



República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVÁEZ

Referencia: Apelación de sentencia en proceso de responsabilidad civil médica
Proceso No.: 2012 - 00180 - 01 (809 - 22)
Demandante: Mauro Andrés López Pérez y Angie Alexandra Revelo Pastrana
Demandados: COOMEVA E.P.S. S.A., y otros

San Juan de Pasto, veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Procede la Sala a emitir pronunciamiento sobre el recurso de alzada interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, frente a la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto en el marco del proceso instaurado por MAURO ANDRÉS LÓPEZ PÉREZ y ANGIE ALEXANDRA REVELO PASTRANA (padres del niño fallecido), en contra de COOMEVA E.P.S. S.A., I.P.S. CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FATIMA S.A., y del doctor PEDRO MARCILLO HERNANDEZ.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda, pretensiones y sustento.

a) Según consta en el proceso de instancia, el día veinticinco (25) de diciembre de dos mil ocho (2008), nació en la Clínica Nuestra Señora de Fátima de la ciudad de Pasto, el niño JUAN SEBASTIAN LÓPEZ REVELO, encontrándose afiliado en calidad de beneficiario a la entidad COOMEVA E.P.S. S.A.

b) Con posterioridad al nacimiento del niño, a este se le diagnosticó una malformación congénita denominada “coartación de aorta e insuficiencia cardíaca neonatal”, razón por la cual fue remitido a la Clínica Valle de Lili de la ciudad de Cali con la finalidad de ser intervenido quirúrgicamente, lugar en el que se le practicó el procedimiento de “corrección de coartación de aorta”, el día trece (13) de enero del dos mil nueve (2009).

c) Gracias al éxito de la intervención, el neonato fue remitido a la Clínica Nuestra Señora de Fátima de la ciudad de Pasto el día dieciocho (18) de enero del año enunciado, con la finalidad de continuar con tratamiento médico, toda vez que había adquirido una infección nosocomial, proveniente de la entidad hospitalaria que lo atendió en la ciudad de Cali.

d) El recién nacido permaneció en la instalación clínica hasta el día veinticinco (25) de enero de dos mil nueve (2009), demostrando mejoría de acuerdo a su condición médica, pues según la historia clínica y testimonios aportados, el neonato fue trasladado paulatinamente de cuidados intermedios a cuidados básicos durante su tratamiento.

e) Ese mismo día, siendo las 6:20 p.m., el niño empezó a tener complicaciones en su estado de salud, entrando en un paro cardiorrespiratorio. Al respecto, el personal médico brindó la atención necesaria con la intención de reanimar al bebé, maniobrando de esta manera durante aproximadamente cinco (05) horas.

f) A las 11:50 p.m. del día aludido, el doctor PEDRO MARCILLO HERNANDEZ (médico pediatra tratante), les informó a los padres que el niño había fallecido.

Por los hechos descritos, la parte demandante pretende:

- Que se declare que COOMEVA E.P.S. S.A., I.P.S. CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FATIMA S.A., y el médico PEDRO MARCILLO HERNANDEZ, son responsables del accionar culposo que ocasionó la muerte de JUAN SEBASTIAN LÓPEZ REVELO.

- Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a COOMEVA E.P.S. S.A., I.P.S. CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FATIMA S.A., y al médico PEDRO MARCILLO HERNANDEZ, reconozcan y paguen a ANGIE ALEXANDRA REVELO PASTRANA y MAURO ANDRÉS LÓPEZ PÉREZ, en calidad de parte lesionada, con ocasión de la deficiente atención suministrada en la dependencia clínica, los perjuicios de índole extrapatrimonial ocasionados, y que se discriminaron por concepto de daño moral subjetivo y daño a la vida de relación.

2. Trámite de Primera Instancia

a) Luego de la inadmisión y posterior corrección de la demanda, esta fue admitida el veintidós (22) de marzo de dos mil once (2011)¹, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto.

b) Así, una vez notificados los demandados, cada uno de ellos dio contestación a la demanda como se relaciona a continuación:

- El apoderado judicial del médico PEDRO MARCILLO HERNÁNDEZ dio contestación a la demanda, dando a conocer su versión de los hechos y pronunciándose sobre los expuestos en el libelo introductorio, aceptando únicamente el tercero de los mismos y, además, proponiendo como excepciones de mérito la *inexistencia de responsabilidad a cargo del Dr. Pedro Marcillo Hernández; ausencia de nexo causal; y, la innominada*².

- Luego, el apoderado judicial de la CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FATIMA S.A., se pronunció de igual manera sobre cada uno de los hechos narrados, aceptando algunos e indicando su versión de otros, expresando sus razones y fundamentos y, proponiendo como excepciones de mérito: *inexistencia de hechos dañinos o falta en el servicio; inexistencia de nexos*

¹ Pág. 39 – Archivo electrónico “03. AnexosYActuacionesJuzgadoLaboral”. Contenido en 01. Cuaderno Principal 1.

² Pág. 53 a 59 – Archivo electrónico “03. AnexosYActuacionesJuzgadoLaboral”. Contenido en 01. Cuaderno Principal 1.

*causal entre las actuaciones adelantadas por la Clínica Fátima y el daño, hecho de un tercero y la innominada*³.

- A continuación, COOMEVA E.P.S. S.A., a través de apoderado judicial, se pronunció sobre la demanda interpuesta en su contra, indicando que los hechos relacionados con la atención médica se aceptaban, pero solamente en lo que se encontraba registrado en la historia clínica anexa, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo la excepción previa de *falta de jurisdicción y competencia*, además de las de fondo que denominó: *la demanda se dirige contra persona jurídica inexistente; falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de falla en el servicio y ausencia de relación de causalidad entre el hecho y el daño, pacto contractual entre COOMEVA Entidad Promotora de Salud S.A. y la Clínica Nuestra Señora de Fátima S.A. en el que expresamente se exonera la responsabilidad a la entidad que represento; la actuación de COOMEVA E.P.S. S.A. no es la causa eficiente del daño reclamado; ausencia de relación de causalidad entre los hechos narrados en la demanda y el daño; hecho de un tercero; y, finalmente, inexistencia de falla en la prestación del servicio médico*⁴.

- De igual manera, LIBERTY SEGUROS S.A., a través de su apoderado judicial y, en su condición de llamada en garantía, dio contestación a la demanda y al llamamiento, proponiendo excepciones frente a este último de la siguiente manera: *inexistencia del siniestro; inexistencia de cobertura respecto de los perjuicios extrapatrimoniales; y, límite de valor asegurado y aplicación del deducible*⁵.

- Por último, la aseguradora LA PREVISORA S.A., igualmente llamada en garantía, se pronunció respecto de la demanda alegando la excepción perentoria y, en cuanto al llamamiento, alegó las excepciones de *exclusiones relativas a la responsabilidad civil general derivada del incumplimiento total, parcial o por mora de la obligación principal de*

³ Pág. 74 a 87 – Archivo electrónico “03. AnexosYActuacionesJuzgadoLaboral”. Contenido en 01. Cuaderno Principal 1.

⁴ Pág. 215 a 245 – Archivo electrónico “03. AnexosYActuacionesJuzgadoLaboral”. Contenido en 01. Cuaderno Principal 1.

⁵ Pág. 298 a 302 – Archivo electrónico “03. AnexosYActuacionesJuzgadoLaboral”. Contenido en 01. Cuaderno Principal 1.

*convenios y contratos: responsabilidad civil contractual; límite de responsabilidad, teniendo en cuenta para ello el deducible pactado y disponibilidad del valor asegurado; y, la innominada*⁶.

c) Posteriormente, y trasladándose la competencia para conocer del asunto al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto⁷, el doce (12) de agosto de dos mil trece (2013) se llevó a cabo la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, diligencia en la cual las partes no conciliaron, por lo que se ordenó continuar con el trámite, agotándose las etapas subsiguientes⁸.

d) Así las cosas, el primero (1º) de noviembre de dos mil trece (2013) se decretaron las pruebas oportunamente aportadas y solicitadas por las partes⁹ y, posteriormente, a través de auto del dos (02) de marzo de dos mil dieciséis (2016)¹⁰, se otorgó el término de ocho (08) días para que las partes presenten sus alegatos de conclusión, siendo estos allegados en el plazo concedido por el despacho de primera instancia¹¹.

e) Finalmente, a través de providencia emitida el día dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022), el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto emitió sentencia, profiriendo un fallo con sentido negativo a las pretensiones de la parte actora¹².

