), Tecnólogo biomédico especializado en ingeniería biomédica. Director del Departamento de Ingeniería y Soporte Técnico de ARROW SAS, en su declaración explicó que la manta térmica, es un plástico siliconado que se coloca sobre la mesa quirúrgica y va conectada con una manguera a un equipo que se llama intercambiador de calor que tiene agua y unas resistencias eléctricas que se encargan de calentar el agua. El intercambiador a través de unas bombas le envía el agua que fluye hacia la manta térmica a través de unos panales y se devuelve al equipo, de tal manera que la temperatura que se le haya fijado al intercambiador es la misma temperatura a la que estará la manta. Aclara que la manta térmica por sí sola no funciona.

Que las dos únicas causas por las que se pueden generar quemaduras por manta térmica son: (i) que se haya dejado una temperatura muy alta (42°) y se haya dejado al paciente mucho tiempo sometido esa temperatura o, (ii) que se haya fijado una temperatura mucho menor, por ejemplo 39° y el equipo (esto es, el intercambiador de calor) entregue más temperatura por un desajuste electrónico.

También pudo haber ocurrido una fuga de agua por el tiempo de uso, porque se haya pinchado por algún elemento que es común en cirugía, tales como pinzas, escalpelos y en éste caso no hay una técnica que permita solucionar este problema del pinchazo y de la fuga de agua, pues el fabricante no avala ningún tipo de parche para arreglarla, sino que hay que reemplazar la manta. Frente a la pregunta de si se podía vulcanizar la manta, explicó que no es una técnica que avale el fabricante, pero que sí, eventualmente se puede hacer bajo la entera responsabilidad de quien lo hace. Que la manta térmica puede tener una duración de 2 años, salvo que se rompa.

De igual manera, como anexo a la contestación al llamamiento en garantía que SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S hace a ARROW MEDICAL S.A.S., se aportó el manual de instrucciones de la manta (folios 88 y 89 C7), donde en el acápite de advertencias se lee textualmente:

“1. Se requiere la orden de un médico para el ajuste de la temperatura y para el uso de la terapia. Se debe controlar a los pacientes al menos cada 20 minutos o según las indicaciones de un médico. Los pacientes de mayor riesgo, incluidos los pacientes pediátricos, los pacientes sensibles a la temperatura y los pacientes en quirófano, deben ser controlados con mayor frecuencia.

2. Monitoree la temperatura de la piel y el estado del paciente, prestando especial atención a todas las protuberancias óseas. Avise al médico si hay cambios en el estado del paciente”

Medios de convicción que permiten advertir que las quemaduras sufridas por el señor DEVIA RAMIREZ no obedecieron a un acto externo a la clínica SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA, en tanto en la producción del daño hubo contribución o culpa del demandado.

Es que cosa distinta no se puede concluir, cuando el biomédico JUAN CARLOS MARIÑO, en el informe por él rendido señala que antes de la cirugía se observó un desperfecto en la manta térmica, esto es, un poro en una de las costuras. Según el testigo ELKIN ALBERTO RENDON VARELA, éste desperfecto da lugar a desechar la manta pues el fabricante no autoriza colocación de parches ni vulcanizados.

No obstante lo anterior, el ente hospitalario decidió, sin que ello fuera lo técnicamente aconsejable como un procedimiento seguro, corregir el desperfecto mediante el vulcanizado, por tanto, el uso de un elemento quirúrgico que se sabía de antemano no se encontraban en óptimo estado, no puede considerarse como un acto externo al agente. Sin que de otro lado, se encuentre demostrado en el expediente que el paciente hubiere tenido conocimiento del desperfecto de la manta térmica y voluntariamente hubiese aceptado su uso en el procedimiento quirúrgico como parece insinuarlo el señor apoderado de SERVICIO CRITICO DEL TOLIMA en sus alegaciones.

