

# RESUMEN DE SENTENCIA ORAL CONTENIDA EN AUDIO QUE SE PUEDE VERIFICAR EN EL DESPACHO DE ORIGEN

NÚMERO DE RADICADO: 050013103002201501210

TEMA: **ERROR EN EL DIAGNÓSTICO, HIPOACUSIA.** Los errores o fallas diagnósticas en la patología del paciente y el consecuente error en el tratamiento empleado, derivado de una mala interpretación de los síntomas o a la omisión de exámenes que, según la ciencia médica, eran necesarios y adecuados para evitar un error en el diagnóstico, generan, siempre que se acrediten los demás presupuestos axiológicos de la pretensión indemnizatoria, responsabilidad del profesional de la medicina; a no ser que esa impresión diagnóstica no sea conclusiva porque las causas de la enfermedad-, puede obedecer a varias afecciones y todas ellas se ofrezcan como posibles, desde luego acorde al estado de la ciencia y el arte.

**PONENTE: DRA. PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA**

FECHA: 31/05/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

## **EXTRACTO: “Del diagnóstico médico o juicio clínico.**

De ahí entonces que los errores o fallas diagnósticas en la patología del paciente y el consecuente error en el tratamiento empleado, derivado de una mala interpretación de los síntomas o a la omisión de exámenes que, según la ciencia médica, eran necesarios y adecuados para evitar un error en el diagnóstico -problemas de enjuiciamiento-, generan, siempre que se acrediten los demás presupuestos axiológicos de la pretensión indemnizatoria, responsabilidad del profesional de la medicina; a no ser que esa impresión diagnóstica no sea conclusiva porque su etiología -causas de la enfermedad-, puede obedecer a varias afecciones y todas ellas se ofrezcan como posibles, desde luego acorde al estado de la ciencia y el arte.

En relación con las diversas situaciones a que se ve sometido el médico cuando realiza el diagnóstico, la Corte ha reiterado que ese proceder:

*"está constituido por el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel. Esta fase de la intervención del profesional suele comprender la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la ‘anamnesis’, vale decir, la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes.*

*Trátase, ciertamente, de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio. (...) motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la lex artis ad hoc recomienda para acertar en él.*

*(...), sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen. Así ocurrirá, y esto se dice a manera simplemente ejemplificativa, cuando su parecer u opinión errada obedeció a defectos de actualización respecto del estado del arte de la profesión o la especialización, o porque no auscultaron correctamente al paciente, o porque se abstuvieron de ordenar los exámenes o monitoreos recomendables, teniendo en consideración las circunstancias del caso, entre otras hipótesis. En fin, comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma*

*especialidad no habría acogido, o cuando no se apoyaron, estando en la posibilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico, o si tratándose de un caso que demanda el conocimiento de otros especialistas omiten interconsultarlo, o cuando, sin justificación valedera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia.*

*Por el contrario, aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad. (...)*

### **De la historia clínica.**

La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente, la cual es necesaria para una adecuada asistencia médica; (...) implica el registro de los datos e informes acerca de "la condición somática, psíquica, social, cultural, económica y medioambiental que pueden incidir en la salud del usuario.", datos éstos que, obviamente, obtiene el médico interrogando al propio paciente y sus familiares -anamnesis- que contribuirán al acierto en la determinación de un diagnóstico y a la adopción de una mejor conducta terapéutica.

### **CASO CONCRETO**

Concluyó la señora juez a-quo que tanto el diagnóstico como el tratamiento iniciales habían sido adecuados, muy a pesar de que el perito médico, doctor Luis Armando Cambas Zuluaga conceptuó en sentido contrario, pues afirma que el testigo técnico, médico especialista en otorrinolaringología, doctor Jaime Alberto Rebage Soto le genera más mérito de convicción en razón de ser especialista precisamente en otorrinolaringología, lo que le permite conocer mejor las enfermedades relacionadas con el oído, y además porque el perito, que es médico general, no se documentó de literatura médica autorizada científicamente para dar soporte a sus conocimientos profesionales y, por ende, a su dictamen.

