

ANALISIS JURISPRUDENCIAL.

**LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA Y LA IMPORTANCIA DEL SEGURO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN EN SALUD.**

JUAN JOSÉ CABRALES PINZÓN

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE SEGUROS**

BOGOTÁ

2018

**LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA Y LA IMPORTANCIA DEL SEGURO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN EN SALUD.**

JUAN JOSÉ CABRALES PINZÓN

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO PARA OBTAR POR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO DE SEGUROS**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS**

BOGOTÁ

2018

**NOTA DE ADVERTENCIA. “LA UNIVERSIDAD NO SE HACE RESPONSABLE POR LOS CONCEPTOS
EMITIDOS POR SUS ALUMNOS EN SUS TRABAJOS DE TESIS. SOLO VELARÁ POR QUE NO SE
PUBLIQUE NADA CONTRARIO AL DOGMA Y A LA MORAL CATÓLICA Y POR QUÉ LAS TESIS NO
CONTENGAN ATAQUES PERSONALES CONTRA PERSONA ALGUNA, ANTES BIEN SE VEA EN
ELLAS EL ANHELO DE BUSCAR LA VERDAD Y LA JUSTICIA”**

Tabla de Contenido.

1. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 30 de septiembre de 2016, SC13925-2016

11

A) HECHOS RELEVANTES:	11
B) PROBLEMAS JURIDICOS:	12
C) RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA	12
D) FUNDAMENTO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA:	12
E) RECURSO DE CASACIÓN:	13
F) CONSIDERACIONES DE LA CORTE:	13
G) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA.	16

2. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 28 de junio de 2017, SC 193-2017 20

A) HECHOS RELEVANTES.	20
B) PROBLEMAS JURIDICOS.	21
C) RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA.	21
D) FUNDAMENTO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.....	21
E)RECURSO DE CASACIÓN.....	22
F)CONSIDERACIONES DE LA CORTE:	23
G)ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA.	25

3. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 15 de febrero de 2017, SC9193-2017

28

A)HECHOS RELEVANTES.	28
B)PROBLEMAS JURIDICOS:	29
C)RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA.	29

D)FUNDAMENTO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.	29
E)RECURSO DE CASACIÓN.	31
F)CONSIDERACIONES DE LA CORTE.	32
G)ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA.	34
4. APLICACIÓN DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.	37
5. BIBLIOGRAFIA.	43

Análisis Jurisprudencial

1. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 30 de septiembre de 2016, SC13925-2016

Radicación: 05001-31-03-003-2005-00174-01.

Magistrado Ponente: Dr. Ariel Salazar Ramírez

A) HECHOS RELEVANTES

1. La paciente LUZ DEISY ROMAN MARIN presentó dolor abdominal junto con calambres en pierna derecha, razón por la cual acudió el 28 de mayo de 2002 a la Clínica Las Vegas en la ciudad de Medellín, donde se le diagnosticó *“cólicos menstruales”*. Al día siguiente, 30 de mayo, regresó con la misma sintomatología, donde se le diagnosticó *“infección renal”*.
2. El 1 de junio, la paciente LUZ DEISY ROMAN MARIN regresa nuevamente a la Clínica Las Vegas, donde se diagnostica dolores producidos por un dispositivo anticonceptivo y se receta tratamiento farmacológico.
3. El 2 de junio, el médico de urgencias de la Clínica Las Vegas indicó que la paciente se *“encontraba invadida de materia”* y era necesario operarla de inmediato. El diagnóstico previo a la cirugía fue *“apendicitis aguda perforada”*, que a su vez produjo una peritonitis.
4. El 9 de junio se dio de alta a la paciente, recomendándosele inyección de antibióticos. El día 12 de junio la paciente tiene revisión de rutina, sin que se encuentre complicación alguna.
5. Para el día 15 de junio, la paciente presenta *“vómito, fiebre alta, dolores abdominales y calambres en las extremidades inferiores”*, por lo que es conducida nuevamente a la Clínica Las Vegas donde es intervenida quirúrgicamente en varias ocasiones (por lo menos cinco) a partir de esta fecha y hasta que la paciente falleció el 23 de junio. La causa de la muerte fue *“choque séptico, previa sepsis abdominal y peritonitis”*.
6. En razón a los hechos anteriores, el núcleo familiar de la paciente, esto es, el esposo, madre y los hijos, inician acción de responsabilidad civil en contra de las sociedades Inversiones Médicas de Antioquia y Clínica Las Vegas IPS, para solicitar el pago de la indemnización de los daños y perjuicios causados por la muerte de la paciente.

B) PROBLEMAS JURIDICOS

1. ¿Genera responsabilidad médica por error en el diagnóstico el hecho que una dolencia abdominal se califique “*cólico menstrual*” o “*dismenorrea*” cuando los síntomas son compatibles igualmente con una apendicitis, que se corrobora posteriormente?
2. ¿Genera responsabilidad médica la ausencia de práctica de imágenes diagnosticas (v.gr. radiología, ecografía, resonancia magnética) al tratar una dolencia abdominal indicativa de apendicitis y posterior peritonitis?
3. ¿Genera responsabilidad médica la tardanza de aproximadamente cinco días, contados desde la aparición de los primeros síntomas, en la realización de un cirugía para tratar una inicial apendicitis que se agrava en peritonitis?
4. ¿Genera responsabilidad médica la ausencia de cuidados postoperatorios luego de una cirugía realizada para controlar una “*apendicitis aguda perforada*” con “*secreción purulenta fétida*”?
5. ¿Genera responsabilidad médica las falencias en el flujo y transmisión de información médicamente relevante entre los distintos actores del Sistema de Salud, por ejemplo, entre EPS, IPS y/o médicos?
6. ¿Deben responder las Compañías Aseguradoras que han sido llamadas en garantía dentro de los procesos de responsabilidad civil médica?

C) RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA

- **Primera Instancia:** El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda por considerar que no se comprobaron los elementos de la responsabilidad civil extracontractual.
- **Segunda Instancia:** El Tribunal confirma la sentencia proferida en primera instancia por no hallar prueba de la responsabilidad civil invocada.

D) FUNDAMENTO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal centró su atención en el diagnóstico realizado el 1 de junio de 2002 por el médico Juan Felipe Martínez González y concluyó que no había culpa por parte de éste ya que los síntomas presentados por la paciente eran “difusos”. Debido a que la enferma no presentaba signos de irritación peritoneal el médico dio el diagnóstico que consideró pertinente y la envió a casa y no consideró necesario someterla a otro tipo de exámenes. Por ende no había culpa del médico que hizo el diagnóstico. Y Aunque el dictamen pericial presentado puede indicar algún elemento probatorio para deducir culpa no es suficiente para definir responsabilidad. Y los médicos argumentaros que los

síntomas que presentó la paciente no indicaban una apendicitis sino una infección de tipo ginecológico.

E) RECURSO DE CASACIÓN: El recurrente aduce que hubo violación indirecta de la ley sustancial.

Primer cargo: El recurrente manifiesta que el Tribunal no estudió la Historia Clínica ya que a partir de ahí se podía inferir la negligencia por parte de los profesionales que atendieron a la paciente, ya que hicieron diagnósticos errados y contrarios a lo que manifiesta la evidencia científica. Y a pesar de la multiplicidad de posibles enfermedades no hicieron exámenes más completos e interrogatorios más exhaustivos para hacer un diagnóstico correspondiente.

Segundo cargo: El Tribunal no valoró correctamente todos los testimonios recibidos, sino que acogió algunos para probar ausencia de culpa sin hacer un análisis racional de los mismos, y no mencionó otros que de ser tenidos en cuenta habrían demostrado la negligencia por parte del equipo médico, el error en el diagnóstico y la mala atención recibida.

Tercer cargo: Se manifiesta que el Tribunal no apreció el contenido de la prueba pericial, ya que según el perito médico Jimmy Paul León Rodríguez, una peritonitis es resultado de un cuadro de varias horas de evolución, es decir era una apendicitis perforada. El perito enfatiza que la demora en el diagnóstico provocó una peritonitis localizada.

F) CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Para desarrollar los problemas jurídicos planteados la Corte realiza un análisis completo de las pruebas recaudadas y practicadas, las cuales empleó para realizar la sentencia sustitutiva en donde se destacan la historia clínica (la cual fue revisada con sumo detalle, enrostrándose cada una de las falencias que pudiera tener, v.gr., falta de claridad en su diligenciamiento, ausencia de datos ordenados por la ley), el dictamen pericial practicado en juicio, los distintos testimonios de médicos y, por último, pero no menos importante, abundante literatura médica que usó la Corte para sustentar cada uno de los reproches por violación a la *lex artis* que realizó a las entidades demandadas.

