



**CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DEL ATLÁNTICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA SÉPTIMA DE DECISION CIVIL-FAMILIA**

Magistrada Sustanciadora:
Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

Barranquilla, Mayo Dos (2) del año Dos Mil Veintidós (2022)
Radicación: 43.209 (08 - 001- 31- 53- 016- 2018- 00263- 01)
ACTA No.022

I. ASUNTO A TRATAR. -

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por ambas partes contra los puntos 3º parcial, 4º y 5º de la Sentencia fechada 3 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito Oral de Barranquilla, dentro del proceso verbal de Responsabilidad Médica impetrado por los ciudadanos **TEDDY JAVIER CUENTAS REGINO, PEGGY DEL SOCORRO BRIEVA ACOSTA** y **THALIANA SOFIA CUENTAS BRIEVA** contra la sociedad **OINSAMED S.A.S.** propietaria del establecimiento de comercio denominado **CLÍNICA LA MISERICORDIA INTERNACIONAL**, y los médicos: **MARÍA DE JESÚS MASS JURADO** y **RODMAN JOSÉ CHAMORRO OSPINO**; asunto al que fueron llamados en garantía las aseguradoras **LIBERTY SEGUROS S.A.** y **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.**

II. ANTECEDENTES. -

Los demandantes exponen los hechos que se sintetizan así:

1. Que el día 15 de diciembre de 2015, la señora **PEGGY DEL SOCORRO BRIEVA ACOSTA** fue atendida en la **CLÍNICA LA MISERICORDIA INTERNACIONAL** de esta ciudad, en donde le fue practicada una cesárea para traer al mundo a su hija **THALIANA SOFIA CUENTAS BRIEVA**; intervención que se realizó aparentemente sin ninguna complicación, expidiéndoseles el

respectivo certificado de nacido vivo; y al día siguiente, luego de ser revisadas por la especialista Dra. **MARÍA DE JESÚS MASS JURADO**, tanto la madre como la menor recibieron el alta médica.

2. Que, al día siguiente, al realizar la demandante **PEGGY DEL SOCORRO BRIEVA ACOSTA** el aseo corporal a la recién nacida, pudo constatar que la pequeña no tenía ano, y que sus deposiciones las estaba evacuando a través de la vulva, por lo que acudió de inmediato a la urgencia de la Clínica General del Norte de esta ciudad, en donde se le diagnosticó **“Malformación ano-rectal con fístula recto-vestibular”** siendo necesaria la práctica de una colostomía de urgencias a la menor; situación que fue denunciada por los demandantes ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, Corporación que mediante proveído del 18 de julio de 2018, en Sala Plena y con ponencia del Magistrado Orlando Navarro De León, resolvió formular pliego de cargos contra de los médicos aquí demandados, por el incumplimiento de los deberes señalados en los artículos 10,15,16, y 42, de la Ley 23 de 1981; y,

3. Que la negligencia médica denunciada, les ha ocasionado perjuicios del orden extrapatrimonial que requieren ser resarcidos.

Con base en esas premisas, pretenden que se declare a los demandados civilmente responsables de los perjuicios extrapatrimoniales, en la modalidad del daño morales que dicen haber padecido los padres de la menor Thaliana Sofía Cuentas Brieva y ésta misma; y por los perjuicios fisiológicos afrontados por dicha menor; los cuales tasan en una suma de dinero total, equivalente a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

III. ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda correspondió por reparto al conocimiento del Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Barranquilla, donde fue admitida a trámite, concediendo mediante auto de la misma data el amparo de pobreza que había sido pedido junto con la formulación de la demanda (fls.109-112 ítem 01.2018 cdno digital).

Notificados los demandados, comparecieron al proceso asistidos de apoderado judicial, y en ejercicio de su derecho de defensa alegaron lo siguiente:

➤ La sociedad **OINSAMED S.A.S.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, pues en su sentir las mismas carecen de sustento fáctico y jurídico, porque estima que no se allegaron al plenario los elementos de juicio necesarios para que pueda al menos inferirse que el proceder de la sociedad demandada hubiese tenido algún tipo de incidencia en la materialización del supuesto daño, toda vez que, por el contrario, la atención médica se realizó de conformidad con los protocolos y la *lex artis*; y el daño corporal que presentó el menor, como reconocen los demandantes, corresponde a una malformación congénita, y aunque ello constituye un evento profundamente doloroso, lo cierto es que tal alteración de la salud no fue ocasionada por el accionar de los galenos que atendieron el parto en la sede de la clínica demandada, pues éstos y la clínica efectuaron todas las acciones necesarias para preservar tanto la vida como la salud de la madre y de la recién nacida; y con base en ello, propuso las excepciones de mérito que denominó “*Ausencia de legitimación en la causa por pasiva, Prescripción, Inexistencia de la obligación, Carencia de acción, y mala fe*” (fls.139-163 ítem 01.2018 cdno digital); y llamó en garantía a la ASEGURADORA LA PREVISORA S.A., con ocasión de la póliza de seguro de responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios médico No.1002651 que con tal entidad tiene suscrita, vigente para la época en que se prestó la atención médica censurada; llamamiento que fue admitido con auto de mayo 3 de 2019 (fls.295-328 ítem 01.2018 cdno digital).

➤ **La ASEGURADORA LA PREVISORA S.A.** concurrió al proceso e igualmente se opuso a las pretensiones de los demandantes, por considerarlas carentes de argumentos jurídicos y fácticos; y al efecto, propuso contra la impetración inicial las excepciones perentorias que denominó *“Inexistencia de los presupuestos para que se configure responsabilidad de OINSAMED S.A.S., y Excesiva tasación de los daños extrapatrimoniales.”*

Frente al llamamiento en garantía, admitió tanto la existencia de la póliza, como también su naturaleza y el valor asegurado, sin embargo, aclaró que el pago de la indemnización está sujeto a la comprobación de la no configuración de alguna de las causales de exclusión consagradas en el contrato. Consideró entonces, que al no estar demostradas las condiciones para el reconocimiento y pago de indemnización alguna a favor de los demandantes iniciales, deja de materializarse para ellos la obligación de pagar la indemnización de que trata el contrato de seguros, por lo cual se opone a la prosperidad del llamamiento, proponiendo contra el mismo las excepciones de *“Inexistencia de responsabilidad por parte de la Previsora S.A. Compañía de Seguros, Límite al valor asegurado y deducible pactado, Improcedencia de una condena contra la Previsora S.A. Compañía de Seguros, y la excepción genérica o innominada.”*

(fls.405-445 ítem 01.2018 cdno digital).

➤ El galeno **RODMAN JOSÉ CHAMORRO OSPINO** contestó la demanda y también se opuso a la prosperidad de la misma, alegando en su defensa no haber participado de la atención médica recibida por las madre e hija demandantes, pues en la hora y fecha en que se llevó a cabo el acto médico criticado, ni siquiera se encontraba presente en la clínica demandada, pues estaba cumpliendo turno en la CLINICA BONADONA PREVENIR, para la cual también presta sus servicios, aportando certificaciones para avalar su argumento; y formuló entonces las excepciones de mérito intituladas *“Falta de legitimación en la causa por pasiva, Inexistencia de la obligación de indemnizar, Inexistencia de*

daño antijurídico y falta de fundamento de las peticiones económicas de la demanda, Carga de la prueba a cargo del actor, y la Excepción Genérica” (fls.165-183 ítem 01.2018 cdno digitalizado).