Sin embargo, a este respecto, la sala difiere de tan vertical conclusión, en primer lugar porque las exposiciones de ambos profesionales muestran más puntos de concordancia que de divergencia, pues realmente lo manifestado por el especialista no desmiente categóricamente lo dictaminado por el perito; y es que es necesario aplicar un método lógico-dialéctico para comprender los razonamientos de este último. Este es muy claro en su exposición, en precisar que el médico general no puede guiarse exclusivamente por los SÍNTOMAS que le relate el paciente, lo cual siempre tiene un contenido eminentemente subjetivo; pues a continuación, y mediante un buen examen físico practicado al enfermo, el médico puede descubrir los SIGNOS que delaten la presencia de una determinada enfermedad, todo lo cual conduce a un adecuado diagnóstico y, por ende, a un apropiado tratamiento. Esto, en términos generales, es el proceder adecuado, según lo narra el especialista.

En realidad la única discrepancia mayor entre ambos profesionales consiste en la apreciación divergente en cuanto al porcentaje de recuperación que pueden tener los pacientes con hipoacusia súbita idiopática, tratados oportunamente con corticoides, pues mientras el perito habló de que el 72% se recuperaban totalmente, el especialista rectificó que eso se refería a un estudio hecho por unos españoles, en el cual el 72% de los pacientes había acusado un 30% de mejoría. Pero este punto estadístico, realmente no se relaciona con la esencia de lo que aquí se debate, en el sentido de si desde el comienzo se presentó o no un diagnóstico correcto y un tratamiento adecuado.

Ya en relación con el diagnóstico de otitis media aguda dado a la paciente (...) para la sala resulta apenas lógico lo conceptuado por el perito en el sentido de que el médico general tiene que tener la capacidad de diagnosticar una hipoacusia súbita idiopática; que este no es un diagnóstico exclusivo de especialista; que puede diagnosticarse simplemente con base en los síntomas relatados por el paciente + el conocimiento clínico + el examen físico que debe realizar al mismo. Es que la premura con que debe iniciarse el tratamiento no permite esperar el agotamiento de los trámites

burocráticos que en nuestro sistema de seguridad social demandan la remisión y autorización de una cita con especialista.

Para ello además reviste especial importancia la denominada anamnesis, esto es, la entrevista entre médico y paciente, con preguntas específicas orientadas a precisar la real dolencia que lo aqueja. Porque, como ocurrió en el presente caso, si con los síntomas de otalgia (dolor) derecha asociada a cefalea y sensación de vértigo, los signos consiguientes al examen físico, no indicaban la presencia de una otitis media aguda, que ni siquiera de una inflamación (porque de ello no se da cuenta en la historia clínica), el médico debió formular otras preguntas concretas, cuyas respuestas le permitieran soportar otro diagnóstico: vgr. si sentía tinitus, taponamiento, disminución auditiva, etc., pues es él, como profesional clínico, el llamado a procurar la mayor información posible en orden a soportar un adecuado diagnóstico y tratamiento, máxime que en este caso, desde la primera consulta (...) la paciente manifestó un síntoma de infección o inflamación, como es la otalgia, pero también otro que puede ser asociado a una hipoacusia, como lo es la sensación de vértigo.

Para lo anterior, es indudable que la consulta de cada paciente requiere de un tiempo suficiente, lo que evidentemente no fue cumplido en este caso, pues según la historia clínica, precisamente la consulta del día 16 de diciembre de 2010, que abarcó los ítems: identificación, anamnesis, antecedentes, ginecología, examen físico, y análisis y manejo (f. 237 y 238), se llevó a cabo entre las 6:25 y 6:35 horas, es decir, todo lo anterior en solo 10 minutos, tiempo a todas luces insuficiente para atender en forma adecuada a cualquier clase de paciente.