También en las mismas, el apoderado judicial pretende trasladarnos a un escenario que no esta probado en el proceso y es que el médico cirujano y el equipo médico que intervino en la cirugía, sopesando el riesgo que para la vida del paciente implicaba suspender la cirugía, decidieron adelantar el procedimiento asumiendo que las quemaduras que debido al desperfecto de la manta podía sufrir el paciente sería un mal menos grave frente a la posibilidad de perder la vida sino se le realizara la cirugía, hipótesis que además resulta impensable, pues resultaría contrario a la ética médica que los galenos que tenían a su cargo la salud del paciente lo hubieran sometido de manera consciente y voluntaria a las graves quemaduras que aquel sufrió en su humanidad.

Pero es que además, como arriba se señaló, no obra en la historia clínica el operatorio realizado el actor el día 17 de octubre de 2014, se sabe que se realizó ese día por las referencias que en las anotaciones posteriores en la historia clínica se hacen pero no se insiste, porque en ella conste, por tanto, se ignora en qué momento se percataron de las quemaduras del paciente y en ese sentido, las afirmaciones del recurrente conforme las cuales *“en el desarrollo de la cirugía y antes de terminar la misma. se advirtió que el paciente había sufrido lesiones personales en su humanidad”* sin que el juez haya tenido en cuenta *“(…) que de acuerdo a las reglas máximas de la experiencia y desde un aspecto lógico, que un paciente que es sometido a cirugía abierta del corazón se encuentra en posición boca arriba y no puede ser movilizado para alguno de sus lados, ni mucho menos volteado, como quiera que sus demás órganos deben permanecer intactos en la cavidad del tórax”*, carecen de todo soporte probatorio.

Tampoco puede predicarse la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho, por las razones ya expuestas, pues no resulta improbable que una manta térmica defectuosa pueda producir quemaduras en la piel. Pero además, como arriba se vio, el hecho de que se tratara de un paciente en quirófano usando una manta térmica, obligaba a estar controlándolo con bastante frecuencia al igual que debía monitorearse la temperatura de su piel, cosa que al parecer no ocurrió, pues no otra cosa puede deducirse de las graves quemaduras por éste padecidas según puede apreciarse de las fotografías que fueron aportadas con la demanda y que obran a folios 4 a 15 del C1, en tanto, si se hubiera controlado al paciente con la regularidad que indica el manual de funcionamiento de la manta, se habría advertido el exceso de la temperatura al que estaba siendo sometido y se habrían podido tomar las medidas médicas y técnicas que evitaran el daño y su propagación.

Así las cosas, al no estar demostrada la existencia de una causa extraña, como tampoco que el ente hospitalario haya obrado con diligencia y cuidado, en ningún yerro incurrió el juez de instancia al declarar la responsabilidad de SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S pues además se encuentra plenamente acreditado el daño sufrido por el paciente a raíz de las quemaduras que afectaron su integridad, que esas quemaduras se produjeron en el desarrollo del acto quirúrgico y que no están contempladas como un riesgo inherente al procedimiento

vascular al que fue sometido y, por ello, tampoco el paciente estaba en la obligación de soportar.

Finalmente frente a la llamada en garantía ARROW MEDICAL S.A.S , baste con decir, que el llamante no cumplió con la carga de demostrar que el daño que se dice sufrió la manta térmica se debió a *“los defectos y mala calidad en la confección de la manta térmica”* como lo alega en su recurso y si bien es cierto que el testigo ELKIN ALBERTO RENDON VARELA, afirmó que la manta se encontraba en periodo de garantía y tiene una duración de aproximadamente 2 años, también indicó que puede acaecer que la manta se pinche por algún elemento que es común en cirugía, tales como pinzas, escalpelos y que ese caso no se encuentra cubierto por la garantía, debiendo reemplazarse la manta.

Así las cosas, el recurso de apelación de SERVICIO CARDIOCRITICO DE OCCIDENTE no está llamado a prosperar.

4°. EMCOSALUD por su parte, radica su inconformidad en tres puntos esenciales: (i) que es una IPS al servicio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que por lo tanto, no le son aplicables las normas contenidas en la Ley 100 de 1993, que sirvieron de soporte al juez de instancia para declarar su responsabilidad, por expresa disposición del artículo 279 de la misma normativa. (ii) Que no se probó que existiera de su parte una omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio y (iii) que no se le puede atribuir a los médicos omisión o ineficiencia en los servicios prestados.

