



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, quince (15) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Ref.: Exp.: 05001 31 03 009 2009 00187 03

Magistrado Ponente: JOSE OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

Proceso: Declarativo.

Demandante: GILMA LUCÍA ALZATE VARGAS.

Demandados: INVERSIONES MÉDICAS DE ANTIOQUIA S.A..

Extracto: 1) Las obligaciones médicas en términos generales, son de medio, debiéndose probar por el interesado la culpa para la prosperidad de sus pretensiones, donde de no cumplir la carga de la prueba sobre el particular, aquellas se desestimarán. No obstante, si el daño no proviene del acto médico propiamente dicho, sino que está relacionado con una obligación de seguridad, a la actora le compete probar los principios básicos de la responsabilidad civil, esto es, hecho, daño, y nexo causal, donde cumplido con lo pertinente, las súplicas de la demanda están llamadas a la estimación.
2) Si la aseguradora pretende desatender la obligación asumida en la póliza de seguros alegando exclusión, la misma ha de probarse.
3) De la aplicación de la cláusula “*claim made*”, donde en este caso se probó que la tercera afectada dentro de la misma vigencia del contrato afectuó la reclamación que correspondía, en este caso lo hizo a la asegurada. Confirma.

ASUNTO A TRATAR Y PRECISION PRELIMINAR

En cumplimiento de lo dispuesto en la providencia del quince (15) de diciembre anterior (2023), dimanada por la Honorable Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso de tutela con radicado 11001-02-03-000-2023-04761-00¹, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y la llamada en garantía, contra la sentencia proferida el diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Oralidad de Medellín.

¹ En tal asunto constitucional de tutela fungió como accionante SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., y como accionados la Sala Civil de Decisión que aquí se pronuncia, y en su comentario la H. Corte dispuso la vinculación del *a quo* funcional, así como de las partes y demás intervinientes dentro del proceso declarativo que nos ocupa.

Como precisión preliminar valga anotar que en la decisión constitucional que se está cumpliendo, la H. Corte resolvió: "... **CONCEDE** el amparo solicitado por la accionante.", para seguidamente indicar: "*En consecuencia, se deja sin efecto la sentencia de 26 de octubre de 2023, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín en la controversia acusada y se le **ORDENA** que en el término de diez (10) días hábiles, contado desde la notificación de este fallo, emita la resolución de reemplazo atendiendo los lineamientos aquí señalados.*".

Es decir, la decisión judicial que aquí se cumple debe enmarcarse en lo motivado por la Corte al resolver el caso en concreto (*ratio decidendi*), donde de cara a la estrictez, ello se planteó en los siguientes términos:

"Como se logra advertir, aunque Seguros Generales Suramericana S.A. sustentó el tercero de sus reparos en que el contrato de seguro no cubría las reclamaciones formuladas al asegurador después del 25 de noviembre de 2007 y que, por tanto, el *a quo* se equivocó al colegir cosa diferente en contravía del artículo 4º de la Ley 389 de 1997 y de la estipulación negocial que delimitó la vigencia temporal de esa relación jurídica hasta la referida calenda, lo que suponía notificar a la aseguradora dentro de ese plazo, el Tribunal dejó de lado ese planteamiento, pues se limitó a decir que la póliza estaba vigente el 25 de noviembre de 2005, sin efectuar una elucidación que justificara, desde el punto de vista de las normas sustanciales que rigen la materia, incluida la invocada por la recurrente, y en coherencia con la realidad probatoria, la suerte de tal censura."

Después de lo anterior, la alta Corporación concluyó:

"En suma, el sentenciador *ad quem* confirmó la sentencia sin justificar o argumentar a la luz de los contornos de la *litis* y de las normas sustanciales pertinentes, si en realidad el reparo sobre la falta de cobertura del siniestro reclamado en razón a la limitación temporal prevista en el contrato con sustento en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley 389 de 1997 debía prosperar o no, a pesar de que tal planteamiento podía eventualmente alterar el resultado del proceso frente a la llamada en garantía, lo cual significó la vulneración del debido proceso a dicha litigante, promotora de este amparo, quien tiene derecho a que la judicatura, a partir de la controversia que rodea la temática, defina y sustente en forma clara y concreta las razones con las cuales resuelva todas sus inconformidades.

"En ese sentido, forzoso resulta dispensar el resguardo e invalidar la sentencia de 26 de octubre de 2023 y todas las demás actuaciones que penden de ella. En su lugar, se prevendrá a la Sala criticada para que vuelva a estudiar la apelación propuesta por Seguros Generales Suramericana S.A., y zanje todos sus reparos a la luz de las normas correspondientes y de las pruebas acopladas al infolio, sin que con ello se le esté imponiendo el criterio a partir del cual deberá solucionar el alzamiento, pues será dicha Colegiatura,

quien, en congruencia con los reparos de dicha la aseguradora, adopte la solución que de allí brote.”.

Como se ve, si bien la Corte dejó sin efecto en su integridad la sentencia de segunda instancia del 26 de octubre de 2023, también lo es que ello se refirió a un punto en específico, tal como es el reparo presentado por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. relacionado con *“la falta de cobertura del siniestro reclamado en razón a la limitación temporal prevista en el contrato con sustento en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley 389 de 1997”*, a ello debemos circunscribirnos.

De lo planteado en el párrafo anterior se tiene que tanto la parte de antecedentes (acción, contradicción, sentencia de primera instancia, alzada y sustentación a la alzada), así como la resolución de los demás reparos y que no están relacionados con la aplicación y motivación frente al artículo 4º de la Ley 389 de 1997, no se advirtió defecto material en relación a los mismos, por lo en aras de la economía procesal, y la misma seguridad jurídica, lo pertinente será reproducido, y así se realizará el análisis que dispuso la Corte.

Recalca la Sala, el hecho que en buena parte se reproduzca lo indicado en la malograda providencia del 26 de octubre de 2023, no excluye el cumplimiento a la orden de tutela, todo lo contrario, obedece al estricto acatamiento de la misma.

ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA:

La señora ALZATE VARGAS promovió proceso declarativo en contra de INVERSIONES MÉDICAS DE ANTIOQUIA S.A., pretendiendo:

1. Declarar que la demandada es civilmente responsable de los perjuicios causados a la demandante, por la lesión producida en su talón izquierdo, en la cirugía realizada el 4 de mayo de 2005.
2. Consecuencialmente, condenar a la accionada al pago de los perjuicios causados, así: morales el equivalente a 300 Salarios mínimos Legales Mensuales Vigentes (S.M.L.M.V.); perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación, 100 S.M.L.M.V.; daño emergente \$3'518.614,00; lucro cesante consolidado \$13'708.800,00; lucro cesante futuro \$240'562.560,00; y, que dichas sumas fueran indexadas.

La *causa petendi* se basó en que el 4 de mayo de 2005, la señora ALZATE VARGAS, quien reside en los Estados Unidos, se sometió a una cirugía estética de implantes mamarios en la CLÍNICA LAS VEGAS, siendo intervenida por el médico ÓSCAR CHICA GUTIÉRREZ, pero que durante dicho acto quirúrgico sufrió quemaduras de tercer grado en el talón izquierdo, causadas con el electro bisturí utilizado por el cirujano, lo que se produjo porque la piel no se encontraba debidamente aislada, siendo ello un descuido e incuria del galeno.

Que se le dio de alta con orden de curaciones diarias, pero como no mejoraba el 25 de mayo de 2005 fue hospitalizada en la misma institución, realizándosele injerto de piel el día 14 de julio siguiente, por lo que continuó internada hasta el 1º de agosto de esa anualidad, cuando fue dada de alta con manejo ambulatorio.

Señaló que a su regreso a Estados Unidos, el 17 de octubre de 2005 consultó con el médico PETER C. MORSE, quien al examinarla encontró una cicatriz que aparentaba tener “*estable cobertura*” y una hipertrofia de 1.5 x 3.5 cm, recomendándole no usar zapato de tacón alto; posteriormente, en segunda visita realizada el 1º de mayo de 2006, el profesional en salud le dijo que la cicatriz era hipertrófica, hiperpigmentada, y le incapacitaba para el uso de tacones.

Que debido a estar hospitalizada por dos meses y como se le practicó cirugía reconstructiva de tejidos, tuvo que quedarse en Colombia, lo que además de alejarla de sus obligaciones laborales la tuvo distante de su hijo menor, causándole tanto perjuicios económicos como morales.

Que durante su incapacidad entre el 4 de mayo y el 4 de agosto de 2005, no se le canceló suma de dinero proveniente de su aseguradora en seguridad social u otra entidad, ya que la cirugía practicada era estética; época para la que laboraba en el Casino Bally's – Atlantic City de New Jersey, EE. UU., en el que tenía una asignación básica semanal de 210 dólares y obteniendo un promedio semanal de 400 dólares sumando las propinas, por lo que mensualmente devengaba en total 1.600 de esas unidades monetarias.