Después de realizar un análisis completo de las pruebas mencionadas la Corte Suprema de Justicia señala que Sí se genera responsabilidad civil por error en el diagnóstico cuando una dolencia abdominal se califica de "*cólico menstrual*" o "*dismenorrea*" sin considerar que tales síntomas son compatibles igualmente con una apendicitis, que luego se corrobora. Para fundamentar esta conclusión la Corte argumentó que el dolor abdominal "*era típico de apendicitis*" y si bien dicho síntoma

era equívoco para determinar una precisa patología, debían agotarse los procedimientos médicos necesarios para salir de la duda. Más específicamente, dijo la Corte: *“No se realizó un examen físico general metódico, completo y prolijo, sino que la médica se limitó a observar unos cuantos signos como el inicio de la menstruación, la ausencia de diarrea y de fiebre. No le llamó la atención que la paciente manifestó dolor a la palpación del hipogastrio. No le pidió a la paciente que tosiera o se moviera a fin de rastrear el área de origen del dolor. No se auscultó en el punto de McBurney, lo cual era fundamental según la literatura especializada para verificar la hipersensibilidad al rebote. No está consignado que se acostó a la paciente en posición decúbito supino para buscar signos de dolor indicativos de inflamación peritoneal, como prescriben los protocolos antes citados. No realizó una exploración pélvica adecuada a fin de diferenciar su enfermedad con las enfermedades inflamatorias pélvicas. No preguntó si tenía apetito o anorexia, lo que habría sido un signo bastante útil. No le preguntó si se sentía estreñida”*.¹

La Corte igualmente indicó que al error en el diagnóstico confluía el suministro de anestésicos (a pesar que en este caso la literatura médica no los recomienda, pues pueden encubrir los síntomas de la patología) y se le dio de alta, aun cuando la literatura médica indicaba que la paciente debía seguir en observación.

Así mismo, la Corte después de realizar su análisis establece que igualmente se genera responsabilidad civil, ya que ante un cuadro de dolor abdominal es pertinente la práctica de imágenes diagnósticas (v.gr. radiología, ecografía, resonancia magnética) para confirmar si el dolor abdominal de un paciente está relacionado con una posible apendicitis y/o con otro tipo de dolencia. La ausencia de estos exámenes es indicativo de error en el diagnóstico. En las propias palabras de la Corte Suprema: *“A la paciente se le diagnosticó dismenorrea sin preguntarle por sus antecedentes de alteraciones menstruales o antecedentes infecciosos del tracto urinario, **pero no se objetivó este diagnóstico con exámenes de laboratorio de radiología, ecografías, tomografía axial computada**, de acuerdo con la posibilidad del medio asistencial y la patología que supuestamente presentaba la enferma... Además del examen físico, se deben practicar **ayudas diagnósticas, de laboratorio, estudios radiológicos, y tomografía axial computarizada**”*. (Negrilla fuera de texto.)

¹ Para la literatura médica usada por la Corte para sustentar esta posición se pueden consultar las páginas 69 a 78 de la sentencia objeto de análisis.

La Corte señala que claramente existe responsabilidad cuando existe una demora o tardanza en el tratamiento y desconocimiento de la *lex artis* cuando se deja avanzar una patología con dolor abdominal por un tiempo de cuatro días, sin corroborar el diagnóstico y cuando son claros los hechos indicativos de una apendicitis. Igualmente, esperar un día para la práctica de la cirugía de apendicectomía, contado desde el momento en que era evidente su necesidad, también implica un desconocimiento de la *lex artis*. Respecto a este punto, dijo la Corte: *“es absolutamente injustificable que a pesar de llevar la paciente 4 días con dolores abdominales intensos y de mostrar claros signos y síntomas de apendicitis avanzada, reconocibles aún para una persona leiga, la médica tratante elaborara una impresión diagnóstica de enfermedad diarreica o enfermedad pélvica aguda, sin tener las evidencias objetivas suficientes para arribar a esas conclusiones”*; y, complementando lo anterior con la demora de un día en la cirugía, indicó la Corte: *“es inexplicable la demora en practicar la intervención quirúrgica, pues desde el día anterior se tenían los exámenes de laboratorio que indicaban la gravedad de la patología; la paciente mostraba los mismos signos y síntomas; y la literatura científica señalaba la necesidad de practicar una cirugía lo más rápido posible a fin de evitar complicaciones, en lo que coincidieron las declaraciones de los médicos citados en páginas precedentes. Todo ello demuestra, una vez más, la negligencia del equipo médico de la Clínica Las Vegas y el trato inhumano que brindaron a la usuaria del servicio de salud”*.

Sí se genera responsabilidad civil cuando se presenta ausencia de cuidados postoperatorios a una apendicectomía, cuando estos son recomendados por la *lex artis*. Al precisar estos cuidados, que faltaron en la atención de la paciente, dijo la Corte: *“a partir del análisis de la historia clínica, se evidencia que el cuidado posoperatorio que se brindó a la paciente no coincide con el que se acaba de citar, sobre todo porque no se hicieron controles cada 4 horas sino, por lo general, cada 12 horas; no se verificó el suministro de los antibióticos prescritos; y no se hizo el manejo de la herida según acaba de describirse... En la nota del médico se dijo que la paciente está afebril a pesar que tenía 37,8°C, es decir que se encontraba febrícula... Ese mismo día ordenó darle de alta, sin que exista ninguna descripción de su estado de salud ni del criterio que motivó al médico a tomar esa decisión”*.

Sí se genera responsabilidad civil cuando se presentan errores en el flujo de la información médicamente relevante. Para considerar qué exactamente considera la Corte Suprema que son errores en el flujo de la información, basten los siguientes extractos:

“La médica no tuvo la menor preocupación por consultar la historia clínica de los días anteriores para examinar los diagnósticos y tratamientos realizados las dos veces previas en las que la usuaria había acudido... Tanto es así que la doctora PNM le recetó Buscapina compuesta, cuando en la historia clínica del 29 de mayo se registró que la paciente era intolerante a ese medicamento...Esta ruptura comunicacional se evidencia no sólo respecto a las atenciones previas sino frente a las posteriores. En efecto, la doctora PNM afirmó que el único contacto que tuvo con la paciente fue el día 1 de junio de 2002 cuando la atendió por consulta externa y que luego de pasarla a urgencias no volvió a saber más del caso hasta 5 años después cuando la llamaron a declarar en el proceso penal...”. Ahora bien, sobre la incidencia de las fallas de comunicación en la prestación global del servicio, indica la Corte: *“el desentendimiento de la médica de la atención anterior y posterior significó una ruptura en la comunicación del equipo de salud que provocó la tardanza del diagnóstico de apendicitis y su consecuente agravación en peritonitis, sepsis y muerte... Lo primero que llama la atención en la valoración de este segmento de acción organizativa, es la confirmación por parte del médico cirujano de la **tendencia “solista”** en que actuaron la mayoría de los profesionales que atendieron a la señora LUZ DEISY ROMAN MARIN”.* (Negrilla fuera de texto)

Es claro que la Corte establece entonces una teoría en virtud de la cual la comunicación entre los intervinientes en la atención a un paciente debe ser efectiva, toda vez que cuando existe una ruptura en la misma los pacientes son los que se ven afectados pues se pueden presentar tardanzas u otro tipo de situaciones que no permiten la adecuada atención y que en todo caso generan una responsabilidad clara.

Por último la corporación afirma que la Compañía Aseguradora debe entrar a responder por el pago efectivo de la condena teniendo en cuenta los límites y condiciones pactadas en el contrato de seguros, sin embargo, en este caso la Corte dio por no probada la excepción límite del valor asegurado, toda vez que no se logró demostrar que con cargo a la póliza de seguros la Compañía hubiese cancelado sumas de dinero por siniestros diferentes.

G) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

Dentro de la presente sentencia encontramos una serie de elementos importantes que deben ser analizados referentes al nexo de causalidad, entendido como una causalidad jurídica, así mismo la Corte destaca la importancia de entender el concepto de culpa organizacional, teniendo en cuenta

que si bien es cierto que los sistemas u organizaciones dependen de las decisiones que sean tomadas por las personas físicas que las componen, no por ello se puede dejar de lado que hay procesos organizaciones que per se pueden generar un daño y que no sería coherente entrar a exonerar de responsabilidad dicha actividad empresarial. Lo anterior resulta relevante teniendo en cuenta que existen una serie de eventos en los cuales el sistema asume un rol de garante, tal y como sucede en el caso que nos ocupa ello en virtud de lo establecido en la ley 100 de 1993.

La Corte realiza igualmente un análisis de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual y específicamente para el caso de la responsabilidad médica. Dentro de dicho análisis se destaca el análisis realizado por la Corte en torno a la no aplicabilidad al derecho civil de la llamada “teoría de la imputación objetiva penal”, institución jurídica surgida en el campo del derecho penal, y la clarificación del método que deben usar los jueces para realizar la “imputación” tanto fáctica (imputatio facti) como jurídica (imputatio juris o juicio de reproche culpabilístico) en los casos de responsabilidad médica.

Conviene detenernos un momento en la denominada imputatio facti o atribución del daño a un agente (tradicionalmente llamada también nexo de causalidad), de la cual la sentencia objeto de análisis presenta una reconstrucción interesante.