➤ Luego de prosperar un incidente de nulidad por indebida notificación de la demandada **MARÍA DE JESÚS MASS JURADO** a través de Curador Ad-Lítem, fue notificada por conducta concluyente (fls-37-42 ítem 02-2018 cdno digital), quien contestó la demanda oponiéndose a lo pretendido respecto de ella, aclarando que, si bien es cierto fue la profesional encargada de valorar a la menor para efectos de autorizar su egreso, lo que hizo de manera diligente, oportuna y conforme a la *lex artis*, no es menos cierto que con anterioridad a ello, desde su nacimiento la menor había sido valorada y atendida por diferentes profesionales de la Salud y pasado por varios filtros asistenciales, de manera que considera que no es su representada la responsable de la omisión del desafortunado diagnóstico médico; y, en esa línea de pensamiento propuso las excepción de mérito que denominó *“Ausencia de responsabilidad, Ausencia de culpa médica e Inexistencia de dolo y culpa probada, Ausencia de daño, Inexistencia de nexo causal, Ausencia de carga de la prueba, Culpa exclusiva de la víctima respecto a la condición congénita presentada por la menor, Obligación de medio, la Genérica innominada.”* (fls.99-127 ítem 02.2018 cdno digital).

Igualmente formuló llamamiento en garantía contra la compañía Liberty Seguros S.A., aduciendo la existencia de la póliza de responsabilidad civil No.2020141 que se encontraba vigente para la data en que se dio la atención médica que generó la demanda, por lo cual solicitó su comparecencia al proceso; llamamiento que fue admitido con auto del 10 de julio de 2020 (fls.43-49 ítem 02.2018 cdno digital).

➤ La aseguradora **LIBERTY SEGUROS S.A.**, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda inicial, por considerar que carecen de fundamentos legales y fácticos, y propuso las excepciones perentorias de

“Inexistencia de prueba que demuestre la responsabilidad médica de la demandada, por no configuración del daño, Obligación de medio – Exoneración por cumplimiento de las obligaciones a cargo de la parte demandada, Inexistencia de nexos causal, Ausencia de pruebas de perjuicios y excesiva tasación, la Genérica.” Frente al llamamiento en garantía, admitió tanto la existencia de la póliza, como su naturaleza, el valor asegurado y su vigencia para la época de los hechos en que se finca la demanda; no obstante, aclaró que las coberturas de la póliza están condicionadas a los amparos y exclusiones que en la misma se establecen; y en ese sentido, propuso respecto de su llamante las excepciones de fondo de *“Exclusiones, Falta de cobertura del amparo de predio, labores y operaciones, Falta de cobertura del amparo de responsabilidad profesional, Límite de valor asegurado, Culpa grave inasegurable, Deducible pactado, la Genérica.”* (fls.2-27 ítem 09.2018 cdno digital).

Surtidos los traslados de Ley, se practicó la audiencia inicial, en la que se efectuó la fijación del litigio y se decretaron tanto las pruebas pedidas por las partes, como las que de oficio tuvo a bien ordenar la Jueza a-quo, practicándose en esa data los interrogatorios a las partes y se señaló fecha para la audiencia de instrucción (ítem 22.2018 y 24.2018 cdno digital), que se adelantó posteriormente, recibándose en ella los testimonios de los señores JOSÉ ENRIQUE TORRES BARRAZA, ALEXANDER SALCEDO GONZALEZ, y MÓNICA MORALES, para luego suspenderse ante el decreto de una prueba de oficio por parte del A-quo, quien ordenó el testimonio del señor JUVENAL DE JESÚS CORONELL RODRÍGUEZ (ítem 23.2018 y 44.2018 cdno digital); diligencia que se reanudó el día 3 de marzo de 2021, y ante la no comparecencia del testigo se dio por terminado el periodo probatorio, se escucharon los alegatos finales, y se profirió sentencia de primer grado (ítem 42.218, 43.2018, 53.2018 y 54.2018 cdno digital).

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA. –

La Jueza A-quo finiquitó la primera instancia con fallo parcialmente favorable a las pretensiones de los demandantes, pues declaró civil y extracontractualmente responsables a la sociedad OINSAMED S.A.S. propietaria del establecimiento de comercio denominado CLÍNICA LA MISERICORDIA INTERNACIONAL, y a la pediatra MARÍA DE JESÚS MASS JURADO, por los perjuicios inmateriales sufridos por los demandantes, condenándoles en consecuencia, a pagarles de manera solidaria, las siguientes sumas de dinero, a título de indemnización por daño moral: Dos Millones de Pesos MI (\$2.000.000.00) a favor de TEDDY JAVIER CUENTAS REGINO, Dos Millones de Pesos MI (\$2.000.000.00) a favor de PEGGY DEL SOCORRO BRIEVA ACOSTA, y Un Millón de Pesos MI (\$1.000.000.00) a favor de THALIANA SOFIA CUENTAS BRIEVA; absolviendo de toda responsabilidad tanto al médico RODMAN JOSÉ CHAMORRO OSPINO como a las aseguradoras LIBERTY SEGUROS S.A. y a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Consideró la primera instancia que está demostrada una situación generalizada de caos organizacional en la clínica demandada, pues conforme a los registros de atención, el pediatra que había recibido a la menor THALIANA CUENTAS el 15 de diciembre de 2015 había sido el demandado CHAMORRO OSPINO, pues el certificado de nacido vivió venía supuestamente firmado por dicho profesional. No obstante, tanto en el proceso civil como en la causa disciplinaria, el mencionado galeno logró desvirtuar esa afirmación, demostrando que para la fecha y hora en la que nació la menor demandante, se encontraba laborando en otra institución de salud, por lo que nunca fungió como médico tratante.

Evidenció la A-quo que las notas que en la historia clínica aparecen realizadas, respecto de la revisión física completa que supuestamente se le hizo a la menor durante su atención en quirófano, no están firmadas por ningún pediatra o médico general entrenado para adaptación neonatal, lo que explica el hecho de

no haberse detectado desde un principio, la malformación con la que nació la menor.

En el mismo sentido censuró la conducta de la pediatra demandada MASS JURADO, quien siendo la persona encargada de revisar el estado de salud del recién nacido a efectos de otorgar o no el alta médica, tampoco detectó la patología, pese a haber realizado un examen físico completo antes de dar la orden de salida. Explicó que no era verosímil la versión que en su interrogatorio expuso la mencionada especialista, de que habiendo realizado el examen físico a la paciente, encontró que la menor tenía sus esfínteres normales, y que la patología de ano imperforado con la que nació la demandante era indetectable a la vista, pues la fístula que presentaba era interna, y no había ninguna anomalía anatómica que sugiriera tal condición; sin embargo, la madre de la menor, sin ningún tipo de preparación ni conocimientos médicos especializados -como si los tiene la demandada- se percató del ano imperforado, habiendo pasado escasas 24 horas desde el alta médica, lo que llevó a la primera instancia a considerar que la pediatra no había realizado el examen físico de manera adecuada.

En cuanto a las aseguradoras llamadas en garantía, indicó que en el caso de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., la condena no podía hacerseles extensiva, por cuanto el contrato de seguros suscrito entre ésta y la clínica demandada se regía por una cláusula “*Claims Made*”, conforme a la cual, para que se pudiera hacer efectivo el amparo, tanto el hecho dañoso como el reclamo respecto del mismo, debían hacerse dentro del periodo de vigencia de la póliza, y como ello no aconteció, el llamado devenía extemporáneo. En igual sentido se pronunció respecto de LIBERTY SEGUROS S.A., llamada en garantía por la galena condenada, pues la póliza pactada entre las partes cubría únicamente perjuicios materiales, y no los morales a que se había condenado en la sentencia.