3. La sentencia objeto de apelación

a) El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto profirió sentencia de primera instancia en la que adoptó las siguientes determinaciones: **i)** Negar las pretensiones contenidas en la demanda; **ii)** Sin lugar a

⁶ Pág. 359 a 368 – Archivo electrónico “03. AnexosYActuacionesJuzgadoLaboral”. Contenido en 01. Cuaderno Principal 1.

⁷ Pág. 01 a 04 – Archivo electrónico “03. AutoAvocaConocimientoYReconocePersonería”. Contenido en 02. Cuaderno Principal 2.

⁸ Pág. 01 a 05 – Archivo electrónico “12. AudeinciaDel101C.P.C”. Contenido en 02. Cuaderno Principal 2.

⁹ Pág. 01 a 07 – Archivo electrónico “16. AutoDecretaPruebas”. Contenido en 02. Cuaderno Principal 2.

¹⁰ Pág. 03 a 04 – Archivo electrónico “24. AutoNoAtiendePeticiónYOrdenaCorrerTrasladoParaAlegar”. Contenido en 02. Cuaderno Principal 2.

¹¹ Archivo electrónico “25. AutoAgregaEscritosDeAlegatosYReconocePersonería”. Contenido en 02. Cuaderno Principal 2.

¹² Archivo electrónico “45. Sentencia 1º”. Contenido en 02. Cuaderno Principal 2.

pronunciarse sobre las excepciones propuestas por los integrantes de la parte demandada; y, **iii)** Sin lugar a condenar las costas del proceso¹³.

b) En consideración a lo anteriormente descrito, el apoderado judicial de la parte demandante presentó el recurso de alzada, exponiendo los reparos concretos dentro de la oportunidad concedida para ello.

4. Trámite de segunda instancia

a) El día veinte (20) de enero de dos mil veintitrés (2023) se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

b) Así, dentro de la respectiva oportunidad la parte apelante, en resumen, expuso sus reparos de la siguiente manera:

- No se valoró integralmente la prueba documental consistente en la historia clínica del menor Juan Sebastián López Revelo, la cual no fue tachada de falsa.

- No se valoró en su integridad las pruebas testimoniales de:

- *José Gabriel Del Castillo Calderón – Médico Tratante.*
- *Héctor Fabio Vargas – Auditor de COOMEVA E.P.S. S.A.*
- *Jesús Alfredo Hidalgo – Médico Tratante.*

- Hubo incongruencia en las pruebas periciales:

- *Concepto del doctor Jairo Herrera Peralta, radicado el 27 de agosto de 2014.*
- *Concepto del doctor Jairo Herrera Peralta, radicado el 15 de diciembre de 2014.*

- Al momento de nacimiento del menor no se detectó la coartación aortica.

- No se tuvo en cuenta que el menor no falleció como consecuencia, ni de la coartación aortica, ni la cirugía con la que la corrigieron, ni de muerte súbita, sino de la aplicación del captopril por una vía contraria a la ordenada (vía endovenosa), cuando se debió aplicar vía oral. Esa es una señal de negligencia, impericia, imprudencia, mala práctica médica y abandono del menor Juan Sebastián.

- Respecto de la atelectasia: “a folio 96 de la historia clínica del menor Juan Sebastián, el 25 de enero de 2009 a las 19 y 40 se registra que el tu[b]o endotraqueal, está en posición muy baja, ve[nti]lamiento de hem[or]torax izquierdo compatible con atelectasia y se ordena retirar el tu[b]o endontraque[al] un centímetro. Con la prueba testimonial y pericial se probó

¹³ Pág. 13 a 14 – Archivo electrónico “45. Sentencia 1^o”. Contenido en 02. Cuaderno Principal 2.

que tu[b]o endotraqueal no se hizo de manera correcta, esto implica que no hubo suficiente oxigenación, lo que afectó el proceso de reanimación e impidió la recuperación del menor, argumento que no se valoró en la sentencia de primera instancia.

- En la sentencia se concluye que el fallecimiento [d]el menor fue consecuencia inherente a la cirugía, sin embargo, en la Clínica Nuestra Señora de Fátima la atención no era por el riesgo de la cirugía, sino por tratamiento con antibióticos y la única evidencia en la historia clínica de la causa del deceso del menor es la aplicación por vía incorrecta del captopril.

- La Clínica Fátima no realizó todo el trámite para practicar la necropsia al menor Juan Sebastián, necropsia que de igual manera fue solicitada por los padres del menor a medicina legal, siendo negada.

- Finalmente, el apoderado de los actores solicitó analizar si la sentencia está afectada de nulidad, por no haberse emitido dentro de los términos del artículo 121 del C.G.P., cómo se argumentó en solicitud de nulidad que reposa en el expediente.

c) Surtido como se avizora todo el trámite de segunda instancia, se procederá a resolver la apelación que nos ocupa con base en las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a decidir sobre la apelación interpuesta por el apoderado judicial de la parte demandante, contra el fallo proferido al interior del presente asunto, debiéndose precisar el problema jurídico que gira en torno a un cuestionamiento: ¿se encuentran demostrados los elementos para la prosperidad de las pretensiones y en consecuencia para endilgar responsabilidad civil médica extracontractual en contra de COOMEVA E.P.S. S.A., I.P.S. CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FATIMA S.A., y del médico PEDRO MARCILLO HERNANDEZ?

Antes de abordar el fondo del asunto, esta Sala considera necesario pronunciarse respecto de la nulidad solicitada por la parte apelante, ello atendiendo a que la misma resulta improcedente, como se explicará a continuación:

El artículo 121 del Código General del Proceso indica que los asuntos de

primera instancia deben resolverse en el término de un (01) año, y, en segunda instancia en seis (06) meses. Ahora bien, señala la norma que “*excepcionalmente el juez o magistrado podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva, hasta por seis meses más, con explicación de la necesidad de hacerlo, mediante auto que no admite recurso*”. No obstante, en análisis realizado por la Corte Constitucional se declaró dicho artículo condicionalmente exequible, indicando que:

*"la pérdida de competencia del funcionario judicial correspondiente **sólo ocurre previa solicitud de parte**, sin perjuicio de su deber de informar al Consejo Superior de la Judicatura al día siguiente del término para fallar, sobre la circunstancia de haber transcurrido dicho término **sin que se haya proferido sentencia**"¹⁴. (Subrayado y negrilla fuera de texto original).*

Así las cosas, se resalta que las nulidades no son automáticas y, a menos que exista un perjuicio para alguna de las partes de los extremos del litigio, si la nulidad no se alega en su respectiva oportunidad, esto es, antes de la sentencia de instancia, la decisión se convalida con haberse proferido el fallo.

Resalta la Sala que este tipo de situaciones atiende a la costumbre de que una vez se profiera la decisión, si esta resulta desfavorable a la parte que alega la nulidad, se acuda a dicha figura, como ocurrió en el presente caso, siendo esto contrario al principio de lealtad procesal pues, para el asunto *sub examine*, el pedimento fue extemporáneo y no es susceptible de ser alegado, menos aún en segunda instancia.

Por lo expuesto, frente a tal interés, esta Sala concluye que se trata de una petición inoportuna que no podrá ser tramitada, por cuanto la nulidad no se alegó en su respectiva oportunidad procesal, lo que deriva que en este momento el fallo se encuentre convalidado.

