

**TEMA: CONFESIÓN FICTA DE REPRESENTANTE LEGAL DE LA INSTITUCIÓN** – correspondía a la demandada desvirtuarla con otras pruebas obrantes en el proceso / **HISTORIA CLÍNICA** - a partir de la omisión total de la historia clínica, o de la presencia de tachaduras, enmendaduras, borrones, intercalaciones, etc., o del aporte de una incompleta, pueda el juez, atendidas las circunstancias, deducir un indicio más o menos grave en contra de la entidad o el profesional demandado, es de decir, se trata de indicios que no da por acreditada la responsabilidad. / **PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD** – deber ser seria, verídica, actual, real /

**TESIS:** Es cierto que de conformidad con el inciso 3 del artículo 198 del código, al representante legal de la entidad demandada le estaba vedado invocar límites de tiempo, cuantía o materia, o manifestar que no le constan los hechos, puesto que es responsabilidad del representante informarse suficientemente; de ahí que en concordancia con el artículo 205, inciso 2º la presunción que dedujo la *a quo* en la sentencia resulta acertada en principio, y se dice en principio, puesto que como toda confesión ficta, era susceptible de quedar desvirtuada por otras pruebas que obraran en el proceso, y para la parte demandada recurrente, esas pruebas, historia clínica, especialmente, no resultan favorable a sus intereses. (...) Queda probado que si existió mora en el trámite administrativo de autorización de remisión a nivel III o IV. La elaboración de anotaciones, sin orden cronológico. por la enfermera Diana y las realizadas por el enfermero(a) de apellido Ospina y por la Dra. Ana Carolina Mejía, después del fallecimiento del paciente, de lo que supuestamente aconteció con la nueva EPS, aspecto tan trascendental que hacía necesaria la claridad al máximo, impone, como ha sido el antecedente de la Sala ya citado, ante la actitud vulneradora de los principios antes enunciados, la inoponibilidad a las demandantes, no de toda la historia, pero sí de dichas anotaciones, en lo que pueda resultar favorable a la institución demandada. (...) “De allí que una historia clínica irregular, mal confeccionada, inexistente, con abreviaturas, tachones, intercalaciones y demás anomalías, o que sea incomprensible, puede ser un indicio grave de negligencia profesional porque en sí misma, tal irregularidad es constitutiva del incumplimiento de una obligación determinada, que es la de llevarla correctamente.” (...) En efecto, la Sala en sentencia Nro. 9 de 30 de marzo de 2011, Rdo. 05001-31-03-015-2005-00222-01, y reiterada en sentencias posteriores ha expresado que de conformidad con la sentencia T-1589 de 1994, la historia clínica constituye un archivo, banco de datos, donde legítimamente reposan las evaluaciones, pruebas, intervenciones y diagnósticos realizados al paciente, pero especialmente que el contenido de la misma se considera veraz desde el momento de su diligenciamiento. (...) Como elementos esenciales para su configuración, la misma Corte (M.P: Margarita Cabello Blanco. Bogotá, 4 de agosto de 2014. Expediente No. 11001-31-03-003-199807770-01), exige : i) certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, que sea seria, verídica, real y actual; ii) imposibilidad concluyente de obtener el provecho o evitar el detrimento y que iii) la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado.

M.P. JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO

FECHA: 19/06/2020.

PROVIDENCIA: SENTENCIA.



<b>Proceso</b>	<b>Verbal</b>
<b>Demandantes</b>	<b>María Celina Salazar de Bonilla, Sandey Vanesa Bonilla Jaramillo, María Ofir Bonilla de Marín, Héctor Iván Agudelo, Gildardo Antonio, Pedro Claver, Nelson de Jesús y María Virgelina Bedoya Salazar.</b>
<b>Demandado</b>	<b>Clínica de Cirugía Ambulatoria Conquistadores S.A.</b>
<b>Radicado</b>	<b>05001 31 03 013 2018 0586 01</b>
<b>Procedencia</b>	<b>Trece Civil del Circuito</b>
<b>Instancia</b>	<b>Segunda</b>
<b>Ponente</b>	<b>Juan Carlos Sosa Londoño</b>
<b>Asunto</b>	<b>Sentencia Nro. 15</b>
<b>Decisión</b>	<b>Confirma y modifica</b>
<b>Tema</b>	<b>Responsabilidad Médica</b>
	<p><b>Historia Clínica. Pérdida de Oportunidad.</b>  Es cierto que de conformidad con el inciso 3 del artículo 198 del código, al representante legal de la entidad demandada le estaba vedado invocar límites de tiempo, cuantía o materia, o manifestar que no le constan los hechos, puesto que es responsabilidad del representante informarse suficientemente; de ahí que en concordancia con el artículo 205, inciso 2º la presunción que dedujo la <i>a quo</i> en la sentencia resulta acertada en principio, y se dice en principio, puesto que como toda confesión ficta, era susceptible de quedar desvirtuada por otras pruebas que obraran en el proceso, y para la parte demandada recurrente, esas pruebas, historia clínica, especialmente, no resultan favorable a sus intereses.</p> <p>Queda probado que si existió mora en el trámite administrativo de autorización de remisión a nivel III o IV. La elaboración de anotaciones, sin orden cronológico. por la enfermera Diana y las realizadas por el enfermero(a) de apellido Ospina y por la Dra. Ana Carolina Mejía, después del fallecimiento del paciente, de lo que supuestamente aconteció con la nueva EPS, aspecto tan trascendental que hacía necesaria la claridad al máximo, impone, como ha sido el antecedente de la Sala ya citado, ante la actitud vulneradora de los principios antes enunciados, la inoponibilidad a las demandantes, no de toda la historia, pero sí de dichas anotaciones, en lo que pueda resultar favorable a la institución demandada.</p>

## TRIBUNAL SUPERIOR

2019-118

### SALA CUARTA CIVIL DE DECISIÓN

**Medellín, diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)**

Como los apoderados de las partes, en los términos del artículo 278 numeral 1º del C. General del Proceso, acogieron la sugerencia del magistrado sustanciador, se decide por la Sala Civil del Tribunal el recurso de apelación que interpusieran los apoderado judiciales de todos los sujetos procesales en contra de la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2019 por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, dentro del proceso verbal de responsabilidad civil instaurado por María Celina Salazar de Bonilla, Sandey Vanesa Bonilla Jaramillo, María Ofiria Bonilla de Marín, Héctor Iván Agudelo, Gildardo Antonio, Pedro Claver, Nelson de Jesús y María Virgelina Bedoya Salazar contra Clínica de Cirugía Ambulatoria Conquistadores S.A.