Frente a éstas argumentaciones, empiécese por señalar que tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, si bien es cierto que los docentes cuentan con un régimen especial de seguridad social, no lo es menos que las entidades encargadas de prestarles el servicio de salud, en razón a ello, puedan sustraerse a la aplicación de los principios y valores que en materia de salud establece la ley 100 de 1993, pues tal como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia T-1028 de 2006, el carácter excepcional del régimen de seguridad social no implica, en manera alguna, que los principios generales de la seguridad social queden por fuera de su regulación.

En ese orden de ideas, conforme la Ley 100 de 1993, las empresas prestadoras del servicio de salud tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

La atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina *“cultura de seguridad del paciente”*, que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la virtualidad de repercutir en un evento adverso (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC13925 de septiembre 30 de 2016. Radicación N° 05001-31-03-003-2005-00174-01).

En tal sentido, estando demostrada una falla en la obligación de seguridad de la clínica por ella contratada para *“la atención de los docentes activos, pensionados y beneficiarios del Departamento del Tolima afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio”* que se evidenció en las quemaduras sufridas por el

paciente en el acto quirúrgico, puede deducirse una falla en el servicio salud prestado por la Cooperativa a la éste se encontraba afiliado y en ese sentido, debe responder directamente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil, por lo que el recurso interpuesto no tiene vocación de prosperidad.

5°. Establecida entonces la responsabilidad de las demandadas, descende la sala en las razones de apelación de los litisconsortes cuasinecesarios, señores MARIA GLADYS GOMEZ. CAROLINA, ADRIANA Y LUIS CARLOS DEVIA GOMEZ, que se fundamenta en que estando demostrada al interior del proceso la calidad de cónyuge en la primera y de hijos de los restantes del señor CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ, aquellos tienen derecho a que se les reconozcan perjuicios morales en razón a las lesiones sufridas por el esposo y padre, respectivamente.

Frente a la misma, ha de empezarse por señalar, que si bien es cierto que en determinadas hipótesis, por demás excepcionales, la ley presume -o permite que se presuma- la existencia de perjuicios, tal cosa no sucede en el supuesto de los perjuicios morales, que por ende están sujetos a prueba, lo que pasa es que la jurisprudencia especializada de la Corte Suprema de Justicia ha admitido, en unos específicos casos donde la víctima ha fallecido y la indemnización es reclamada por sus parientes cercanos, que la prueba de los mismos reside en una presunción judicial que se asienta en evidentes reglas o máximas de la experiencia, en tanto que estos (padres, hijos, hermanos y cónyuge del fallecido), unidos por la complejidad de los vínculos familiares, pueden sufrir dolor o congoja debido a esa pérdida, presunción que por ser judicial, puede ser desvirtuada en el proceso. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil Sentencias mayo 11 de 1976 y sentencia No. 60 febrero 23 de 1990)

Excepcionalmente también se ha aplicado esta presunción en el caso de lesiones personales en atención a los lazos afectivos que unen a la familia. En sentencia SC 5885-2016 de mayo 6 de 2016 Rad. 2004-00032-01 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, reconoció perjuicios morales con fundamento en la prueba de presunción, para los parientes de una mujer víctima de accidente de tránsito atendiendo a que: *“Ese sufrimiento y dolor se presume también lo padecen los padres y hermanas por tratarse de una familia con fuertes lazos afectivos, pues para el momento de presentación del libelo [24 feb. 2004], tres años después de sucedido el accidente, aún convivían bajo un mismo techo, amén de que esta presunción no fue desvirtuada”*

Posición similar ha adoptado el Consejo de Estado, cuando ha señalado que: *“En relación con el perjuicio moral, debe precisarse que la Sala en recientes pronunciamientos ha señalado que éste se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. En tal sentido, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que pone de manifiesto que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con el daño irrogado a uno de sus miembros”* (Consejo de Estado. Sección 3. Sentencia 26 de febrero de 2009. Rad. 1996-02381-01 (16727))