Que debido al incidente tuvo una merma de su capacidad laboral del 30%, además del perjuicio fisiológico causado por la fealdad de su talón izquierdo después de la cirugía, y la imposibilidad para desplazarse normalmente.

DE LA CONTRADICCIÓN:

INVERSIONES MÉDICAS DE ANTIOQUIA S.A. aceptó algunos hechos, negó otros, y dijo no constarle algunos. Admitió la quemadura en el talón de la extremidad izquierda, señalando que el uso del electrobisturí tiene riesgos inherentes que previamente le fueron advertidos a la paciente, los que ella aceptó.

Que el tratamiento de dicha lesión evolucionó de forma satisfactoria.

Por todo ello se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó:

1. *“MATERIALIZACIÓN DE UN RIESGO INHERENTE AL PROCEDIMIENTO”*. Sustentado en que no hubo culpa o negligencia en la atención brindada a la paciente, pues la utilización del electro bisturí tiene riesgos inherentes que se le advirtieron a la demandante, y que ella aceptó expresamente.
2. *“INEXISTENCIA DE DAÑO Y EN CONCRETO DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL”*. Argumentando que no se ha probado la pretendida pérdida de capacidad laboral y su nexo con la lesión referida, además el tratamiento fue satisfactorio y no se presenta ninguna limitación funcional.
3. *“TASACIÓN EXCESIVA DEL PERJUICIO”*. Aduciendo que las sumas pretendidas exceden los topes de indemnización que reconoce la Corte Suprema de Justicia, aún para el caso de muerte de una persona.

DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

La demandada llamó en garantía a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., la que replicó no constarle la mayoría de los hechos, y propuso como excepciones frente a la demanda los que denominó:

1. *“AUSENCIA DE CULPA”*. Señalando que no se presentaron fallas de tipo administrativo imputables a la infraestructura o a las instalaciones de la CLÍNICA LAS VEGAS.
2. *“CASO FORTUITO”*. Diciendo que las quemaduras por efectos eléctricos, constituyen caso fortuito que exonera de responsabilidad a las instituciones prestadoras del servicio de salud.

3. “*TASACIÓN EXCESIVA DEL PERJUICIO*”. Arguyendo que los solicitados exceden los límites fijados por la jurisprudencia, además la responsabilidad civil no puede utilizarse como fuente de enriquecimiento.

Adicionalmente se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía, proponiendo como excepciones:

1. “*AUSENCIA DE COBERTURA*”. Argumentando que al tratarse de una cirugía de carácter estético, se ubica entre las exclusiones contenidas en el contrato de seguro.
2. “*INEXISTENCIA DE SINIESTRO*”. Dado que la póliza cubre los siniestros acaecidos durante su vigencia y que se reclamen hasta dos años después de finalizada.
3. “*LÍMITE DE VALOR ASEGURADO*”. Que en este caso lo pertinente corresponde a \$500'000.000,00.
4. “*DEDUCIBLE*”. Enunciando que se pactó como tal en un 15% del siniestro, con un mínimo de \$5'000.000,00 por evento.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Argumentó que la responsabilidad médica implica obligaciones de medio mas no de resultado, rigiendo “*la imputación de la culpa*”, la cual debe probarla la demandante, además del nexo causal entre el acto médico y el daño; donde en el caso está probado que en el procedimiento de implantes mamarios realizado a la actora, se utilizó “*electro bisturí*”, de lo que la paciente presentó quemadura en su talón izquierdo, por lo que tuvo que ser hospitalizada recibiendo curaciones, siendo evaluada y medicada en relación con el post-operatorio.

Según la historia clínica, el 14 de julio del 2005 se le realizó lavado, injerto de piel y “*desbridamiento*” de tejido, y fue dada de alta el 1º de agosto siguiente, con lo que se acredita el hecho, daño y nexo causal.

Conforme el expediente médico y lo declarado por el anestesiólogo, el cirujano y la enfermera que participaron del procedimiento, no fue posible establecer que la causa de la complicación haya sido una conducta negligente, imprudente, imperita o por incumplimiento de normas propias de la *lex artis* por parte del médico CHICA GUTIÉRREZ o del equipo que lo acompañaba, por lo que se dedujo que obedeció a una falla de funcionamiento del instrumento utilizado.

Que no se pudo comprobar que la falla se dio por una descarga eléctrica debido a las condiciones climáticas de ese día, y en ese sentido no se encuentra acreditado un error en la prestación del servicio con el que se configure el elemento culpa; no obstante, la falta de prueba de la culpa, en un daño que no puede considerarse como derivado del riesgo inherente al procedimiento y consentido por la paciente, sin que sea lógico que en una cirugía de implante mamario, resulten quemaduras en un miembro lejano de la zona operada, por lo que no puede considerarse tal evento como la materialización de un riesgo inherente.

Por tal razón, el caso debe analizarse desde el régimen de la falla probada del servicio y la obligación de seguridad de la demandada, en quien recaía la obligación de velar por el óptimo funcionamiento de los equipos, pues el consumidor de bienes y servicios goza de especial protección, y si bien la responsabilidad médica descansa en el régimen de culpa probada, existen ciertos aspectos que pueden regirse por la responsabilidad objetiva, como lo es el cumplimiento de reglamentos y protocolos, y el manejo de sustancias o dispositivos peligrosos.

Entonces, como se probó la utilización del electro bisturí, y el miembro inferior izquierdo no tenía nada que ver con la operación practicada, el daño le es imputable a la demandada como propietaria de la CLÍNICA LAS VEGAS, y titular de la dotación instrumental y su funcionamiento.

Luego analizó los soportes por el daño emergente (\$118.500,00), y ya frente al lucro cesante indicó que conforme la calificación de la pérdida de capacidad laboral del 7.80%, así se debe tener; pero en cuanto a la prueba de la relación laboral de la demandante como se allegó en idioma extranjero sin la traducción exigida legalmente, entonces aplica lo reconocido por la jurisprudencia que es el salario mínimo legal.

Como la demandante inicialmente tenía presupuestado volver a su lugar de residencia el 1º de junio de 2005, entonces durante ese tiempo no iba a laborar, por lo que el lucro cesante se liquidar a partir de esa fecha.

Respecto al llamamiento en garantía, se probó el contrato de seguro y que el hecho ocurrió en su vigencia, por lo que la aseguradora deberá asumir el valor de la condena ya que representa una erogación económica para el asegurado, sin que se pueda modificar el concepto de siniestro que consagra la norma comercial para evadir responsabilidad por el no reclamo dentro de los dos años siguientes a configurado el riesgo. Además, si bien se trató de una cirugía estética, el daño no tuvo que ver con la misma.

En esos términos declaró civilmente responsable a la demandada condenándola a cancelarle a la actora: 1) \$118.500,00 como daño emergente; 2) \$29'796.832,00 por lucro cesante consolidado y futuro; 3) CINCO (5) S.M.L.M.V., por perjuicios morales; y, 4) TRES (3) S.M.L.M.V., por perjuicio a la vida de relación. En todos los casos con intereses de mora de no cancelarse en la fecha ordenada.

En cuanto a la aseguradora en el numeral tercero resolutivo, dispuso: *“Declarar que la llamada en garantía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S. A., en virtud del contrato de seguro celebrado con INVERSIONES MÉDICAS DE ANTIOQUIA S.A., del cual da cuenta la Póliza No. 6501585-9, está obligada a responder por la totalidad de la condena aquí impuesta, menos el deducible del 15% que deberá asumir la entidad demandada.”.*

DE LA APELACIÓN:

Tal decisión fue apelada por la demandada y la llamada en garantía, quienes en los reparos luego sustentados, se pronunciaron, así:

La demandada inició objetando “*EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE AL CASO CONCRETO*”, pues la jurisprudencia ha decantado que la actividad médica no es peligrosa, por lo que no puede regirse por la culpa presunta ni tampoco por la responsabilidad objetiva, sino que se trata de un régimen de culpa probada, cuyas obligaciones son de medio, correspondiéndole a la parte demandante demostrar todos los elementos para su configuración.

Que el bisturí fuera un instrumento potencialmente riesgoso, no es suficiente para atribuir responsabilidad de tipo objetivo, y si para el *a quo* no se encontraba acreditada la falla médica, no debió endilgar responsabilidad alguna, con lo que se apartó del precedente vertical de obligatorio cumplimiento aplicando jurisprudencia del Consejo de Estado.

Con lo que llamó “*INEXISTENCIA DE PERJUICIO INDEMNIZABLE*”, dijo que desde el momento que se presentó la lesión, la demandante recibió atención médica con evolución satisfactoria, y no existió ninguna secuela que diera lugar a una indemnización, y como el hecho fue en 2005, no se sabe el estado actual de la cicatriz, incluso la misma demandante declaró que pudo seguir laborando normalmente.