#### I. ANTECEDENTES

1. Solicitó la parte demandante que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

##### **(A) Pretensión principal.**

Se declare que la Clínica de Cirugía Ambulatoria CONQUISTADORES S.A. incurrió en una responsabilidad civil extracontractual, en relación con la muerte de Manuel José Bonilla Salazar, en consecuencia, se le condene al pago de la indemnización de perjuicios, así:

**(i) Pérdida de oportunidad o chance.** Para la madre e hija de la víctima María Celina Salazar de Bonilla y Sandey Vanesa Bonilla Jaramillo a cada una de ellas el monto equivalente a 60 SMLMV. Y para sus hermanos María Ofir Bonilla de Marín, Héctor Iván, Gildardo Antonio, Pedro Claver, Nelson de Jesús y María Virgelina Bonilla Salazar, para cada uno de ellos la suma de dinero equivalente a 30 SMLMV.

**(ii) Perjuicios morales.** Para todos los demandantes la suma de dinero equivalente a 100 SMLMV.

**(B) Pretensión subsidiaria.**

Se declare que la Clínica de Cirugía Ambulatoria CONQUISTADORES S.A. incurrió en una responsabilidad civil contractual, en relación con la muerte de Manuel José Bonilla Salazar, en consecuencia se le condene al pago de la indemnización de perjuicios, así:

**(i) Pérdida de oportunidad o chance.** Para la madre e hija de la víctima María Celina Salazar de Bonilla y Sandey Vanesa Bonilla Jaramillo a cada una el monto equivalente a 60 SMLMV. Y para sus hermanos María Ofir Bonilla de Marín, Héctor Iván, Gildardo Antonio, Pedro Claver, Nelson de Jesús y María Virgelina Bonilla Salazar, para cada uno de ellos la suma de dinero equivalente a 30 SMLMV.

**(ii) Perjuicios morales.** Para todos los demandantes la suma de dinero equivalente a 100 SMLMV.(fl. 94 y 95, C-1)

**2.** Como sustrato de sus pedimentos, adujo los hechos que se compendian así:

**a)** El día 15 de enero de 2015, Manuel José Bonilla Salazar comenzó a sentir malestar aparente de gripa con dolor de cabeza. El día 18 domingo, como persistían los síntomas, y el reposo en cama, fue llevado a urgencias de la Clínica León XIII, pero no fue atendido, ya que se consideró que, por la sintomatología no ameritaba ese tipo de servicio, siendo remitido a la IPS, Clínica Conquistadores. Fue entonces, diagnosticado con bronquitis aguda, y se le dio medicamento para aplicar en su residencia.

**b)** A los dos días regresa al servicio de urgencias del mismo centro asistencial, atendido por el Dr. Álvaro A. Blanco, quien ordenó varios exámenes e indicó atención urgente. El médico diagnosticó bronconeumonía, embolia pulmonar y sospechas de H1N1. Por ser un caso que requería atención especializada se le informó que debía ser trasladado a una clínica de alto nivel, ubicada en Rionegro Antioquia, a hora y media de Medellín, aproximadamente.

**c)** El 20 de enero permanece en la clínica, a la espera de que la EPS autorizara su traslado y hasta horas de la noche en condiciones de cuidado, con oxígeno y a la espera de resultado del examen que comprobara o descartar el virus H1N1.

**d)** El día 21 continúa recluso y al cambio de turno, como no operaba el traslado, su familia pensó en llevarlo a otro centro médico, pero finalmente persistieron de esa idea. Al mediodía del 21, se informó a la familia que se había dispuesto el traslado a

SOMER en Rionegro, pues expresaron que allí se encontraban los mejores equipos médicos.

**e)** A las 5 p.m. del 21 de enero, cuando se decidió el traslado, la familia advirtió movimiento de equipo médico y notaron que estaba en labores de reanimación de manera manual, falleciendo el paciente, poco después, por falla cardíaca.

**f)** La necropsia determinó como causa de la muerte, asocio de infección de vías respiratorias, de origen viral, H1N1, que progresó rápidamente a falla ventilatoria con neumonía sobreagregada y posterior deceso.

**g)** Se tilda de deficitaria la atención del paciente en la Clínica conquistadores, pues carecía de los más elementales equipos de atención médica, como tapabocas.

**h)** Igualmente, se afirma pérdida de posibilidad en el ámbito de asistencia sanitaria: omisión, demora, inadecuada, o no poner a disposición del paciente todo el conjunto de medio (humanos y materiales sanitarios) y conocimiento disponibles existentes, de acuerdo con la ciencia médica del momento, y en dependencia de las circunstancias para realizar un estudio llegar a un diagnóstico o realizar un tratamiento.

**3.** Oportunamente la sociedad demandada dio respuesta a la demanda indicando que la atención prestada fue idónea y oportuna frente al nivel de complejidad que presentaba el paciente, y el nivel de atención de la institución. Expresó que la EPS no dio respuesta en todo el día 20 de enero a la solicitud de

remisión. El día 21, a las 7 y 30, la médica internista Marisol Flórez, inició el tratamiento empírico, aunque no había confirmación diagnóstica por laboratorio del H1N1 y ordenó traslado a UCI por riesgo de insuficiencia respiratoria. Informaron que el paciente iba a ser trasladado a las 3 p.m. a Somer, pero que a las 3:50, se indagó por el proveedor del servicio de la Nueva EPS (Home Group), y respondieron que se demoraba, pues había dos pacientes en turno para el traslado. A las 5:30, la Clínica se queja y cambia de proveedor, pero no llegaron oportunamente a prestar el servicio, pues el paciente falleció a las 17:55. Formuló como excepciones de mérito las de ausencia de culpa, ausencia de nexo causal, ausencia de causa petendi, no reconocimiento del daño moral, y ausencia de obligación de indemnizar.

4. La accionada llamó en garantía a La Previsora Compañía de Seguros S.A., con fundamento en la póliza 1015844, la que formuló excepciones frente a esa pretensión revérsica, así: Exclusión del riesgo, porque según el amparo 3 de la póliza, no ampara (i) la responsabilidad civil profesional del área o actividades netamente administrativas; (ii) responsabilidad civil profesional individual propia de médicos y/u odontólogos, o de cualquier profesional de la salud, (ii) provocación intencional del daño (dolo) y/o culpa grave en el ejercicio de la prestación de los servicios de salud. Además, que se tuviera en cuenta el límite y sublímite del valor asegurado y deducible pactado.

## **II. LA SENTENCIA APELADA**

El Juzgado 13 Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, en audiencia realizada el pasado 26 de agosto del año anterior, anunció el sentido del fallo, y profirió sentencia escrita el 9 de septiembre siguiente declarando la responsabilidad por considerar que se probaron los elementos que dan origen a la responsabilidad civil, toda vez que la demandada fue negligente en la prestación del servicio médico asistencial que se le brindó al paciente Bonilla Salazar, pues quedó probado que existió mora en el trámite administrativo para autorizar su remisión a un establecimiento médico de nivel III o IV, ya que las testigos médicos que declararon no tienen esas funciones. Además, el representante legal de la accionada no supo informar nada sobre los hechos que rodearon la litis, simplemente se justificó en que a llevaba poco tiempo ejerciendo el cargo, por lo que la *a quo* dio por probados todos los hechos de la demanda susceptibles de confesión, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 168 del C. General del Proceso, en concordancia con el artículo 205 ib., aunado a que la IPS incumplió con el diligenciamiento de la historia clínica en la forma que la ley se lo ordenaba. De ahí que, al haberse presentado el fallecimiento se configuró una pérdida de oportunidad, por lo que se declaró la responsabilidad de la institución médica demandada y la condenó a pagar el daño moral, y ante la prosperidad del llamamiento en garantía hasta la suma de \$ 11.179.566.