Conforme el norte jurisprudencial acabado de señalar, dígame que en el presente asunto aparece demostrado en el expediente que CAROLINA, ADRIANA Y LUIS CARLOS DEVIA GOMEZ son hijos del señor DEVIA RAMIREZ, sin que se haya desvirtuado en el curso del proceso el vínculo afectivo entre ellos existente, lo que se refuerza con la documental obrante a folios 18 y s,s, del cuaderno principal que da cuenta que fue CAROLINA DEVIA GOMEZ, quien invocando su calidad de hija del paciente, elevó en el mes de octubre de 2014 reclamo ante la gerencia de

SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S, por las quemaduras producidas a su padre, denotando que tanto ella como sus hermanos se preocuparon por la suerte de aquel, pudiendo deducir razonablemente que tal situación les produjo congoja y aflicción, por lo que hay lugar a reconocer perjuicio moral a su favor.

No ocurre lo mismo con la señora MARIA GLADYS GOMEZ, pues demostrado se encuentra en el expediente que a pesar de estar unidos en vínculo matrimonial, hace más de 20 años con el señor DEVIA RAMIREZ, la pareja no tiene vida conyugal y que en ese lapso aquel convive con la señora LUZ STELLA GUTIERREZ, sin que pueda deducirse la existencia de un vínculo afectivo tal que la situación de aquel le hubiese producido aflicción, dolor en grado tal que deba ser indemnizado pues no obra prueba alguna en el expediente que así lo demuestre y sin que el mero hecho de que tenga afiliado en salud al señor DEVIA RAMIREZ, según constancia obrante a folio 323 C1., sirva per se, para demostrar el perjuicio por el que se indaga.

Así entonces se reconocerá a favor de los señores CAROLINA DEVIA GOMEZ, ADRIANA DEVIA GOMEZ y LUIS CARLOS DEVIA GOMEZ por concepto de perjuicio moral, la suma de \$10.533.636 a cada uno, en tanto, debe tenerse en cuenta que para la fecha de ocurrencia de los hechos y con posterioridad a los mismos no tienen la misma residencia de su padre y se mantendrá la negativa de indemnización de la señora MARIA GLADYS GOMEZ.

6. Finalmente, desatará la sala el recurso de apelación interpuesto por la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. conforme la cual el juez de instancia omitió pronunciarse respecto de la modalidad CLAIMS MADE que rige la póliza de seguro contratada por SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA que fue alegada como medio exceptivo, habiendo caducado la oportunidad para reclamar, en tanto, la misma se produjo por fuera de la vigencia de la póliza que cubrió el período Nov. 15 /2013 a Nov 15/2014.

Escuchado el audio de la sentencia proferida por el señor juez de instancia, advierte la Sala que efectivamente el señor juez de instancia no realizó ningún pronunciamiento respecto de la excepción denominada INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION POR APLICACIÓN DE LA CLAUSULA CLAIMS MADE propuesta frente al llamamiento en garantía realizado por SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S, por lo que seguidamente se ocupara la sala de ella.

Encaminados en tal sentido, empiécese por determinar el marco normativo, doctrinario y jurisprudencial en que se enmarca el tema:

El artículo 4° de la ley 389 de 1997 dispone que: «en el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad, la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años».

Conforme la norma en cita, una de las formas de pactar el seguro con fundamento en la ocurrencia del hecho, es la modalidad claims made consistente en que la aseguradora se obliga a mantener indemne el patrimonio del asegurado frente a la responsabilidad originada en un «hecho externo» que le sea imputable, sin importar la época de su ocurrencia, siempre y cuando la víctima del evento dañoso

formule la reclamación al asegurado o al asegurador, durante la vigencia de la póliza.

El tratadista CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, señala que las cláusulas “claims made” pueden ser puras, con cobertura retroactiva y con cobertura prospectiva.