V. DE LAS APELACIONES Y SUS FUNDAMENTOS. -

La sentencia fue apelada por ambas partes, con base en los argumentos que a continuación se resumen así:

➤ PARTE DEMANDANTE:

Considera el apoderado que la sentencia no se acompasa a la jurisprudencia que de antaño ha reconocido la importancia de los perjuicios morales, pues pese a que se ha dejado al arbitrio del juez su cuantificación, ello no implica que las aflicciones y angustias no merezcan una indemnización justa; señalando al respecto que la suma otorgada en primera instancia por este concepto a favor de los demandantes, es irrisoria, ya que “...no alcanza ni a sufragar los gastos que estas personas tuvieron que soportar en su momento...”; además de lo cual, se muestra en desacuerdo por haberse excluido de responsabilidad a la aseguradora llamada en garantía, pues considera que ésta se encuentra obligada a responder por los daños que su asegurado ha inferido a los actores.

➤ **PARTE DEMANDADA:** Sociedad OINSAMED S.A.S. propietaria del establecimiento de comercio denominado CLÍNICA LA MISERICORDIA INTERNACIONAL: 1.- Censura la valoración probatoria efectuada por la Jueza de primer grado, específicamente en lo que respecta a la historia clínica de la atención médica, pues considera que el hecho de que no obrara firma en la misma, no la convierte en ilegal, máxime cuando no fue tachada de falsa, ni contiene tachones o enmendaduras, lo que permite tenerla como plena prueba de la atención oportuna y de calidad que recibió la menor. En el mismo sentido, alega que se dio pleno valor a unas afirmaciones y diagnósticos expresados por un médico tratante de la Clínica General del Norte, que, pese a haber sido llamado a testificar no compareció, lo que no permitió la ratificación que respecto de sus dichos exige la Ley, pese a lo cual la primera instancia dio

plena credibilidad a lo expresado, cual si se tratara de alguna especie de dictamen pericial; 2.- Rechaza los calificativos que respecto del servicio médico hospitalario prestado hizo la Jueza de instancia, quien los calificó de caóticos, pues las pruebas demuestran que el padecimiento de la menor deviene de una alteración congénita, en la que nada influyó el actuar de la clínica; 3.- Indica que contrario a lo expuesto en la sentencia, el daño no está demostrado, pues no se acreditó que el acto médico le hubiese ocasionado alguna afectación a los demandantes, puesto que la vida de la menor no estuvo en riesgo en ningún momento, y la atención brindada fue oportuna y eficaz; y 4.- Rechazan la decisión de haber exonerado de responsabilidad a LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., pues se demostró en el plenario la existencia y vigencia de la póliza de seguros que cubría el riesgo por el cual se demandó, y por ende estaba la aseguradora llamada a responder conforme al contrato pactado.

➤ **PARTE DEMANDADA: DRA. MARIA DE JESÚS MASS JURADO:** 1.- Considera que la sentencia es incongruente, pues en su sentir, pese a que el fallo debía resolver respecto de los hechos y pretensiones de la demanda, la A-quo fincó su sentencia en pruebas que no fueron aportadas por los demandantes, siendo su obligación hacerlo. Puntualmente se refiere a que la demanda tuvo como báculo un pliego de cargos que el Tribunal de ética médica del Atlántico abrió contra la Dra. MASS JURADO, por la presunta comisión de una falta disciplinaria, que como se sabe, no es fuente de responsabilidad civil; por lo que estima que fue la Jueza quien a partir de tal hecho, construyó una línea discursiva a efectos de condenar a su mandante, alejándose por completo de la tesis de la demanda, incurriendo con ello la adopción de decisiones extra y ultra petita, que no son admisibles en este tipo de casos; 2.- Censura que la Jueza a-quo hubiese desconocido el principio fundamental del *onus probandi*, conforme al cual correspondía a los demandantes demostrar no solo la conducta dañosa de su defendida, sino además el daño producido y el nexo causal, cosa que en modo alguno logró el

extremo activo; no obstante, la jueza concedió las pretensiones, pese a no existir sustento técnico o científico que permitiera concluir que la médico condenada hubiese incurrido en mala praxis; y para soportar esta afirmación, se apoya en recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales, los jueces, en asuntos de responsabilidad galena, no pueden sacar conclusiones sobre temas médicos, contrastando conceptos sacados de internet o de otra fuente; ello para indicar, que al no haberse allegado ni practicado dictamen pericial en el proceso, no se probó técnica o científicamente la falla médica, y que, en consecuencia, lo correspondiente era denegar las pretensiones, pues el Juez carece de los conocimientos necesarios para censurar desde la ciencia, el actuar del médico; y 3.- Alega finalmente, que la sentencia se basa en un supuesto error de diagnóstico que no está demostrado en el expediente, pues conforme a los dichos del testigo JOSE ENRIQUE TORRES BARRAZA, director médico de la clínica demandada, se puede evidenciar que la vida de la menor jamás corrió peligro, que la atención médica fue oportuna y ajustada a la *lex artis*, y que, la práctica médica constituye una obligación de medio, dado que nadie está obligado a lo imposible; de manera que no puede hablarse de un error de diagnóstico cuando la paciente jamás presentó signos clínicos que hicieran sospechar que padecía de alguna anomalía, y que por el contrario, su cliente demostró haber obrado con diligencia y cuidado, efectuando la valoración médica que correspondía y ordenando el alta médica en atención a la ausencia total de sintomatología, por lo cual solicita que se revoque el fallo y en su lugar sea absuelta de las pretensiones de la demanda.

VI. PROBLEMA JURÍDICO. -

Tomando en consideración los alegatos de las partes, procederá esta Sala a determinar, en primer lugar, si conforme a las pruebas obrantes en el proceso, se encuentran o no demostrados los requisitos para declarar la responsabilidad

civil de los médicos que intervinieron en la atención médica a las madre e hija demandantes, en las instalaciones de la clínica llamada a juicio; y solo en caso de resolverse tal interrogante en forma afirmativa, se abordará lo concerniente a la tasación de los perjuicios morales reclamados por la parte actora; y si la compañía de seguros LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., está o no, llamada a responder por las condenas que se imponga a la sociedad OINSAMED S.A.S.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, y por estar reunidos los requisitos procesales de la acción, se procede a resolver, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA. –

1. De la responsabilidad civil derivada del acto médico. -

En desarrollo de las diversas actividades que realiza el hombre, existe la posibilidad latente de resultar a cargo de quien las ejecuta, responsabilidad civil en alguna de las modalidades previstas por el legislador; y el ejercicio de la medicina y de la profesión de médico, no es ajena a ello, puesto que la aplicación de los conocimientos médicos a casos determinados, conlleva una enorme responsabilidad, diligencia y cuidado del galeno, y un riesgo para el paciente, dado que el objeto de esta ciencia es el cuerpo humano, que en caso de enfermedad u otras circunstancias que le afecten, requiere ser intervenido en distintos grados y formas, de acuerdo con el tipo de patología que se padezca, lo cual entraña el riesgo siempre latente de que la praxis médica pueda causar estragos de diversa naturaleza en el cuerpo humano, con consecuencias unas veces superables, y otras fatales.