Dicho lo anterior, para responder el problema jurídico planteado, en primer lugar debe ponerse de relieve que la responsabilidad médica que se reclama en el presente caso, se rige por los postulados normativos y

¹⁴ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-443-19 de 25 de septiembre de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

jurisprudenciales pertenecientes a la responsabilidad civil extracontractual, ello atendiendo a la calidad en la que acuden los integrantes de la parte activa de la *litis*, padres de Juan Sebastián López Revelo, quien siendo afiliado y paciente de las entidades demandadas, falleció siendo atendido en la Clínica Nuestra Señora de Fátima.

Bajo ese entendido, en pronunciamiento de la Corte, se hizo alusión al tema y, con ponencia del Magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, se aseveró que:

*“[T]radicionalmente la jurisprudencia ha comprendido que en el ámbito de la actividad médica, el régimen que gobierna la responsabilidad del profesional sanitario y de las instituciones que prestan sus servicios a los pacientes es el de la **culpa probada**, con lo cual, en línea de principio, corresponde al paciente o a quien demande por la atención que se le brindó o por una mala praxis médica, **demostrar la culpa de quienes participaron en el acto médico o de las personas que con su actuar negligente, descuidado o imperito causaron un daño**” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Luego la Corporación indicó que:

*“la prosperidad de una acción resarcitoria de dicho linaje, debe partir de la base de **acreditar la concurrencia de un perjuicio, de una culpa y del nexo causal entre los dos anteriores**, pues, no podría ser de otra forma, por ejemplo, estableciéndose regímenes de responsabilidad “estricta” u objetiva que hagan abstracción de la culpa como criterio de atribución, porque ya lo ha dicho esta Corporación, **“los profesionales de la medicina se comprometen a desarrollar su actividad con la prudencia y diligencia debidas, haciendo el mejor uso de sus conocimientos y habilidades para brindar a sus pacientes una atención encaminada a emitir un correcto y oportuno diagnóstico de las patologías que los afecten, así como a la prescripción del tratamiento adecuado [...] de allí no se deriva una obligación de resultado en cuanto a la recuperación de la salud, sino de medios, para procurar la satisfacción de ese objetivo”** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Seguidamente el alto Tribunal hizo hincapié en que:

*“Lo anterior, por supuesto, sin olvidar que al momento de determinar si ha concurrido o no culpa en el actuar médico, **la Corte, para ciertos eventos, ha morigerado el instituto de la carga de la prueba para la parte demandante, teniendo en cuenta la facilidad o posibilidad que cada extremo tiene para acceder a los medios de convicción.** En ese orden, se ha insistido que, por el*

camino de la denominada flexibilización de la carga de la prueba, los hechos relevantes para la correcta definición de procesos de esta estirpe, los debe acreditar la parte que esté en mejor posibilidad de hacerlo¹⁵. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

De los extractos en cita, puede colegirse entonces que la actividad médica no genera obligaciones de resultado en la relación médico – paciente, por ende, la misión a cargo del galeno constituye un deber de medio, claro está, sin que aquel desatienda los deberes éticos que le impone su profesión, esto es, actuar en el desarrollo de la práctica médica con la debida diligencia, pericia, cuidado y prudencia, así como también que ponga a disposición toda su entereza y conocimiento técnico para encaminar la labor médica hacia la preservación de la salud de quienes estén bajo su cargo; todo ello bajo la observancia de las reglas y disposiciones médico - legales que sobre la materia tiene delineado el ordenamiento jurídico colombiano.

En claro que la responsabilidad de la que se trata es de naturaleza civil y extracontractual, se puede colegir que los elementos o requisitos para que el perjuicio que sufre una persona pase a ser responsabilidad de otra, como bien se señaló en primera instancia, son:

- La presencia de un daño jurídicamente relevante.
- Que éste sea atribuible normativamente al agente a quien se demanda la reparación.
- Que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable¹⁶.

Así, respecto del primero de los elementos en cita, no se hará mayor énfasis por cuanto este se encuentra acreditado y al respecto, nada se ha reprochado por el extremo alzadista, cuestión que en consecuencia se considera pacífica, lo que no es óbice para mencionar que dicho requisito axiológico referido al **daño jurídicamente relevante**, consiste en la muerte del recién nacido, la cual está acreditada a través del registro civil de defunción e historia clínica, lo que causó un perjuicio susceptible de

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC – 3253 de 04 de agosto de 2021. MP. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de septiembre de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Ref. SC13925-2016.

reparación a través de la acción *sub examine* a los padres del niño que, ahora, comparecen en calidad de demandantes.

No obstante, los demás elementos relacionados anteriormente pasaran a ser desarrollados de manera estructurada, a fin de establecer si en efecto existió responsabilidad en el actuar de los demandados o si simplemente se trató de una muerte súbita.

Así, el **daño jurídicamente relevante** se advierte que debe ser **atribuido al agente como obra suya**, pero no solamente como una simple causalidad natural, sino como mecanismo de imputación de la acción u omisión a un sujeto, se aclara que la ‘causalidad natural’ entendida en la valoración de un hecho como “*causa física de un efecto*” es sólo un aspecto de la imputación.

“Cuando en el lenguaje común y corriente se toma un hecho como generador de una consecuencia jurídica, normalmente se está en presencia de un concepto normativo y no naturalista de causa, sin que esta distinción se haga explícita en la mayoría de los casos por fuerza de la costumbre.

(...)

Por tal razón, la causalidad adecuada que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente, debe ser entendida en términos de ‘causa jurídica’ o imputación, y no simplemente como un nexo de causalidad natural¹⁷.

Bajo ese sentido, lo anterior se relaciona con lo que también se conoce como nexo de causalidad y es de especial relevancia en cuanto a la materia probatoria se refiere, sobre todo por cuanto dicho elemento de la responsabilidad civil resulta de difícil demostración, porque como se advirtió, dicha causalidad no necesariamente existe como un hecho de la naturaleza, sino que debe determinarse a partir de la identificación de **las funciones sociales y profesionales** que el ordenamiento jurídico impone a las personas, sobre todo cuando se trata por omisiones o por obra de otro. Explica la Alta Corporación:

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de septiembre de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Ref. SC13925-2016.

“lo que a menudo se traduce en una exigencia de prueba diabólica que no logra solucionarse con la imposición a una de las partes de la obligación de aportación de pruebas, pues el problema no es sólo de aducción de pruebas sino, principalmente, de falta de comprensión sobre cómo se debe probar la imputación y la culpabilidad.

(...)

*Para establecer si una conducta (activa u omisiva) se puede atribuir a un agente hay que partir de **categorias jurídicas** como el deber de actuar, las acciones y omisiones relevantes, la posición de garante, el concepto de ‘guardián de la cosa’, las obligaciones de seguridad, etc. (que no llevan implícitos juicios de reproche), las cuales no se constatan directamente, sino que se atribuyen a partir de un marco de sentido jurídico que permite la construcción de pruebas inferenciales”¹⁸. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Así, con relevancia para el asunto que nos ocupa, puede concluirse que la causalidad natural no permitiría explicar porque puede endilgársele responsabilidad a un agente que actúa por omisión, ya que las omisiones no son hechos sino precisamente la ausencia de estos.

Ahora, respecto del **juicio de reproche culpabilístico**, se entiende que éste hace relación al elemento subjetivo de la responsabilidad civil, según el cual, no basta que el hecho lesivo pueda atribuirse como obra u omisión a determinado agente (causalidad jurídica), conforme a lo antes señalado, sino, además, debe valorarse si dicha conducta activa u omisiva es meritoria o demeritoria con lo que exige la ley.

Además, se establece jurisprudencialmente que dicho elemento subjetivo en relación a la culpa, en materia de responsabilidad civil extracontractual se aleja de lo estipulado en el artículo 63 del Código Civil. Así lo explica la Corte:

“La culpa extracontractual no admite graduación, por lo que no son aceptables los distintos niveles de culpa que para la celebración de negocios acuñó la tradición romana, recogidos en el artículo 63 de nuestro ordenamiento civil. Memórese –según se dijo en el recuento histórico de esta parte motiva– que la responsabilidad civil extracontractual no deriva en sentido estricto de las fuentes romanas de las obligaciones. Y según se explicó en párrafos precedentes, la culpabilidad que le es inherente no coincide con el reproche subjetivo

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de septiembre de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Ref. SC13925-2016.

propio de la moralidad, para la que sí es importante la intensidad del juicio de desvalor”¹⁹.