En la primera, esto es, la pura, se amparan las circunstancias de responsabilidad civil reclamadas y ocurridas durante la vigencia de la póliza. En la modalidad con retroactividad se da cobertura a aquellas reclamaciones que se presenten en vigencia de la póliza y que tengan su origen en hechos y circunstancias acaecidas durante la vigencia de la misma o con anterioridad, al inicio de la vigencia de la póliza, siempre y cuando los mismos se encuentren dentro del rango de tiempo pretérito otorgado y sean desconocidos por el asegurado.

La última, esto es la modalidad prospectiva o “con cobertura ulterior”, o “cláusula de cobertura posterior”, o “subsiguiente o post contractum”, al decir, del tratadista en comentario “... hunde sus raíces en la finalidad de ampliar el espectro temporal de la cobertura, en principio limitado al término de vigencia del seguro, a fin de que se extienda un tiempo más, concretamente el periodo que ex voluntate se pacte, el que por ello se conoce ordinariamente como “periodo post-contractum”, pues funge como un lapso aledaño, adicionado o agregado” (JARAMILLO JARAMILLO. CARLOS IGNACIO. DERECHO DE SEGUROS. Tomo II. Bogotá D.C., Editorial Temis S.A.-Pontificia Universidad Javeriana. 2011. Pág. 438 y ss)

La jurisprudencia especializada se ha pronunciado frente esta modalidad, de la siguiente forma:

“Como efecto de la incorporación al ordenamiento jurídico patrio de -estos pactos [las pólizas de seguro bajo la modalidad de reclamación], la ausencia de un requerimiento tempestivo, hace inane el daño originado en la actuación de los administradores o equivalentes, pues impide el surgimiento de la obligación indemnizatoria a cargo de la empresa aseguradora. Luego, con independencia de los elementos requeridos para la configuración del siniestro -concebido en el precepto 1072 del estatuto mercantil como la realización del riesgo asegurado-, lo cierto es que se consagró una formalidad adicional, a efectos de que la aseguradora quede obligada a su pago, itérese, la radicación de la reclamación dentro del espacio temporal de cobertura.

Entonces, la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 ejusdem es suficiente para la configuración del siniestro, empero, si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (claims made), también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza -de existir acuerdo contractual.

Esta doble exigencia consagrada en la ley 389 de 1997 (siniestro y reclamación dentro del término específico), no admitida en el sistema tradicional de suceso dañoso imputable al asegurado a que se refiere el precepto 1131 de la codificación mercantil, deberá agotarse en todos los casos para el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurador” (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Sentencia 10300 julio 18 de 2017, citada en sentencia SC5217 de diciembre 3 de -2019 Radicación n.º 11001-31-03-015-2008-00102-01)

Ahora, en el presente asunto, el llamamiento en garantía a la aseguradora se hizo con fundamento en la póliza No. 386933 (fls 37 y 38 C.6) “*de responsabilidad civil profesional clínicas, hospitales, sector salud – claims made*” habiéndose pactado: “*modalidad: claims made, período de retroactividad al inicio de vigencia de la primera póliza expedida de forma continua con liberty*” con cobertura desde el 2013-11-15 hasta el 2014-11-15,

Se trata entonces de una clausula claims made con modalidad retroactiva, según la clasificación que acaba de verse, por lo tanto, cubría hechos ocurridos en vigencia de la póliza y hechos ocurridos con retroactividad al inicio de la primera póliza expedida de forma continua por Liberty Seguros, siempre y cuando la reclamación se hiciese en vigencia de la citada póliza No. 386933 y los hechos fuesen desconocidos para el asegurado.

Llama la atención la circunstancia de que las partes no pactaron un periodo extendido de reclamación al término de la vigencia de la citada póliza, surgiendo entonces la pregunta de si del silencio del texto contractual a ese respecto, permite entonces tener esa prerrogativa como implícitamente incorporada al contrato o de si debía ser expresamente pactada para que opere entre las partes?