Respecto a los reparos de la llamada en garantía, indicó que el daño no se derivó de una cirugía estética, ni se están reclamando perjuicios procedentes de la misma, sino que se alega la falla de un instrumento quirúrgico que se utiliza en cualquier intervención; además en la póliza no se encuentra la exclusión alegada por la asegurada, pues solo obra

en un anexo de una proforma donde se consignan algunas nuevas y diferentes a las delimitadas en las exclusiones conocidas por la Clínica.

Respecto al segundo reparo, que desde el año 2005 presentó denuncia penal en contra del personal de enfermería, anestesia y cirugía de la Clínica, lo que constituye reclamación. Adicional, la aseguradora por ese siniestro asumió el valor de \$3'896.480,00 con cargo a la póliza 6501585, con lo que se estaría reconociendo la cobertura.

Por su parte SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., indicó que hubo *“DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE”*, porque se aplicó el régimen de responsabilidad objetiva por actividades peligrosas y normas de protección al consumidor, además que existió *“ERRONEA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO”*, ya que no se consideró la exclusión de la cirugía plástica contenida en la póliza de responsabilidad civil profesional, exclusiones que han sido validadas por la jurisprudencia y la doctrina. Además con ello se desconoció lo establecido en el artículo 1056 del C. de Co.; siendo irrelevante que el riesgo haya o no sido inherente, categorización que no se incluyó en la exclusión, ni siquiera en las coberturas.

Alegó *“INADECUADA VALORACIÓN DE LA COBERTURA”*, toda vez que el artículo 1072 del C. de Co. no se encuentra establecido como inmodificable dentro del artículo 1162 ibídem, por lo que se puede pactar en contrario y/o modificarse la definición de siniestro; modificación que es avalada por el inciso 2° del artículo 4° de la ley 389 de 1997, de donde la delimitación temporal en la cobertura era válida, y es frecuente en los seguros de responsabilidad civil profesional, y obedece al ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Tal reparo, también reproducido en la sentencia a la que se da cumplimiento, fue presentado así:

“El art. 1162 del Código de Comercio señala que “fuera de las normas que, por su naturaleza o por su texto, son inmodificables por la convención en este Título, tendrán igual carácter las de los artículos 1058 (incisos 1o., 2o. y

4o.), 1065, 1075, 1079, 1089, 1091, 1092, 1131, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1150, 1154 y 1159. Y sólo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario los consignados en los artículos 1058 (inciso 3o.), 1064, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1078 (inciso 1o.), 1080, 1093, 1106, 1107, 1110, 1151, 1153, 1155, 1160 y 1161”.

Como puede apreciarse de una simple lectura, el art. 1072 del Código de Comercio, citado en la sentencia recurrida no se encuentra enlistado en las normas inmodificables que rigen el contrato de seguro, por lo tanto, se puede pactar en contrario y/o modificarse la definición de siniestro.

“Con todo, el inciso 2º del art. 4º de la ley 389 de 1997, permite tal pacto en el seguro de responsabilidad civil:

“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” (El subrayado es nuestro).

“En la póliza que dio lugar al llamamiento en garantía se efectuó por las partes una delimitación temporal de la cobertura, perfectamente válida y frecuente en los seguros de responsabilidad civil profesional de clínicas y hospitales.

En ejercicio de la autonomía de la voluntad, tomador y aseguradora acordaron que la cobertura de la póliza amparara la responsabilidad civil de la Institución asegurada por los siniestros definidos como “todo hecho externo, accidental, súbito, repentino, e imprevisto acaecido durante la vigencia de la póliza y que haya causado un daño que pueda dar origen a una indemnización de responsabilidad civil amparada por esta póliza, reclamada en un plazo máximo de dos años (2) años después de finalizada la vigencia”.

“Se acreditó en el proceso mediante historia clínica que la intervención quirúrgica se llevó a cabo el día 4 de mayo del 2005. Se demostró de manera documental que la póliza de seguro tenía una vigencia anual comprendida entre el 25 de noviembre de 2004 y el 25 de noviembre de 2005. La audiencia de conciliación prejudicial se realizó el 22 de agosto del 2008 tal como consta en el acta respectiva. Finalmente, el llamamiento en garantía se formuló el 17 de septiembre de 2009.

“En resumen, y conforme a la definición contractual del siniestro y a la delimitación temporal de la cobertura no están cubiertas las reclamaciones formuladas al asegurador luego del 25 de noviembre del 2007 como ocurrió con el presente llamamiento en garantía. En este orden de ideas, el juzgador de primera instancia dedujo la existencia de un siniestro desconociendo la estipulación contractual de las partes sobre su delimitación temporal (se resalta)”. Negrilla en el texto.

La parte actora no hizo pronunciamiento alguno.

Así las cosas, agotado el trámite se resolverá la alzada, previas:

CONSIDERACIONES

INTROITO:

Los presupuestos procesales se encuentran reunidos y sobre ellos no hay lugar a reparo; así mismo, examinada la actuación procesal en ambas instancias, no se observa irregularidad que pueda invalidar lo actuado, por lo que están presentes las condiciones necesarias para resolver la alzada, máxime cuando lo mismo no fue punto cuestionado en la tutela que se cumple.

Habiendo apelado solo una de las partes, así como la aseguradora llamada en garantía, el análisis se circunscribirá a los reparos presentados por tales recurrentes conforme el principio de limitación previsto en el artículo 328 del C. G. del P..

Así, para resolver las apelaciones presentadas, los problemas jurídicos a resolver se formulan así:

¿Aplicó el *a quo* un régimen de responsabilidad adecuada para resolver el asunto?;

¿Probó la demandante los presupuestos axiológicos pertinentes para obtener el efecto jurídico perseguido, particularmente el daño?;

¿Demostró la aseguradora la exclusión alegada como para no responder al llamamiento en garantía?

¿Cómo ha de entenderse la cláusula *claim made* de cara a la responsabilidad de la aseguradora llamada en garantía?

DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA:

En términos generales y según el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, la obligación médica es de medio, a menos que en el acuerdo negocial se haya previsto el resultado, como suele ocurrir en las intervenciones médicas con fines estrictamente estéticos, donde en principio es lo que aquí nos ocupa, pues la intervención que se iba a realizar a la señora ALZATE VARGAS era la cirugía estética de implantes mamarios, cuestión que no ha sido controvertida ni es objeto de reparo.

En materia médica, la obligación profesional para con el paciente debe verse a la luz de la *lex artis ad hoc*, que regula tales actividades enmarcadas en la diligencia debida, donde para endilgar responsabilidad es necesario probar la culpa en la generación del daño. Así lo estableció la jurisprudencia al sostener:

“... la responsabilidad médica descansa en el principio general de la culpa probada, salvo cuando en virtud de las “estipulaciones especiales de las partes” (artículo 1604, in fine, del Código Civil), se asumen, por ejemplo, obligaciones de resultado, ahora mucho más, cuando en el ordenamiento patrio, el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, ubica la relación obligatoria médico-paciente como de medios.

“La conceptualización es de capital importancia con miras a atribuir las cargas probatorias de los supuestos de hecho controvertidos y establecer las consecuencias de su incumplimiento. Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia del médico, mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume.” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC7110-2017, 24 de mayo de 2017. Radicado 05001-31-03-012-2006-00234-01).

Así, tratándose de la responsabilidad médica, como regla general es el demandante quien tiene la carga de la prueba de sus elementos constitutivos; no obstante, los centros hospitalarios y en general los prestadores de servicios de salud médicos, también tienen unos deberes de seguridad, de los que la Corte Suprema de Justicia, en Sala Civil, siguiendo su línea jurisprudencial, ha indicado:

“... La atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina “cultura de seguridad del paciente”, que por estar suficientemente admitida como factor

asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la virtualidad de repercutir en los eventos adversos.

“Según los expertos en la materia, existe una cultura de seguridad *«cuando hay un esfuerzo organizacional centrado en salvaguardar el bienestar de los pacientes, que cuenta con el compromiso del personal y la jefatura. Todos los involucrados asumen la responsabilidad de la seguridad del paciente y su familia, y el personal de salud se siente seguro al comunicar instancias que comprometen el cuidado de un paciente o la ocurrencia de situaciones adversas»*. (BARBARA SOULE. Seguridad del paciente).