Mas insuficiente aún fue el brevísimo lapso dedicado a la misma paciente en la “consulta” del día 18 siguiente, (...) Afirma que al examen físico encontró que la paciente no había empeorado, incluso la otoscopia bilateral la encontró normal, lo que para esta sala, atendiendo el diagnóstico de dos días antes, es un contrasentido, pues en opinión del especialista, doctor Rebage Soto, una otitis media aguda no desaparece en 48 horas, se prolonga, por lo menos, de 10 a 15 días. Finalmente, llama poderosamente la atención que en tal ocasión le haya recetado un corticoide, cuando supuestamente la paciente no había informado disminución de su audición, y siendo tal medicamento, según lo depuesto por el perito y el especialista, el indicado para el tratamiento de hipoacusia, aunque en altas dosis, según lo precisó el último.

Ni qué decir de la consulta del 22 de diciembre de 2010 (...), y llama la atención porque la expresión PERMANECE resulta indicativa de que la paciente ya había manifestado tales síntomas, pero lo más seguro es que dicha manifestación la había hecho desde la primera consulta porque la expresión reseñada indica estabilidad de una situación o fenómeno, y porque además se habla en esta ocasión de síntomas que aparecen consignados en la consulta del día 16, tales como la cefalea y la sensación de vértigo o mareo. Además, la realidad es que en esta consulta nuevamente se habla de un diagnóstico de “otitis media aguda cerosa”, a lo cual se añade el de “vértigo paroxístico benigno”, pero en todo caso, sin aparecer allí consignado ningún signo de inflamación o infección.

A lo anterior se suma que no obstante hablarse allí de hipoacusia, no se dispuso la remisión de la paciente a un especialista, pues esto solo vino a producirse en la consulta del 3 de enero de 2011 (...) momento en el que, según las opiniones de los dos médicos (especialista y perito), el mal ya era irreversible, pues en palabras del doctor Rebage Soto, cuando la paciente manifestó que no estaba escuchando bien, ha debido darse una remisión prioritaria al otorrino. Sin embargo la atención por él solo tuvo lugar el día 13 de enero de 2011, ocasión en la cual dejó consignado que presentaba un cuadro de hipoacusia de 1 mes de evolución, pues al examen físico no encontró signos de infección, y fue informado por la paciente sobre las consultas anteriores, que la habían tratado con antibióticos y no había mejorado, y que no estaba escuchando bien(...)

En punto a la otra razón que adujo la señora juez de primera instancia para desechar la experticia, esto es, que el perito, quien es médico general, no se documentó de literatura médica autorizada científicamente para darle soporte a sus conocimientos profesionales y, por ende, a su dictamen, para la sala resulta totalmente deleznable, pues el dictamen, fue aportado con la demanda, junto con la documentación que da cuenta de la sólida preparación académica y experiencia profesional de quien lo rinde, pericia sometida a contradicción en los términos del artículo 228 del C.G. del P, habiendo atendido el perito la citación a la audiencia donde, con indiscutible solvencia, respondió

exhaustivo interrogatorio tanto de la señora juez como de los apoderados de todos los intervinientes en punto a su idoneidad e imparcialidad, así como sobre el contenido de la experticia.

(...) Sobre el punto, así se ha pronunciado la Corte Constitucional, en sentencia T-269/2012, entre otras:

*“La valoración del dictamen pericial implica llevar a cabo un proceso de orden crítico con el fin de obtener certeza respecto de los hechos y conclusiones sobre los que versa la experticia. Para ello, el juez debe apreciar aspectos relativos (i) al perito, (ii) al agotamiento formal de los mecanismos para llegar a un dictamen suficiente, y (iii) a la coherencia interna y externa de las conclusiones. En cuanto a lo primero, deben verificarse las calidades y la probidad del perito. En segundo lugar, son objeto de apreciación los elementos (exámenes, experimentos, cálculos, etc.) en los cuales se apoyó el perito para sus indagaciones. En tercer lugar, debe examinarse la coherencia lógica del dictamen, el carácter absoluto o relativo que le da el perito a sus afirmaciones, la suficiencia de los motivos que sustentan cada conclusión, y la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos.”*