Para la Sala, la primera opción no es factible, pues no han sido determinados sus principales características, como lo son su extensión temporal, su precio y en general todas las demás condiciones ligadas a su otorgamiento, por tanto, deberá entenderse que la modalidad claims made prospectiva o “con cobertura ulterior”, o “cláusula de cobertura posterior” debe ser expresamente pactada, por lo que si los contratantes no lo hicieron – como ocurre en el caso que nos ocupa – la reclamación está circunscrita al periodo de vigencia de la póliza.

Así entonces, en el presente asunto el hecho o circunstancia dañosa ocurrió el 17 de octubre de 2014, es decir dentro de la vigencia de la póliza, pero como arriba se vio, se requiere además que la reclamación –judicial o extrajudicial - se haya hecho en el término de vigencia pactado por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa y conforme obra a folios 23 y 24 del C.1, la reclamación de los demandantes principales a SERVICIO CARDIOCRITICO DE TOLIMA S.A.S se concretó de manera extrajudicial, en la audiencia de conciliación llevada a cabo el 23 de junio del 2016, es decir, por fuera de la vigencia de la póliza No. 386933, que sirvió de base al llamamiento, razón por la cual, no nació la obligación resarcitoria a cargo de la aseguradora, abriéndose paso la excepción bajo estudio.

Así las cosas, se modificará el numeral 1 de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de excluir a LIBERTY SEGUROS S.A. de su contenido; se adicionara el numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia con un párrafo en el sentido de declarar probada la excepción denominada INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION POR APLICACIÓN DE LA CLAUSULA CLAIMS MADE propuesta por LIBERTY SEGUROS S.A.; Se adicionará el numeral 3 de la parte resolutive de la sentencia con un párrafo en el sentido de CONDENAR en costas a SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S y a favor de LIBERTY SEGUROS S.A. El valor de las agencias en derecho será fijado por el juez de instancia y se modificará el numeral 8 de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de excluir de la condena allí impuesta a LIBERTY SEGUROS S.A. como entidad aseguradora la SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.; Se modificará el numeral 4 de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de excluir de las mismas a CAROLINA DEVIA GOMEZ, ADRIANA DEVIA GOMEZ y LUIS CARLOS DEVIA GOMEZ y se adicionará el numeral 6 de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de reconocer a favor de cada uno de los mencionados la suma de \$10.533.636 por concepto de perjuicios morales, se adicionará el numeral 9 de la parte resolutive de

la sentencia en el sentido de que la condena en costas se extiende a favor de los señores CAROLINA DEVIA GOMEZ, ADRIANA DEVIA GOMEZ y LUIS CARLOS DEVIA GOMEZ y se confirmará el resto de la providencia por las razones aquí expuestas.

Ante la improsperidad del recurso de apelación interpuesto por SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S y por la EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD "EMCOSALUD" se los condenara en costas de esta instancia a favor de los demandantes CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ, LUZ STELLA GUTIERREZ y OSCAR DAVID DEVIA GUTIERREZ, CAROLINA DEVIA GOMEZ, ADRIANA DEVIA GOMEZ y LUIS CARLOS DEVIA GOMEZ.

De igual forma, ante la improsperidad del recurso de apelación interpuesto por MARIA GLADYS GOMEZ, se la condenara en costas de ésta instancia a favor de SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S y de la EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD "EMCOSALUD" (artículo 365 C.G.P.)

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el ***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil Familia*** de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFIQUESE el numeral 1 de la parte resolutive de la sentencia que se revisa, en el sentido de excluir del mismo LIBERTY SEGUROS S.A.. de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ADICIONESE el numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de **DECLARAR PROBADA** la excepción denominada INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION POR APLICACIÓN DE LA CLAUSULA CLAIMS MADE propuesta por LIBERTY SEGUROS S.A. de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- ADICIONESE el numeral 3 de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de CONDENAR en costas a SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S y a favor de LIBERTY SEGUROS S.A. El valor de las agencias en derecho será fijado por el juez de instancia.