“Para poder realizar un trabajo eficaz, óptimo y conforme a los estándares de la ciencia, las organizaciones proveedoras de servicios médicos tienen el deber legal de implementar la cultura de seguridad del paciente. Esta es una de las operaciones empresariales más importantes para la disminución de errores médicos, y es una variable que cobra gran fuerza en la valoración que el juez civil realiza acerca de la diligencia y el cuidado que debió tener la entidad sobre un proceso respecto del cual ejercía control.”²

Posteriormente, la misma alta Corporación, dijo:

“... la obligación de seguridad *“de tomar todas las medidas necesarias para que no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento de las prestaciones esenciales que por razón del contrato dicho centro asume”* (GJ. T.CLXXX, pág. 421, citada en SC-003 de 1º de febrero de 1993, rad. n.º. 3532).

“Tal obligación supone la implementación y mantenimiento de medidas dirigidas a prevenir accidentes e infecciones, sobre la base de un control estricto acorde con protocolos contentivos de *normas técnicas*, adoptados por el propio centro de salud o exigidos por las autoridades que tienen a su cargo su inspección, vigilancia y control, y que se extienden pero no se limitan a la señalización, transporte adecuado de enfermos, dotación infraestructural apropiada, métodos de limpieza y esterilización, procedimientos de seguridad, desinfección, control de visitas, identificación, idoneidad e inspección en materia de salud del personal, coordinación de tareas con el fin de aminorar errores en procesos, disposición de residuos orgánicos, recintos especializados, entre muchas otras variables. Deberes todos positivos que coadyuven en el logro de un *non facere*: que el paciente no sufra ningún accidente.

...

“Es pues, doctrina probable de esta Corporación, entender que la obligación de seguridad a cargo de centros de salud y hospitales, es dable subclasificarla en atención a la aleatoriedad e imposibilidad de controlar factores y riesgos que inciden en los resultados. En principio y de acuerdo con los estándares técnicos y científicos exigibles a la entidad, es de medio la obligación de seguridad a cargo de estos establecimientos de hacer lo que esté a su alcance con miras a que su paciente no adquiera en su recinto enfermedades diferentes de las que lo llevaron a hospitalizarse.”³. Subrayado extra texto.

² Sentencia SC13925-2016, Rad 05001-31-03-003-2005-00174-01, 30 septiembre de 2016.

³ SC2202-2019, Rad: 05001-31-03-004-2006-00280-01. 20 junio de 2019.

Si lo anterior es así, una cosa es la responsabilidad derivada del acto médico propiamente dicho; y otra, la relacionada con la seguridad del paciente, ya que v. gr., no es lo mismo que la lesión o hecho soporte de la acción se produzca dentro de un procedimiento médico, como sería por ejemplo, la perforación de intestinos en una cirugía de laparotomía, que el estando el paciente bajo sedación se caiga de una camilla y se cause un daño corporal diferente al que había sido el motivo para su internación en el establecimiento hospitalario.

En el primer evento, ciertamente estamos bajo el régimen de culpa probada, pero en el segundo el a aplicar será el general de la responsabilidad civil, donde de todas formas al demandante le compete probar hecho, daño, y nexo causal, pudiendo el demandado descargar su responsabilidad probando cualquiera de los eximentes previstos para esos efectos, como son el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima, o la conducta de un tercero.

Para finalizar este marco jurisprudencial, la Sala Civil de la Corte citando sus propios referentes, diferenció, en materia médica, las obligaciones médicas y las de resultado, de la siguiente manera:

“[E]n desarrollo del principio de autonomía privada pueden presentarse casos, valga precisarlo, no solamente en el campo de la cirugía plástica con fines estéticos o de embellecimiento, en los que el médico, por decisión propia y consciente, adquiera el compromiso de lograr u obtener un resultado específico, esto es, que se obligue para con el paciente a la consecución de un fin determinado, supuesto en el que, como es obvio entenderlo, la obligación a su cargo se tipifica como de resultado. De igual forma, existen determinadas actuaciones médicas, en las que la finalidad perseguida se puede obtener con la ejecución de la conducta convenida y en las que la presencia de elementos contingentes es mínima, lo que conduce, en tales supuestos, a que se generen obligaciones de resultado. Piénsese al respecto, v.gr., en la colocación de un aparato ortopédico, la inmovilización de una extremidad, el implante de un mecanismo anticonceptivo, las labores médicas de certificación o los análisis de laboratorio, entre otros, en los que el componente de aleatoriedad en la realización del interés del acreedor está prácticamente ausente... (SC, 5 nov. 2013, rad. n.º 2005-00025-01).

“6. En materia estética, propia del caso bajo estudio, son aplicables las directrices antes delineadas, en el sentido de que el personal sanitario puede adquirir obligaciones de medios o de resultado, de acuerdo con la convención celebrada entre el médico tratante y su paciente, así como de las demás circunstancias que rodearon la actividad. Claro está, como regla de principio deberá entenderse que son de mejor esfuerzo, sin perjuicio de que pueda arribarse a la conclusión contraria.

“En suma, en asuntos estéticos se aplica, como pauta ordinaria, el criterio de las obligaciones de medio y, consecuentemente, la culpa probada -que trasluce la carga para el demandante de acreditar el error médico-. Por excepción entra en vigor la culpa presunta, esto es, que se infiere la falla sanitaria a partir de la ausencia de un resultado, cuando los galenos se han comprometido a alcanzar este último en aplicación de la libre autonomía de la voluntad, como lo ha asegurado este órgano de cierre:

“[E]n materia de contratación de intervenciones quirúrgicas, las partes son las llamadas a expresar en qué términos comprometen su voluntad, cuya expresión prevalece según regla general que caracteriza el derecho privado en el ordenamiento patrio (art. 1602, C. C.), emerge como verdad de a puño que es ineludible explicitar con claridad el contenido del negocio jurídico bilateral celebrado entre las partes, en especial, lo atinente a las prestaciones contractuales a las que se obligó el médico, todo con arreglo a la prueba recaudada y a los principios de orden probatorio al caso, incluyendo, desde luego, los contenidos en los artículos 174 y 177 del C. de P. C. (SC, 19 dic. 2005, rad. n.º 1996-05497-01).

...
 “9.1.2. Tal razonamiento desconoció el desarrollo jurisprudencial antes dilucidado, a la postre recogido en la normatividad, los cuales fijaron como norte que los deberes galénicos, incluso en materias estéticas, son de medios, razón para rehusar que pueda partirse del extremo opuesto, esto es, la presunción de culpa, para condenar al profesional en salud sin mayores elucidaciones.

“Total que, el contexto social en que se desenvuelve la actividad sanitaria, así como condicionantes biológicos de los pacientes, impiden que sobre los médicos se eleve una presunción de garantía sobre el mejoramiento o la recuperación de la salud, incluso frente a materias estrictamente estéticas. Dicha posibilidad únicamente es viable cuando los facultativos controlan la totalidad de las variables previsibles que puedan incidir en el fin concreto esperado, lo cual acontecerá cuando el experto evalúe los factores de riesgo y asuma los efectos de su acaecimiento, siempre que haya un pacto expreso entre las partes o sea susceptible de inferirse de las circunstancias que rodearon el tratamiento, como ya se explicó en precedencia.

“Trasluce, por esta senda, el yerro argumentativo del sentenciador, quien aseguró que en todas las intervenciones estéticas las obligaciones son de resultado, sin profundizar sus razones, punto en el que debe hacerse la respectiva corrección doctrinal.”⁴. Citas y cursivas dentro del texto.

DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD A APLICAR:

En primer lugar y de cara a resolver el primer problema jurídico formulado, ha de decirse que la *causa petendi* en estudio no estriba en la cirugía estética que se le iba a realizar a la actora; no, aquella como paciente está demandando por el hecho que se le causó una quemadura, y no en su pecho, área corporal en la que se le realizaría el

⁴ Sentencia SC4786-2020, Rad.: 20001-31-03-003-2001-00942-01. 7 diciembre de 2020.

procedimiento y que en efecto se le operó, sino, por la generada en la pierna, específicamente en el talón.

Es decir, por lo contratado, la cirugía de implantes mamarios, no hay queja alguna, pues ello no fue objeto de demanda, la acción obedece a la quemadura en el área posterior de su pie izquierdo.

Entonces, para resolver el primer problema jurídico, ha de decirse que si el soporte de la acción fuera lo relacionado con desperfectos, lesiones, daños o reclamaciones realizadas en relación a la cirugía mamaria, otras serían las consideraciones, pero el daño que se produjo ajeno al procedimiento propiamente dicho, como es la quemadura en el talón, ¿deberá aplicarse la estrictez propia de la culpa probada?

Para la Sala la respuesta es negativa, pues no se puede ver el procedimiento quirúrgico como similar a daños que no estaban relacionados con el mismo, por lo que los últimos deben verse desde la óptica de la *lex aquilia* propiamente dicha, sin que tampoco podamos llegar al extremo de ver el asunto como de responsabilidad objetiva o de presunción de culpa, con lo que de contera se despeja el reparo de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. que intituló “DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE”, en la medida que como se explicó, no se aplicó el régimen de responsabilidad objetiva por actividades peligrosas, y la responsabilidad tampoco se desprende de normas objetivas como las de protección al consumidor.