(...) En este orden de ideas, la garantía del debido proceso exige que el juez exponga de forma explícita dentro del fallo cuál es el mérito que le asigna al medio de prueba y cuáles son las razones que sustentan esta decisión. Pero en ningún caso, obliga al juez a aceptar las conclusiones del dictamen sin un examen crítico del mismo.

Es por esto que la Corte Constitucional, acogiendo la tesis de la Corte Suprema de Justicia, ha concluido que la ausencia de valoración del dictamen pericial por parte del juez constituye un error de hecho en la sentencia. (...) la Corte Suprema de Justicia consideró que:

*“en la actividad desplegada por el fallador en la apreciación de un dictamen pericial, se puede incurrir tanto en error de derecho como de hecho. (...) Se incurre en la primera clase de error cuando se aprecia una experticia que fue allegada al proceso con pretermisión de las formalidades legales, o cuando se desecha por considerarse, de manera equivocada, que la misma no fue incorporada al expediente en legal forma, y por supuesto cuando con ocasión de su evaluación se atenta contra el régimen jurídico que gobierna el mencionado medio. (...) cuando se pretermite el estudio del legalmente aducido, o se supone el que no existe, o se reduce o adiciona el contenido objetivo de la experticia, o se desacierta al calificar la precisión, fundamentación o concordancia de dicho medio probatorio, pues pese a ser una norma de derecho probatorio la que fija las pautas para que el fallador cumpla esta última labor (artículo 241 del C.P.C.), lo que finalmente se estaría alterando con tal equivocación sería el contenido objetivo de la prueba.”*

(...) la sola circunstancia de no tener el perito título de especialista en otorrinolaringología no constituye razón de peso para desechar su experticia que, en todo caso supera el test que para la apreciación de este medio de prueba impone el artículo 232 del C.G.P., máxime que en la audiencia de sustentación, de manera técnica pero sencilla, con la claridad y precisión suficientes respondió cada una de las cuestiones planteadas, en extenso interrogatorio, (...) evidenciando conocimiento, seriedad y solidez en lo que fue materia del dictamen, el cual, por demás, se aviene con las reglas de la lógica. Es que, en verdad, nada de insensato, antes bien acompasado con la razón, resulta concluir que no habiendo encontrado el galeno de turno, al examen físico de la paciente en su consulta del 16 de diciembre de 2010, signos de infección o inflamación, equivocado resulta el diagnóstico de OTITIS MEDIA AGUDA, máxime cuando aquella, a más de la otalgia derecha, enunció otros síntomas, como cefalea y sensación de vértigo, que pudieron ser indicativos de una hipoacusia, como finalmente se demostró; y mas cuidadoso ha debido ser el médico en la elaboración del diagnóstico si se repara que la paciente enunció que el cuadro clínico llevaba dos días de evolución, o sea que estaba ya casi al límite para poder iniciar, con algún grado de eficacia el tratamiento adecuado para la hipoacusia.

Desde luego que si el diagnóstico fue equivocado, inadecuado fue el tratamiento con antibióticos, mientras avanzaba entonces sin medicación alguna la real dolencia de hipoacusia que aquejaba a la paciente. Por demás, y como resulta también apenas lógico y así lo admitió incluso el

otorrinolaringólogo en su declaración, sin presencia de signos de infección no es dable recetar antibióticos en razón de los efectos colaterales que pueden producir.