Ahora bien, en el mismo pronunciamiento, se advierte que la culpa en materia civil es simplemente *la falta de prudencia*, y a su vez, esta última se concreta en el obrar por exceso o por defecto; por defecto cuando se incurre en *desidia, negligencia, descuido, ignorancia, despreocupación o impericia*; por exceso, cuando se actúa con precipitación, impertinencia, necedad, atrevimiento, temeridad, indiscreción, insensatez, irreflexión o ligereza. Y se especifica:

“La inobservancia de reglas o normas preestablecidas de conducta es imprudencia in re ipsa, es decir que implica un juicio automático de culpa cuando tiene una correlación jurídica con el daño resarcible.

(...)

La culpa civil sólo logra configurarse cuando se verifican las posibilidades reales que el agente tuvo al ejecutar su conducta. Luego, no hay culpa extracontractual cuando el daño ha acontecido en circunstancias tales que el agente no tuvo la oportunidad de prever (se reitera que no interesa si en efecto las previó o no), es decir cuando no tuvo la opción de evitar el daño”²⁰.

Así, aclarado lo referente a los elementos de la responsabilidad antedichos, y, del mismo modo, teniendo en cuenta las razones que sirvieron de fundamento para la decisión de primera instancia, adolecen los siguientes errores, que en primera medida se enunciarán, para luego ser desarrollados uno a uno en los párrafos subsiguientes:

En primer lugar, no se estudió en el tiempo, las distintas etapas de atención del neonato durante el servicio prestado por la Clínica Nuestra Señora de Fátima, en atención a las características y signos que presentaba el bebé al momento de la presunta aplicación incorrecta del medicamento “captopril” y el surgimiento súbito de la emergencia médica como consecuencia del aparente suministro equívoco de este, además de la atención ofrecida con posterioridad a dicha emergencia, concluyendo que se trató de un “riesgo inherente de la práctica médica”.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de septiembre de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Ref. SC13925-2016.

²⁰ *Ibíd.*

Por otra parte, el fallador de primera instancia realizó el análisis de imputación sin efectuar una valoración integral de los elementos allegados al proceso, tales como las historias clínicas del niño en aras de convalidar su evolución frente al procedimiento practicado, los tratamientos y el suministro de los medicamentos, y los testimonios, los cuales adolecen de contradicciones y convalidan argumentos que pueden desglosar la responsabilidad alegada por los demandantes, pese a que no sean aportados por ellos.

De igual manera, la sentencia se encuentra sustentada en la inexistencia de culpa con base en la prueba pericial solicitada, ratificándola de manera conjunta con parte de los testimonios de los galenos adscritos a la Clínica demandada, sin hacer ningún tipo de consideración respecto de la prueba trasladada, esto es, el expediente aportado por la Fiscalía delegada para el asunto objeto de estudio en materia penal, en el cual también reposa prueba pericial e informes técnicos, solicitados por dicha entidad.

Por supuesto, los errores enunciados se desarrollarán en atención a los requisitos de: *i)* daño jurídicamente relevante atribuible normativamente al agente a quien se demanda la reparación y que *ii)* la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable, a lo cual se procederá de manera independiente para cada uno de los integrantes de la pasiva en litigio.

a) Sobre la historia clínica, la prestación del servicio médico y la atención brindada al neonato, en relación con las anotaciones médicas.

En cuanto atañe a las etapas de la atención brindada al neonato, en primer lugar, resulta necesario mencionar que en lo concerniente a los procedimientos practicados en la Clínica Valle de Lili de la ciudad de Cali (V), no se observa complicación alguna que haya podido presentar el niño, ello teniendo en cuenta que la historia clínica allegada al proceso por parte de esta entidad, da cuenta del éxito de la intervención quirúrgica efectuada y, además, narra una evolución positiva en los días posteriores a la cirugía, lo que permitió que se ordene el traslado a la ciudad de Pasto con las recomendaciones del caso para que el paciente continúe el tratamiento

postoperatorio en la Clínica Fátima; no obstante, es importante exponer que durante la estadía del bebé en las instalaciones hospitalarias de Valle de Lili, adquirió una infección nosocomial, la cual fue reportada para que sea tratada con antibióticos, sin que ello involucre una complicación para el postquirúrgico del procedimiento practicado en Cali.

Así, y una vez el menor fue trasladado, se continuó con el postoperatorio a partir del día dieciocho (18) de enero del dos mil nueve (2009), en la Clínica Fátima de la ciudad de Pasto. De ello, se destacan los siguientes aspectos:

1. Es posible evidenciar que el neonato llegó en óptimas condiciones a la Clínica Fátima teniendo en cuenta que, con posterioridad a su intervención quirúrgica, fue trasladado a la unidad de cuidados intermedios. Señálese desde ese momento que los cuidados del niño **no** se extendieron a intensivos y en la historia clínica tampoco se expresan complicaciones en su estadía, por el contrario, el niño terminó en cuidados básicos, salvo el día veinticinco (25) de enero de dos mil nueve (2009), fecha en el que acontece el deceso del infante; no obstante, llama la atención de esta Sala mayoritaria que el diecinueve (19) de enero de ese año, el infante tuvo que recibir una transfusión sanguínea, misma situación que ocurrió el día del fallecimiento, coincidiendo que, en estas dos oportunidades, la historia clínica refleja el suministro del medicamento “Captopril” por vía **E.V.**²¹ y no V.O., como se había realizado en otras oportunidades y como fue ordenado por el médico tratante.

2. De la misma forma, ocupa cuidado que los testimonios de los galenos, aportados al proceso, indiquen un “error” al momento de registrar el suministro del medicamento, como ocurrió en el presente asunto, no sin antes aclarar, a modo de paréntesis, que si bien los médicos no fueron llamados ni concurrieron al plenario en calidad de testigos técnicos, dicha particularidad no impide que el juzgador de primera o segunda instancia no pueda apreciar la prueba individualmente y valorarla en su conjunto con lo establecido en los demás medios de prueba, máxime cuando la

²¹ Pág. 47 y 49 – Archivo electrónico “03.oficioRemiteHistoriaClínica(ClínicaFátima).pdf”. Contenido en 04. Cuaderno Pruebas Demandado 4.

declaración de parte, según los términos del artículo 198 del C. G. del P., debe valorarse de acuerdo con las reglas generales de apreciación, es decir, se trata de un relato de las circunstancias sobre la situación problemática que se busca resolver, y por ende toda manifestación que se haga como producto de este medio de convicción, debe ser tomada en cuenta por el Juzgador al momento de adoptar la decisión final, tal como se hizo en el *sub examine* por el *Ad quem*, sin que exista norma que lo impida o prohíba.