ANÁLISIS PROBATORIO EN CUANTO A LOS PRESUPUESTOS AXIOLÓGICOS DE LA PRETENSION:

Resolviendo el segundo problema jurídico formulado, se tiene que desde la misma historia clínica arrimada y no redargüida⁵, la

⁵ En ese tipo de soportes también encontramos Consentimientos informados para anestesia (folio 383 archivo 01CuadernoPrincipal), y para la realización de procedimientos quirúrgicos

demandante ingresó el 25 de mayo y egresó 1º de agosto de 2005⁶, donde el motivo de internación hospitalaria consistió en que “*La paciente sufrió quemadura en talón hace 21 días con electro bisturí*”. También figura que el 14 julio de 2005 se le realizó cirugía de injerto de piel en miembro inferior izquierdo⁷.

Sobre lo mismo también obra constancia de hospitalización en la CLÍNICA LAS VEGAS⁸, donde el diagnóstico fue “*Quemadura de 3 grado*”, como fechas de ingreso y egreso se reportaron “*25 de mayo 2005*” y “*1 de agosto de 2005*”, respectivamente, y la incapacidad se determinó en “*30 días*”.

Refuerza el anterior medio el Informe Técnico de Médico Legal⁹, calendado el 1º de agosto de 2008, según el cual el “*Mecanismo causal: Quemadura por sólido caliente*”; “*Incapacidad médico legal definitiva de 25 días*”; y, ya para determinar secuelas médico legales es necesario practicar nuevo reconocimiento con la presencia de la paciente.

En las presentes también se recaudaron testimonios, comenzando por el del médico OSCAR DE JESÚS CHICA GUTIERREZ¹⁰, cirujano en el caso que nos ocupa, quien indicó que al iniciar la cirugía se constató que el equipo estaba bien, pero pasados dos o tres minutos comenzó a fallar, por lo que suspendió el procedimiento y le comentó al Jefe de Cirugía, entonces lo cambiaron y pudo terminarla.

Que en el momento en que se cambió el equipo, se pudo evidenciar una pequeña quemadura en la región “*perimaleolar*”, que tenía que ver con la falla del equipo porque ahí tenía las conexiones de las placas y lo referente a los cables que estaban bien ubicados, enfatizando que el mal funcionamiento interno del equipo se les sale de las manos.

(folio 456 –04CuadernoPruebasParteDemandante), sin que los mismos hayan sido objeto de controversia, aunque sí refuerzan la idea de la realización del procedimiento.

⁶ folio 9 archivo 01CuadernoPrincipal.

⁷ Folio 121 archivo 01CuadernoPrincipal.

⁸ Folio 287 archivo 01CuadernoPrincipal.

⁹ Folio 412 - archivo 04PruebasParteDemandante.

¹⁰ Folio 11 - archivo 03PruebasParteDemandada.

Agregó que la quemadura que presentó la paciente fue muy pequeña y se podía manejar ambulatoriamente, pero su familia decidió dejarla hospitalizada, y la recuperación fue satisfactoria por lo que se le dio de alta para hacer su vida normal, no tenía alteraciones funcionales en el tobillo.

Precisó que el mantenimiento y control riguroso de los equipos, es responsabilidad de la entidad prestadora del servicio; y que la cirugía practicada el 4 de mayo de 2005 fue “*mamoplastia de aumento*”, para mejorar el aspecto estético de los senos¹¹.

También declaró en las presentes el doctor LUIS FERNANDO VILLEGAS URIBE¹², médico cirujano plástico que conoce a la demandante porque ella le consultó por las secuelas de quemadura grado tres, quien le explicó lo que tenía, y que la evolución era normal para esas lesiones. Precisó que la quemadura grado tres no es una secuela propia de una cirugía plástica.

Dijo que cuando se presentan estos problemas en una cirugía, es porque hay una falla en el sistema aislante de la placa con el paciente, lo que corresponde al equipo de enfermería. Que todas las funciones

¹¹ Tal deponente rendió versión libre ante la Fiscalía 254 Local de Medellín (folio 398 archivo 04PruebasParteDemandante), exponiendo que la encargada de verificar la conexión adecuada del electro bisturí es la circulante, quien generalmente es la enfermera auxiliar, y lo utiliza el cirujano. Sobre la placa dijo que normalmente se coloca en las extremidades, y sirve para evitar accidentes de quemaduras en el paciente que se puedan causar con tal elemento. Que antes de la cirugía verifica que todo esté conectado, tanto la placa como los cables a la luz y que estén funcionando los botones, pero solo se puede utilizar cuando ya se esté operando. Agregó que en la cirugía de marras inició de forma normal, y cuando iba a usar el “electro” empezó a fallar porque no coagulaba, por lo que paró la cirugía y llamó a la auxiliar para que revisara el equipo y encontró una falla en la placa, ignorando el tipo de falla, si era que estaba directo o tenía algún tipo de corto circuito, por lo que cambiaron el equipo, y al revisar a la paciente se dieron cuenta de una quemadura pequeña en la extremidad inferior, por lo que llamó al jefe de cirugía para ponerlo al tanto, y al cambiar el equipo terminó el procedimiento sin ninguna otra complicación. Que continuó manejando la quemadura él mismo. Que la quemadura fue de 1.5 centímetros, sin otras complicaciones, normalmente cierra y sana con curaciones, pero en este caso como estaba demorando en sanar optó por ponerle un injerto y sanó perfectamente; y que lo que ocurrió se sale de su campo quirúrgico, porque tiene que ver con equipos que se supone deben estar funcionando, y que son las circulantes o auxiliares de enfermería quienes colocan la placa del electro bisturí en el paciente lejos del campo quirúrgico.

¹² Folio 425 - archivo 04PruebasParteDemandante.

del equipo quirúrgico están definidas en protocolos de manejo que debe tener la institución, y allí se puede determinar de quién fue la falla.

Que lo sufrido por la paciente fue una quemadura grado “3”, que comprometía la piel mas no lo tendinoso, lo que hace que con una adecuada rehabilitación no tenga mayores secuelas para el manejo de zapatos altos.

También rindió testimonio el doctor JAIME ALBERTO BERMUDEZ SALAZAR (Director Médico de la CLÍNICA LAS VEGAS)¹³, quien dijo que el quirófano, instrumental, equipos y personal auxiliar de cirugía y enfermería, es propiedad de la clínica Las Vegas, y el personal es vinculado a esta, excepción del anesthesiologo.

Ante la Fiscalía 254 Local de Medellín, también rindió versión libre la médico LUZ HELENA CALDERON ADRADA (anestesióloga del procedimiento)¹⁴, quien expuso que en la cirugía de “*mamoplastia*”, el electro bisturí solo es manejado por el cirujano que interviene, instrumento que está conectado a un toma corriente, se programa a una potencia que determina el cirujano, y la enfermera coloca a la paciente una placa en un área de gran masa muscular que puede ser el glúteo o el muslo.

Que el electro bisturí produce corriente eléctrica que es controlada por el cirujano a través de un aparato que utiliza en su mano, y la placa permite la salida de esa corriente eléctrica, porque el cuerpo humano la transmite; donde en el caso de marras cuando el cirujano utilizó tal aparato, inmediatamente informó que no funcionaba y le pidió a la enfermera auxiliar que revisara a la paciente, y al levantar los campos quirúrgicos (sábanas esterilizadas que cubren al operado para evitar infecciones), se dieron cuenta de la quemadura, de lo que se informó a la enfermera jefe, al coordinador de cirugía; y se cambió el electro bisturí y se continuó con el procedimiento.

¹³ Archivo - 03CuadernoPruebasDeLaParteDemandada.

¹⁴ Folio391 archivo 04PruebasParteDemandante.

Dijo que hay un equipo encargado de realizar periódicamente el mantenimiento del electro bisturí y evaluar su funcionamiento, y en ellos se confía por lo que no se hace ninguna evaluación previa por el equipo quirúrgico, y que no sabe cómo se produjo la quemadura ni su causa, y tampoco escuchó que hubiese hecho corto circuito.

Que la placa del electro bisturí se puso en el muslo de la pierna que resultó quemada, desconociendo si por parte de la clínica se realizó alguna investigación por lo acontecido.

También ante el ente instructor del Estado dio versión DIANA DEL SOCORRO JARAMILLO MESA (Auxiliar de enfermería)¹⁵, persona que era la encargada de poner la placa del electro bisturí en el cuerpo de la paciente, indicando que en la cirugía de la demandante, efectivamente puso la placa metálica con gel en la pierna derecha arriba de la rodilla, y que en un momento de la cirugía el doctor CHICA pidió que aumentara la coagulación al electro, para luego decirle que estaba directo, por lo que inmediatamente se le cambió, y había que revisar a la paciente, porque cuando eso pasa hay quemadura en alguna parte causada por un mal contacto.