### **III. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue recurrido por los apoderados de todos los sujetos procesales quienes manifestaron su inconformidad en los siguientes términos:

El apoderado de la parte actora, en el escrito que allegó oportunamente, se centró fundamentalmente en que *“el señor juez no concedió las pretensiones en la forma en que se detallaron en la demanda”* y para ello cita doctrina y jurisprudencia, básicamente, en materia contencioso administrativa, para solicitar y se colige de remisión a esos conceptos, de los precedentes, horizontal, vertical y constitucional.

La defensa de la sociedad accionada indicó que, no existía prueba que objetivamente demostrara que hubo culpa en la atención. La falta de respuesta fue de la RED de prestadores de la Nueva EPS, la que presentó bastante retrasos para ubicar al paciente en UCI y para realizar el traslado en ambulancia medicalizada. Están los registros en la historia clínica, del 19 de enero a las 19:00 y de las 9:00 a.m. del día 20, y la de las 10:00, donde quedó consignando que se habló con Martha Sánchez de la EPS. La llamada a las 15:30 a Home Group, y la respuesta de que debía trasladar dos pacientes previamente. De acuerdo al primer nivel de complejidad de la clínica, se desplegaron todo los esfuerzos terapéuticos.

Nunca se probó que el día 18 de enero, Manuel José Bonilla no hubiera presentado mejoría para darlo de alta y manejo en casa; que se cuestionó que el representante legal no estuviera enterado del asunto, estando recién posesionado, pero la historia clínica sí estaba completa en lo que se refiere al triage.

La llamada en garantía indicó que existía indebida valoración probatoria y alcance no debido de la confesión ficta del representante legal. Además, que en parte alguna se arrimó la prueba que permitiera evidenciar la supuesta pérdida de una oportunidad de mejoría derivada de la atención del 18 de enero de 2015, máxime que no hay claridad de supuestos errores en el diligenciamiento de la historia clínica, por lo que se debe acudir a los profesionales de la salud quienes fueron claras y coincidentes que se siguieron los protocolos médicos no existiendo entonces, prueba de la culpa y mucho menos del nexo causal.

Frente al contrato de seguro, dijo que, el despacho había concluido responsabilidad en cabeza de la clínica producto de un acto médico por parte de sus agentes, que se encuentran bajo la tutela de la respectiva IPS, luego, el no diligenciamiento de la historia clínica y el evidente reproche en el actuar administrativo, por demora en la remisión, son fallas administrativas que quedan excluidas según anexo 3 numeral 20. Y si existiera responsabilidad profesional de los médicos, también operaba la exclusión del numeral 7, puesto que, no existió endoso especial que cubriera esa responsabilidad. Finalmente, que operó también la exclusión 2.11. dolo y/o culpa grave en el ejercicio de la prestación de los servicios de salud.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

1. Como tarea liminar en la técnica del fallo, compete al juez el ocuparse de la constatación de la estructuración de lo que en doctrina se conoce como presupuestos procesales porque en ellos estriba la validez jurídica de la relación jurídica procesal.

Significa lo anterior que en presencia de algún defecto de los tales presupuestos, se impone o bien un mero despacho formal o bien, la anulación de la actuación. De acuerdo con la doctrina los presupuestos procesales, no son otros que la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad de las partes y la legitimación procesal o aptitud de las partes, bien por sí, ora a través de vocero judicial para el ejercicio de "*ius postulandi*"; los anteriores presupuestos se reúnen a cabalidad en el plenario. En cuanto a las condiciones materiales para fallo de mérito, reducidas a la legitimación en la causa e interés para obrar como meras afirmaciones de índole procesal resultan aceptables en principio para el impulso del proceso.

**2.** En el caso que se trae a la jurisdicción, se afirmó en la demanda que Se tilda de deficitaria la atención del paciente en la Clínica Conquistadores, pues carecía de los más elementales equipos de atención médica, como tapabocas. Pérdida de posibilidad en el ámbito de asistencia sanitaria: omisión, demora, inadecuada, o no poner a disposición del paciente del paciente todo el conjunto de medio (humanos y materiales sanitarios) y conocimiento disponibles existentes, de acuerdo con la ciencia médica del momento y en dependencia de las circunstancias, para realizar un estudio llegar a un diagnóstico o realizar un tratamiento.

**3.** La juez afirmó que no se tenía prueba alguna que ante la primer orden de remisión la accionada hubiere iniciado todas las diligencias administrativas que le correspondían para materializar la orden del facultativo. Que no existe testigo alguno, que las declarantes nada tuvieron que ver con el manejo administrativo, y que el comportamiento del representante legal, quien manifestó

que nada sabía del caso por estar recién posesionado en el cargo, pretermiñó el deber que le impone el artículo 198 inciso 3º del código del rito civil, por lo que presumía los hechos 4 (ninguna recomendación dada en la atención del 18 de enero lo que se soporta también en la historia clínica); hecho 11, (maniobras de reanimación) y hecho 13 (el que consideró medular, pues se afirma la negligencia).

Es cierto que de conformidad con el inciso 3 del artículo 198 del código, al representante legal de la entidad demandada le estaba vedado invocar límites de tiempo, cuantía o materia, o manifestar que no le constan los hechos, puesto que es responsabilidad del representante informarse suficientemente; de ahí que en concordancia con el artículo 205, inciso 2º la presunción que dedujo la *a quo* en la sentencia resulta acertada en principio, y se dice en principio, puesto que como toda confesión ficta, era susceptible de quedar desvirtuada por otras pruebas que obraran en el proceso, y para la parte demandada recurrente, esas pruebas, historia clínica, especialmente, no resultan favorable a sus intereses. Veamos:

**(i)** En el Triage del día 18 de enero de la Clínica León XIII, a las 5:34:32 se señaló que el paciente consultaba por mucha tos, dolor de cabeza, no desgarraba nada de nada, desde hacía 4 días estaba en esa situación. En las observaciones se anotó que se trataba de disnea de leves esfuerzos asociados a tos, malestar general, diarrea, estable hemo dinámicamente en el momento, no SIRS, sin dificultad neurológica y que la razón para remitirlo a segundo nivel era que la clínica se encontraba colapsada y no se podía brindar atención. (fl. 26).

(ii) El triage de la Clínica Conquistadores a las 18:05:10, (fl. 28) se señaló que sentía asfixiado y le dolía la cabeza, se le hizo examen físico. Al ser atendido le dijo al médico que estaba asfixiado, y se encontró cuadro clínico consistente en dificultad respiratoria y fiebre. Se le dieron medicamentos y se le envió a la casa, con diagnóstico de bronquitis aguda, no aparece en la historia la hora de egreso. (fl. 29 vto.).