Aclarado lo anterior, veamos:

INTERROGATORIO DEL DOCTOR JESUS ALFREDO HIDALGO

(...) CONTESTO: En el folio 36 y en el 37 de la historia clínica de la clínica Fátima, aparecen dos registros en la hoja de "suministro de droga" de captopril por 25 mg., un mg, ev., que podrían corresponder a endovenoso, en esos mismos dos folios aparecen cinco (5) registros de captopril por 25 mg., un mg vo., que pueden corresponder a siglas de vía oral. Actualmente dentro de la política de seguridad hospitalaria se restringe el uso de siglas en cualquier registro de la historia clínica precisamente para disminuir el riesgo de registros erróneas. Se me pide mi concepto y si **puede darse errores de anotación en cualquier historia clínica** (...)²². (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

INTERROGATORIO DEL DOCTOR HECTOR MORA MEDINA

(...) -CONTESTO- El captopril nunca se administra por vía venosa, el efecto del medicamento haría el mismo efecto por vía oral o por vía endovenosa, sin embargo tiene una muy buena absorción y efecto por vía oral (...), hipotéticamente en primer lugar considero que no es posible la administración endovenosa en este caso por varias razones, el personal que maneja medicamentos en UCI neonatal **es un personal preparado e idóneo** que conoce las normas y las consecuencias de la aplicación del medicamento, (...) la enfermera Jefe a elaborar tarjetas con el nombre del medicamento, la dosis la **vía de administración** y el horario, en el siguiente lugar **en las anotaciones de la historia existen notas de aplicación que registra vía oral en repetidas oportunidades, ocasionalmente en dos oportunidades se anota vía endovenosa** (...), otra consideración podía ser en mi concepto el trabajo que se realiza en la noche es un trabajo arduo y continuo para el personal de enfermera (...) usualmente por experiencia en el trabajo de las noches, el trabajo excesivo por la calidad de los pacientes hace que el personal de enfermería haga los registros después de haber realizado todos los procesos con todos los pacientes, por lo tanto YO pienso que la

²² Pág. 4 a 5 – Archivo electrónico "02.AudienciaDeTestimonios.pdf". Contenido en 04. Cuaderno Pruebas Demandado 4.

anotación de endovenoso se debió a un **error** de registro y no a la aplicación real (...)²³. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Así, y una vez expuestos los anteriores testimonios en lo pertinente, resulta necesario realizar las siguientes aseveraciones: en primer lugar, si bien pudo tratarse de un error, no existen aclaraciones o correcciones al respecto como ocurre, por ejemplo, con la anotación registrada en las notas de enfermería del día veinticinco (25) de enero, donde se deja una constancia de “anotación no válida”, con su contenido tachado²⁴, como se refleja a continuación:

Enero 25.	18.	Revisó nivel en circuito hecho en diagnóstico RNAT.
209		post colocación de aorta. lo observo tranquilo. qebral.
		respirando bien su oxígeno arterial saturo. 92% tiene.
		seño para medicamentos. permeable más control de líquidos Cuchara R
18:00		Entrego baño en cubeta baño durante la tarde.
		paciente estable. fiera s2Da de torax. con buena s2Da.
		por cada. cada tres horas.
		ANOTACION NO VALIDA

25

Por otra parte, intriga que en las notas de suministro se evidencie que el captopril es ordenado y provisionado **V.O.**, siendo el único medicamento que se registra y se proporciona de esa manera y que las enfermeras, siendo ellas el personal “preparado e idóneo”, encargadas del suministro y registro del mismo, no se hayan percatado de tal cuestión, en dos oportunidades, dos personas diferentes, dos fechas distintas, y no en horas de la noche, como lo indicó el Doctor Mora Medina pues, contrario a esto, en la testificación del galeno Gabriel del Castillo se corrobora que el día diecinueve (19) de enero, el suministro se realizó a las 10:00 a.m., y el veinticinco (25) a las 6:00 p.m.²⁶; más aun contando con anotaciones precedentes, como se estudiará con posterioridad.

Luego, obra en el plenario la inquietud de lo ocurrido en esos dos días, sin que exista un sustento concreto que corrobore un “error” al momento de registrar el suministro de un medicamento, ello teniendo en cuenta que es

²³ Pág. 6 a 8 – Archivo electrónico “02.AudienciaDeTestimonios.pdf”. Contenido en 05. Cuaderno Pruebas Demandado 5.

²⁴ Pág. 63, pie de página – Archivo electrónico “03.oficioRemiteHistoriaClínica(ClínicaFátima).pdf”. Contenido en 04. Cuaderno Pruebas Demandado 4.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Pág. 8 – Archivo electrónico “02.AudienciaRecepciónDeTestimonios.pdf”. Contenido en 06. Cuaderno Pruebas Demandado 6.

precisamente la historia clínica el elemento que narra de manera paulatina, correcta y concreta, todo lo que acontece en la estadía de un paciente en las instalaciones clínicas u hospitalarias. Al respecto, ha dicho la Corte:

*“Por mandato normativo, la historia clínica consigna de manera **cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación hasta su culminación, a partir del ingreso del paciente a una institución de salud a su salida, incluso en la rehabilitación, seguimiento y control; contiene el registro de los antecedentes, y el estado de salud del paciente, la anamnesis, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos aplicados, la evolución, el seguimiento, control, protocolo quirúrgico, indicación del equipo médico, registro de la anestesia, los estudios complementarios, la ubicación en el centro hospitalario, el personal, las pruebas diagnósticas, etc... ostenta una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico, la atención médica al paciente, su elaboración en forma es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras del servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias, no sólo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en especial, de responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica**”²⁷. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

En vista de lo anterior, si bien es cierto la carga de la prueba en este caso recae en quien alega el hecho, las partes demandadas tampoco desvirtuaron que las anotaciones en disputa sean atribuibles a un error.

b) Acerca del suministro del medicamento “captopril” y sus eventuales consecuencias.

En consonancia con lo acontecido, no es desorbitado que la muerte del niño pueda ser atribuible ha dicho actuar negligente, pues no se puede omitir que el medicamento prescrito solo cuenta con una presentación para su suministro, esta es, tabletas, como se manifestó en los diferentes testimonios médicos que reposan en el expediente.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil. Sentencia de 17 noviembre de 2011, expediente 00533-01. M.P. William Namén Vargas

Ahora bien, atendiendo ello a que el medicamento se proveía a través de la vía oral, se pregunta la Corporación mayoritaria, si se trata de un medicamento que solo cuenta con presentación en tabletas de veinticinco (25) y cincuenta (50) miligramos (mg), ¿cómo era suministrado al neonato?

Para ser más precisos, es necesario remitirse al dictamen pericial que obra en el expediente:

Respuesta a pregunta No. 6. No hay presentación en ampolla para aplicación endovenosa, solo hay presentación en tabletas de 25, 50, y 100mg. Aclaración a su pregunta: Para la administración de un medicamento de presentación oral a un Neonato, en este caso, se diluye la tableta de 25mg, en 10ml de agua destilada, que nos da 2,5mg por ml, si el paciente está recibiendo 1mg, se hace la regla de 3, y se le administra 0,4ml de la dilución. Las diferentes formas de aplicar el captopril Vía Oral a un neonato son: Por sonda Oro gástrica, cucharita o copa directamente en cavidad oral si el neonato ya tiene buena succión-deglución²⁸. (Subrayado fuera del texto original).

Lo anterior implica que el medicamento haya tomado una presentación líquida, lo que también puede ser corroborado nuevamente con los testimonios, pues de acuerdo al doctor Hidalgo, el medicamento era preparado a través de una fórmula magistral, para posteriormente ser administrado en el menor; conviene entonces estudiar su testificación:

INTERROGATORIO DEL DOCTOR JESUS ALFREDO HIDALGO

(...) PREGUNTADO: *Le ha explicado ud., a este despacho que el captopril viene en presentación para suministro por vía oral no por vía endovenosa, en presentación de pastillas de 25 y 50 mg., Informe como se prepara el captopril en pastillas para ser suministrado por vía oral.* **CONTESTO:** *Se prepara en fórmula magistral generalmente por parte del servicio farmacéutico de las Instituciones. Actualmente los químicos farmaceutas pueden a partir de tabletas transformar o elaborar un jarabe de ciertos medicamentos con diluyentes que ellos conocen, para hacer la fórmula magistral, y es la más utilizada para preparar estos medicamentos, cuando no vienen en gotas o Jarabes (...)*²⁹. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Ahora bien, en la misma línea testimonial se alude que el fármaco se traslada al personal de enfermería para su suministro y que este viene

²⁸ Pág. 2 a 3 – Archivo electrónico “07.AutoOrdenaCorrerTrasladoConcepto.pdf”. Contenido en 05. Cuaderno Pruebas Demandado 5.