Que cuando fueron a ver a la paciente se dieron cuenta que tenía quemado el borde de las polainas (medias que se ponen al operado), ya que cuando la electricidad se polariza busca las partes distales para poder salir energía, y esa carga fue la quemó a la paciente, siendo que la onda eléctrica salió por el tobillo.

Dijo que no era usual que se presentaran esos eventos, y de siete (7) años que llevaba en la clínica es el único que ha presenciado, y no sabe quiénes son los encargados del mantenimiento del electro bisturí; incluso, al principio del procedimiento el doctor CHICA revisó el funcionamiento de ese elemento y estaba bien, hasta el momento que

¹⁵ Folio 406 archivo 04PruebasParteDemandante.

se puso directo, a partir de lo cual el mal funcionamiento ya no está en las manos del cirujano ni de nadie de la Sala.

Que cree que el accidente se presentó por el mal tiempo y truenos que había ese día, que pudieron generar una descarga eléctrica.

Aunque no es profesional en salud, también declaró en las presentes doña BLANCA INÉS VARGAS GIL, tía de la demandante, quien acompañó a sus sobrinas GILMA y GLORIA cuando se hicieron la cirugía en la CLINICA LAS VEGAS, y que primero operaron a GILMA, y GLORIA contó que mientras esperaba, escuchó que en el quirófano cambiaban algo y se escuchaba como si tiraran agua.

Que cuando GILMA salió de la cirugía tenía un pie con yeso, y el cirujano OSCAR CHICA le dijo que era un pequeño “*quemoncito*”, pero nada de qué preocuparse y le dio salida para que le hiciera las curaciones, pero como ella no es enfermera ni tenía las condiciones para manejar la situación, junto con su hermano JAIRO VARGAS, enfrentó a las directivas de la clínica para que dejaran a GILMA hospitalizada, porque se trataba de una quemadura de tercer grado a la que le tuvieron que hacer injerto.

Que GILMA se tuvo que ir para Estados Unidos sin terminar de recuperarse, porque el papá de su hijo se lo iba a quitar y la citó a la Corte. Agregó que el injerto le sanó en falso, lo que le ha generado depresión, la cicatriz quedó fea, no se pone ropa corta, y le hicieron un examen para ver si tenía un hongo en la quemadura porque se le irrita y le duele. Muchas veces tiene que dejar de trabajar por el dolor.

También se recaudó informe de la CLÍNICA LAS VEGAS en el que dicen que el doctor CHICA GUTIERREZ no tiene vínculo laboral con dicho ente, que es accionista de INVERSIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA S.A., por lo que ejerce su labor de forma directa y libre de acuerdo al porcentaje accionario. Agregó que los instrumentos quirúrgicos y

equipos de cirugía con los que se operó a la demandante pertenecían a esta persona jurídica.

Pues bien, visto en contexto los anteriores medios probatorios, tal como nos lo impone el artículo 176 del C. G. del P., se tiene que la quemadura sufrida por la actora se presentó por una falla del equipo (aparatos) que se iban a utilizar para la cirugía, tal como era el *electrobisturí*, el que incluso, fue menester reemplazar durante el procedimiento, donde la única tesis sobre que tal falla se debió a “rayos” (entendido como fenómeno atmosférico), fue la expuesta ante la Fiscalía por la auxiliar JARAMILLO MESA, la que no es de recibo dadas las versiones ya referidas de los médicos que participaron en el procedimiento, por lo que no es de recibo que se estaba frente a un evento de fuerza mayor.

Ahora, tal aparato que falló y con lo que se produjo la quemadura, estaba a cargo de la demandada, lo que fue reconocido por esta, por lo que satisfechos los presupuestos de la pretensión relacionados con hecho, daño y nexo causal, al haber pifia en sus obligaciones de seguridad, está llamada a responder, por lo que la sentencia atacada se confirmará.

A propósito de tales elementos axiológicos, la demandada con lo que denominó “*INEXISTENCIA DE PERJUICIO INDEMNIZABLE*”, admitiendo la existencia de la lesión (quemadura), se excusa diciendo que la demandante “*recibió atención médica con evolución satisfactoria*”, y que no se presenta secuela que dé lugar a indemnización, e incluso, como el suceso fue en 2005, no se sabe el estado actual de la cicatriz, y que la actora afirmó que pudo seguir laborando.

Pues bien, tal argumento está dirigido a atacar el presupuesto “*daño*”, no será acogido por la Sala, en la medida que el hecho que la demandada prestara socorro y ayuda por las imprevistas lesiones que se le causaron a la demandante, no solo era un imperativo moral, sino,

que es propio de las obligaciones de solidaridad social y profesional que contempla el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la ausencia de secuelas, apenas es una conjetura, pues todo lo contrario ya que como medio probatorio sometido a la contradicción y no desvirtuado, se cuenta con el dictamen del 29 de agosto de 2012 dimanado de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia¹⁶, según el cual la demandante presenta como porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral el 7.80%, siendo su estado de incapacidad permanente parcial, con fecha de estructuración el 16 de mayo de 2005.

También y sobre el daño, el dictamen atrás relacionado y dimanado del instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, indicó:

NOMBRE PACIENTE:	GILMA LUCIA ALZATE
EDAD:	39 años
IDENTIFICACIÓN:	Cédula de Ciudadanía 43098299 - MEDELLIN, ANTIOQUIA

En respuesta al oficio indicado en la Referencia, me permito informarle que en Relación Médico Legal realizada hoy, 01 de Agosto de 2008 a las 11:55 horas, con base en: la historia clínica No. 302556 de la clínica Las Vegas a nombre del paciente y del mayo 04-05 16 hrs , que anota en sus partes pertinentes: "por fallas del electrobisturí se quema la paciente en tobillo izquierdo, de inmediato nos damos cuenta porque el electrobisturí presenta falla, se le cambia el cable y la placa de contacto 'porque se observa funcionando directo, se cambiapor el electrobisturí N 1 se coloca placa de electro con gel en cadera izquierda y se pasa cable de electro nuevo, se informa del incidente a Nora Rico y a Luis fernando Chahin Coordinador de cirugía" en las fotos observadas sin marcar , sin testigo métrico se observa lesión ovoidea hipercrómica, en tobillo izquierdo, con lesión vesicular de fondo claro al lado de la lesión principal. En el resto de la historia clínica no hay información acerca de la lesión sufrida en el tobillo izquierdo. se pudo establecer lo siguiente:

CONCLUSIÓN: MECANISMO CAUSAL: Quemadura por sólido caliente. Incapacidad médico legal: DEFINITIVA. VENTICINCO (25) DIAS. Para determinar si queda o no SECUELAS MEDICO LEGALES es necesario practicar nuevo reconocimiento médico legal donde es absolutamente necesaria la presencia de la paciente.

XXXX XXX XXXX XXX XXXX XXX XXXX XXX XXXX XXX XXXX XXX XXXX XXX XXXX XXX XXXX XXX

Entonces, si bien era necesario elaborar un nuevo dictamen de cara a las secuelas, para nada se desvirtuó el elemento daño, y los rubros por los que se emitió condena, debiendo ser la decisión de conformidad en segunda instancia.

Finalizando este acápite, al no haberse presentado reparo en cuanto a la cuantificación de los perjuicios, ello releva a la Sala de referirnos sobre el particular, por lo que de acuerdo a los que fueron puntos de

¹⁶ folio 496 - 04CuadernoPruebasParteDemandante.

inconformidad y que generó los problemas jurídicos planteados, nos adentraremos en el tercero de los mismos.

DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA:

La llamada en garantía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., el que rotuló como “*ERRONEA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO*”, dijo que no se consideró la exclusión contenida en la póliza de responsabilidad civil profesional, relacionada con la cirugía plástica.

Pues bien, si con ello funda su defensa, ello no es de recibo, sencillamente porque el hecho causal se relaciona con una falla de seguridad mas no con la cirugía estética de marras, entonces la alegada exclusión resulta contraria a lo que ha constituido como factor de imputación.

No obstante, en aras de la motivación, al observar la carátula de la póliza sustento del llamamiento y numerada como 6501585-9¹⁷, su vigencia está del 25 noviembre de 2004 al 25 noviembre de 2005, es decir, lapso temporal que comprende el de la fecha del acto médico soporte de la acción.

En el documento presentado por la llamante, en sus anexos no figura como exclusión las cirugías estéticas, independientemente que hubiera sido a la manera que lo dispone el literal C) del numeral 2º del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹⁸. En este punto, la

¹⁷ folio 27 archivo 02CuadernoLLamamientoEnGarantia.