(iii) El día 20 a las 9:35:22 de la mañana, al no lograr mejoría se le hace triage, pero en el documento no aparece anotación alguna en los síntomas de temperatura, frecuencia cardíaca, respiratoria, arterial y saturación de oxígeno (fl. 30)

(iv) Las notas de evolución del Dr. Álvaro Blanco M. (fl. 54) indican lo siguiente: A las 10, Rx de tórax. 12:40 reporte de paraclínicos; a las 14:25 reporte de paraclínico y plan; a las 17:05, angio TAC y no lectura por radiología.

Aparece luego una **NOTA MEDICA**, pero sin hora, en la que el médico dice; **Paciente muy inestable con episodios de dificultad respiratoria severa, que se general (generalizada) al moverse o al hablar. Al examen físico: persistencia de roncós y crépitos en todos los campos pulmonares. Satura 92% con ventilador al 50%. Plan: remitir a III-IV nivel de complejidad médica.** (fl. 54 vto.).

(v) Al parecer esto ocurrió a las 19 horas (7 pm), puesto que en las notas de informaciones de enfermería (fl. 41) a esa hora la enfermera Diana, señala que se *“llamó a NEPS para iniciar*

*trámite de remisión de MI de tercer nivel, me contesta Diana Sánchez quien lo ingresa en la base de datos".* Recuérdese que el médico tratante habló además de IV nivel.

**(vi)** Para el día 21 de enero, a las 7:00, horas la médica internista Marisol Flórez Acevedo, revisa al paciente, lo encuentra taquicárdico sin signos de ICC, sin edemas, estertores en ambos campos pulmonares y diagnostica síndrome de respiración aguda, neumonía multilobar -sic- alta sospecha de infección por H1N1 y sobre infección bacteriana con signo de interrogación, dijo que había alto riesgo de falla respiratoria y que requería remisión a UCI. (fls. 55)

**(vii)** Retornando entonces, a las informaciones de enfermería a las 3 de la mañana del día 21 se dijo que pasaba la noche hemodinámicamente estable, sin complicaciones, dormía por periodos largos y no refería dolor. A las 6:30 se entregó el paciente consciente orientado afebril con soporte de oxígeno al 50%, SDRA. Son notas del enfermero Antonio R.

**(viii)** Lo que viene a continuación es en todo manejo irregular de las historia clínica: A las 8:00 del día 21 de enero, el nuevo enfermero o enfermera (la anotación está acompañada de una firma ilegible) recibió al paciente y a las 11:00 el mismo empleado, señala que el paciente se trasladó para el servicio de hospitalización con aislamiento.

Nótese, entonces, que la secuencia horaria va en las 11:00 de la mañana, pero la enfermera Diana, hace una anotación regresando a las 9:00 am, en la que dice que se comentó a la

Nueva EPS para cambio de remisión a UCI en vez de medicina interna III nivel, por falla respiratoria hipoxémica y con neumonía por H1N1 que se habló con William Tapiero y Claudia Benavides de referencia de forma urgente, se inició el tratamiento de medicación osettamivir y que a las 10:00 habló con Martha Cortés, pero el paciente no ha sido aceptado. (folios 41 vto.).

**(ix)** La falta de secuencia en la historia clínica no para ahí: Después del fallecimiento de Manuel José Bonilla Salazar, recuérdese, a eso de las 5:55 de la tarde, aparece una anotación de una enfermera o enfermero de apellido Ospina a las 19:10, en la que dice que previamente hacia las (al parecer porque está repisada la anotación) 16:50 horas, se había llamado a Home Group solicitando traslado del paciente e indagando por demora en el servicio refirieron *“este paciente todavía se demora pues hay dos pacientes para trasladar antes que él y una ambulancia está en otro hospital y no le han aceptado el paciente”* hacia las 17:30, Jefe coordinadora del área de referencia y contrareferencia, solicitó otro proveedor para recobro a la clínica, Ambuvida, que llegarían en 20 minutos, pero no llegaron (fls. 43).

**(x)** En las notas de evolución médica, a las 18:00 horas, ya ocurrido el deceso, se hace la anotación de que el paciente estaba remitido a UCI, aceptado en clínica Somer y la ambulancia estaba confirmada, pero no se presentó a la institución. Se habló con jefe de remisiones quien consigue nueva ambulancia para traslado, la cual también confirmó. Es la anotación de la doctora Ana Carolina Mejía, pero se repite, esta anotación en lo que a la ambulancia se refiere, se hizo después de fallecido el paciente. (fl. 56).

4. En sentencia SC5641-2018 Radicación 05001-31-03-005-2006-00006-01 (14 de diciembre), en torno a la historia clínica reiteró:

“...es lo cierto que la historia clínica es de una importancia excepcional, no sólo en el tratamiento y seguimiento de la evolución del paciente, usualmente examinado en forma consecutiva o secuencial por diversos grupos de médicos y personal paramédico que con el recuento plasmado allí pueden tener una cabal comprensión de las condiciones de salud, actos médicos realizados y demás particularidades necesarias para continuar la prestación profesional del servicio, sino también a los efectos de la reconstrucción de los hechos que en materia judicial debe adelantarse en un proceso de responsabilidad médica. Es, en pocas palabras, un *registro de todo el proceso médico del paciente*, lo cual incluye además de su identificación (nombre, identificación, edad, sexo, ocupación, etc.), la información proveniente del paciente y sus familiares sobre los antecedentes personales y familiares, la razón de la asistencia así como la información del médico relativa al diagnóstico previo, los exámenes, informe de ingreso, exploración física, pruebas, terapéutica, procedimientos, estudios complementarios, nombre e integración del equipo médico que interviene, conceptos médicos, parte o informe anestésico, ubicación del paciente en el establecimiento asistencial, información suministrada al paciente, su consentimiento informado firmado por él si es posible, etc... En fin, se itera, todo el proceso médico.

Es una prueba crucial tanto para la exoneración del médico como para derivarle responsabilidad, pues como en ella se recoge todo el itinerario del tratamiento galénico del paciente, tiene el profesional de la salud la posibilidad de brindar al juez, en caso de ser demandado por responsabilidad profesional, los elementos de juicio que permitan a la autoridad concluir que la diligencia, el cuidado, la prudencia, la aplicación de la *lex artis*, fueron adecuadamente cumplidas tanto por él como por el equipo médico, paramédico, y por los establecimientos hospitalarios.

De allí que una historia clínica irregular, mal confeccionada, inexistente, con abreviaturas, tachones, intercalaciones y demás anomalías, o que sea incomprensible, puede ser un indicio grave de negligencia profesional porque en sí misma, tal irregularidad es constitutiva del incumplimiento de una obligación determinada, que es la de llevarla correctamente.