CUARTO.- MODIFICASE el numeral 4 de la parte resolutive de la sentencia que se revisa el cual quedará así:

“CUARTO.- DENEGAR las pretensiones incoadas por MARIA GLADYS GOMEZ en su condición de cónyuge de CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

QUINTO.- ADICIONAR el numeral 6 de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de reconocer a favor de CAROLINA DEVIA GOMEZ, ADRIANA DEVIA GOMEZ y LUIS CARLOS DEVIA GOMEZ la suma de \$10.533.636 para cada uno, por concepto de perjuicios morales.

SEXTO.- MODIFICAR el numeral 8 de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de excluir de la condena allí impuesta a LIBERTY SEGUROS S.A. como entidad aseguradora de SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A., conforme lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO.- ADICIONASE el numeral 9 de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de que la condena en costas allí impuesta se extiende también a favor de CAROLINA DEVIA GOMEZ, ADRIANA DEVIA GOMEZ y LUIS CARLOS DEVIA GOMEZ

OCTAVO.- CONFIRMESE el resto de la sentencia proferida el 24 de enero del 2020 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué dentro del presente proceso por las razones aquí expuestas.

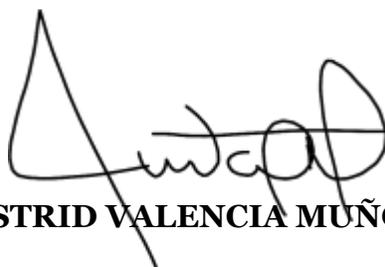
NOVENO.- CON COSTAS de ésta instancia a cargo de SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S y la EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD “EMCOSALUD” a favor de los demandantes CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ, LUZ STELLA GUTIERREZ y OSCAR DAVID DEVIA GUTIERREZ, CAROLINA DEVIA GOMEZ, ADRIANA DEVIA GOMEZ y LUIS CARLOS DEVIA GOMEZ. Las agencias en derecho se fijan en la suma equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECIMO.- CON COSTAS de ésta instancia a cargo de MARIA GLADYS GOMEZ y a favor de SERVICIO CARDIOCRITICO DEL TOLIMA S.A.S y de la EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD “EMCOSALUD”. Las agencias en derecho se fijan en la suma equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La presente decisión se suscribe con firma escaneada, teniendo en cuenta las medidas adoptadas en el Acuerdo PCSJA20-11521 del Consejo Superior de la Judicatura y prorrogadas en Acuerdo PCSJA20-11549 de 7 de mayo de 2020 y artículo 11 del Decreto 491 de 28 de marzo de 2020. Las presentes firmas corresponden al proceso declarativo radicación 73001-31-03-005-2017-00133-03

Los Magistrados,

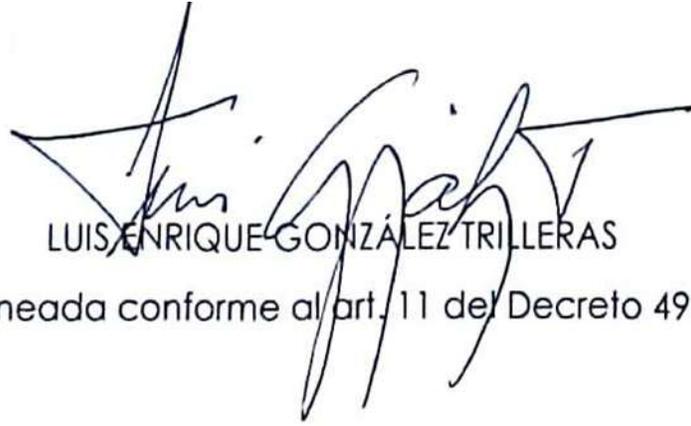


ASTRID VALENCIA MUÑOZ



RICARDO ENRIQUE BASTIDAS ÒRTIZ
Firma escaneada según Decreto 491 de 2020

Radicación No: 73-001-31-03-005-2017-00133-03
Dte: CARLOS FRANCISCO DEVIA RAMIREZ Y/O
Ddo: EMCOSALUD Y/O



LUIS ENRIQUE GONZÁLEZ TRILLERAS

(Firma escaneada conforme al art. 11 del Decreto 491 de 2020)