En este orden de ideas, menester es señalar que la actividad de los galenos se encuentra enmarcada en lo que se denomina **el acto médico**, compuesto por todas aquellas actividades y procedimientos previstas en la *lex artis*, que deben ser observadas y puestas en práctica por el profesional de la medicina, para identificar la patología y aplicar el tratamiento que resulte pertinente en cada caso, en búsqueda de la recuperación de la salud del paciente. Estos actos se clasifican en preventivos, de diagnóstico, terapéuticos o de rehabilitación, constan de diversas etapas, que son *a) El diagnóstico*, que consiste en establecer, con el auxilio de exámenes y las diversas pruebas médicas que correspondan, el estado de salud del paciente, la patología que padece y la gravedad y extensión de ésta; *b) La información y el consentimiento informado*, que consiste en la explicación que el médico da al paciente y/o a sus familiares, acerca del estado de salud del primero de ellos, el procedimiento médico a implementar, los efectos y riesgos del mismo, la finalidad que se persigue con ello, los deberes del paciente, y obtiene de éstos, según el caso, la autorización para la realización del mismo; *c) El tratamiento*, que puede ser quirúrgico, lo que implica efectuar un procedimiento invasivo del cuerpo del paciente; y el terapéutico que se aborda con el suministro de drogas y tratamientos no invasivos; y el *postratamiento*, que consiste en el control del respectivo tratamiento médico.

Ahora bien, la eventual responsabilidad que pueda derivarse de la actividad médica, no solo involucra a los profesionales y técnicos en salud, sino también a las entidades promotoras e instituciones prestadoras de salud, pues éstas se encuentran cada vez más, inmersas en un contexto de responsabilidad, porque entre mayor es el saber científico, la actualización de los conocimientos, el poder de predicción de los resultados y el dominio de las consecuencias, se incrementa el grado de exigencia ética y jurídica de las empresas y agentes prestadores del servicio de salud, pues es de esperarse que a mayor comprensión sobre los procedimientos y técnicas idóneas que rigen un ámbito

especializado de la ciencia, más grande es el poder de control sobre el mismo y mayores las posibilidades de evitar resultados adversos, lo que aumenta el grado de exigencia de responsabilidad.

En efecto, en el contexto actual de avances tecnológicos importantes y relevantes en el campo de la medicina, los pacientes esperan una eficiente prestación del servicio de salud, en su condición de usuarios del Sistema; y las IPS que son las encargadas de materializar esa atención médica, deben esforzarse por prestar un servicio óptimo, como quiera que el mismo, dada su naturaleza, eventualmente compromete la vida y la integridad personal del paciente; por lo que, dado que el vínculo jurídico que surge entre los usuarios y el Sistema de Salud entraña una relación especial de origen legal y reglamentario, las EPS y las IPS serán civilmente responsables por los daños causados a los pacientes, si en el proceso se demuestra que incumplieron o desatendieron los deberes que la Ley les impone frente a la prestación de los servicios médicos, dentro de la órbita funcional de cada una de las entidades involucradas, por tratarse la práctica médica de una actividad de medio no de resultado, salvo las excepciones que se han venido decantando por vía jurisprudencial.

En este orden de ideas, tenemos que uno de esos deberes que tienen las IPS, es aquel previsto en el art.185 de la Ley 100 de 1993, según el cual «*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*»; por lo que en caso de no prestar dicho servicio teniendo la obligación legal de hacerlo, o prestarlo en forma deficiente, habrán de responder civilmente, si se acreditare que ello ha causado agravio al paciente y/o a sus familiares o interesados, según sea el caso; pudiendo sin embargo, tal comunidad médica liberarse de responsabilidad, mediante la acreditación de haber prestado al usuario el

servicio médico, con la debida diligencia y cuidado, y que en la producción del daño medió una causa extraña, como el caso fortuito, el hecho de un tercero que no depende o actúa en representación del demandado, y la culpa exclusiva de la víctima.

2. La prueba en procesos de responsabilidad médica. -

El inciso segundo del artículo 167 del C.G.P. consagra la Carga dinámica de la prueba, teoría que encuentra su sustento en la asimetría de las partes dentro del proceso, y la necesidad de la intervención judicial para restablecer la igualdad dentro del mismo. El ejemplo perfecto de esta asimetría son justamente los litigios de responsabilidad médica, en los cuales, imponerle al actor *-víctima de una presunta mala praxis-* la carga de demostrar el detalle de lo ocurrido al interior de una entidad de salud, en el contexto de una atención médica hospitalaria, y probar así el mérito de sus pretensiones, equivaldría, parafraseando a la Corte Constitucional, a negarle toda chance de éxito¹, pues evidentemente, quien está en mejor posición para aportar esas pruebas (historia clínica, notas de enfermería, resultados de estudios y pruebas diagnósticas etc.) es la entidad que prestó el servicio y no la persona que demanda la presunta falla.

Ahora bien, dado que el ejercicio de la medicina, en términos generales entraña una actividad de medio, no de resultado, ante una eventual falla en la atención médica, por acción u omisión, que derive en la causación de daño a la integridad física o psíquica del paciente, se aplica el régimen de culpa probada, que en términos del art. 167 del C.G.P., implica que el demandante corre con la carga de acreditar los hechos en los que soporta sus pretensiones, para poder salir adelante con éstas; es decir, tiene que demostrar la conducta dañosa del demandado, el daño padecido y la relación causal entre la conducta y el daño; tema respecto del cual, la Corte Suprema de Justicia viene enseñando de forma

¹ Corte Constitucional, sentencia D-1092 de febrero 24 de 2016. M.P. Dr. Jorge Iván Palacios.

consistente e inveterada, que “...en materia de responsabilidad médica, el principio de carga de la prueba tiene sentido dinámico...”², lo que implica que la parte que esté en mejores posibilidades de ofrecer al proceso la demostración de la verdad histórica que se investiga sea la que deba, en principio, y atendiendo las particularidades de cada caso, aportar esos medios de convicción.

En esa misma línea, la Corte ha reiterado que las entidades prestadoras de los servicios de salud, tienen “...la obligación de diligenciar la historia clínica sin enmendaduras, sin siglas, legible y en forma completa por parte de los galenos...” y, en fin, por quienes tienen a su cargo el deber profesional de participar en el cuidado del enfermo, ello por cuanto, por expreso mandato de la ley, esta pieza documental se erige como componente fundamental del acervo probatorio, ya que debe recoger todo el recorrido de la atención de la enfermedad del paciente, su estado preliminar, sus antecedentes personales y familiares, el diagnóstico, los medicamentos, las reacciones al tratamiento, los exámenes que le fueron practicados y sus interpretaciones; lo que incorporado a un proceso judicial, resulta de vital importancia para determinar la responsabilidad médica investigada; a tal punto de que, en palabras de la Corte: “...su análisis resultará de una importancia inusitada...en vista de que, si ese registro complejo, que proviene de una de las partes *-la eventual responsable-*, no se cumple en absoluto, la gravedad de tal omisión conduciría a predicar, no solo similares resultados, en cuanto a la inversión de la carga probatoria, sino fundamentalmente a deducir una mala praxis médica. Pero, en tratándose de una deficiente o inexacta inscripción de datos referidos al paciente en cuestión, la demostración de tal falencia podría servir de indicio para la formación del convencimiento acerca de la investigada responsabilidad...”³

² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC-25062016 M.P. Margarita Cabello Blanco.

³ Ibídem.