De ella ha dicho la Corte:

*“Por mandato normativo, la historia clínica consigna de manera cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación hasta su culminación, a partir del ingreso del paciente a una institución de salud a su salida, incluso en la rehabilitación, seguimiento y control; contiene el registro de los antecedentes, y el estado de salud del paciente, la anamnesis, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos aplicados, la evolución, el seguimiento, control, protocolo quirúrgico, indicación del equipo médico, registro de la anestesia, los estudios complementarios, la ubicación en el centro hospitalario, el personal, las pruebas diagnósticas, etc. ... ostenta una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico, la atención médica al paciente, su elaboración en forma es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras del servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias, no sólo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en especial, de responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica (SC de 17 nov 2011, rad. n°. 11001-3103-018-1999-00533-01*

Pero no desconoce la Sala que en la misma sentencia de finales del año 2018, la Corte también resaltó que: Otra cosa es que a partir de la omisión total de la historia clínica, o de la presencia de tachaduras, enmendaduras, borrones, intercalaciones, etc., o del aporte de una incompleta, pueda el juez, atendidas las circunstancias, deducir un indicio más o menos grave en contra de la entidad o el profesional demandado, es de decir, se trata de indicios que no da por acreditada la responsabilidad.

5. El Tribunal encuentra, entonces que, el médico Álvaro Blanco advirtió la gravedad del paciente a tal punto que ordenó remitirlo a III-IV nivel de complejidad médica, y no solo III, como anotaron las enfermeras, a lo anterior se suma que, desde la hora en que se dio esa orden, 7:00 de la noche del día 20, transcurre el resto de noche y toda la madrugada del día 21, sin que se haya insistido en el trámite necesario para la remisión.

Igualmente, frente a anotaciones realizadas en la historia clínica de manera tan irregular y en especial, la que se hizo a las 7:10 del día 21, pasada más de una hora desde el fallecimiento del paciente, es información inoponible a los demandantes según el antecedente de esta sala de decisión.

6. En efecto, la Sala en sentencia Nro. 9 de 30 de marzo de 2011, Rdo. 05001-31-03-015-2005-00222-01, y reiterada en sentencias posteriores ha expresado que de conformidad con la sentencia T-1589 de 1994, la historia clínica constituye un archivo, banco de datos, donde legítimamente reposan las evaluaciones, pruebas, intervenciones y diagnósticos realizados al paciente, pero especialmente que el contenido de la misma se considera veraz desde el momento de su diligenciamiento.

Por manera que resulta incuestionable, que el agregado a posteriori que efectuó el galeno demandado, sin trascendencia en el ámbito penal y de cara a la privación de la libertad, ya en el propio civil, resulta inoponible al paciente, pues afecta la legitimidad reseñada, pero especialmente y de cara a la responsabilidad que surge del ejercicio de la medicina debe proscribirse la posibilidad de que los galenos efectúen agregados, alteraciones, a la historia clínica sin contar con la anuencia del paciente - o de sus familiares, en este caso - como que precisamente ella debe ser fiel reflejo de la relación jurídica que los une

Luego, queda probado que si existió mora en el trámite administrativo de autorización de remisión a nivel III o IV. La elaboración de anotaciones sin orden cronológico por la

enfermera Diana y las realizadas por el enfermero(a) de apellido Ospina y por la Dra. Ana Carolina Mejía, después del fallecimiento del paciente, de lo que supuestamente aconteció con la nueva EPS, aspecto tan trascendental que hacía necesaria la claridad al máximo, impone, como ha sido el antecedente de la Sala ya citado, ante la actitud vulneradora de los principios antes enunciados, la inoponibilidad a las demandantes, no de toda la historia, pero sí de dichas anotaciones, en lo que pueda resultar favorable a la institución demandada.

**7.** Por lo demás, si bien es cierto no se puede imputar casualmente a la EPS el resultado final, el fallecimiento del paciente, pues ello obedeció a un proceso natural, debe acreditarse el balance de probabilidades a favor y en contra del paciente, por no haber realizado oportunamente las diligencias para remitir el paciente a institución de nivel III o IV como lo ordenó el dr. Blanco, es decir no se trata de que los médicos sean responsables de la muerte, sino, si efectivamente existieron falencias organizaciones, errores administrativos, o una política empresarial que limitó al médico o ese comportamiento que se le imputa a la IPS dada su estructura organizacional, que la obliga a responder por cuanto igualmente el balance ya indicado era favorable al paciente.

**8.** Sobre la pérdida de oportunidad en la doctrina y la jurisprudencia, se encuentra lo siguiente:

**8.1** Para Félix Alberto Trigo Represas, en su Reparación de daños por mala praxis médica. Hammurabi. P. 241. Citado en: HERRERA MOLANO, Luz Andrea. La pérdida de la oportunidad

en la responsabilidad civil médica en Colombia. Bogotá, 2009, p. 2. Trabajo de grado (Especialista en Derecho de la Responsabilidad). Universidad de la Sabana

“La pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que infiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto habría posibilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades”.

**8.2..** La Sala de Casación Civil. M.P: William Namén Vargas. Bogotá, 9 de septiembre de 2010. Expediente No. 17042-3103-001-200500103-01, por su parte la definió así:

(...) La pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual, los daños patrimoniales, extrapatrimoniales o a la persona en su integridad psicofísica o en los bienes de la personalidad por concernir a la destrucción de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, consistente en la oportunidad seria, verídica, legítima y de razonable probabilidad de concreción ulterior de no presentarse la conducta dañina, causa de su extinción

**8.3.** Como elementos esenciales para su configuración, la misma Corte (M.P: Margarita Cabello Blanco. Bogotá, 4 de agosto de 2014. Expediente No. 11001-31-03-003-199807770-01), exige : i) certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, que sea seria, verídica, real y actual; ii) imposibilidad concluyente de obtener el provecho o evitar el detrimento y que iii) la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado.

**8.4.** François Chabas, principal expositor de la pérdida de la oportunidad, señala como rasgos comunes que caracterizan a la figura, los siguientes: “La pérdida de una oportunidad (“chance”) en el derecho francés de la responsabilidad civil. Traducido por Fernando Moreno Quijano. En: Revista Responsabilidad Civil y del Estado. Septiembre, 2013, No. 33., Tomo II, 8-14 Ed, p. 55-76.

1. Una culpa del agente.

2. La pérdida de una “ventaja esperada” (“enjeu”) (ganar el proceso, obtener el puesto de azafata), y que podría ser el perjuicio.

3. Una ausencia de prueba del vínculo de causalidad entre la pérdida de esa “ventaja esperada” y la culpa, porque, por definición, esa “ventaja esperada” es aleatoria. Esta es una característica esencial de la cuestión. La desaparición de la “ventaja esperada” siempre puede darse por causas ya sea naturales ya sea favorecidas por terceras personas, de tal forma que nunca se sabrá si es el agente quien lo ha hecho perder: aún sin el agente, habría podido perderse. De esta manera, la culpa del agente no es siquiera una condición sine qua non de la pérdida del resultado esperado.