La Corte resalta en primer lugar que la imputatio facti o nexo de causalidad, no es un hecho que admita una prueba como tal. En palabras de la corte el “nexo causal” es difícil de demostrar “porque no existe como hecho de la naturaleza”, sino que, tal “nexo causal” es, sencillamente, una valoración jurídica que establece que unos “hechos jurídicamente relevantes” tienen “su relación de sentido jurídico con el resultado dañoso”. De este modo, en palabras de la Corte, en esta imputatio facti **“la atribución de un hecho a un agente se determina a partir de la identificación de las funciones sociales y profesionales que el ordenamiento impone a las personas, sobre todo cuando se trata de probar omisiones o ‘causación por medio de otro’**. De las consideraciones anteriores, deriva una consecuencia importantísima, ya insinuada, esto es, que los “juicios de imputación... no se prueban directamente, sino que se atribuyen y se valoran mediante inferencias racionales, presunciones judiciales o indicios”. (Negrilla y subrayado fuera de texto.)

Para la Corte, la atribución que realiza el juez no es arbitraria pues depende de un “marco de sentido jurídico que permite la construcción de pruebas inferenciales”, es decir, en la imputación se debe tener en cuenta, además de las consabidas reglas de la “causalidad natural”, “categorías jurídicas como el

deber de actuar, las acciones y omisiones relevantes, la posición de garante, el concepto de 'guardián de la cosa', las obligaciones de seguridad".

Este entendimiento de la atribución de un daño a un agente en el campo del derecho civil (y, más específicamente, en la responsabilidad civil extracontractual), dice la Corte, es diferente a la conocida "imputación objetiva penal" pues en esta última se realiza también un "juicio de desaprobación de la conducta a partir de la descripción contenida en un tipo penal, y en materia de responsabilidad extracontractual no existe esa censura previamente incorporada a una norma típica", situación que hace "teórica y prácticamente imposible cualquier intento de aplicar la denominada "teoría de la imputación objetiva" al campo civil".

La anterior distinción realizada por la Corte se explica por lo siguiente: se quiere mantener una diferencia marcada entre la *imputatio facti* y la *imputatio juris* o juicio de reproche culpabilístico.

Sin embargo, a pesar que la Corte diga tajantemente que la aplicación de las "categorías jurídicas" que se usan en la *imputatio facti* "no llevan implícitos juicios de reproche", esta afirmación no parece del todo cierta e incluso habría que reconocer que la *imputatio facti* es, por lo menos, un indicio fuerte de que también concurrirá la *imputatio juris*, toda vez que al determinar la conducta bien sea de una EPS, IPS o un médico individual el juez se debe detener precisamente en determinar si esa conducta tiene o no incidencia en el daño y si en ella media culpa, aspecto que claramente se deriva un juicio de reproche puntual.

Es claro que las anteriores apreciaciones tienen su origen en la diferenciación que realiza la Corte sobre los actores del Sistema de Salud, dentro de los cuales encontramos las Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras del Servicio y el médico como personal natural. Resulta evidente para cada uno de ellos existen obligaciones diferentes de cara a la atención a los usuarios, de ahí la importancia de determinar cada una de las mismas con el fin de establecer en cada caso en concreto cual fue el agente que pudo infringir el deber objetivo de cuidado y en consecuencia lograr determinar si el daño es atribuible solidariamente o por el contrario solo a uno de los intervinientes en la prestación del servicio.

Lo anterior resulta completamente relevante en el caso por ejemplo de la responsabilidad médica de cara al galeno, toda vez que doctrinalmente se ha establecido que "*es una responsabilidad profesional que estructura un comportamiento antijurídico como consecuencia del incumplimiento de deberes*

jurídicos a cargo de los médicos relacionados con la práctica o el ejercicio de su actividad”², motivo por el cual es claro que el médico solo podrá ser responsable por los incumplimientos de sus obligaciones de **medio** la cual se encuentra consagrada en el artículo 104 de la ley 1438 de 2011, el cual reza:

*“Artículo 26. Acto propio de los profesionales de la salud. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. **El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.**”*

Teniendo en cuenta la disposición anteriormente mencionada es que resulta fundamental realizar la distinción entre las obligaciones en cabeza de cada uno de los agentes del Sistema de Seguridad Social en Salud, pues sería injusto atribuir un daño a un médico que actuó con la debida diligencia y que por trámites administrativos en cabeza bien sea de la EPS o IPS sea condenado. Es por lo anterior, que resulta relevante entonces determinar en cada caso en concreto cual fue la causa del daño y por ende establecer cual agente debe responder.

Así mismo, es claro que la Corte estableció la posición de garante que asumen las Entidades Promotoras de Salud con sus usuarios, ello en virtud de lo establecido en la ley 100 de 1993 y que por ello es dable predicar una responsabilidad directa en los términos del artículo 2341 y es que es claro que hay eventos donde únicamente le es atribuible el daño, ejemplo claro de ello es fallas en el sistema de referencia y contra referencia.

Otro aspecto que resulta relevante de esta sentencia es la actualización que se realizó al monto que había sido reconocido por la jurisprudencia en la tipología de daño moral, toda vez que el mismo fue tasado en SESENTA MILLONES DE PESOS M/CTE, aspecto que resulta acertado toda vez que como lo ha sostenido la jurisprudencia no se trata de una indexación o corrección monetaria sino de un ajuste del monto de la reparación de una lesión sufrida como un parámetro de referencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 17 de noviembre de 2011).

² Santos Ballesteros, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Tomo II, Universidad Javeriana pág 252.

Así las cosas, tenemos una sentencia que ha pretendido desarrollar un nuevo concepto de atribución de responsabilidad derivado de fallas organizacionales atribuibles a los agentes del Sistema de Seguridad Social en Salud denominada como una responsabilidad “sistémica”, dentro de la cual se incluyen nuevos criterios para el estudio y análisis de los elementos de la responsabilidad civil.

2. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 28 de junio de 2017, SC 193-2017

Radicación: 11001-31-03-039-2011-00108-01.

Magistrado Ponente: Dr. Ariel Salazar Ramírez

A) HECHOS RELEVANTES.

1. El 7 de octubre de 2006 a comienzos del embarazo de la paciente la señora: Luz Mery Zambrano, consultó a neurología por persistencia en migrañas y tres episodios de síncope, no hay indicador en la historia clínica de un buen examen físico o análisis clínico.
2. El 3 de mayo de 2007, con 32 semanas de embarazo, la paciente acudió nuevamente a consulta con el neurólogo por diagnóstico de cefalea crónica tipo migraña episódica y síncope en tres ocasiones.
3. El 17 de mayo de 2007, la paciente acudió a consulta con médico cardiólogo por pérdida de conocimiento con un cuadro sincopal de 8 meses de evolución.
4. El 6 de junio de 2007 la señora Luz Mery Zambrano acudió a control prenatal con 37 semanas de embarazo. La ginecóloga documentó antecedentes de asma sin manejo y síncope en estudio, pero no dio mayores detalles ni explicaciones.
5. El 19 de junio del mismo año, con 39 semanas de embarazo, la usuaria acudió a control prenatal a las 7:50 horas, presentando actividad uterina irregular
6. Al día siguiente, esto es el 20 de junio de 2007, a la 1:07 horas, consultó nuevamente por urgencias en el mencionado centro hospitalario, por haber presentado un dolor punzante en la región lumbar, irradiado a la pierna derecha y dolor abdominal
7. El mismo día, a las 4:01, la embarazada reingresó con trabajo de parto acompañado de dolor periumbilical, hipoactividad fetal y vómitos
8. El 21 de junio de 2007, a las 00:27 horas, se produjo el parto vaginal eutócico con líquido amniótico meconiado (meconio reciente); nace flácido, sin patrón respiratorio, cianótico y poco reactivo a estímulos externos.

9. La resonancia magnética cerebral realizada al menor mostró las anomalías propias de un sufrimiento fetal intenso, tales como lesiones hemorrágicas del parénquima cerebral.
10. La parálisis cerebral y minusvalía a la que quedó sometido el menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano son consecuencia del sufrimiento fetal agudo que presentó *in útero*, debido a que el parto no se atendió en el tiempo debido.

B) PROBLEMAS JURIDICOS

1. ¿La parte demandada desconoció la *lex artis ad hoc* al no haber brindado a la paciente la atención que requería en su trabajo de parto?
2. ¿Puede tenerse en cuenta como criterio hermenéutico de las pruebas obrantes en el proceso y como parte de la sana crítica, la literatura científica no que no aparece en el expediente?
3. ¿Son asimilables los conceptos de expertos y especialistas con la prueba testimonial?
4. ¿Los conceptos de expertos y especialistas son pruebas admisibles en los procesos de responsabilidad médica?
5. ¿La indemnización integral busca poner a la víctima en la situación en la que “habría estado” de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso?
6. ¿Es posible reconocer lucro cesante a un menor de edad que no esté devengando un salario al momento de la ocurrencia del hecho dañoso?

C) RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA

- **Primera instancia:** La juez de primera instancia estableció que el personal médico actuó conforme a la *lex artis* por lo que no se pudo establecer que hubo culpa en la atención a la usuaria, además que no se encuentra probado el nexo de causalidad entre el hecho lesivo y el daño sufrido al menor, por lo que niega las pretensiones de la demanda por no hallar prueba en los elementos que constituyen la responsabilidad civil.
- **Segunda Instancia:** El Tribunal Superior de Bogotá confirma la sentencia de primera instancia ya que no quedó demostrada la tardanza o negligencia en la atención por parte de la entidad demandada y tampoco el nexo causal entre la conducta de la entidad y el daño causado al menor.