¹⁸ En reciente e importante rectificación doctrinaria y de unificación jurisprudencial, la Corte Suprema en Sala Civil, expresó:

“... En diversos pronunciamientos, esta Corporación ha señalado que, conforme a las normas en comento, las coberturas y exclusiones deben consagrarse en la primera página de la póliza o a partir de aquella, aunque sin decantarse expresamente por ninguna de las dos posturas. Así mismo, ha respaldado por vía de tutela la ineficacia de exclusiones ubicadas en anexos de la póliza.

Sala asume la doctrina que está en la cita pie de página que aquí se hace.

Ahora, del documento aportado por la llamada en garantía e intitulado “POLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA CLINICAS Y HOSPITALES” Proforma F-01-13-018¹⁹. El mismo, no dice el número de póliza a la que hace parte; sin embargo como “EXCLUSIONES”, relaciona:

“1.20 DAÑOS DERIVADOS DEL EJERCICIO DE UNA PROFESION MEDICA CON FINES DIFERENTES AL DIAGNOSTICO O A LA TERAPEUTICA. EN CASO DE LA CIRUGIA PLASTICA O ESTETICA, SOLAMENTE SE OTORGA COBERTURA EN CASOS DE CIRUGIA RECONSTRUCTIVA

“Entre las sentencias en las que esta Sala ha reconocido que las exclusiones deben estar ubicadas en la primera página de la póliza, se encuentran la STC de 25 de julio de 2013, exp. 2013-01591, STC 514-2015, 29 ene., STC 17390- 2017, 25 oct., STC 9895-2020 y STC 12213-2021, 16 sep., entre otras.

“Otras decisiones han reconocido que las exclusiones son válidas si se consagran a partir de la primera página de la póliza, entre ellas las sentencias STC 4841-2014, SC 4527- 2020 y SC 4126-2021.

“En tal virtud, siendo una de las finalidades del recurso de casación la unificación de la jurisprudencia y por ende de la interpretación del ordenamiento jurídico, es procedente adentrarse en el análisis de la significación de la ubicación espacial de las coberturas y exclusiones dentro del contrato de seguro, con el fin de que la Sala adopte una posición uniforme sobre el particular...

“Con apoyo en los elementos hermenéuticos antes señalados, considera la Corte que una adecuada interpretación del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero exige su análisis armónico con la normativa que ha proferido la Superintendencia Financiera «para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el artículo 184 numeral 2° EOSF» y concretamente, la exigencia de la CE 029 de 2014 respecto a la ubicación de los amparos y exclusiones a partir de la primera página de la póliza, interpretación que no sólo permite cumplir con las exigencias de información y conocimiento del tomador sino también atender el principio general de prevalencia de la voluntad de las partes contratantes.

“A juicio de la Sala, esta intelección se corresponde en mejor medida con las condiciones actuales del mercado asegurador, en el que se ha llegado a un grado de detalle en la delimitación del riesgo que, por lo general, haría imposible la inclusión de todas las coberturas y exclusiones únicamente en la primera página de la póliza –al menos en un formato legible, como es de rigor–.

“Sostener una interpretación contraria, es decir, exigir la consignación forzosa y exclusiva de las exclusiones en la primera página de la póliza, podría cercenar o restar efectos a la facultad de delimitación de riesgos legalmente otorgada al asegurador, en tanto castigaría con ineficacia las exclusiones consignadas de manera clara e ininterrumpida a partir de la primera página.

“Considera la Sala que la intención del legislador de garantizar la correcta y suficiente información del asegurado y su conocimiento de las coberturas y exclusiones del amparo contratado se cumple a cabalidad cuando éstas se consagran de forma continua, ininterrumpida y con caracteres destacados a partir de la primera página de la póliza, lo que permite una redacción clara y detallada que, a su vez, redunde en la adecuada comprensión que busca el artículo 184 del EOSF.”. Sentencia SC2879-2022, 27 de septiembre de 2022.

¹⁹ Folio 50 - 02CuadernoLLamamientoEnGarantia.

POSTERIOR A UN ACCIDENTE Y DE CIRUGIA CORRECTIVA DE ANOMALIAS CONGENITAS”.

Ya en lo denominado “CONDICIONES GENERALES”²⁰, anotó:

“3. DEFINICIONES

(...)

“3.2 Siniestro:

“Es todo hecho externo, accidental, súbito, repentino, e imprevisto acaecido durante la vigencia de la póliza y que haya causado un daño que pueda dar origen a una indemnización de responsabilidad civil amparada por esta póliza, reclamada en plazo máximo de dos (2) años después de finalizada la vigencia”.

De lo anterior se colige que la exclusión alegada no se probó, máxime que, se insiste, el factor de imputación es por una falla de seguridad, mas no por la cirugía estética en sí misma considerada, por lo que en este punto el recurso está llamado al fracaso.

De todos modos, el último numeral transcrito, el 3.2., contiene una cláusula de reclamo hecho, la que debe entrar a analizarse pues fue punto de impugnación.

DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA “CLAIM MADE”

Sobre tal intitulado, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, siguiendo su línea jurisprudencial, ha indicado:

“8.2. Rememórase que, según el artículo 1131 del Código de Comercio, modificado por la ley 45 de 1990, en los seguros por responsabilidad se entiende *«ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado...»*, momento que, además de ser el jalón para el comienzo del término prescriptivo, debe estar incluido en el plazo de vigencia de la póliza respectiva.

“Empero, como ha tenido ocasión de puntualizar esta Corte²¹, tal cobertura temporal, inicialmente concebida en el derecho asegurador con base en la fecha de ocurrencia del hecho o de la pérdida (*losses occurrence*), ha mutado por la

²⁰ Folio 55 -02CuadernoLLamamientoEnGarantia.

²¹ Entre otras, SC 18 dic. 2013, Exp. 1100131030412000-01098-01; SC10300-2017, Rad. n° 76001-31-03-001-2001-00192-01.

necesidad de ajustar este contrato al dinamismo propio de los negocios modernos, y puede ser modificada por las partes para ser por las denominadas «reclamaciones hechas» o por reclamaciones que se hagan durante la vigencia pactada (claims made), acorde con el citado artículo 4 de la ley 389 de 1997, que dispuso:

“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. (Se resaltó).

“Se autorizaron, por ende, estas modalidades de seguro de responsabilidad por reclamación:

“a) En las hipótesis previstas en el inciso primero, puede acordarse en el seguro de manejo y riesgos financieros, y en el de responsabilidad, que se limite a las pérdidas que se descubran durante el periodo de vigencia del seguro, o a las reclamaciones hechas por el damnificado al asegurado o al asegurador en el mismo término, con independencia de que los hechos, entendidos como aquellos que configuran el siniestro, hubiesen ocurrido antes de iniciarse dicha vigencia.

“Cabe insistir, por tanto, que para estos primeros eventos, los hechos pueden haber ocurrido antes de iniciarse el negocio de salvaguarda o durante este, porque en últimas importa es que la pérdida se descubra, o la reclamación se haga, durante la vigencia del mismo.

“b) Acorde con el inciso segundo, también pueden cobijarse hechos que acaezcan durante la vigencia de este seguro, siempre que el reclamo del damnificado al asegurado o al asegurador se haga en el término determinado en el convenio, que no puede ser inferior a dos años. Es decir, que esa petición debe hacerse dentro del plazo que se pacte, que no puede ser inferior a esos dos años.

“8.3. Ahora, aparte de los riesgos de manejo y financieros, también pueden cubrirse los que se comprendan dentro del concepto amplio de responsabilidad, que pueden ser de directores, administradores o socios de compañías u otras entidades, o de terceros, de administración, en general, por procesos judiciales, entre muchos otros.

“Esas formas nuevas de determinación temporal fueron justificadas en el Congreso de la República, en la necesidad de modernizar las normas originarias:

“«6. Modernización de las normas para ciertas coberturas de riesgos.

“Se propone una nueva norma en el artículo 4º con el propósito de actualizar la legislación colombiana y acoger las nuevas tendencias del mercado mundial de reaseguros para la cobertura de los seguros de manejo y de responsabilidad civil.

“Este artículo posibilita que las compañías cubran en este tipo de ramos hechos ocurridos antes del contrato, que produzcan pérdidas que se

descubran o reclamaciones que se formulen en la vigencia de la póliza. Igualmente, se permite precisar la cobertura de responsabilidad civil frente a reclamaciones tardías.

“Con lo anterior, el sector asegurador colombiano podrá contar con un adecuado apoyo internacional de reaseguros para el otorgamiento de mejores coberturas a precios mucho más atractivos en favor de los asegurados, atendiendo necesidades sentidas en el país, tales como las coberturas en materia ambiental y de contaminación, en cuanto a la elaboración de productos defectuosos, en relación con actividades profesionales, etc.