Para la sala entonces, contrariamente a lo concluido por la juzgadora de primer grado, probado quedó el error en el diagnóstico y, por ende, en el tratamiento impartido a la dolencia que aquejaba a la demandante desde su primera consulta del 16 de diciembre de 2010 y, de la misma manera, la culpa de los galenos que la atendieron en la fecha indicada y también los días 18 y 22 del mismo mes y año.

Tampoco se discute la existencia del daño (pérdida de la audición por el oído derecho), ni su relación causal con el mencionado error en el diagnóstico y tratamiento, pues de haber sido estos correctos, la paciente hubiera tenido buenas posibilidades de recuperar, así fuere en parte, su audición.

## **SOBRE LOS PERJUICIOS**

### **Materiales - Lucro cesante consolidado y futuro, daño emergente -**

La Sala observa que (...) la demandada aportó prueba de los formularios de afiliación al Sistema General de Seguridad Social que darían cuenta de que la demandante, para la fecha en que se contestó la demanda, estaba laborando a pesar de la sordera que sufre en su oído derecho.

Entonces, aunque ello fuera así, esto es, que la demandante laborare con posterioridad al daño sufrido por el errado diagnóstico que finalmente le ocasionó sordera en su oído derecho, para la Sala ese no es motivo suficiente que impida reconocerle el lucro cesante a que tiene derecho por la disminución de su capacidad laboral, atendiendo a que lo indemnizado es esa virtualidad de obtener un ingreso con plenas facultades y haciendo los esfuerzos que cualquier persona corriente debe hacer para obtenerlo.

(...) Se trata de indemnizar la pérdida real de oportunidades que tiene la víctima ante la afectación corporal, física o psíquica, pues es claro que tal afección tiene repercusiones en su vida laboral, por cuanto la joven María Camila obviamente no podrá desenvolverse en su trabajo o actividades habituales con las mismas destrezas que tenía antes o en el futuro no podrá dedicarse a labores distintas a las que actualmente se dedica, lo que en últimas significa una disminución de oportunidades para desempeñarse adecuadamente en el mundo laboral.

(...) Además, autorizados doctrinantes destacan que el perjuicio no solo se refiere a aquél que recae sobre la pérdida de remuneración, pues existen casos en que el perjuicio material se configura en razón a las limitaciones físicas o psíquicas causadas a la persona como consecuencia del hecho dañoso, en tanto que

*"((...), cuando no hay ninguna pérdida de remuneración, un daño material puede existir por el solo hecho de las lesiones físicas y deberá siempre ser evaluado teniendo en cuenta las repercusiones reales o probables, el esfuerzo suplementario de la víctima para poder cumplir el mismo trabajo, el riesgo de no poder hallar otro empleo en caso de que deba cambiar, la posibilidad de disponer anticipadamente de su organismo, etc. Este perjuicio material debe ser evaluado e indemnizado. A este respecto los ingresos de la víctima no constituyen el único factor de medida. No son más que un criterio de apreciación entre otros"<sup>1</sup>*

Es que para la Sala es innegable que incluso si la joven María Camila pudo conseguir un trabajo con posterioridad a que sufrió sordera en su oído derecho (lo que sin duda le demanda un mayor esfuerzo al que le demandaría de no haber mediado el daño), ello en ninguna medida puede ser suficiente para entenderla indemnizada, (...)

Con todo lo antedicho, es forzoso concluir que el perjuicio material en su modalidad de lucro cesante no está siempre representado en la pérdida del empleo, o más específicamente el corte de los

---

<sup>1</sup> DALCQ, Roger, *Traité de la responsabilité civile*, Bruselas, Maison Ferdinand Larcier, 1967, ps. 3575 y 3782, Tomado de TAMAYO JARAMILLO, op. cit, p. 914

ingresos derivados por el ejercicio de alguna actividad laboral, por el contrario, la pérdida de capacidad laboral como hecho perturbador de esa “virtualidad productiva” es lo que se debe resarcir en casos como el aquí planteado.