D) FUNDAMENTO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior de Bogotá llegó a la conclusión que no hubo factores de riesgo que indujeran al médico a hospitalizar a la paciente o realizarle un tacto vaginal y por lo tanto como no hay pautas que

indiquen que hubo una violación a la *lex artis* no le corresponde al juez censurar decisiones de exclusivo resorte médico.

De igual forma le dio más valor probatorio al testimonio del ginecólogo Callamand Borrero que al del neurólogo José Aldana Valdez ya que el primero logró una mejor sustentación y basado en la historia clínica. Mientras que el segundo reconoció que el tema sobre el cual se discute no es de su especialidad. Se manifiesta que el 19 de junio se practicó un examen de rigor a la paciente sin que arrojara signos indicativos de anomalías en el embarazo. Además respecto de la demora que tuvo la entidad demandada de 5 horas que afirma la parte demandante no logró ser probada por lo cual no se tuvo en cuenta para endilgar negligencia a la entidad Prestadora de Salud.

Considerando además que el Doctor Gómez le tomó la tensión arterial, la frecuencia cardíaca y respiratoria y le practicó un examen físico. Respecto del dolor Punzante lumbar según lo indicó el médico Callamand no se pudo considerar como algo anormal dado que la situación de la paciente no ameritaba la iniciación del trabajo de parto.

Conforme a los testimonios y notas de enfermería y la historia clínica se colige que únicamente el 20 de junio a las 5:45 pm la paciente evidenció síntomas indicativos de factores de riesgo y en ese momento el personal médico se dedicó a actuar de inmediato.

Y por último en lo que respecta a la presencia de Meconio en el cordón umbilical se manifiesta que se pudo deber a otros factores similares sin que la responsabilidad por este hecho se deba endilgar al médico que tiene una obligación de medio. El tribunal tomó como argumento todo lo establecido anteriormente para establecer que no quedó demostrada la negligencia del Hospital y que hay inexistencia en el nexo causal en el presente caso y por lo tanto confirma el fallo de primera instancia.

E) RECURSO DE CASACIÓN. La parte demandante formula cuatro cargos todos por violación indirecta de la ley sustancial.

Primer cargo: Violación indirecta del artículo 2341 del código civil por haber infringido el artículo 187 del código de procedimiento civil. Según lo expuesto por la parte demandante el Tribunal le restó credibilidad al testimonio dado por el médico neurólogo y neonatólogo para dar mayor valor al concepto dado por el ginecólogo.

Menciona además que de acuerdo al concepto rendido por el doctor Callamand, el Tribunal pasó por alto la afirmación del experto respecto de la “actividad uterina irregular” y se enfocó únicamente en aquel que consideró que no hubo factores de riesgo en contravía de lo arrojado por los demás medios

de prueba. Además de acuerdo a la historia clínica del 19 de junio de 2007 se consignó que la paciente presentó actividad uterina irregular, lo que significaba mayores cuidados por parte del personal médico.

Por lo tanto no tenía sentido racional restarle credibilidad al testimonio del neurólogo y reumatólogo ya que fue detallado y coherente.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial por error en la apreciación del conjunto de pruebas. De acuerdo con la parte demandante el Tribunal no tuvo en cuenta el dolor Lumbar punzante que sentía la paciente y la actividad uterina irregular que en conjunto era una señal de anormalidad como lo estableció el Doctor Aldana Valdés y que requería mayor atención por parte del personal médico.

Tercer Cargo: La parte demandante insiste en que el Tribunal no tomó en cuenta la historia clínica ni los testimonios técnicos rendidos, en la medida que desde la primera consulta se indicaba que había sufrimiento del feto por falta de irrigación del oxígeno al cerebro y hacían necesaria una atención más diligente por parte del personal médico. Reiterando el que Tribunal ignoró que todas las pruebas indican que la paciente presentó factores de riesgo.

Cuarto Cargo: Como los cargos anteriores la recurrente insiste en que la historia clínica y los testimonios técnicos rendidos no fueron evaluados de forma articulada, que la actividad uterina irregular no fue vista en su real dimensión lo que resultó en la demora de la iniciación de los procedimientos médicos para desembarazar a la paciente, lo que prueba que sí hubo nexo causal entre el daño que se le causó al menor Juan Sebastián y la falta de diligencia por parte del personal médico

F) CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Para desarrollar los problemas jurídicos planteados la Corte realiza un análisis completo de las pruebas recaudadas y practicadas, las cuales empleó para realizar la sentencia sustitutiva en donde se destacan la historia clínica, testimonios técnicos, testimonios, medicina basada en la evidencia (literatura científica que no se aportó por las partes dentro de la oportunidad procesal correspondiente, sino que fue consultada por la Corte.

El comportamiento de la parte demandada sí desconoció los criterios de la *lex artis*, pues no se tuvieron en cuenta los antecedentes de la paciente (que debían considerarse como factores de riesgo

en el caso concreto) y tampoco se agotaron todas las medidas para determinar el bienestar fetal, antes de someter a la gestante al trabajo de parto.

La literatura científica, como elemento que hace parte de la sana crítica, si puede tenerse en cuenta como criterio hermenéutico para el análisis (no desplazamiento ni remplazo) de las pruebas obrantes en el proceso, a pesar de que esa literatura no se encuentre en el expediente.

Aclara la Corte que los expertos que acuden al proceso a rendir un concepto técnico o científico no son testigos, tal y como lo consideró el Tribunal tampoco se pueden considerar como testigos técnicos, ya que no declaran sobre hechos o situaciones fácticas que hayan percibido sino que su criterio está basado en conceptos generales, abstractos respecto de un tema en concreto que requiere un conocimiento especializado y que interesan al proceso. Esta figura no constituye como un medio de prueba regulado pero resulta admisible basado en el principio de libertad probatoria, y al ser admisibles deben ser estudiados conforme al criterio de la sana crítica.

Respecto de la declaración del médico Andrés Augusto Callamand éste mismo afirmó que tenía una relación laboral con la entidad demandada desde el año 2006, la Corte afirmó que estas circunstancias pueden afectar la credibilidad o imparcialidad del deponente y más cuando se ha demostrado que la declaración de una persona puede afectar el patrimonio de la entidad involucrada en el proceso, entonces al momento de darle toda la credibilidad al Dr. Andrés Augusto Callamand y desconsiderar la del Dr. Aldana Valdés el sentenciador tuvo que tener más cuidado al analizar la coherencia y consistencia de la información.

Así mismo, la Corte estableció que fue errada la posición del Tribunal al pretender restarle valor al testimonio del especialista en neurología, toda vez que se indicó que al no ser esta especialidad ajena a los hechos que se discutían en el proceso no era el idóneo. La Corporación señaló que se debe recordar que el criterio de los expertos es respecto al estado de su ciencia o arte, y emitir juicios de valor, elaborar hipótesis sobre las posibles causas de los hechos, por ende no es estrictamente necesario que se refiera a los hechos probados en el proceso.

Posteriormente en la Corte en la sentencia sustitutiva inicia desarrollando el derecho fundamental a la salud y sostiene que las EPS por fungir como Aseguradoras tienen a su cargo obligaciones únicamente de su resorte, como lo son la adecuada prestación del servicio o denominada garantía de la calidad en la prestación de los servicios y que su actividad debe velar por el estricto cumplimiento de los principios rectores del Sistema de Seguridad Social. Con lo anterior la Corte afirmó que en caso

de que dichas obligaciones no se cumplan las EPS deben ser condenadas a pagar la indemnización por el daño ocasionado.

Así mismo, la Corte establece nuevamente que las EPS al ser sistemas organizativos tienen una posición de garante con sus afiliados, motivo por el cual el juicio de reproche debe estudiarse desde su conducta, para lograr determinar si hubo o no una infracción a la *lex artis*. A su turno la corporación consideró que la inobservancia de los elementos científicos constituye un indicio de culpa por parte de las estructuras organizacionales.

Frente al concepto de la indemnización integral de perjuicios sostiene que la misma busca poner a la víctima en la situación en la que “habría estado” de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso, lo que no significa que el daño sea incierto, sino que se realiza una proyección del estado de la víctima.

Sostiene la Corte que si es posible reconocer lucro cesante a menor de edad que no esté devengando un salario al momento de la ocurrencia del hecho dañoso, por las siguientes razones: 1. La forma en la que debe entenderse la indemnización integral (desarrollada en el punto anterior). 2. Se puede anticipar con un alto grado de probabilidad que el menor no podrá desenvolverse en el mercado laboral cuando alcance la vida adulta. 3. No existe ninguna razón para que los padres del menor o terceras personas asuman una obligación dineraria que no están llamados a soportar. 4. El estado y la sociedad tienen la obligación constitucional de proteger los intereses del menor.

G) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA.

En la presente sentencia nuevamente la Corte reitera lo manifestado en la providencia proferida el 30 de septiembre de 2016, en el sentido de afirmar que los miembros que integran el Sistema de Seguridad Social, tienen un deber de comunicación, motivo por el cual no se puede argumentar que los mismos actúan en forma separada y que por ende deben responder de manera solidaria por los daños que causen en la prestación de los servicios de salud.