²⁹ Pág. 9 – Archivo electrónico “02.AudienciaDeTestimonios.pdf”. Contenido en 04. Cuaderno Pruebas Demandado 4.

debidamente rotulado con el nombre del medicamento, datos del paciente, concentración y vía de uso.

Sin embargo, no se puede omitir que, de acuerdo a los registros analizados anteriormente, la medicina no se suministró como debía, e incluso, así lo menciona el doctor Juan Gabriel del Castillo, quien después de revisar los folios correspondientes afirmó que *“a juzgar por lo que está registrado aparece como aplicación vía endovenosa, a juzgar por la sigla E.V., que es usada comúnmente para definir esta vía de aplicación”*³⁰.

Para corroborar lo antes dicho, además, es útil remitirse a la historia clínica, analizando lo siguiente:

COLOR	REFERENCIA
Azul	Anotación precedente
Rojo	Anotación objeto de estudio
Verde	Fecha, hora y vía de suministro

FECHA	DESCRIPCIÓN DE DROGAS	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	TOTAL
I-18/09	10 Captopril x 25 mg	1 mg	EV	Gabriela
	12 Cefepime x 1 gr	120 mg	EV	Gabriela
	2 Vancomicina x 500 mg	30 mg	EV	Gabriela
I-19/09	10 Captopril x 25 mg	1 mg	EV	Gabriela
	10 Vancomicina x 500 mg	30 mg	EV	Gabriela

31

FECHA	DESCRIPCIÓN DE DROGAS	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	TOTAL
I-24/09	12 Cefepime x 1 gr	120 mg	EV	Adriana C
	4 Anfotericina B	3 mg	EV	Adriana C
	10 Vancomicina x 500 mg	30 mg	EV	Adriana C
	12 Cefepime x 1 gr	120 mg	EV	Adriana C
	6 Vancomicina x 500 mg	30 mg	EV	Adriana C
	6 Captopril x 25 mg	1 mg	EV	Adriana C
Quero-25/09	12 Cefepime x 1 gr	120 mg	EV	Adriana R
	2 Vancomicina x 500	30 mg	EV	Adriana R
	4 Anfotericina x 80	3 mg	EV	Adriana R
	6 Captopril x 20 mg	1 mg	EV	Adriana R
	6 Adrenalina x 1 mg	1 mg	EV	Adriana R

32

³⁰ Pág. 6 – Archivo electrónico “02.AudienciaRecepciónDeTestimonios.pdf”. Contenido en 06. Cuaderno Pruebas Demandado 6.

³¹ Pág. 47, pie de página – Archivo electrónico “03.oficioRemiteHistoriaClínica(ClínicaFátima).pdf”. Contenido en 04. Cuaderno Pruebas Demandado 4.

De lo anterior se destaca que, pese a que las anotaciones subrayadas podrían haberse transcrito erróneamente, es intrigante que el suceso se presente en dos ocasiones diferentes, en las cuales no sólo se indica la forma de suministro del Captopril sino además quién suministró los medicamentos, y que, casualmente, en esos dos días específicos, después del suministro de la medicina, se hayan hecho necesarias las transfusiones de sangre de las que se habló con antelación al presente análisis probatorio, lo que puede ser comprobado en los folios 47 y 49 de la historia clínica, fechas en las que se dio la aplicación endovenosa del medicamento.

Deviene entonces señalar que las consecuencias de aplicar tal medicina por una vía incorrecta pueden ser irremediables, como se indicó por el galeno Gabriel del Castillo, ello teniendo en cuenta las circunstancias en las que sería viable un suministro endovenoso:

*(...) **CONTESTA.** La vía intravenosa, se utiliza cuando no se puede utilizar la vía oral o la condición clínica del paciente es más crítica ya que el medicamento actúa en forma más rápida. La vía oral en términos generales se utiliza cuando del paciente se encuentra en capacidad de comer y utiliza el tracto su[g]estivo y en condiciones de estabilidad clínica (...). **PREGUNTA.** Sin referirnos específicamente al captopril, (...) existe alguna complicación que pueda derivarse del mal suministro o vía inadecuada, en términos generales. **CONTESTA.** En general, el uso de una vía inadecuada, puede generar reacciones adversas, y desenlaces fatales, por ejemplo, el benzetacil intramuscular, si se aplica intravenosa puede causar la muerte, y entre vía oral [e] intravenosa, puede producir coagulación intravascular diseminada y eventos tromboembólicos fatales³³. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Pese a lo anterior, y teniendo en cuenta que se supone que el medicamento fue proveído por personal idóneo, el solo hecho de suministrar este de forma incorrecta, implica por sí mismo someter al neonato a un riesgo innecesario, pues esto pudo ocasionar un trauma en el paciente, e incluso terminar en un desenlace fatal, tal como se presentó en el *sub examine*, teniendo en cuenta los análisis anteriormente deprecados.

³² Pág. 48, *Ibidem*.

³³ Pág. 10 – Archivo electrónico “02.AudienciaRecepciónDeTestimonios.pdf”. Contenido en 06. Cuaderno Pruebas Demandado 6.

De esto se deriva que sea evidente la existencia de un actuar negligente por parte del personal de la Clínica Fátima, existiendo un deber de reparación frente a los demandantes, pues bien ha señalado la Corte que:

Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, in solidum si fueren varios los autores, pues “el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas”³⁴. (Subrayado fuera del texto original).

En ese orden de ideas, de acuerdo a los elementos probatorios analizados en el presente ítem, es posible corroborar la existencia de yerros en la atención brindada al neonato, que le ocasionaron un daño, siendo ésta una conducta jurídicamente reprochable.

c) Sobre la prueba trasladada.

Sobre este aspecto, conviene traer a colación los pronunciamientos que atienden a la materia. De ello, ha señalado la doctrina que, *“concretamente, la prueba trasladada es la que se practica en un proceso, pero que es admitida para ser valorada por el juez en otro proceso, ya que es de utilidad para probar los hechos aducidos en este”³⁵.*

Ahora bien, la prueba trasladada será admisible de acuerdo a específicas reglas, según expone el artículo 174 del Código General del Proceso, así:

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de septiembre de 2002, Expediente 6199. M.P. Nicolas Bechara Simancas.

³⁵ Brito Nieto, L. M. (2020). Interrogantes frente a los indicios como prueba trasladada.

Artículo 174. Prueba trasladada y prueba extraprocesal. *Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. **En caso contrario, deberá surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas.** La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales.*

La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

De este modo y, aterrizando los anteriores criterios al *sub examine*, sea lo primero aclarar que dicha prueba contiene elementos que no fueron practicados en el proceso penal, no obstante, y para el presente, la prueba trasladada se decretó de oficio³⁶ a través de auto del primero (1°) de noviembre de dos mil trece (2013), permitiendo de esta manera que para el presente se hubiese surtido la contradicción en el proceso de primera instancia, lo que abre puertas a su utilidad para el análisis probatorio que se está realizando en este estadio procesal.

En ese orden de ideas, deviene estudiar los hallazgos expuestos en los informes periciales que fueron realizados a través de experticias técnicas que corroboran el actuar negligente del personal de salud de la Clínica Fátima, descubrimientos que se pueden reflejar en los informes que se procede a estudiar a continuación.

1. Informe de Investigador de Campo FPJ-11, del veinticuatro (24) de marzo de dos mil nueve (2009), suscrito por el criminalista Álvaro Villota Viveros, médico judicial³⁷.

- **PREGUNTA 8.-** *En la historia clínica de la Clínica Fátima en la parte de notas de enfermería con fecha 25 de enero de 2009, se tiene una anotación a las 18:00 horas la cual se encuentra tachada, y entre comillas "anotación no válida" cuáles son las normas para llenar historias clínicas, y si estas pueden presentar tachones y enmendaduras y si esto está prohibido. Si se tiene como válida la anotación tachada y las demás anotaciones seguidas a esta, puede cambiar la conclusión sobre la causa de muerte.*

³⁶ Pág. 01 – Archivo electrónico “16.AutoDecretaPruebas.pdf”. Contenido en 02. Cuaderno Principal 2.