3. Análisis del caso concreto. -

1. Nos referiremos en primera medida a la apelación presentada por la parte demandada, que en términos generales cuestiona la decisión de primera instancia de declarar la responsabilidad civil a su cargo, por considerar que incurrieron en indebida *praxis médica*, por no haber detectado, desde que se produjo el nacimiento de la menor, que ésta venía con una malformación congénita, y por no haberse percatado de ello, le dieron el alta médica, detectándose el problema médico por parte de la madre, encontrándose ya en casa con su pequeña hija; circunstancia que según los demandantes, colocó en riesgo la vida e integridad de la menor, y ocasionó a ellos angustia y preocupación, pues pasaron de pensar que su recién nacida hija estaba en óptimas condiciones de salud, a enterarse por sus propios medios y estando ya en su casa, del grave problema de salud con que había nacido la niña, y los procedimientos médicos a que debería someterse para corregirlos.

Pues bien, en cuanto a la omisión de la CLÍNICA LA MISERICORDIA a través de sus agentes médicos que atendieron el parto y posterior atención de la madre y la hija hasta egresar éstas de dicha clínica, con ocasión del alta médica que les fue otorgada, de no haberse percatado que la menor nació con la malformación congénita antes indicada –*Ausencia-Atresia y estenosis congénita del ano*- encuentra respaldo probatorio no solo en la historia clínica acompañada a la demanda y que no fue objetada por los demandados, visible a folios 83 a 96 del ítem “01.2018-00263Expedientefisico-parte1.pdf” del cuaderno de primera instancia digitalizado, relacionada con la atención médica a la señora PEGGY DEL SOCORRO BRIEVA ACOSTA para desembarazarla; sino además en el comportamiento procesal de los sujetos pasivos en este asunto, quienes no discuten que dicha señora en efecto se encontraba en estado de embarazo, que fue atendida en la clínica La Misericordia de Barranquilla el día 15 de diciembre de 2015 donde se le practicaron las cirugías de cesárea y pomeroy,

que culminaron sin ningún tipo de novedad, y que al no haberse detectado riesgo a inconveniente de salud alguno en la madre ni en la recién nacida, se ordenó el alta médica el día 16 de diciembre del mismo año, sin ningún tipo de recomendación especial que diera cuenta de la existencia de la anomalía antes mencionada.

Manifiestan los demandantes que el 17 de diciembre del mismo año, es decir, al día siguiente de haberse dado de alta a la menor, al disponerse la madre a realizar el aseo corporal a la niña, observó que ésta no tenía ano, por lo que el 18 de diciembre la niña fue llevada a la Clínica General del Norte, donde conforme a la epicrisis de la atención médica brindada a la menor, se advierte que en fecha 20 de diciembre de 2015, se consignó: “... *paciente femenina de 5 días de nacida, con antecedentes de ano imperforado y fistula recto vestibular, quién es valorada por el Dr. Abello CX pediatra en consulta externa quien considera hospitalizar desde el día de hoy para realizar cirugía de colostomía el día de mañana 21 de diciembre de 2015...*”, diagnóstico preoperatorio emitido por el cirujano y gastroenterólogo pediatra, Cristóbal Abello, quién en dicha historia clínica correspondiente a esa fecha consignó: “...*evacúa por vagina, no se dieron cuenta que tenía ano imperforado... examen genital: ausencia de ano y evacuación por vulva. Dx. malformación ano rectal con fistula recto vestibular. Plan: colostomía urgente. Ingresar para cirugía solicitar exámenes prequirúrgicos*”; practicándose de manera urgente a la menor la cirugía de colostomía, para corregir tal malformación, como aparece demostrado en la aludida historia clínica, vista a folios 20 a 23 del ítem *01.2018-00263Expedientefisico-parte1.pdf* del cuaderno de primera instancia digitalizado.

Pues bien, ante la claridad de la información contenida en los documentos antes reseñados, acerca del hecho de no haber sido diagnosticada la menor TSCB en la Clínica La Misericordia, de la patología congénita con la que nació, y la

circunstancia de haber sido advertido tal hecho por su progenitora sin necesidad de examen médico alguno, solo por la observación del cuerpo de la menor, se erigen en circunstancias que permiten concluir, sin lugar a dudas, y sin que se requiera de un concepto médico emitido por perito experto, que la atención médica dispensada en dicha clínica a la madre e hija demandantes, no fue la mejor, ni eficaz ni eficiente, sino por el contrario deficiente y negligente al no haber notado la ausencia de ano, que es asunto que se advierte con solo mirar; incurriéndose por ello, en un error de diagnóstico, por no haberse percatado, luego de la obligatoria revisión médica que debe ser practicada al recién nacido, que la bebe presentaba la malformación de carecer de ano, y en consecuencia, haber informado de ello a los padres, para que con su consentimiento, se hubiere realizado el procedimiento quirúrgico que resultaba urgente realizar, para corregir tan grave malformación.

Ahora bien, dicho error de diagnóstico no implica, *per se*, que deba declararse la responsabilidad civil de los demandados; sin embargo, los padres de la menor alegan haber recibido por tal situación, daños de estirpe inmaterial, en la modalidad de daños morales, por la forma tardía y sorpresiva en que advirtieron la malformación congénita que presentaba su hija, encontrándose ya en casa con la niña y cuando habían transcurrido dos días de su nacimiento, lo cual les causó angustia, zozobra e incertidumbre; lo que para la Sala no ofrece duda alguna, pues en verdad debe resultar desesperante tener a una hija recién nacida, que sale de la institución médica donde fue recibida, con un concepto dado por un cuerpo médico capacitado, conforme al cual la menor había nacido en condiciones normales y no presentaba ningún quebranto, y descubrir de repente, por propia cuenta, y de forma inesperada, que la pequeña había nacido con una malformación, sin que esta condición hubiese sido advertida oportunamente por los galenos tratantes, y sin que se hubiere acometido el procedimiento médico que se requería de manera urgente para corregirla.

Es claro entonces, que los demandantes no reclaman en este litigio, la declaratoria de responsabilidad del cuerpo médico por virtud de la malformación de la menor, pues ninguna discusión existe en torno a que se trata de un mal congénito o de nacimiento, que no podía ser previsto o evitado por los galenos que atendieron el parto; y al efecto, no se está indicando en la demanda, ni en la sentencia de primer grado, que los demandados hubiesen generado con sus actos la malformación sufrida por la menor; No! Lo que se reclama y la responsabilidad civil que se halló demostrada en primera instancia, es que ese padecimiento no hubiese sido detectado oportunamente, y se le hubiera dado el alta a la recién nacida pese a la malformación; en otras palabras, el daño reclamado no consiste en la malformación en sí misma, sino en la falta de diagnóstico de ésta, que impidió que la patología congénita fuera detectada y corregida en oportunidad temprana, evitando que la niña expulsara sus heces por un orificio no adecuado durante varios días, con los consecuentes riesgos que ello provoca en la salud de la infante.