En tal orden, el IBL ha de ser el 16.86% de \$781,242,00, que equivale a 1 SMLMV que la jurisprudencia presume como ingreso<sup>2</sup>, para un total de \$131.717,40 (...) porque esa fue la pérdida de capacidad laboral acreditada en el concepto de parte aportado con la demanda, (...) **No obstante lo anterior, como la parte demandante (...) solicitó ese perjuicio desde el 11 de junio de 2014 (fecha de estructuración de la PCL) (se le concede desde tal fecha)**

**En lo que tiene que ver con el lucro cesante futuro**, se tiene (...) para el 11 de junio de 2014 la joven María Camila contaba con 20 años de edad (registro civil de nacimiento ...), según la Resolución 1555 de 2010 le quedaban 65,1 años de vida, esto es, 781,2 meses de vida. A lo que deben restarse los 47,67 meses liquidados por LCC para un total de 733,53 meses a liquidar como sigue.

**Con respecto al daño emergente** la Sala observa que el mismo se soportó en los supuestos pagos que los demandantes debieron hacer para cubrir los honorarios del perito médico que realizó el dictamen aportado con la demanda sobre la PCL (...). No obstante, la parte demandante pasó por alto que esos conceptos no tuvieron que ser erogados para procurarse una mejora en el estado de salud que le dejó el daño, y por el contrario, podrían ser tenidos como parte de unas eventuales costas procesales de concurrir los requisitos para ello, por tratarse de costos asociados a la adecuada presentación de la demanda.

En lo vinculado con el audífono (órtesis) que la joven María Camila ha de necesitar de por vida para mejorar sus condiciones de audición, debe decirse que a folio 39 obra cotización del Centro de Diagnóstico Otológico “diaudio”, según la cual ese artículo médico tenía un costo para el 7 de julio de 2014 de \$5.200.000,00, por lo que la Sala ha de reconocer esa suma de dinero en calidad de daño emergente y para ello se procederá a actualizarla a la presente fecha.

(...) No obstante, la Sala considera todo lo contrario, esto es, que la demandante tiene derecho a que se le suministre el audífono que más se acomode a sus necesidades funcionales y estéticas, habida cuenta que no hay motivo alguno para obligarla a llevar consigo un cuerpo extraño que, de no ser por la negligencia de la EPS, muy posiblemente nunca debería usar.(...)

### **De los perjuicios morales**

(...) En este aspecto la jurisprudencia especializada ha dicho que el daño moral “*configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en el quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmensurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial*”.<sup>3</sup>

(...) no es tarea fácil traducir una aflicción que proviene de los más hondos sentimientos del ser humano a una suma concreta y precisa de dinero, tanto más cuando su propósito no es otro que indemnizar ‘integralmente’ a la víctima.

(...) Al amparo de tales orientaciones, la Sala estima que dadas las condiciones del caso concreto, la joven María Camila debe ser compensada con **25 SMLMV por ser esa la suma solicitada en la demanda**, y en atención a que a su corta edad debe soportar padecimientos generados por la agravación de una enfermedad que la llevó hasta una considerable pérdida de capacidad laboral, y ello naturalmente supone el menoscabo de su esfera más íntima.

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia del 13 de julio de 2016*. Rad. 11001-31-03-032-2009-00282-01. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Entre otras, véanse CSJ SC de 27 de marzo de 2003, rad. 6879. CSJ SC de 09 de septiembre de 2010, rad. 2005-00103-01. CSJ SC 5585-2016 de 06 de mayo de 2016, rad. 2004-00032-01.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación del 18 de noviembre de 2009.

Esa suma, que para el Tribunal es en realidad muy baja en atención a que el perjuicio sufrido por la mencionada joven es en exceso grave, es la que debe concederse para respetar la congruencia que ata a la Sala, y en aras de respetar lo pedido en la demanda, habida cuenta que ni el arbitrio judicial en este sentido puede romper lo querido por la propia parte demandante.