³⁷ Pág. 134 a 137 – Archivo electrónico “03. OficioFiscalíaRemiteCopiasAsunto.pdf”. Contenido en 03. Cuaderno Pruebas Demandante 3.

RESPUESTA. *El Ministerio de Salud de Colombia, ha emitido la resolución 1995 de 1999, en el capítulo II, concretamente en el artículo 5 en generalidades reza: "La historia clínica debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realizan, con el nombre completo y firma del autor de la misma. De acuerdo a la resolución mencionada la anotación a la que hace referencia la pregunta viola lo estipulado. La anotación tachada describe que a las 18 horas del día 25 de enero de 2009, el niño estaba estable y que toleraba la dieta oral con buena succión. (Subrayado fuera del texto original).*

Sobre lo anterior, sea lo primero resaltar que se desconocen las razones por las cuales la anotación pudo ser tachada si se afirmó que las complicaciones presentadas por el neonato surgen a partir de las 18:20 horas, lo que daría a entender que, a la hora en la que se suscribe la nota de enfermería estudiada, el niño se encontraba en buen estado, o que desde dicho momento se presentan las complicaciones. Ahora bien, como se dijo en párrafos precedentes, llama la atención que esta anotación haya sido corregida y tachada por su aparente invalidez, pero extrañamente las anotaciones “erróneas” del suministro del medicamento Captopril no hayan sido aclaradas.

- **PREGUNTA 13.** *Se solicita dar su concepto sobre la terapia física y respiratoria que recibió el menor el 25 de enero de 2009, si el menor presentaba dificultad respiratoria, cuál fue su evolución durante los días que estuvo en la clínica Fátima, porque razón pudo haberse presentado el paro súbito, y si el tratamiento que se le brindó fue el adecuado y necesario.*

RESPUESTA. *La hoja de Terapia Física y Respiratoria, consigna en la valoración de la tarde del día 25 de enero de 2009 no presentaba dificultad respiratoria y que a partir de las 18:20 de ese mismo día el paciente requiere ventilación mecánica.*

Respecto de lo anterior, se destaca que el evento acontece después del suministro del medicamento, siendo esto de particular énfasis en atención a que la complicación presentada después de las 18:00 horas involucra la caída del estado de salud del neonato, lo que posteriormente ocasionó la muerte. No obstante, en párrafos posteriores se aludirá lo concerniente a la terapia respiratoria, pues ello se realizó con base en las placas RX aportadas al expediente de fiscalía.

2. Informe de Investigador de Campo FPJ-11, del tres (03) de julio de dos mil nueve (2009), suscrito por el criminalista Álvaro Villota Viveros, médico judicial³⁸.

- *Llama la atención que en la historia clínica remitida por la Clínica Fátima, se han omitido dos páginas correspondientes a las anotaciones de enfermería del día 25 de enero entre las 7 a.m y las 8:40 pm **que justamente corresponden al cambio súbito en el estado de salud del paciente y en donde se encuentra la anotación tachada.** La ausencia de esos dos folios, se puede comprobar comparando la historia clínica remitida por la Clínica Fátima con la aportada por la señora ANGIE REVELO PASTRANA. La anotación tachada fue objeto de conceptos emitidos en informes anteriores. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Al respecto, se pregunta la Sala mayoritaria ¿por qué al remitir la historia clínica del neonato al despacho fiscal se tuvieron que omitir las páginas que datan las complicaciones presentadas por el bebé? Maxime cuando se supone que se trató de una muerte “súbita” y que en nada influyó el suministro del medicamento.

- *Revisando la historia clínica, concretamente las hojas denominadas "Suministro de droga" encuentro que el último medicamento suministrado al paciente antes del cambio súbito en su estado de salud, es **captopril** 1 miligramo, **el cual fue formulado para suministro oral.** No obstante **en el registro diligenciado por personal de enfermería se lee “captopril x 20 mgr 1 mgr ev”** ev en el argot medico significa **endovenoso**, según la anotación descrita **EL MEDICAMENTO SE APLICÓ POR VÍA VENOSA Y NO POR VÍA ORAL.** (Negrilla, subrayado y mayúsculas fuera del texto original).*

El hallazgo anteriormente registrado por el criminalista no otorga más que la certeza de que el medicamento sí se aplicó por la vía incorrecta.

- *La anotación medica firmada por el pediatra PEDRO MARCILLO, a las 18:20 horas del 25 de enero de 2009 Informa que ha intubado al paciente porque lo ha encontrado en paro cardiorrespiratorio. No obstante, en la radiografía tomada el 25 de enero de 2009, concretamente a las 20 horas, (de acuerdo a anotación realizada sobre la misma placa, o a las 19:40 según anotación del pediatra) se aprecia que el procedimiento de intubación es defectuoso y se detecta una atelectasia que compromete todo el pulmón Izquierdo. Atelectasia es la no llegada de aire al pulmón, una intubación defectuosa es causa de*

³⁸ Pág. 145 a 146 – Archivo electrónico “03. OficioFiscalíaRemiteCopiasAsunto.pdf”. Contenido en 03. Cuaderno Pruebas Demandante 3.

atelectasia. En este caso el paciente estuvo al menos 1 hora y veinte minutos con el tubo endotraqueal no colocado adecuadamente, situación que no favorecía el efecto de mejoría en la función respiratoria que se pretendía con el procedimiento. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Este punto también puede ser corroborado con el Informe de Investigador de Campo FPJ-11, del primero (01) de diciembre de dos mil nueve (2009)³⁹, suscrito igualmente por el criminalista Álvaro Villota Viveros, dictamen a través del cual se emitió concepto sobre la intubación, llegando a las siguientes conclusiones:

5. Resultados de la actividad investigativa (Descripción clara y precisa de los resultados)

INTERPRETACION AL DIAGNOSTICO REALIZADO POR LA DOCTORA CARMEN B. GARCIA MEDICO ESPECIALISTA EN IMÁGENES DIAGNOSTICAS LUEGO DE EXAMINAR LA RADIOGRAFIA MARACADA COMO "angy Revelo Tórax I-25-09 hora 20, retiro 1 a.m" tomada al paciente el 25 de enero de 2009.

1.- **El paciente fue intubado defectuosamente.**

2.- **El pulmón izquierdo presento una atelectasia (no llegada de aire), planteándose la posibilidad que esta alteración sea secundaria al mal intubamiento. (...)**

Comentario. El estudio de la historia clínica del paciente no demuestra que antes del procedimiento existiera derrame pleural masivo o consolidación neumónica. por lo tanto **la posibilidad planteada por la especialista respecto a que la atelectasia es consecuencia de un mal intubamiento es razonable.** (Negrilla fuera de texto original).

Finalmente, y sobre lo descrito en los últimos párrafos de los informes en cuestión, es más que evidente que la terapia respiratoria también fue defectuosa, lo que contribuyó a que el neonato permaneciera **una hora y veinte minutos** con dificultad respiratoria, dejando entrever nuevamente no sólo la negligencia sino además la impericia, la cual, como bien lo dice la palabra, hace clara alusión a una falta de habilidad del profesional en su quehacer, es decir, falta de sabiduría en sus acciones, experiencia y habilidad en la ejecución de su profesión que perjudicó directamente al paciente.

³⁹ Pág. 174 a 175 – Archivo electrónico “03. OficioFiscalíaRemiteCopiasAsunto.pdf”. Contenido en 03. Cuaderno Pruebas Demandante 3

Es por todo lo expuesto que esta Sala mayoritaria destaca que han quedado demostrados los elementos de la responsabilidad médica, estos son: el daño, acreditado con la muerte del neonato; el hecho dañoso y su nexo de causalidad, demostrado lo anterior a través del análisis realizado respecto del cuidado otorgado en las instalaciones de la Clínica Fátima y el agravio que sufrió el recién nacido, lo que ocasionó su muerte; y, el proceder culposo del personal médico y de enfermería, quienes a través de un actuar negligente, descuidado e imperito, causaron el daño, ello reflejado, por una parte, en la mala praxis al momento de suministrar el medicamento y, de igual manera, la impericia existente al momento de brindar la atención de emergencia para atender el paro cardiorrespiratorio.