4. Sin embargo, en los casos clásicos que nos interesan, es posible no referir la duda al campo del vínculo causal y más bien, bajo la forma de áleas, insertarla, en cierta forma, en la definición de perjuicio. De esa manera, el perjuicio no es la pérdida de “ventaja esperada” (del resultado esperado) sino la pérdida de las posibilidades (de la “oportunidad”) o “chance”) que se tenían de lograr ese resultado.

5. Es posible por lo tanto, dependiendo de los casos, establecer una relación causal entre ese perjuicio así entendido y la culpa del agente. El razonamiento será el siguiente:

a) ¿La víctima tenía una oportunidad? (pero se requiere que se trate solo de oportunidades, que exista un áleas).

b) Está demostrado que por la culpa del agente y como consecuencia de ella, ¿la víctima no tuvo ya más esa oportunidad?

c) Entonces el agente puede ser condenado a reparar ese perjuicio: la pérdida de la oportunidad.

**8.5.** En materia médica, el Dr. Mauricio Tapia Rodríguez en el Encuentro Internacional de Responsabilidad Civil (IARCE (X .

2015, Bogotá, pág. 32) Pérdida de oportunidad un perjuicio indemnizable en Chile”, expuso que se utiliza en el ámbito médico como un instrumento de equidad. Luego, aunque en teoría el paciente debe cargar con la integralidad del daño que no tiene nexo causal con la conducta culposa del agente, podría obtener una indemnización plena por haber perdido la oportunidad, y a su vez el galeno no asumiría el daño sin nexo causal de su comportamiento, pero si deberá asumir la consecuencia de su hecho culposo, en otras palabras el monto de la indemnización se liquida y fija de igual manera que cuando es el actuar negligente del médico el que causa el daño, en este caso la muerte de la paciente.

**9.** Como se advirtió, si bien es cierto no se puede imputar casualmente a la EPS el resultado final que padeció el fallecido, pues ello obedeció a un proceso natural a su enfermedad H1N1, el balance de probabilidades a favor y en contra del paciente, ha de entenderse la pérdida de oportunidad como que de haberse efectuado todas las gestiones relativa a la remisión a III ó IV nivel como lo ordenó en Dr. Blanco desde el 20 de enero a las 7.00 pm., se hubiera contado no sólo con los equipos médicos necesarios, sino con personal capacitado en técnicas de reanimación ante esos particulares eventos, puesto que en la Clínica Conquistadores tales maniobras fueron manuales.

**10.** La *a quo* señaló que a los demandantes no les pertenece, en otras palabras, no están legitimados para reclamar la pérdida de oportunidad, contractual o extracontractualmente, sino que Sandy Vanesa ocupa el lugar contractual de su padre, para rogarla para su sucesión. La madre y hermanos, no puede asumir el lugar del

causante, y si sufren menoscabo originado en la responsabilidad extracontractual, el daño no es el fallecimiento, pues la vida misma es incierta, más en condiciones de enfermedad.

Los perjuicios, según la *a quo*, son la oportunidad pérdida por Manuel José y la congoja de los familiares (daño moral), aunque incierto, dijo que la Dra. Marisol Flórez había dicho que para el año 2015 la mayoría de enfermos de H1N1 sobrevivían y que no hay indicio alguno que permita deducir que, a pesar del estado del paciente, fuera esencialmente mortal.

**11.** Para el Consejo de Estado, la tesis actual, C. E., Secc. Tercera, Sent. 17001233100020000064501 (25706), Abr. 5/17, es que NO es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales, inmateriales y daño a la salud, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral.

**12.** Para la Corte Suprema de Justicia, sí se trata de un daño autónomo y la tesis de la *a quo* es que sólo es reclamable, en casos como estos, por la víctima directa. Luego reconocerlo como hizo en la sentencia para la sucesión, sin decir que hubo petición de parte en ese sentido haría la sentencia incongruente, y según su postura, lo procedente sería negar las pretensiones primera principal, en lo que a la pérdida de oportunidad extracontractual se refiere y la subsidiaria, contractual, se repite, porque en principio madre e hija del occiso parece que pidieron para sí.

Lo otro, y a ello se inclina la Sala, es poner de presente que el hecho 14 de la demanda trae afirmaciones trascendentales: Después de indicar que el occiso se dedicaba a la construcción de manera independiente, y que sus ingresos era de \$ 2 millones, la mitad dedicada a su familia, y que los perjuicios son lucro cesante y daño emergente y que la jurisprudencia ha reconocido el quantum que se observa “..**todo ello referido a la posibilidad de recuperar su salud y sobrevivir, como pérdida de oportunidad o chance**”, resulta, que en verdad se habló de una pérdida de oportunidad propia del enfermo, y siendo así, la declaración de la juez, en cuanto reconoce ese perjuicio *iure hereditario* resulta acertada.

**13.** Ahora, lo que sí tiene claro el Tribunal es que la indemnización de este perjuicio, exige que se cuantifique la pérdida de oportunidad, esto es, como dice el Consejo de Estado en la sentencia citada, establecer parámetros mínimos para su liquidación. Helos aquí:

**(i)** El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.

**(ii)** La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100 % y superior al 0 %, ya

que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos.

**(iii)** No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales, inmateriales y daño a la salud, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral.

**(iv)** No es procedente indemnizar este daño por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final.

**(v)** El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso. No obstante, si no se puede determinar dicho porcentaje, deberá el juez declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien, acudir a criterios de equidad.

**(v)** Si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje se determinará, excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, en un 50 %, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales (C. P. Ramiro Pazos).

**14.** Dijo el Tribunal, que aunque incierto, la Dra. Marisol Flórez había dicho que para el año 2015 la mayoría de enfermos de

H1N1 sobrevivían y que no hay indicio alguno que permita deducir que, a pesar del estado del paciente, fuera esencialmente mortal. En verdad la médica eso expresó. Luego, la probabilidad era alta sin duda, pero no existe nada diferente a esa afirmación, es decir, ¿Cómo fijar el porcentaje en este caso?

**14.1.** Se podrá acudir a la equidad para fijarlo? La Sala de Casación Civil frente a perjuicios de naturaleza estrictamente patrimonial ha indicado que: 4 de agosto de 2014 SC10261-2014 Ref: Expediente No 11001 31 03 003 1998 07770 01:

La equidad —aplicación de la justicia al caso concreto— es también criterio auxiliar de la función de la judicatura, aunque en los eventos de los artículos 116 y 247 superiores, han expresado algunos tratadistas, actúa como verdadera fuente del derecho. Su consagración normativa, a más de encontrarse de antiguo en diversas disposiciones legales, verbigracia el art. 5º ley 153 de 1887, no fue ajena al celo del Constituyente de 1991 quien positivizó su función en la misma Carta Política.