Las reglas de la experiencia nos permiten afirmar categóricamente que una situación como la aquí descrita, genera zozobra, angustia, preocupación y desesperación, los cuales pueden llegar a tener la entidad suficiente para ser considerados perjuicios indemnizables, de demostrarse los restantes requisitos para la configuración de la responsabilidad civil extracontractual, que aquí se encuentran acreditados, tal es, la omisión de los galenos en percatarse de la mal formación congénita que presentaba la menor, incurriendo en negligente *praxis médica* por error de diagnóstico al haber obrado los médicos que atendieron a las pacientes con falta de diligencia y cuidado al no haber auscultado a la menor un examen físico completo y exhaustivo con el que pudiese haberse detectado la anomalía que la madre advirtió sin ningún tipo de preparación técnica o científica con una revisión completa al cuerpo de la niña; causando el perjuicio moral cuya indemnización reclaman los padres por tal omisión, y la relación de causalidad entre estos dos elementos. De la misma

manera, si bien es cierto que la omisión no alcanzó a causar daños fisiológicos a la menor, porque desde que nació hasta que fue intervenida quirúrgicamente defecaba por la vulva, como aparece demostrado a folio 97 del cuaderno principal #1 digitalizado, también lo es, que la ausencia de diagnóstico acerca de la patología congénita que ésta presentaba, evitó que tal malformación fuera abordada con la inmediatez que se requiere, a través del procedimiento quirúrgico correspondiente, colocando a la niña a expulsar sus heces fecales a través de la vulva, lo que resulta inaceptable dado que ello pudo haberse corregido con la premura que el caso ameritaba.

Bajo esa égida, no son de recibo las alegaciones de los recurrentes, quienes niegan la existencia del daño, bajo la afirmación de no haberse colocado en peligro la vida de la menor, dado que la responsabilidad médica no deriva únicamente de la mala praxis en la ejecución del acto médico, como parecen entenderlo los apoderados recurrentes, o de la muerte o peligro de muerte a que se vean colocados los pacientes, sino que este tipo de responsabilidad profesional, puede también encontrar su génesis en el error de diagnóstico, que ocurrió en este caso, como viene de verse; y como además se concluyó en el proceso disciplinario adelantado por el Tribunal de Ética Médica del Atlántico, que la señora jueza de primer grado, con base en la facultad legal de que disponía de decretar pruebas de oficio, solicitó a dicho Tribunal allegar al proceso; y aunque asiste razón a los recurrentes, cuando argumentan que las decisiones del Juez disciplinario no tienen incidencia en los juicios de responsabilidad, los conceptos técnicos y científicos expuestos por los miembros de dicha institución, contenidos en el expediente que fue tenido como prueba, no pueden por eso ser desechados, a efectos de realizar el estudio de la responsabilidad alegada, pues tal como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, las consideraciones de los Tribunales de Ética Médica tienen un carácter trascendental, pues si bien estos tienen una naturaleza disciplinaria y no jurídica, sus pronunciamientos no deben descartarse, porque al estar conformado por un grupo de expertos en una materia de la medicina, se edifican como una prueba idónea para determinar si se cumplen los elementos de la responsabilidad civil, entre ellos la culpa

en el error de diagnóstico.⁴; y en este caso, del minucioso examen efectuado por los integrantes de dicho Tribunal de Ética Médica se advierte, que tal como sostuvo el juzgado de primer grado, y ahora esta Sala, las anotaciones efectuadas por el cuerpo médico de la Clínica La Misericordia, además de no contener información alguna acerca de la patología de malformación congénita que padecía la menor, no se identifica en ella el nombre del Pediatra que recibió a la menor luego de su nacimiento, además de haberse falsificado la firma de un galeno para presentarlo como el Pediatra que atendió a la menor desde su nacimiento; y aunque dicho Tribunal realizó un esfuerzo probatorio para obtener, al interior de dicho procedimiento disciplinario, la información acerca del nombre del Pediatra tratante, este resultó infructuoso.

En este punto, es preciso recordar, que la Resolución No.1995 de 1999 emanada del Ministerio de Salud, por la cual se establecen normas para el manejo de la historia clínica, define este instrumento como un documento “...en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención...”, y con el fin de lograr la eficiente transmisión de la información consignada en la historia clínica, el artículo 5º ejusdem dispone que este documento “...debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma” (resalta la Sala), exigencias que no cumplió OINSAMED S.A.S. propietaria del establecimiento de comercio denominado CLÍNICA LA MISERICORDIA INTERNACIONAL, pues como se ha venido explicando, y contrario a lo que en sus reparos concretos señaló la apoderada de la entidad, el que no se consigne en la historia clínica el nombre de quien presta la atención médica, si constituye una irregularidad censurable, y no es de poca monta, pues tal y como lo tiene dicho la jurisprudencia⁵, la violación de estas normas técnicas lleva implícita la culpa de la organización

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente SC11335, 2015

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC13925-2016 Magistrado Ponente: ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

sanitaria cuando los daños ocasionados a los usuarios del sistema de salud pueden estar razonablemente relacionados con brechas en la comunicación que resultan del diligenciamiento y manejo inadecuado de la historia clínica, lo que resulta suficiente para desestimar los reparos que esta empresa enfiló contra la sentencia de primer grado.

2. Es preciso ahora determinar si la conducta del médico especialista en Pediatría, doctora MARÍA MASS, compromete o no su responsabilidad profesional, frente a los perjuicios que aquí se reclaman; y al respecto, de la historia clínica elaborada con ocasión de la atención del parto en la Clínica La Misericordia, se evidencia que, como hasta ahora se ha examinado, en ninguno de los folios integrantes de dicha historia clínica, aparece informe acerca de la malformación congénita que presentaba la menor. De otra parte, en el expediente que contiene el procedimiento disciplinario adelantado ante el Tribunal de Ética Médica, reseñado en párrafo anterior, y que fue incorporado debida y oportunamente a este proceso y sometido a contradicción, a folio 39 aparece un oficio firmado por el representante de la oficina jurídica de la clínica, quien informó al Tribunal disciplinario la identidad de la pediatra que atendió a la menor y le dio el alta, indicando que se trataba de la demandada MARÍA DE JESÚS MASS; médica quien fue vinculada al trámite disciplinario.

En el aludido procedimiento, la doctora Mass rindió versión libre, visible en la página 116 del mismo cuaderno, en la que dejó claro no ser ella la profesional encargada de recibir al recién nacido en el quirófano, pues estaba asignada al área de hospitalización; que el pediatra que recibió al infante en el quirófano tenía la obligación de hacer una inspección de los genitales del paciente, verificación que se hace con una sonda Nelatón, y que, al parecer, ese procedimiento se había omitido; que en calidad de pediatra de hospitalización su misión era la de verificar el estado de salud del recién nacido para dar el alta médica, y, que al momento de dar el alta le preguntó a la madre si la recién

nacida había presentado meconio (deposiciones) y que la respuesta fue afirmativa; que, además: *“...al inspeccionar el área genital corrobore la presencia de abundante meconio. Era muy difícil precisar que hubiese ano imperforado por la presencia del meconio, y además el meconio cubría la zona perianal. Considero que es de responsabilidad del médico pediatra que recibe al niño, corroborar la permeabilidad del ano. En el momento del examen la paciente no presentaba vómitos distensión abdominal dolor abdominal signos de sepsis o fiebre... Siendo así considere dar el alta médica...”*, versión que reafirmó en la versión que rindió luego de habersele abierto pliego de cargos y citado a rendir descargos.