Mientras tanto, a los demás demandantes, excepto al señor Dayro Albenis Colorado Rincón y a los señores Ferney Antonio Rojas Londoño y Luz Mery Uribe Santamaría, se les compensará una suma equivalente a **12,5 SMLMV para cada uno** en atención a que, sin mediar prueba en contrario, la experiencia enseña que el núcleo familiar más cercano debe soportar la tristeza y el dolor que produce ver a un ser querido padecer de un daño tan grave como el que tuvo que padecer la demandante María Camila. Es apenas razonable que por los lazos afectivos que los unen, su estado interior también se resienta con los acontecimientos negativos que alcanzaron a su familiar.

Ahora, en lo vinculado con el citado señor Dayro Albenis Colorado Rincón, el perjuicio moral será negado en atención a que la prueba indica que contrajo matrimonio con la demandante el 1º de junio de 2013 (fl. 30 C 1), es decir, con bastante posteridad a que la misma sufrió el daño que le fue ocasionado por la EPS demandada. Razón esa suficiente, además de orden lógico, que impide reconocerle el perjuicio moral por no tener un vínculo matrimonial, mínimo de unión marital de hecho, con la directa perjudicada para el momento en que se produjo el daño causado.

Sostener lo anterior, equivaldría a aceptar que se pudieran reconocer perjuicios morales de forma retroactiva y en favor de personas que entran en la esfera afectiva de las víctimas directas en momentos posteriores a la causación del daño. Quedándose, una eventual condena de ese tipo, sin fundamento alguno.

Finalmente, a los señores Ferney Antonio Rojas Londoño y Luz Mery Uribe Santamaría, en su calidad de padres de la joven María Camila, deben ser compensados con suma equivalente a 20 SMLMV para el momento del pago, por cuanto la experiencia ha demostrado que los padres sufren las amarguras de sus hijos como propias, y en su vida se reflejan sin distinción los efectos negativos de lo que sucede a su descendencia.

#### **Del daño a la vida de relación**

Por el perjuicio que la jurisprudencia ha convenido en llamar “daño a la vida de relación”, se compensará a la demandante María Camila Rivas con una suma equivalente a **30 SMLMV por ser esa la suma pedida en la demanda**, porque a razón de su sordera es apenas evidente que no podrá disfrutar de las actividades más cotidianas y que en otrora le reportaban placer, como la música, el baile y demás que quisiera realizar a plenitud.

Igualmente, por sabido se calla que a la demandante con el daño causado le ha venido siendo difícil llevar a cabo actividades cotidianas que en plenitud de su capacidad no comportarían ningún esfuerzo, tal es el caso de asistir a una clase, contestar un teléfono sin ayuda de ningún implemento médico, y demás que por la naturaleza de las secuelas le quedan realmente condicionadas.

#### **De la relación de garantía entre Salud Total EPS y Liberty Seguros S.A**

(...) debe resaltarse que en el negocio celebrado entre llamante y llamada se pactó como modalidad de reclamación la que comúnmente se ha denominada “*SUNSET*”, la cual está perfectamente permitida por vía del artículo 4º de la ley 389 de 1997 y cuyo siniestro es bien particular en tanto se exige que: i) el hecho ocurra durante la vigencia del contrato; y ii) debe presentarse reclamación judicial o extrajudicial dentro del término estipulado en el contrato, el cual no puede ser inferior a dos años. De no cumplirse con alguna de esas condiciones, no hay siniestro y por tanto no surge obligación para el asegurador.

De modo que analizada la cláusula 5.1 (fl. 12 C 2), fácilmente la Sala puede corroborar que entre asegurado y asegurador se estipuló como plazo de reclamación el comprendido en toda la vigencia de la póliza, más 2 años adicionales contados a partir de su finalización. De forma específica, se tiene que el contrato aludido estuvo vigente desde el 1º de junio de 2010 al 31 de agosto de 2010,

prorrogado hasta el 1º de mayo de 2011 (fls. 9-10 C 2), por lo que las reclamaciones que eventualmente obligarían al asegurador son las que hubieren sido presentadas hasta 1º de mayo de 2013.