En efecto, merced a lo previsto en el artículo 20, se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opinión, informar y recibir información veraz e imparcial; así como el derecho de rectificación en condiciones de **equidad**; el artículo 95 inciso 2º señala que es un deber del ciudadano contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y **equidad**; los artículos 226 y 227 contemplados en el capítulo de las relaciones internacionales, indican que el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de **equidad**, reciprocidad y conveniencia nacional. Igualmente destaca que se promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de **equidad**, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales; el canon 267 inciso 3º dispone que la vigilancia de la gestión fiscal incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la **equidad** y la valoración de los costos ambientales. Por último, el artículo 363 determinó que el sistema tributario se apoya en los principios de **equidad**, eficiencia y progresividad.

Nada de lo expresado por el Tribunal, entonces, se opone al recto entendimiento de la previsión contenida en el canon 16 de la ley 446 de

1998, mucho menos a los contenidos de los artículos 1613 y 1614 sustantivos civiles. Tratándose de la primera norma, sobre la equidad puede decirse, de manera general, que permite al operador jurídico examinar, como se hizo, las circunstancias que envolvían el entorno de la demandante LUZ STELLA PUERTA HOYOS, ponderando las diversas cargas impuestas por el marco normativo denunciado por infracción directa.

Por consiguiente, fue justamente con base a los estándares de equilibrio y ecuanimidad que se tasó la condena por lucro cesante pasado, según un recto entendimiento de las normas del Código Civil mencionadas y del artículo 16 de la ley 446 de 1998, no encontrándose ningún reparo al fallo enjuiciado proferido en segundo grado.

Tan fue la equidad el postulado que inspiró la sentencia enjuiciada, que se reconoció, repítase, pese a la improductividad de la afectada al momento de la ocurrencia del hecho, una suma resarcitoria por lucro cesante consolidado acorde con el valor del salario mínimo legal mensual.

**14.2.** Esta Sala con fundamento en el criterio de equidad, art. 16 de la ley 446 de 1998, art 5º de la ley 153 de 1887, y los anteriores prolegómenos jurisprudencial ha fijado la pérdida de oportunidad en un 50%, curiosamente el porcentaje de que habló el Consejo de Estado cuando no sea posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades.

En este caso, dadas las particularidades lo fija igualmente en 50%, por lo que, como la pretensión contractual hizo referencia a 60 SMMLV, sería 30 y la a quo reconoció, 35, a esta suma se rebajará, puesto que no se encuentra la sala impedida para hacerlo ya que la demandada también apeló de la sentencia.

**15.** Frente a los morales, en la misma sentencia del 30 de septiembre de 2016 exp. 05001-31-03-003-2005-00174-01, señaló la Corte con respecto al daño moral lo siguiente:

*“...hacen parte de la esfera íntima o fuero psicológico del sujeto*

*damnificado, toda vez que sólo quien padece el dolor interior conoce la intensidad de su sufrimiento, por lo que éste no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más. De ahí que el perjuicio moral no es susceptible de demostración a través de pruebas científicas, técnicas o directas, porque su esencia originaria y puramente espiritual impide su constatación mediante el saber instrumental.*

*Por cuanto el dolor experimentado y los afectos perdidos son irremplazables y no tienen precio que permita su resarcimiento, queda al prudente criterio del juez dar, al menos, una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento.*

*Lo anterior, desde luego, «no significa de suyo que esa clase de reparación sea ilimitada, bastándole por lo tanto a los demandantes, en un caso dado, reclamarla para dejarle el resto a la imaginación, al sentimiento o al cálculo generoso de los jueces». (CSJ, SC del 15 de abril de 1997) La razonabilidad de los funcionarios judiciales, por tanto, impide que la estimación del daño moral se convierta en una arbitrariedad.*

*Esta razonabilidad surge de la valoración de referentes objetivos para su cuantificación, tales como las características del daño y su gravedad e intensidad en la persona que lo padece; de ahí que el arbitrium iudicis no puede entenderse como mera liberalidad del juzgador.”*

Corresponde al juzgador ordenar al demandado la *restitutio in integrum* en favor de los perjudicados, que no significa otra cosa que ponerlos en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría de no haber ocurrido el hecho dañoso. En primer lugar ha de recordarse que la rectora de la jurisdicción ordinaria ha dicho que el fallecimiento de una persona no se erige por sí solo en un daño susceptible de ser resarcido, en tanto la vida humana no es un bien patrimonial, cada ser humano, señala la Corte, es un fin en sí mismo, por ende sin precio ni reemplazo por ningún otro objeto, menos por el dinero: “...sería atentar contra los sentimientos de la naturaleza humana, afirmar que por la sola muerte de una persona, sus familiares eran acreedores al pago de perjuicios materiales, como si la vida de un hombre, a

*semejanza de la de un animal o de cualquier otra cosa, pudiera ser objeto del derecho, como ocurría en siglos ya abolidos, en el que el esclavo se apreciaba en dinero, como una de tantas mercancías.”* (G.J., tomo LXI, pág. 577) Corte Suprema, Sala Civil. Sentencia 009 de 1 de marzo de 1954.G.J. N° 2137 y 2139.

Dadas las particularidades ya relatadas por la sala, se resarce el daño moral así: Para madre e hija 60 SMLMV y para cada uno de los hermanos 25, y a estos perjuicios también ha de aplicarse la proporción del 50% por los que quedan finalmente, y así se dispondrá la modificación del fallo en 30 para las primeras y 12,5 para cada uno de los segundos.

**17.** Con respecto a la impugnación de la aseguradora, la impugnación frente a la demanda quedó ya resuelta y sobre lo que llamó “Necesidad de Volver sobre el análisis del contrato de seguro que determina la eventual responsabilidad de la Previsora, fundamentó la impugnación en 3 aspectos así:

**(i)** Configuración de una exclusión absoluta. Hoja anexa # 3 de la póliza 1015844, numeral 20 R.C. Profesional del área de actividades netamente administrativas.

**(ii)** No cobertura de la responsabilidad civil propia de los médicos. Condiciones particulares exclusión Nro. 7. “*la responsabilidad civil profesional individual propia de médico y/o odontólogos o de cualquier profesional de la salud*”. Además de lo anterior la condición quinta – personas aseguradas del clausulado RCP - 006-4 (fl. 199), puesto que conforme al clausulado citado, la póliza 1015844 no comporta de manera automática que bajo la misma se cubra la responsabilidad profesional propia de los médicos y no

figura en el proceso prueba de que se haya hecho endoso especial como se exige en el clausulado del contrato, es decir, la responsabilidad civil profesional propia del médico debe tener una póliza individual de responsabilidad civil.

**(iii)** Exclusión por dolo o culpa en la prestación en los servicios de salud. En la póliza 1001864 (RCP-06-4) se establecieron exclusiones en este caso en el numeral 2.11, la provocación intencional del daño (dolo y/o culpa grave en el ejercicio de la prestación de los servicios de salud)

**18.** La Sala analizará los puntos I y III, por cuanto el II hace referencia a responsabilidad civil o profesional del médico y quedó claro que el galeno que atendió al occiso ninguna culpa tuvo en el resultado, ya que se trató de falencia de índole administrativa.