Sin embargo al momento de absolver el interrogatorio de parte en este proceso, su declaración fue diferente, pues manifestó que procedió a limpiar el abundante meconio que tenía la menor, y una vez limpio verificó la anatomía externa del ano y la consideró normal; explicando ante la primera instancia que la patología de ano imperforado puede presentarse de dos formas: una ausencia total de orificio anal como situación en la que no se evidencia ningún tipo de esfínter, y otros casos en los que el orificio anal está presente y en condiciones normales, pero el paciente tiene una malformación interna que provoca que las heces sean expulsadas por otro orificio; es decir, que ha dado dos versiones sobre un mismo hecho, lo que resta credibilidad a su dicho; sin contar con el hecho de que la progenitora de la menor, sin contar con conocimientos científicos especializados en medicina, de una revisión al cuerpo de la menor, notó que ésta carecía de ano, lo que sin lugar a dudas, debía advertir la médico demandada, al momento de dar de alta a la niña; circunstancia que, entonces, pone en evidencia, que la revisión corporal realizada por la galena, no fue realizada en debida forma; tal como concluyeron los jueces disciplinarios al formularle pliego de cargos y al adoptar la decisión final, que data del 17 de julio de 2019, donde consignaron que *“...la actuación de la doctora María de Jesús Mass Jurado, médico pediatra, no se compadece*

con los conocimientos y experiencia que debe tener un especialista de esa naturaleza. En este caso concreto de la evaluación de la recién nacida cuando decidió dar su egreso como realizar un examen físico completo específicamente en el área genitoanal. No llevó a cabo la investigación sobre la permeabilidad del ano y genitales que a la postre resultó que no existía está. Al parecer no lo hizo de forma fáctica y se contentó únicamente con la información de las materna, quién decía que había observado salida de meconio por vía rectal. La inculpada dice haber corroborado dicha información por simple inspección genitoanal, según se desprende de su dicho en la diligencia de descargos. La sala considera que un médico, sea general o especializado en cualquier área de la medicina, cuando va a decidir sobre el egreso de un paciente debe evaluarlo cuidadosamente, independientemente como en este caso concreto, de haber tenido una evaluación inmediata en el post parto por parte del médico encargado en ese momento de esa área de evaluación del recién nacido... Todo esto condujo a exponer en riesgo injustificado al neonato...” concluyendo aquel tribunal, que la demandada no obró con prudencia y pericia, sino que, por el contrario, fue negligente y omisiva, faltando a su deber de cuidado.

Basten estas consideraciones para afirmar, que la decisión venida en alzada debe confirmarse, pues contrario a lo esbozado por el apoderado en su apelación, la condena impuesta no obedece al capricho de la Jueza, sino a una valoración plausible de las pruebas allegadas al plenario, entre éstas, el proceso disciplinario incorporado legal y oportunamente al proceso a través de la actividad probatoria oficiosa de la jueza, prevista por el ordenamiento jurídico no solo como una facultad, sino como un deber del juez, en aquellos casos en que se precise, para aclarar los hechos del proceso, como en este caso, en donde, valga decir, la condena a esta profesional de la medicina no se fundamenta solo en el procedimiento disciplinario, sino en una valoración conjunta de las pruebas incorporadas al expediente judicial.

3. Nos referiremos en esta oportunidad, a la decisión de exonerar a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, pues en sentir tanto del apoderado de los demandantes, como de la apoderada judicial de la Clínica demandada, debió hacerse extensiva la condena a la citada aseguradora, por existir una póliza que amparaba el daño acaecido.

Sobre este particular, encontramos que la póliza de seguros No. 1002651 a que ampara el llamamiento en garantía a la compañía LA PREVISORA S.A., es una de aquellas que contiene la cláusula denominada “*Claims made*”, que en el ordenamiento jurídico interno encuentra consagración legal en el art. 4º de la Ley 389 de 1997, que permite delimitar la presentación de las reclamaciones por la materialización del riesgo asegurado, solo durante el tiempo de vigencia del contrato de seguros o dentro del término estipulado por los contratantes que no será inferior a dos años, posibilitando reclamar no solo por los daños que se causen en vigencia de la póliza, sino incluso por aquellos que se hubieren causado antes de la vigencia de la misma, siempre que la reclamación se presente dentro del tiempo de cobertura del seguro; precepto normativo que además de contar con respaldo constitucional y legal, ha sido acogido y aplicado por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SC 10300-2017 de julio 18 de 2017 y SC5217-2019 de diciembre 3 de 2019; y aunque su aplicación ha generado inconformidades en la comunidad judicial, dado que un sector estima que tal regulación pudiera afectar los derechos de los asegurados y de los beneficiarios del seguro, es lo cierto que no puede desconocer la jurisdicción la aplicación de la disposición legal comentada, a menos que eventualmente y por vía de excepción de inconstitucionalidad, y ante un supuesto fáctico que lo amerite, pudiera dejar de aplicarse, lo que no ocurre en el presente caso.

Pues bien, la póliza de seguro que nos ocupa, tenía una vigencia convenida por los contratantes, desde el 27 de mayo de 2015 hasta el 27 de mayo de 2016, y

de las condiciones generales de la póliza, visibles a folio 447 y siguientes del cuaderno principal 1, se observa que, en cuanto a amparos, se cubre la responsabilidad civil profesional médica, y en ese sentido la aseguradora se obliga a indemnizar al asegurado por cualquier suma de dinero que deba pagar, como consecuencia de cualquier acto médico derivado de la prestación de servicios profesionales, de eventos que sean reclamados y notificados por primera vez, durante la vigencia de la póliza, y hasta el límite de cobertura especificado en las condiciones particulares; y, conforme a la condición décima de dicho clausulado, ese límite temporal es de hasta dos (2) años contados desde la fecha en que finalizó la cobertura; así las cosas, tal y como lo señaló la primera instancia, la oportunidad para hacer efectiva esa reclamación, vencía para la Clínica el día 27 de mayo de 2018, y como quiera que la demanda se formuló el 14 de noviembre de 2018, y el llamamiento en garantía no fue admitido sino hasta el 3 de mayo de 2019, el mismo devino extemporáneo y por ende, la aseguradora no está llamada a responder; decisión que al encontrarse ajustada a derecho, merece confirmación.

4. Se aborda a continuación, la inconformidad planteada por el apoderado de los demandantes, quien se queja del bajo monto de la condena impuesta en primera instancia por concepto de perjuicios morales, pues en su sentir, la suma otorgada por la primera instancia es irrisoria, pues “...no alcanza ni a sufragar los gastos que estas personas tuvieron que soportar en su momento...”, frente a lo cual debe decirse, que en criterio de la Corte Suprema de Justicia, el daño moral no tiene una valoración pecuniaria, en sentido estricto, pues al pertenecer a la psiquis de cada persona es inviable de valorar al igual que una mercancía o bien de capital, justamente porque los sentimientos carecen de apreciación monetaria, frente a lo cual lo único que puede hacerse es otorgar al afectado una prestación de valor económico, tan sólo para compensarle el dolor *-pasado, presente o futuro-*, es decir, que pueda mitigarle en cierta medida el sufrimiento.

De ahí que sea razonable estimar, por un lado, que en cada caso el juez realice una valoración concreta de la congoja del afectado, con la debida objetividad, y le otorgue una prestación económica equitativa, y, por otro lado, que no parece apropiado que las partes puedan estimar el valor económico de su propio sufrimiento, ya que eso iría en contravía de la naturaleza especial del perjuicio inmaterial o espiritual, que escapa al ámbito de lo pecuniario. Por esas razones, se ha considerado que labor semejante compete al juez, aunque dentro de unos topes o límites, cuando cabe la condena por ese aspecto.