Consideró desatinada la posición de la Corte en que pretende hacer ver que las EPS tienen la obligación de garantizar el pleno cumplimiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, siendo que las mismas tienen una serie de obligaciones consagradas en la ley, las cuales son claras en establecer hasta donde llegan sus funciones como Entidades Promotoras de Salud, motivo por el cual resulta exagerado pretender que dicho órgano cumpla con obligaciones que no le asisten a ella, simplemente por considerarse el Asegurador.

Por el contrario, comparto la posición adoptada en la aclaración de voto en donde se plasmó lo siguiente:

*“4.3. Tratándose del Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, el juicio de reproche a la entidad prestadora de salud mal podría asentarse en su simple condición de aseguradora del correcto funcionamiento del mismo, como parece darlo a entender la sentencia mayoritariamente aprobada, **sino que debe hacerlo en la desatención de sus obligaciones o deberes secundarios de conducta -deberes colaterales-**.”*

Derivar responsabilidad por tratarse de una EPS es tanto como crear un régimen de responsabilidad objetiva, el cual carece de fuente legal y desatiende la naturaleza de la actividad médica.”

Lo anterior teniendo en cuenta, que las EPS deben responder solo por las actuaciones u omisiones únicamente imputables a ellas, pues de lo contrario se entendería que las obligaciones a cargo de dichos órganos son de resultado y no de medio como lo ha sostenido la jurisprudencia nacional.

Por otro lado, consideró que la Corte acogió de manera desatinada el concepto de medicina basada en evidencia, toda vez que si bien es cierto la literatura médica sirve como una fuente auxiliar al juez para lograr la finalidad de todo proceso judicial la cual no es más que encontrar la verdad material, no puede entenderse que la misma debe ser valorada de manera aislada a las demás pruebas recaudadas dentro del proceso.

Lo afirmado en el anterior párrafo tiene como sustento que en la sentencia se evidencian abundantes citas de textos médicos especializados en ginecobstetricia, sin embargo, es claro que al no ser la medicina una ciencia exacta, no todos los casos son iguales, motivo por el cual al momento de emplear los conceptos tomados de los artículos científicos deben analizarse en conjunto con los testimonios técnicos o los dictámenes periciales, en caso de que se practiquen. Es claro que dentro del caso que nos ocupa la corporación le resto valor probatorio al testimonio del Dr. Callamand quien era especialista en ginecología y obstetricia y pondera el concepto de “medicina basada en evidencia” criterio que a mi juicio no resulta atinado, pues son los galenos quienes tienen el conocimiento para lograr dar herramientas al juez para encontrar la verdad material.

Por último, considero pertinente indicar que en los casos de responsabilidad médica como el que nos ocupa estamos bajo el régimen de culpa probada, motivo por el cual es claro que la carga de demostrar la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil es quien alega el daño, sin

embargo, en este caso la corporación en mi criterio no aplicó lo consagrado en el artículo 167 del Código General del Proceso.

3. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 15 de febrero de 2017, SC9193-2017

Radicación: 11001-31-03-011-2002-01182-01

Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Fernando García Restrepo

A) HECHOS RELEVANTES.

1. La demandante Gladys Eugenia Villamizar Garzón celebró con COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA S.A., antes SALUD COLMENA MEDICINA PREPAGADA S.A., el contrato de “medicina prepagada” No. 00001096551, siendo uno de los beneficiarios su marido, José Luis de Jesús Yepes Núñez, desde el 1º de marzo de 1998.
2. El 30 de julio de 1999, siendo las 11:45 A.M., el señor Yepes Núñez, ingresó al servicio de urgencias de la CLÍNICA DE MARLY, aquejado de un fuerte dolor abdominal en la fosa iliaca derecha, náuseas, vómito, fiebre y deposiciones diarreicas, síntomas con base en los cuales se le diagnosticó el padecimiento de “apendicitis aguda” y se ordenó intervenirlos quirúrgicamente, cirugía que fue practicada allí mismo, a las 12:45 p.m., por parte del doctor Carlos Niño y con la participación, como anesthesiólogo, del doctor José Bernardo Silva Flórez.
3. Bajo anestesia general y al momento de la intubación para proceder con el proceso operatorio, el señor paciente presenta “*regurgitación o vómito de contenido gástrico*”, lo que le produce una “*broncoaspiración*”.
4. En ese momento el médico anesthesiólogo inicia labores tendientes a mejorar la situación médica del paciente y cuando intenta la “*extubación pop*”, denota una “*saturación completa*” del mismo y hace nuevamente una “*intubación orotraqueal*”.
5. Se decide trasladar al paciente a la UCI para manejo de síndrome de dificultad respiratoria del adulto por broncoaspiración masiva, realizan una Rx de tórax que demuestra compromiso severo de ambos campos pulmonares, proceden a realizar una broncoscopia para lavado bronquial, encuentran una severa congestión y hemorragia en los bronquios y practican lavado selectivo de bronquios primarios y secundarios.
6. El paciente fallece.

B) PROBLEMAS JURIDICOS

1. En la valoración preanestésica realizada a un paciente diagnosticado con apendicitis aguda ¿Se puede derivar responsabilidad médica por la omisión del anestesiólogo de realizar un examen físico detallado para evaluar la vía respiratoria del paciente?
2. En el marco del análisis de responsabilidad médica ¿Es posible que de un elemento probatorio se deriven conclusiones cuando sus premisas adolecen de inexactitudes propias y/o confirmadas en otros elementos?

C) RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA

- **Primera Instancia:** El juzgado primero civil del circuito de Descongestión DE Bogotá mediante sentencia del 30 de julio de 2010, negó la totalidad de las pretensiones y no se pronunció sobre las excepciones propuestas por la accionada y el llamado en garantía y condenó en costas a los gestores del litigio.
- **Segunda Instancia:** El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil mediante sentencia del 31 de marzo de 2011 confirmó lo proveído en primera instancia e impuso el pago de costas a los recurrentes y del llamamiento en garantía a quien lo formuló.

D) FUNDAMENTO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

No hay lugar a predicar que SALUD COLMENA MEDICINA PREPAGADA S.A. incumplió las obligaciones que se derivaron del contrato que celebró con la señora Gladys Eugenia Villamizar Garzón, esposa del señor José Luis de Jesús Yepes Núñez, toda vez que lo sucedido no se debió a la falta de prestación del servicio o tratamiento al que tuviese derecho la víctima, ni a la falta de disposición de un establecimiento clínico, por el contrario para la atención del señor José Luis de Jesús Yepes Núñez se pagaron todos los servicios prestados.

Tampoco se le puede endilgar responsabilidad alguna a la CLÍNICA DE MARLY S.A., debido a que los médicos que atendieron al señor José Luis de Jesús Yepes Núñez le suministraron los procedimientos adecuados conforme a la Lex Artis, toda vez que habida cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se le aplicó al señor José Luis de Jesús Yepes Núñez la anestesia general, el proceder el médico anestesiólogo José Bernardo Silva Flórez no puede calificarse sino como el esperado del médico medio o del buen médico, que procura con la diligencia que es exigible,

suministrarle a su paciente los medicamentos necesarios para insensibilizarlo en aras de evitarle dolor o al menos hacer menos traumática la práctica o la intervención quirúrgica.

El ad quem ponderó por separado cada uno de los elementos de juicio atrás relacionados y soportado en ese análisis probatorio explicitó las siguientes conclusiones:

La falta de evaluación de la vía aérea del paciente no es una omisión de la que pueda colegirse que por la dificultad que ella ofrecía era aconsejable la “intubación despierto”, pues en este proceso no se comprobó que el señor José Luis de Jesús Yepes Núñez presentara esa característica, y por el contrario si existían elementos que permitieran pensar que tenía una vía aérea sin dificultad para la intubación orotraqueal. Prueba de ello es que pudo ser intubado sin que ninguna circunstancia hubiese afectado tal procedimiento.

Sin embargo, de haber existido la anomalía de vía aérea difícil, esa no fue la causa de la broncoaspiración, sino como se demostró en la historia clínica, la broncoaspiración es atribuible a la ausencia de sus reflejos protectores que le impidieron expulsar el vómito.

Los antecedentes del paciente daban cuenta que ya había sido sometido a una cirugía bajo anestesia general sin complicaciones, a lo que se añade que de haber existido la advertida condición especial, resultaría inentendible que el propio paciente, siendo médico anesthesiólogo y, por ende, conocedor de la importancia de esa circunstancia, no la hubiese advertido al médico anesthesiólogo José Bernardo Silva Flórez, pese a que se encontraba consciente y lúcido cuando ingresó a la cirugía, o que su esposa no hubiese hecho lo propio.

Dadas las condiciones del señor José Luis de Jesús Yepes Núñez, y por habersele diagnosticado una apendicitis aguda perforada con un grave riesgo de desencadenar en peritonitis, se justificaba que el examen de la vía aérea no se hubiera realizado o no se hubiera consignado nada al respecto.

Que el señor José Luis de Jesús Yepes Núñez haya vomitado antes de ingresar a la clínica no le permite al médico anesthesiólogo José Bernardo Silva Flórez determinar que en el curso de la cirugía iba a “regurgitar”; adicional a ello conforme al peritaje, el método de intubación “inducción de secuencia rápida” fue el acertado en relación a las condiciones del señor José Luis de Jesús Yepes Núñez y acatando las reglas de la Lex Artis, inclusive si se hubiera elegido la “intubación despierta”, no se podía asegurar que no regurgitara.