Sin embargo, la demanda fue presentada en el año 2015, y aceptando en gracia de discusión que la solicitud de conciliación extrajudicial en Derecho tuviera virtud para interrumpir la prescripción, a folio 36 del cuaderno principal obra constancia de que los demandantes reclamaron extrajudicialmente a la demandada, por medio de la solicitud de conciliación, el 5 de junio de 2015, es decir, con considerable posteridad a la fecha en que el asegurador se había comprometido a asumir los riesgos de la actividad desempeñada por la asegurada.

Se declarará entonces impróspero el llamamiento en garantía en consideración a todo lo antes dicho.

#### **De la relación de garantía entre Salud Total EPS y Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A**

(...) Ese contrato, sin lugar a dudas es uno mediante el cual se asegura la responsabilidad civil extracontractual, pues así lo permite colegir la propia carátula cuando en el aparte de amparos básicos deja consignado que *“se amparan los perjuicios patrimoniales causados por el asegurado con motivo de la responsabilidad civil **extracontractual** en que incurra de acuerdo con la ley”* (...). Así mismo, mediante el numeral 1º del aparte de exclusiones deja claro que no se cubren *“los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado, con motivo de la responsabilidad civil, que en su origen o extensión, directa o indirectamente sean causados por o provengan de: 1. Obligaciones o responsabilidades adquiridas por el asegurado en virtud de contratos y en general, la responsabilidad civil contractual; 2. Responsabilidad civil profesional; 3. Daños morales, punitivos y/o ejemplarizantes”* (...)

Es que se está ante un clásico amparo de Predios Labores y Operaciones, que en nada tiene que ver con los daños causados en el ejercicio de la actividad médica. Deberán, por tanto, negarse las pretensiones del llamamiento en garantía en mención.

#### **DE LA SANCIÓN DEL ARTÍCULO 206 DEL C.G.P**

La Sala observa que en el caso particular tiene aplicación la norma en comento, puesto que el supuesto de hecho allí contenido es del siguiente tenor

*“si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.”*

Esa norma, que por demás no fue redactada con la claridad deseable, busca principalmente facilitar la prueba del monto de los perjuicios, puesto que el legislador confió al demandante la tarea estimatoria para que fijara ese monto bajo juramento desde el libelo introductor. (...)

Lo antedicho quiere decir que si el juramento estimatorio es objetado por la parte demandada, naturalmente ya no hace las veces de prueba que la norma otorga en eventos en los que no media objeción. Por ello, la parte actora deberá en esos casos probar los supuestos en que funda el valor de los perjuicios pretendidos, a través de los demás medios de convicción.

(...) En resumen la aplicación de la norma en comento implica que i) se estime una cantidad dineraria bajo juramento en la demanda; ii) dentro del proceso, mediando objeción de la contraparte, quede probado que la cantidad estimada en la demanda excede en el 50% la finalmente probada; y iii) que se profiera sentencia condenatoria en la que se ordene el pago de esa suma en efecto probada, lógicamente, inferior en más de un 50% con respecto a la cantidad estimada en la demanda.

Entonces, en este caso los perjuicios materiales ascienden a **\$37.730.394.26**, mientras que lo pedido en la demanda es **\$84.285.869**, lo que obviamente supera en más de un 50% los perjuicios

efectivamente probados. La diferencia entonces es de \$46.555.474.74 y el 10% corresponde a \$4.655.547.47 como valor total de la sanción que deberá pagar la parte demandante a favor del Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-, según la reforma introducida por el artículo 13 de la ley 1743 de 2012.

## **DECISIÓN**

Sin más consideraciones, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia de fecha y procedencia indicadas (...)