“Se contempla, por último, la posibilidad para que el gobierno nacional haga aplicable estas disposiciones a otros ramos que, de acuerdo con la evolución de los mercados, requieran este tratamiento específico»²². (Resaltado no es del texto original).

“Se trató, en síntesis, de permitir contratos de seguros con coberturas temporales distintas a las que inicialmente contempló el Código de Comercio, pero dentro de un equilibrio entre: los derechos de los asegurados o víctimas a un resguardo eficaz por daños que se descubran o las reclamaciones que se hagan en cierto tiempo, y los derechos de las aseguradoras a cubrir unos periodos concretos que les permitan hacer provisiones prudentes, obtener buenos reaseguros nacionales o internacionales, en fin, también resguardarse de modo razonable.

“De ahí que a más de la configuración del siniestro o realización del riesgo asegurado (art. 1072 del C.Co.), que en el seguro de responsabilidad tiene una regla especial (art. 1131 id.), lo cierto es que cuando se ha pactado la forma de *reclamación hecha (claim made)*, es menester el descubrimiento de la pérdida o el reclamo del perjudicado al asegurado o al asegurador, en el término de vigencia de la póliza que se hubiese acordado, o en el plazo posterior convenido.

“Consecuentemente, en el sistema tradicional el débito del asegurador surge con la ocurrencia de los hechos que generan la responsabilidad -siniestro-, dentro del término de vigencia de la póliza, sin atender el tiempo posterior en que se haga el reclamo, limitado tan sólo por los plazos de prescripción; a diferencia de estas variantes de *claim made*, en que se requiere que además del siniestro en tiempo anterior o coetáneo al espacio temporal del amparo, la reclamación se haga dentro del término específico y delimitado en el contrato, que en armonía con lo concertado, puede ser durante la vigencia de la póliza o en un periodo adicional y específico.”²³, Cursivas y citas dentro del texto, subrayado del Tribunal.

De lo anterior se tiene, que ciertamente las cláusulas de reclamo hecho resultan vinculantes si como tal se han previsto, ello de conformidad con el artículo 4 de la ley 389 de 1997, norma que reza:

“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

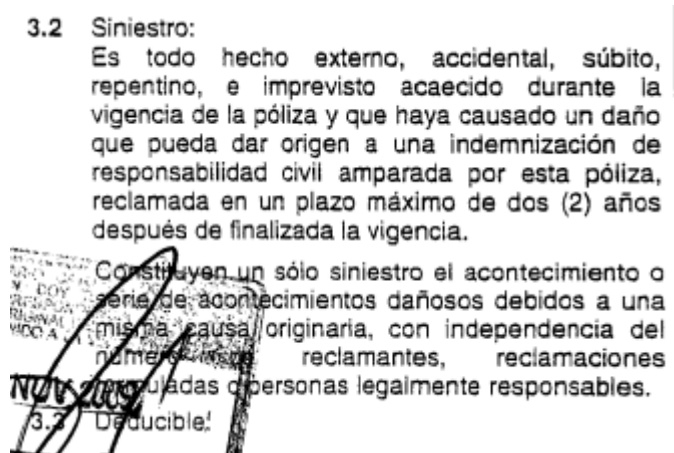
²² Gaceta del Congreso N° 593, Senado de la República, 12 de diciembre de 1996, pág. 2.

²³ SC130-2018, Rad.: 11001-31-03-031-2002-01133-01, 12 de febrero de 2018.

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.”

En el caso en estudio, tal cláusula se pactó, cuestión que se evidencia en el numeral 3.2 de las condiciones generales de la póliza²⁴, así:



Entonces, la cláusula de reclamo hecho (“Claims Made”), efectivamente fue pactada, donde a la luz del citado artículo de la Ley 389 de 1997, en este caso no se está ante el “*riesgo pretérito*” que contempla el inciso 1º del artículo 4º, sino, en el evento previsto en el inciso 2º de tal norma, o sea el amparo es en relación a un siniestro futuro, donde su configuración se rige: en primer lugar, que debe ocurrir dentro de la vigencia de la póliza; y en segundo término, la reclamación ha de presentarse dentro del plazo fijado en el contrato, el que legalmente no puede ser inferior a dos años, como en efecto se convino en el clausulado de marras.

En la segunda hipótesis, de ocurrir el siniestro, así suene redundante, para que la aseguradora responda, ello ha de suceder en vigencia de la póliza, y el reclamo ha de formularse dentro del plazo fijado, que en este caso fue el de dos años.

²⁴ Ver folio 55 cuaderno llamamiento en garantía.

Ahora, en este punto ha de recordarse quiénes son las partes en el contrato de seguro, lo que según el artículo 1037 del C. de Co., tales están constituidas por la aseguradora y el tomador, sin que haya más partes en dicho pacto, de donde una cláusula con tales características difícilmente será oponible al tercero damnificado, máxime cuando dicho contrato está previsto para resarcir a la víctima²⁵.

En este punto, valga reiterar lo indicado por la H. Corte en la sentencia marco para decidir este punto y atrás transcrita, que ese tipo de cláusulas *“puede ser modificada por las partes para ser por las denominadas «reclamaciones hechas», donde precisamente son las partes contractuales que las convienen, y no como en este caso, el tercero víctima que no fue parte en tal pacto asegurador.*

Refuerza la anterior idea de cara a la decisión, que en el evento que tal cláusula fuera oponible a la hoy demandante, de todos modos el inciso 2º del artículo 4º de la Ley 389 de 1997, deja en claro que *“... la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador”,* debe efectuarse dentro del término estipulado en el contrato, que en este caso fue de dos años, mismo lapso temporal que como mínimo prevé la norma.

Pues bien, en las presentes la lesionada (damnificada), podía hacer la reclamación bien fuera al asegurado o al asegurador; ¿y quién era el asegurado?, pues de la póliza se tiene como tal a INVERSIONES MÉDICAS DE ANTIOQUIA S.A., es decir, la misma persona jurídica aquí demandada, por lo que *ope lege* aquella podía reclamarle a esta, ¿y cómo lo hizo?, pues acudiendo a su servicio primero de urgencias y luego de hospitalización, lo que ocurrió inmediatamente después de la intervención quirúrgica.

²⁵ Así lo ha indicado la jurisprudencia patria al afirmar: “2.- *A la luz del artículo 1127 del Código de Comercio, el seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales «que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado».*” subrayado intencional. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC3580-2020, Radicado 15001-31-03-002-2006-00343-01, 28 de septiembre de 2020.

Ese ya es un reclamo al asegurado proveniente de la tercera afectada, por lo que el breve lapso extintivo “*claim made*”, no se consolida en su caso, debiendo ser la decisión de conformidad, por lo que el correspondiente punto de alza no está llamado a prosperar.

CONCLUSION:

Como solución al caso puesto en consideración, se advierte que ninguno de los reparos están llamados a prosperar, aunque se precisa que la infracción por la que se condena es por una falla en la seguridad de los equipos médicos con los que se causó el daño, sin que enervara lo pertinente, por lo que no podrá obtener el efecto jurídico perseguido.

En cuanto a la llamada en garantía, la llamante probó que el siniestro ocurrió dentro del periodo de cobertura, mientras aquella no cumplió con lo propio en lo relacionado con la exclusión; y en lo que concierne a la invocación de la cláusula “*claim made*”, independientemente que la misma sea oponible a la tercera afectada, de todos modos ella tácitamente realizó la reclamación prevista en el inciso 2º del artículo 4º de la Ley 389 de 1997, en este caso fue al asegurado mediante el reclamo de atención de urgencias y hospitalaria, con lo que se satisface lo previsto en tal supuesto normativo, lo que conlleva a la no prosperidad del evento extintivo que se invocara.

Finalmente, en cuanto a costas, en atención al numeral 8º del artículo 365 del C. G. del P., dada la ausencia de intervención de la parte actora, la Sala se abstiene de proferir condena sobre el particular en cuanto a esta instancia corresponde.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, en los términos motivados.

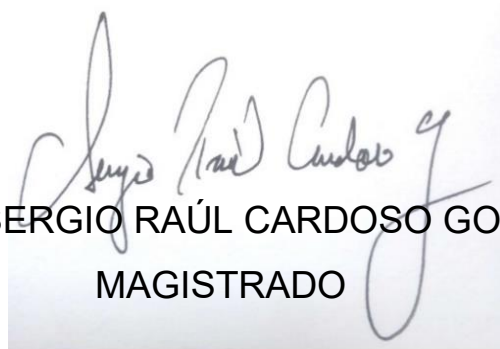
SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en lo que a esta instancia corresponde.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, vuelva el expediente al Despacho de origen. Ofíciase.

Notifíquese:



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
MAGISTRADO



SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ
MAGISTRADO



MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
MAGISTRADO