Esos acápites I y II, se refieren a exclusiones, y la mayoría de la Sala considera que deben figurar en la carátula de la póliza, postura que reiteró en la sentencia proferida en la audiencia del pasado 17 de junio Ordinario de JOHN JAIRO RAMIREZ ZULUAGA contra EPS MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. Y SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. Rdo. 05001 31 017 2011 00174 04 M.P. Piedad Cecilia Vélez Gaviria, en esencia la mayoría sostiene:

*“...por mandato del artículo 44-3° de la Ley 45 de 1990, las exclusiones, al igual que los amparos básicos, deben figurar en caracteres destacados”, “en la primera página de la póliza”, de donde fluye con nitidez que las cláusulas de exclusión deben ser materia de las condiciones particulares de cada póliza, no de las*

generales, bajo sanción de ineficacia, según lo dispone el numeral 1° del citado precepto al estatuir: “*Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:1) Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, a la presente ley y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva*”. Tal sanción opera de pleno derecho, esto es, sin necesidad de declaración judicial, según los claros términos del art. 897 del Código de Comercio”.

Por lo anterior la censura de la aseguradora frente al reembolso ordenado en el numeral 3° de la parte resolutive de la sentencia resulta impróspera, y la postura del ponente, frente a las exclusiones, y que he reiterado, la plasmé inicialmente en el salvamento parcial y aclaración de voto No. 29 del año 2017 en el proceso Ordinario de Responsabilidad Civil Extracontractual de Héctor Enrique Álvarez Pérez y otros contra Tax Individual, Seguros Colpatria y otros. M.P. Julián Valencia Castaño. Rdo. No. 05001 31 03 009 2012 00631 01, cuyo contenido reiteré en el salvamento parcial frente a la sentencia proferida por la sala el pasado 17 de junio ya referenciada, queda entonces como salvamento interno y que en esencia es el siguiente:

En mi concepto la modificación que introdujo el legislador en 1997, derogaban, como lo dijo expresamente en el artículo 8, todas las leyes anteriores que le fueren contrarias, es decir, aquellas que establecían solemnidades para su eficacia, como el artículo 44 de la ley 45 de 1990 en lo que toca con las exclusiones en primera página, no resulta válido jurídicamente que en un contrato de estirpe consensual, las modificaciones, adiciones o en general elementos accidentales del mismo queden sometido a solemnidad del escrito.

Si existe acuerdo de voluntades en torno a los elementos esenciales previstos en el artículo 1045 del estatuto mercantil ya existe contrato aunque no se haya expedido póliza y si ocurre el siniestro surge la

obligación a cargo del asegurador. Si por ejemplo, verbalmente, o por escrito informal, en el proceso normal de formación el consentimiento, oferta-aceptación, entre presentes, por escrito, vía fax, chat, e-mail, telefónica, teleconferencia, etc., se convienen amparos adicionales o exclusiones, ocurrido el siniestro sin que se haya expedido la póliza, pregunto, procedería declarar impróspera la excepción, como lo hizo la mayoría de la de la Sala? De aceptarse esa tesis se violaría de manera grosera el principio de buena fe calificada que rige contratos de esta estirpe.

De otro lado, la reforma que el artículo 42 de la ley 795 de 2003, hizo al numeral 1º del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, no tuvo la virtualidad de revivir los apartes derogados, puesto que simplemente señaló que la autorización previa de la Superintendencia Bancaria de los modelos de las pólizas y tarifas será necesaria cuando se trate de la autorización inicial a una entidad aseguradora o para la explotación de un nuevo ramo.

**19.** Corolario de lo expuesto, la sentencia apelada será CONFIRMADA, en cuanto declaró la responsabilidad reclamada y ordenó a la aseguradora reembolso en favor de la llamante (numerales 1º y 3º de la parte resolutive) y se modificará el monto de las condenas contenidas en el numeral 2º, las cuales quedan así:

- a) Para la Sucesión de Manuel José Bonilla Jaramillo, por concepto de pérdida de oportunidad del causante, 30 S.M.M.L.V., al momento del pago.
- b) Para Sandey Vanesa Jaramillo y María Celina Salazar de Bonilla, 30 S.M.M.L.V., al momento del pago para cada una
- c) Para María Ofiria Bonilla de Marín, Héctor Iván Agudelo, Gildardo Antonio, Pedro Claver, Nelson de Jesús y María Virgelina Bedoya Salazar (hermanos del causante), 12,5 . S.M.M.L.V. al momento del pago para cada uno

Sin costas esta instancia por no haberse causado.

#### IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **Tribunal Superior de Medellín en Sala Cuarta Civil de Decisión**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA los numerales 1º y 3º de la parte resolutive de la sentencia apelada, y MODIFICA EL MONTO DE LAS CONDENAS CONTENIDAS EN EL NUMERAL 2**, las que quedan así:

- a) Para la Sucesión de Manuel José Bonilla Jaramillo, por concepto de pérdida de oportunidad del causante, 30 S.M.M.L.V. al momento del pago.
- b) Para Sandey Vanesa Jaramillo y María Celina Salazar de Bonilla, 30 S.M.M.L.V. al momento del pago para cada una
- c) Para María Ofir Bonilla de Marín, Héctor Iván Agudelo, Gildardo Antonio, Pedro Claver, Nelson de Jesús y María Virgelina Bedoya Salazar (hermanos del causante), 12,5 S.M.M.L.V. al momento del pago para cada uno.

Sin costas en esta instancia por lo expresado en la parte motiva.

Se Precisa que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión virtual nro 22 de la fecha por todos los integrantes de la Sala, la misma solo contiene la firma escaneada del ponente, atendiendo las directrices trazadas por el Consejo Superior de la Judicatura ante la emergencia presentada por el Covid19, y el confinamiento decretado por el Gobierno Nacional.

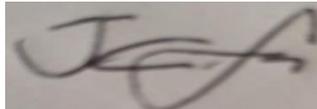
**Para efectos de la notificación, además de la que se haga por anotación en estados, la secretaría tendrá en cuenta los siguientes datos que obran en el copiado:**

Apoderado parte demandante. Juan Alberto Giraldo Zuluaga  
Correo Electrónico: [juangiraldozuluaga@hotmail.com](mailto:juangiraldozuluaga@hotmail.com)

**Apoderado Llamada en garantía** Juan Camilo Arango Ríos  
Tel: 251 77 01  
Correo Electrónico: [arangojuancamilo@une.net.co](mailto:arangojuancamilo@une.net.co)

Apoderado parte demandada: Jorge Fredy Zapata Zuluaga  
Correo Electrónico: [jfredyzz@yahoo.com](mailto:jfredyzz@yahoo.com)

**NOTIFIQUESE**



**JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO**  
**Magistrado**

**JULIÁN VALENCIA CASTAÑO**  
**Magistrado**  
**(APROBADA VIRTUALMENTE)**

**PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA**  
**Magistrada**  
**(APROBADA VIRTUALMENTE)**