Precisa indicar en este punto, que el Consejo de Estado ha regulado los parámetros de tasación mediante sentencia de unificación, en tanto que la Corte Suprema de Justicia acoge la teoría del *arbitrio iudice* permitiendo que el juez, de acuerdo con las reglas de la experiencia y tomando en consideración las particularidades de cada evento, tase el monto de la indemnización respecto de esta clase de perjuicios. No obstante, la alta Corporación de cierre de la justicia ordinaria, en materia civil ha producido sentencias que contienen pautas o criterios orientadores para la realización de esta tarea judicial, entre los que destacan la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco cercano, las características del daño, su gravedad, extensión, grado de afectación en el demandante, conjunto de elementos que permite mediante un sano juicio, establecer la procedencia de la condena por este concepto, y el quantum del monto indemnizatorio.

A modo de ejemplo, para eventos de daños permanentes con comprobada trascendencia en la vida de los afectados, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha accedido a reparaciones morales de \$50.000.000 (SC16690, 17 nov. 2016, Rad. n.º 2000-00196-01), \$60.000.000 (SC9193, 28 jun. 2017, rad. n.º 2011-00108-01)⁶, equivalentes a 72,5 y 81,3 salarios mínimos

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 19 de 2017. Exp. Rad. 08001-31-03-009- 2007-00052-01. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación

vigentes para la fecha de las condenas; en tanto que mediante sentencia SC5686-2018 en que mediaron circunstancias de graves vulneraciones colectivas de derechos humanos –tragedia de Machuca- aumentó la condena a un tope de \$72.000.000,00, para luego, por afectaciones en situaciones cotidianas, mediante sentencia SC665-2019 fijo una condena por \$60.000.000, al igual que en la SC-562 de 2020, en la SC780- 2020 la suma de \$30.000.000 para víctima y familiares por lesiones de mediana gravedad en accidente de tránsito; en la SC5125-2020 la suma de \$55.000.000 por el fallecimiento del padre; en la SC3943-2020 la suma de \$40.000.000 y en la SC3728-2021 la suma de \$60.000.000 por negligencia médica a favor de los padres y del menor afectado, en casos de responsabilidad médica, por citar algunas, todo lo cual resulta útil para ser utilizado de racero a efectos de determinar la justeza del monto de la condena impuesta por este concepto.

Aplicado entonces tales criterios al presente caso, encontramos que ciertamente la falta de diagnóstico oportuno, causó en los demandantes la lesión de estirpe moral a cuyo resarcimiento aspiran, dada la angustia, zozobra, incertidumbre, desespero y demás sentimientos negativos que éstos pudieron abrigar al advertir de manera tardía y por sí mismos, la patología congénita que padecía la menor, y en esta, aunque pequeña, la molestia de realizar un acto humano tan vital por donde no es natural, durante varios días, lo que, en efecto, merece ser reparado en lo que resulte posible, dado que este tipo de daño, por inmaterial, la indemnización pretende reparar el daño, no compensarlo. En este sentido, si bien la situación que generó tal daño en los demandantes no revistió la gravedad de aquellas en las que la Corte ha concedido la indemnización máxima, como sería el caso de la muerte de la víctima, no procede condenar por tales topes máximos que ha aplicado la alta Corporación mencionada, dado que la indemnización debe ser proporcional a la afectación que generó, para no

degenerar en fuente de enriquecimiento injusto; sin embargo, aplicados tales parámetros en este caso, la tasación que de este perjuicio realizó la señora jueza a-quo, se evidencia inequitativa y carente de proporcionalidad, pues no puede soslayarse que una situación como la que soportaron los demandantes y su menor hija en una etapa tan tierna de la vida, merece ser resarcida de manera justa, con aprecio de la difícil situación que los actores afrontaron hasta solucionar el estado de salud congénito de la pequeña; por lo que atendiendo a los baremos mencionados en párrafos anteriores, las condenas se modificarán para otorgar a cada uno de los demandantes, por concepto de indemnización por perjuicio inmaterial en la modalidad de daño moral, la suma de Diez Millones de Pesos M.L. (\$10.000.000) para cada uno de los padres; y de Veinte Millones (\$20.000.000) a favor de la menor afectada.

En cuanto al daño inmaterial en la variante de perjuicio fisiológico pretendido en la demanda, a favor de la infante afectada, se advierte que la juzgadora de primer grado no lo concedió, y el apoderado judicial de la parte actora no presentó reparo alguno contra tal decisión, y solo aludió a ello en el escrito de sustentación del recurso, tornándose tal alegación extemporánea, y por ende, sin posibilidad de que la Sala aborde su análisis y menos aún decida sobre este concepto.

Finalmente, se condenará en costas de esta instancia a la parte demandada, conforme a lo previsto en el número 1º del art. 365 del C.G.P., tasándose las agencias en derecho, en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que se liquidarán junto con la condena en costas que ha de efectuar la Secretaría del Juzgado de primera instancia.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala Séptima Civil-Familia del Tribunal Superior de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley. -

RESUELVE:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** los puntos 3º parcial y 4º, y **modificar** el punto 5º, de la parte resolutive de la sentencia fechada 3 de marzo de 2021, proferida por el juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso verbal de Responsabilidad Civil Médica, adelantado por los señores TEDDY JAVIER CUENTAS REGINO y PEGGY DEL SOCORRO BRIEVA ACOSTA, en sus propios nombres y en representación de su menor hija THALIANA SOFÍA CUENTAS BRIEVA, contra la sociedad ONSAMED S.A.S., los señores MARÍA DE JESÚS MASS JURADO y RODMAN JOSÉ CHAMORRO OSPINO, al que fueron llamados en garantía las sociedades LIBERTY SEGUROS S.A., y LA PREVISORA S.A.-COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, el numeral 5º de la sentencia referida, quedará así:

“QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración, condenar en forma solidaria a las demandadas sociedad OINSAMED S.A.S. y la ciudadana MARÍA DE JESÚS MASS JURADO, al pago de la indemnización a favor de los demandantes, por concepto de perjuicios extrapatrimoniales, en la forma y por los conceptos y cuantías que pasan a ser detallados, así:

- A TEDDY CUENTAS REGINO, La suma de Diez Millones de Pesos MI (\$10.000.000) a título de daño moral.
- A PEGGY BRIEVA ACOSTA, La suma de Diez Millones de Pesos MI (\$10.000.000) a título de daño moral.
- A THALIANA CUENTAS BRIEVA, La suma de Veinte Millones de Pesos MI (\$20.000.000) a título de daño moral.

Estas sumas de dinero deberán ser pagadas dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de la notificación de esta sentencia; y a partir del vencimiento de dicho plazo, estas cantidades generarán intereses moratorios civiles.”

TERCERO. - Condénese a la parte demanda y recurrente, sociedad OINSAMED S.A.S. propietaria del establecimiento de comercio denominado CLÍNICA LA MISERICORDIA INTERNACIONAL, y doctora MARÍA DE JESÚS MASS JURADO, al pago de las costas de esta instancia, ante la no prosperidad de los recursos por ellos interpuestos. Tásense las agencias en derecho de la segunda instancia, en la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por la Secretaría del juzgado de primer grado, efectúese la liquidación concentrada de costas.

CUARTO. - Por la Secretaría de esta Sala, remítase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo y competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ
Magistrada Sustanciadora

HENRY ANDREW BARBOSA SALAMANCA
Magistrado

YAENS LORENA CASTELLÓN GIRALDO
Magistrada

Firmado Por:

Vivian Victoria Saltarin Jimenez
Magistrada
Sala 007 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Yaens Lorena Castellon Giraldo
Magistrado
Sala 005 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Henry Andrew Barbosa Salamanca
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
6e36d1a190a763e5256541638cd3918e2bb642efa0532d9ad957b2c2e7457e9
d

Documento generado en 02/05/2022 09:46:49 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>