No se deben valorar las pruebas sesgadamente, y por ello no pueden tomarse como definitivas, las conclusiones aisladas de los dictámenes periciales.

No está demostrado que el “lavado con suero fisiológico” se hubiere realizado, por cuanto no tiene respaldo en medios probatorios diferentes al de la epicrisis, y aun habiéndose practicado, no agravaba sustancialmente el estado de salud del paciente, pues éste se mantuvo estable al punto que pudo ser operado, si esto lo hubiere empeorado la muerte habría sido casi inmediata. Tampoco está demostrado que se haya hecho en un mal momento la segunda extubación.

E) RECURSO DE CASACIÓN. La parte demandante formula un único cargo alegando que la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en una serie de errores de hecho y de derecho al apreciar las pruebas del proceso.

La anterior solicitud la fundamentó de la siguiente manera:

Respecto a la conducta procesal de la CLÍNICA DE MARLY S.A., manifiesta que existieron yerros que contrarían lo consagrado en los artículos 174, 177 y 187 del C.P.C., y que denomina como:

“Error de derecho” al dejar de apreciar en conjunto la historia clínica, el testimonio del cirujano que la suscribió y los indicios de la conducta procesal de la clínica, ello en relación a lo que de esa apreciación se puede acreditar, que en este caso serían las dos negligencias graves en el suministro de anestesia, el no haber practicado el examen preanestésico y la realización de un lavado bronquial con suero fisiológico.

“Error de hecho” debido a la incorrecta apreciación del dictamen pericial y la historia clínica en relación con la no práctica del examen preanestésico de manera adecuada y suficiente y su incidencia en la muerte del paciente, de los cuales se hubiera podido concluir que por la conformación morfológica de la cabeza del señor José Luis de Jesús Yepes Núñez era un paciente de difícil intubación y por tanto se le debía practicar una intubación despierto, situación que según testimonio de la señora Gladys Eugenia Villamizar Garzón el señor José Luis de Jesús Yepes Núñez solicitó antes de su intervención y que no se hizo.

“Error de hecho” debido a la incorrecta apreciación del dictamen pericial, la historia clínica (epicrisis) y el testimonio del cirujano que la suscribió en relación con la incidencia del lavado con suero fisiológico, practicado después de la broncoaspiración.

En relación a la conducta procesal de COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA S.A., determina los siguientes yerros:

“Error de Hecho por indebida interpretación” del contrato que existía entre COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA S.A., y la señora Gladys Eugenia Villamizar Garzón, esposa del señor José Luis de

Jesús Yepes Núñez, debido a que en la demanda no se adujo ningún incumplimiento contractual, por el contrario se solicitaba una demanda extracontractual, lo que le impedía al juez exonerar a COLMÉDICA con base en la estipulación pactada en un contrato.

“Error al pasar por alto” las normas que regulan la responsabilidad de las empresas de medicina prepagada, en las que se determina la obligación de reparar sin importar que la medicina prepagada haya prestado el servicio a través de otra entidad.

F) CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte inicia estudiando lo referente a la valoración pre anestésica indicando que en la misma debe estudiarse la vía aérea con el propósito de establecer si existe una vía aérea difícil o no. La vía aérea difícil, según la definición expresada por la SOCIEDAD AMERICANA DE ANESTESIOLOGOS, es “Dificultad en la Vía Aérea se define como la situación clínica en la cual un anesthesiologo convencionalmente entrenado experimenta dificultad en la ventilación con máscara y/o dificultad con la intubación traqueal”, lo que representa una interacción compleja entre factores del paciente, el escenario clínico y las habilidades del médico.

El examen físico es una de las valoraciones para estudiar la vía aérea, tiene como objetivo detectar características físicas que puedan indicar la presencia de vía aérea difícil como: la incapacidad de abrir la boca, el tamaño de los dientes, el tamaño de la lengua, la relación entre el maxilar superior e inferior, la visibilidad de la úvula, la forma del paladar, la distancia entre mentón y tiroides, el tamaño del cuello y los movimientos de cabeza.

Sin embargo, existen otras valoraciones además del examen físico para determinar una posible vía aérea difícil como lo son: la historia clínica, los antecedentes, la realización de un interrogatorio, observación de radiografías, pruebas de funcionamiento pulmonar y otros.

En consecuencia, la responsabilidad médica por la omisión del anesthesiologo no puede derivarse de no haber realizado un examen físico para evaluar la vía aérea, pues si bien este examen es relevante, debe realizarse de ser “posible” antes del acto anestésico, y de no ser posible, se puede evaluar dicha vía aérea a partir de la apreciación directa que el anesthesiologo tiene del paciente, el dialogo que sostiene con el paciente, el registro de antecedentes anestésicos sin complicaciones del mismo, entre otros. El “ser posible” en el caso en concreto, dependió de las circunstancias en las que el paciente se encontraba, pues de ser un paciente joven, sin malformaciones físicas visibles, en condiciones

generales de salud buenas excepto lo que lo aquejaba en el momento, y contando con el antecedente de habersele administrado anestesia general sin complicaciones, le permitía al anesthesiólogo llegar a la conclusión de que el paciente no tenía una vía aérea difícil, y darle prevalencia a la urgencia de intervenirlos quirúrgicamente.

En este orden de ideas, se puede concluir que la omisión de la realización del examen físico de la vía aérea del paciente en el caso específico, no se debió a negligencia, inadvertencia o por falta del cuidado del anesthesiólogo, al contrario, la valoración preanestésica que éste practicó satisfizo las exigencias mínimas que le eran propias, al punto de que en el proceso nunca se acreditó que el paciente presentara una vía aérea difícil.

Por otro lado la Corte Suprema de Justicia estableció que no es posible que dentro de un proceso de responsabilidad médica sean valorados elementos probatorios que adolecen de inexactitudes propias y/o confirmadas en otros elementos, y mucho menos que de ellos se deriven conclusiones, pues es a partir de éstas que el fallador toma una decisión.

En el caso concreto, por ejemplo, los elementos evaluados fueron: la epicrisis, la historia clínica y el testimonio del médico cirujano, en la epicrisis constaba una anotación que decía "(...) se procede a practicar lavado bronquial con suero fisiológico y aspiración.", en la historia clínica no se referían directamente al tema, y en el testimonio el médico cirujano dijo "(...) más que lavado es una limpieza a través del tubo, eso fue lo que se hizo en salas de cirugía (...)". Situación que desencadenó la problemática de determinar si efectivamente ese "lavado bronquial" se había realizado o no.

El sustento que utilizó la demandada para aducir que dicho procedimiento si se realizó, fue únicamente el referido en el elemento de prueba "epicrisis", sin embargo, esta epicrisis es el resumen de la historia clínica del paciente, y en ella pueden existir inexactitudes, pues es el médico cirujano quien en últimas realiza el compendio de tal documento basándose en los hechos que él percibió y en las informaciones que le suministran otras personas, razón suficiente para concluir que la inclusión de este procedimiento pudo obedecer a un error de información o la incorrecta comprensión de su parte.

Es por ello, que de ser evaluadas la epicrisis, la historia clínica y el testimonio del médico cirujano en conjunto, se concluye, primero, que la epicrisis presentaba inexactitudes, y que por tanto el procedimiento "lavado bronquial" queda infirmado en sustento con la historia clínica misma que ni siquiera se refiere a la realización de dicho procedimiento, y por otro lado con la declaración del médico

cirujano, conclusión determinante que no podía derivarse únicamente del análisis de la epicrisis y que es en últimas respecto de la cual el fallador toma la decisión.

G) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA.

En primer lugar, vale la pena destacar que, a mi juicio, son totalmente atinados los planteamientos establecidos en la parte considerativa y resolutive de la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia que es objeto de este análisis.

Lo referido en el párrafo anterior se pone de presente en la medida que la corporación realizó un análisis juicioso del caso, pues desde el punto de vista fáctico y causal llegó a las respectivas conclusiones valiéndose de pruebas de contenido técnico científico que son las que resultan necesarias en un proceso en el que se analiza si existió o no responsabilidad civil médica.

En concordancia con lo señalado debe destacarse que la Corte Suprema de Justicia con esta sentencia es coherente con los desarrollos y planteamientos jurisprudenciales que la corporación ha emitido en estos asuntos de responsabilidad médica.

Veamos que en primer lugar la corte se preocupa por entender y definir el caso en cuanto a los hechos reprochados, para verificar si los mismos fueron acreditados con las pruebas arrimadas al plenario.

Para lo anterior, la corporación tuvo en cuenta que la jurisprudencia ha referido que si bien existe libertad en materia probatoria, existen asuntos que revisten de una complejidad mayor, razón por la cual es necesaria una prueba de contenido técnico – científico que explique lo sucedido, como en los casos en los que se analiza si hubo o no responsabilidad civil médica; además es coherente la Corte Suprema de Justicia con que no se debe conformar con la documental de historia clínica, formulas médicas y/o epicrisis arrimadas, pues si bien son material de prueba importante, se requiere que otra prueba explique dichos documentos. Por ejemplo ello lo dijo en sentencia csj. civil. sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878., la cual fue ratificada mediante sentencia csj. civil. sentencia (sc003-2018 radicación: 11001-31-03-032-2012-00445-01 aprobado en sala de treinta de agosto de dos mil diecisiete bogotá, d. c., doce (12) de enero de dos mil dieciocho (2018). MP Luis Armando Tolosa Villabona).

Lo mencionado se destaca en la medida que para emitir su decisión en este caso, la Corte Suprema de Justicia se valió de la prueba pericial rendida por un especialista en la materia de anestesiología, la historia clínica del paciente, la declaración testimonial del especialista en cirugía que atendió e

intervino al paciente, y gracias a todo este material de prueba la Corte llegó a conclusiones fácticas conforme lo evidenciado en cada medio de prueba reseñado.

Además de lo referido, y dado que este es un asunto que para su resolución debe realizarse el respectivo debate probatorio, la Corte Suprema de Justicia utilizó los principios de derecho probatorio respectivos, entre ellos el de libre valoración de pruebas, y por ello decidió infirmar una anotación que realizó el cirujano general en la epicrisis del paciente, pues dicho cirujano general también acudió al proceso como testigo, y de cierta manera manifestó desconocer con certeza el procedimiento que se había realizado en el paciente una vez se verificó la complicación.

De acuerdo con lo anterior, para la corte el cirujano que realizó la anotación no tenía certeza de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del procedimiento descrito, tan cuestionado por la parte actora; y en todo caso dicha anotación en la epicrisis no resultó coherente con lo descrito por el cirujano general en su testimonio y con las demás piezas procesales.

Así las cosas, para el suscrito es atinada la sentencia, dado que también existe coherencia entre la decisión emitida y lo que la Corte ha referido en cuanto a que si la historia clínica tiene deficiencias, ello será tomado como una presunción de culpa en contra de los prestadores de servicios de salud, pero dicha presunción podrá desvirtuarse con otros medios de prueba, tal y como sucedió en este caso, por ejemplo con la declaración del cirujano general. Véase sentencia (“historia clínica-culpa derivada de su inadecuado diligenciamiento y manejo en proceso de responsabilidad médica extracontractual por muerte de paciente a causa del diagnóstico tardío e inadecuado tratamiento de apendicitis aguda con absceso y peritonitis. Garantía del derecho fundamental a la información del paciente.” (sc13925-2016; 30/09/2016)

En consecuencia, se evidenció que lo que sucedió con el paciente, que posteriormente falleció, se debió a la materialización de un riesgo inherente, transversal a cualquier tipo de procedimiento quirúrgico que requiera cualquier tipo de anestesia (incluyendo la suministrada a este paciente); y en ese orden de ideas, dado que el paciente asumió el riesgo de la intervención quirúrgica y de la anestesia, y tenía pleno conocimiento de ello dadas sus calidades de “anestesiólogo” también; es claro que el profesional que realizó la atención médica no debe asumir el riesgo materializado, y por ende no existiría fundamento de responsabilidad para atribuirle a él. Para tal efecto vale la pena destacar que ello es coherente con lo establecido en sentencia (“riesgo inherente-al acto médico concepto su materialización no genera un daño de carácter indemnizable al no preceder de un comportamiento

culposo. Estudio en proceso de responsabilidad médica contractual contra médico de confianza, como consecuencia de perforación en el intestino causada a paciente durante la práctica de cirugía de extracción de vesícula.” (sc7110-2017; 24/05/2017))

Adicional a lo referido, y en ejercicio de acto de investigación, se evidenció que en el caso de la sentencia analizada, emitida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, también se suscitó una actuación y análisis posterior ante la honorable corte constitucional, que mediante el expediente t-6469946 fecha 24 de abril de 2018, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, no se modificó la sentencia de casación proferida.

4. APLICACIÓN DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Resulta claro que el contrato de responsabilidad civil reviste una importancia clara dentro de la actividad ejercida por los agentes que componen el Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que por su naturaleza puede generar daños a a los usuarios.

Al respecto La doctrina más especializada en la materia ha sostenido que:

“Una de las actividades profesionales más expuestas a generar daños a las personas es la médica, clínica y afines. Inicialmente, se estimaba que el médico no podía ser considerado responsable, pues decía que no incurría en culpa. Esa posición cambió con el tiempo y hoy en día existen claros principios de responsabilidad, lo cual coloca a los profesionales e instituciones de salud en la necesidad de proteger su patrimonio vía seguros de responsabilidad. En los últimos tiempos se registra una tendencia jurisprudencial a extender la responsabilidad a las entidades administradoras de planes de beneficios en salud (EPS y empresas de medicina prepagada), por falta de diligencia en el otorgamiento de las autorizaciones y defectos en el funcionamiento de dichas entidades.

Adicionalmente, respecto de las EPS la jurisprudencia incluso las considera responsables por el acto médico, con base en las normas sobre el sistema de seguridad social en salud.

En el mercado se han diseñado pólizas dirigidas a los médicos y profesionales en salud, a los establecimientos clínicos y hospitalarios y también a las administradoras de planes de beneficios en salud”³

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que en el desarrollo de la profesión en salud los agentes están sometido a una serie de riesgos que deben ser amparados por las pólizas ofrecidas por el mercado asegurados, sin embargo, se debe tener en cuenta que en virtud de la libertad contractual que rige el contrato de seguro las partes e intervinientes dentro del contrato de seguro (Tomador-Asegurado-Compañía Aseguradora) deben pactar unos términos claros desde la etapa precontractual en donde de manera real se amparen dichos riesgos. Lo anterior, toda vez que como se desarrollara a lo largo del presente acápite se tiene que en la realidad hay eventos que deberían ser cubiertos por parte de las Compañías Aseguradoras pero que se encuentran excluidos o con sublímites que dejan en una posición desfavorable al Asegurado.

³ Diaz Granados, Juan Manuel “El Seguro de Responsabilidad”, pagina 341 y 342

Dentro del presente trabajo considero fundamental analizar elementos que resultan relevantes para el funcionamiento adecuado del seguro de responsabilidad civil médica, tal y como lo son: delimitación temporal de la cobertura; prescripción derivada de las acciones del contrato de seguro; amparos y exclusiones y deducible.

Adentrándonos en el tema del contrato de seguro de responsabilidad civil se debe tener en cuenta que por regla general se trata de una póliza todo riesgo, la cual en palabras del doctrinante Hernán Fabio López Blanco es “ *Si bien es cierto se estimó que la póliza denominada todo riesgo no es nada diferente a una modalidad de póliza específica solo que se asumen todos los riesgos inherentes al interés asegurado, salvo los que expresamente están excluidos, (...)*”⁴. Lo anterior resulta fundamental, toda vez que el Tomador-Asegurado, bien sea una EPS, IPS o médico, debe tener claro cuáles son los riesgos a los que se encuentra expuesto con el fin de que el propio objeto de la póliza (es decir los motivos que llevaron a que se celebrara el contrato de seguros) sean excluidos de manera expresa por la Compañía Aseguradora, pues si tal evento se configura se estaría desnaturalizando el contrato de seguros.

En la práctica encontramos pólizas de seguros donde el objeto del contrato consiste en amparar “*La responsabilidad civil profesional del **ASEGURADO** por los perjuicios causados a terceros a consecuencia de un servicio médico, quirúrgico, dental, de enfermería, laboratorio, o asimilados, prestados durante la misma vigencia dentro de los predios asegurados.*

*Esta cobertura incluye la responsabilidad civil imputable al **ASEGURADO** como consecuencia de las acciones y omisiones profesionales, cometidos por personal médico, paramédico, médico auxiliar, farmacéuta, laboratorista, de enfermería o asimilados, bajo relación laboral con el **ASEGURADO** o autorizados por este para trabajar en sus instalaciones mediante convenio especial, en el ejercicio de sus actividades al servicio del mismo.”*⁵, sin embargo después tenemos que una de las exclusiones de la mentada póliza de Responsabilidad Civil Profesionales Clínicas y Hospitales es “*Errores u omisiones del asegurado en el ejercicio de su actividad profesional. Responsabilidad civil profesional*”.

De lo anteriormente planteado es evidente que se puede entender que el propio objeto del contrato, se encuentra excluido, toda vez que es claro que lo pretende el Tomador-Asegurado, es amparar la

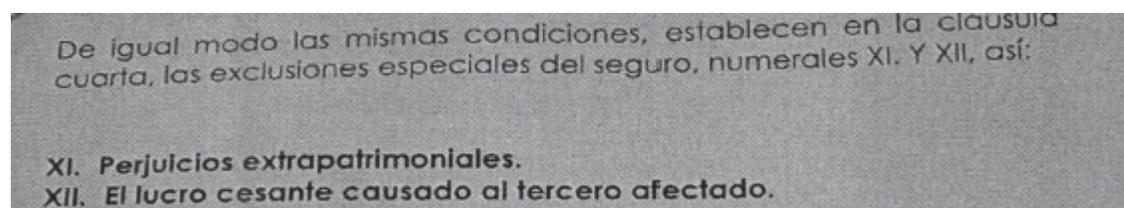
⁴ López Blanco Hernan Fabio, Comentarios al Contrato de Seguro.

⁵ Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Hospitales Allianz Seguros S.A.

responsabilidad civil en la que pueda incurrir en el ejercicio de su profesión, por ende deberían estar cubiertos aquellos eventos en los que medie una serie de errores u omisiones en el ejercicio de la actividad que desarrolla, motivo por el cual no tiene sentido alguno que ello sea expresamente excluido por la Compañía Aseguradora.

Ahora bien es claro que en virtud del artículo 1056 del Código de Comercio la Compañía Aseguradora escoge que riesgos decide asumir, sin embargo, dicha selección debe tener coherencia con el objeto del seguro y los amparos concedidos, pues como ya se ha señalado no se trata de “desnaturalizar” el contrato celebrado, máxime cuando la Compañía puede establecer una prima más onerosa si considera que el Tomador – Asegurado tiene una exposición mayor a ciertos riesgos. Lo anterior, teniendo en cuenta que dentro del ejercicio de las profesiones en salud los agentes intervinientes pueden causar daños a sus pacientes o usuarios.

Así mismo, es claro que dentro de las pólizas de seguros encontramos una serie de exclusiones que no tienen razón de ser, toda vez que lo que se pretende con el seguro de responsabilidad civil es proteger el patrimonio del Asegurado por los perjuicios que pueda causar a terceros, ejemplo de ello es el siguiente:



Es claro que en la práctica litigiosa las mayores condenas impuestas por los jueces son las que se originan de los perjuicios extrapatrimoniales en sus diversas tipologías (daño moral, daño a la vida de relación y en la actualidad aunque poco a la denominada daños a bienes jurídicos de especial protección constitucional), motivo por el cual es claro que dichos perjuicios no deben excluirse de las pólizas de seguros de responsabilidad civil para profesionales de la salud o clínicas y hospitales, pues de lo contrario no se estaría cumpliendo con la finalidad del seguro pues sería el Asegurado quien deba asumir la condena impuesta, en consecuencia no cumpliéndose con el objeto del seguro.

Así mismo, es claro que el lucro cesante causado al tercero afectado tampoco debería pactarse como una exclusión dentro de una póliza de responsabilidad civil, toda vez que es claro que en virtud del daño causado bien sea por la EPS, IPS O médico como persona natural al paciente, se configuraría un lucro cesante para este último ante la imposibilidad de ejercer la actividad que habitualmente

desarrollaba para percibir sus ingresos, naciendo entonces la obligación a cargo del causante del daño de indemnizar dicha pérdida. En consecuencia de lo anterior, no cabe duda alguna que ante tal exclusión una vez más el patrimonio del Asegurado se estaría viendo afectado, pues debe asumir de su propio peculio la condena impuesta.

Corolario de lo anterior, es fundamental entonces reiterar que el Tomador – Asegurado debe señalar cuales son los riesgos que necesita amparar y que no pueden ser excluidos por la Compañía Aseguradora.

Ahora bien, frente a la prescripción derivada de las acciones del contrato de seguros de responsabilidad civil, debemos manifestar que la misma se encuentra consagrada en los artículos 1081 y 1131 del Código de Comercio, los cuales rezan:

“ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

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

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

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”

A su turno el artículo 1131 del Estatuto Comercial consagró que:

“ARTÍCULO 1131. <OCURRENCIA DEL SINIESTRO>. <Artículo subrogado por el artículo 86 de la Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.”

Es claro que en el marco del contrato de seguro existen dos tipos de prescripciones tal y como lo establecen las citadas disposiciones normativas la ordinaria que es subjetiva (implica conocimiento del hecho) la cual es de dos años y aplica para relación entre Asegurado y Compañía Aseguradora la cual inicia desde el momento en el que la víctima o tercero afectado le formula la primera reclamación judicial o extrajudicial, motivo por el cual el Asegurado cuenta con dos años para poder realizar la reclamación respectiva a la Compañía por el acaecimiento del riesgo asegurado.

Ahora bien, frente a la prescripción extraordinaria debemos manifestar que la misma es objetiva ya que la misma se cuenta desde el momento de nacimiento del respectivo derecho y es de cinco años. Se debe manifestar que la prescripción extraordinaria corre para la víctima, es decir se deriva de la relación que pueda existir entre el tercero afectado y la Compañía Aseguradora, aspecto que tiene su génesis en la acción directa incorporada mediante la ley 45 de 1990.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado indicando que:

*“2.4. Llegados a este punto, importa destacar que, en armonía con la nueva estructura que se dio al seguro de responsabilidad civil, el legislador nacional habilitó a favor del damnificado y en contra del asegurador la acción directa, la cual, por tanto, se tradujo en el instrumento puesto a su disposición, a fin de hacer efectivas las comentadas prerrogativas adoptadas para su franca protección. Si como queda explicado, el analizado seguro, **tal y como fue dimensionado y disciplinado en la ley 45 de 1990, apunta preponderantemente a la defensa de la víctima y a que por el asegurador se le indemnice el daño que le provocó el asegurado, era necesaria la incorporación de un mecanismo que, de manera real y cierta, distante como tal de la retórica legis, garantizara el cumplimiento de tales propósitos bienhechores. He ahí, la genuina ratio de la acción directa, así como el vívido e indeclinable querer del legislador encaminado a salvaguardar los derechos de la víctima, igualmente dignos de una adecuada tutela.**”* (Negrilla y subrayada fuera de texto)⁶

Así las cosas es claro que al momento en el que al Asegurado le formulen reclamación judicial o extrajudicial cuenta con dos años para ejercitar las acciones derivadas del contrato de seguro, so pena que la Compañía Aseguradora de cara a la vinculación a un proceso mediante llamamiento en garantía pueda excepcionar la prescripción de las acciones del contrato de seguro por haber transcurrido más de los dos años consagrados en la ley desde el momento en el que le fue formulado la primera reclamación judicial o extrajudicial por parte de la víctima.

Frente a la delimitación temporal de la cobertura debemos señalar que por regla general el mercado asegurador ofrece las pólizas de seguro de responsabilidad civil profesionales médicos clínicas y hospitales bajo modalidad de reclamación o *claims made*, la cual fue introducida por el artículo 4 de la ley 389 de 1997, el cual reza:

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 29 de junio de 2007, M.P Dr. Carlos Ignacio Jaramillo

*“ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, **y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.***

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

Así las cosas es claro que se introdujo en la normatividad colombiana la modalidad temporal del seguro claims made, con fundamento en el cual el seguro brinda cobertura a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación, es decir, ampara hechos que ocurran de forma previa a la vigencia del seguro, siempre y cuando la reclamación se presente dentro de dicha vigencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta fundamental entonces indicar que para que exista cobertura por parte de la Compañía Aseguradora las reclamaciones deben ser presentadas al Asegurado durante la vigencia del seguro por hechos anteriores al inicio de vigente (periodo de retroactividad). Respecto al periodo de retroactividad se debe indicar que el mismo debe ser pactado en términos adecuado, lo ideal sería que dicho periodo fuera de diez años, es decir equipararlo al termino de prescripción que tiene la víctima para iniciar la acción judicial en contra del causante del daño, toda vez que si el periodo de retroactividad no resulta suficiente estaríamos ante la ausencia de cobertura por parte de la Compañía Aseguradora.

Por ultimo respecto del deducible es menester indicar que dicho concepto se entiende como la obligación contractual que obliga al Asegurado a *“afrentar la primera parte del daño, sobre la cual le está vedada la suscripción de un seguro adicional, so pena de terminación del contrato primitivo”*⁷. Es claro que lo anterior resulta fundamental al momento en que se declare la responsabilidad del Asegurado y por ende se obligue a la Compañía Aseguradora a pagar la indemnización, pues si el valor del deducible resulta mayor a la obligación a cargo de la Compañía, no habrá pago por parte de esta última, pues al estar obligado el Asegurado a soportar la primera parte del daño, el mismo se encontraría subsumida en dicho concepto.

⁷ Ossa Gómez, J. Efren, Teoría General del Seguro. El contrato. Pagina 465.

5. BIBLIOGRAFIA.

- Ley 1438 de 2011
- Ley 45 de 1990
- Código de Comercio
- Código Civil, artículo 2341 y siguientes.
- Santos Ballesteros, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Tomo II.
- Díaz Granados, Juan Manuel "El Seguro de Responsabilidad.
- López Blanco Hernán Fabio, Comentarios al Contrato de Seguros.
- Ossa Gómez, J. Efrén, Teoría General del Seguro. El contrato.
- Sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878., la cual fue ratificada mediante sentencia csj. civil. sentencia (sc003-2018 radicación: 11001-31-03-032-2012-00445-01 aprobado en sala de treinta de agosto de dos mil diecisiete bogotá, d. c., doce (12) de enero de dos mil dieciocho (2018). MP Luis Armando Tolosa Villabona
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 29 de junio de 2007, M.P Dr. Carlos Ignacio Jaramillo
- Sentencia sc7110-2017; 24 de mayo de 2017
- Sentencia t-6469946 fecha 24 de abril de 2018, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado
- Izasa Posse María Cristina, Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, Bogotá (Colombia), vol. 26 (47): 193-225, julio-diciembre de 2017.