De acuerdo al análisis anteriormente invocado, es más que evidente que el actuar de los demandados no conlleva a un simple nexo de causalidad natural, sino que es, *per se*, una circunstancia que pudo ser prevista por los agentes, pues se entiende que, tratándose de profesionales en el área, eran conocedores de cómo suministrar los medicamentos de acuerdo a las ordenes médicas y en ellos recaía el deber de atender de la mejor manera la falla cardiorrespiratoria.

Ahora, esta Sala mayoritaria no puede aceptar, como errónea y ligeramente lo consideró el *A quo*, que había lugar a la negación de las pretensiones, porque en últimas, los servicios y la atención médica fueron brindados de manera negligente e inclusive con un último actuar imperito, lo que desencadenó la lamentable muerte de Juan Sebastián Revelo López, encontrándose así que existe una responsabilidad solidaria entre los extremos demandados y que, por tal razón, son procedentes las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, verificado el cumplimiento de los requisitos axiológicos de la responsabilidad civil, devendría el estudio de las excepciones propuestas por las demandadas y llamadas en garantía.

En relación a ello, en primer lugar, se encuentra que los demandados coincidieron en las siguientes:

- Sobre el **nexo de causalidad**, denominadas como *“ausencia de nexo causal”*, por el doctor Pedro Marcillo; *“inexistencia de nexo causal entre las actuaciones adelantadas por la Clínica Fátima y el daño”*, por la Clínica Fátima; y *“ausencia de relación de causalidad entre el hecho y el daño”*, *“la actuación de COOMEVA E.P.S. S.A. no es la causa eficiente del daño reclamado”* y *“ausencia de relación de causalidad entre los hechos narrados en la demanda y el daño”*, por la E.P.S. COOMEVA.

Al respecto, es menester manifestar que, mediante la imputación del hecho, en este caso, la muerte del neonato, se elabora un juicio que permite considerar a alguien como artífice de una acción (u omisión) y a partir de ello, la conducta a la que se atribuye la consecuencia lesiva asume el significado de hecho jurídicamente relevante, imputable a un agente **que tenía el deber de actuar** de acuerdo con la función que el ordenamiento le asigna.

De lo anterior se resalta que la existencia del nexo de causalidad se encuentra más que acreditada por cuanto de los elementos analizados con antelación por el plenario se demostró el actuar negligente e imperito no solo del médico Marcillo sino también del personal de enfermería adscrito a la Clínica Fátima, lo que ocasionó el daño, siendo para el presente, un actuar culposo acreditado con las pruebas que reposan en el expediente y que fueron objeto de comentario por esta Sala mayoritaria, motivo por el cual la presente excepción no puede prosperar.

- Sobre el **hecho dañoso**, denominadas como *“inexistencia de hechos dañinos o falta en el servicio”*, por la Clínica Fátima; e *“inexistencia de falla en el servicio”* aunado a *“inexistencia de falla en la prestación del servicio médico”*, por la E.P.S. COOMEVA.

De ello es relevante reiterar que la ‘causa jurídica’ o imputación es el razonamiento por medio del cual se atribuye el resultado dañoso, estudiado a lo largo de la presente providencia, a los demandados a partir de un marco de sentido jurídico, indicando así que los demandados

ostentaban una posición de cuidado frente al recién nacido, teniendo en cuenta para ello que su actuar debía atender a las reglas de su profesión con base en su conocimiento y experiencia, pues si bien la medicina se constata como una profesión de medios más no de resultados, ello no significa que el servicio prestado sea precario o se componga de un actuar negligente, imprudente o imperito que ocasione un daño, como se analizó en el *sub lite*.

- Sobre el **hecho de un tercero**, propuesta por la Clínica Fátima y COOMEVA E.P.S.

De acuerdo a los pronunciamientos tanto doctrinales como jurisprudenciales que atienden a la materia, el hecho de un tercero se deduce cuando una persona ajena a la relación médico – paciente, ocasiona el daño alegado. Conforme a ello, esta Sala mayoritaria es reiterativa en constatar que el daño se atribuye al actuar culposo de los demandados, como se ha verificado en la providencia de conformidad con los medios probatorios estudiados, por lo que no es posible aceptar dicha teoría. De igual manera, se insiste en que la infección adquirida en las instalaciones de la Clínica Valle de Lili, no fue lo que ocasionó el deceso del neonato ni es, por sí misma, la causa eficiente de la muerte.

En segundo lugar, además de la expuesta con antelación, el doctor Marcillo también propuso la excepción de mérito que denominó **“inexistencia de responsabilidad a cargo del Dr. Pedro Marcillo Hernández”**. Sobre este punto, ya se estudiaron, de manera previa, las razones por las cuales es procedente atribuir responsabilidad al galeno, siendo redundante adentrarse nuevamente en el examen probatorio deprecado en su debida oportunidad, señalándose así que se encuentra acreditado un actuar negligente e imperito.

Por otra parte, COOMEVA E.P.S. S.A., también entrañó la excepción previa de **“falta de jurisdicción y competencia”**, sobre la cual esta Sala mayoritaria no hará mayor análisis por cuanto el momento para alegar dicha excepción ya ha caducado y, además, si bien en principio la

competencia fue asumida por un juzgado laboral, a su tiempo esta se trasladó a la jurisdicción civil.

De igual manera, la entidad referida agregó las de fondo de **“la demanda se dirige contra persona jurídica inexistente”** y **“falta de legitimación en la causa por pasiva”**. Sobre la primera, indica la demandada que el libelo genitor se dirige a “COOMEVA EPS S.A” y que la entidad se identifica como persona jurídica “ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD COOMEVA EPS S.A.”. Acaece entonces indicar que si bien es cierto la demanda estuvo dirigida únicamente con la sigla de la entidad, no se puede pasar por alto que la parte demandante anexó el certificado de agencias⁴⁰ de la entidad, lo que permite acreditar la existencia de la persona jurídica a la que se dirige el actor y su identificación.

Ahora bien, acerca de la segunda, la Corte Suprema de Justicia, en providencia SC2642-2015⁴¹, ha recopilado que:

“la legitimación en la causa, bien por activa o por pasiva, no es una excepción, sino que es uno de los requisitos necesarios e imprescindibles para que se pueda dictar providencia de mérito, ora favorable al actor o bien desechando sus pedimentos, porque entendida ésta ‘como la designación legal de los sujetos del proceso para disputar el derecho debatido ante la jurisdicción, constituye uno de los presupuestos requeridos para dictar sentencia de fondo, sea estimatoria o desestimatoria. Y en caso de no advertirla el juez en la parte activa, en la pasiva o en ambas, deviene ineluctablemente, sin necesidad de mediar ningún otro análisis, la expedición de un fallo absolutorio; de allí que se imponga examinar de entrada la legitimación que le asiste a la parte demandante para formular la pretensión’ (sentencia de casación N° 051 de 23 de abril de 2003, expediente 76519)” [CSJ SC de 23 de abril de 2007, Rad. 1999-00125-01]. (Subrayado fuera del texto original).

Conclúyase de lo anterior que tal discusión se encuentra subsanada por cuanto a través de la providencia de estudio se ha podido determinar que la entidad contrató los servicios de la I.P.S., dejándola en una posición solidaria de respuesta que debe asumir en consecuencia del vínculo existente.

⁴⁰ Pág. 14 y 15 – Archivo electrónico “03. AnexosYActuacionesJuzgadoLaboral.pdf”. Contenido en 01. Cuaderno Principal 1.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 10 de marzo de 2015. M.P. Jesús Vall De Rutén Ruiz. Radicación N° 11001-31-03-030-1993-05281-01. Ref. SC2642-2015.

Así las cosas, en cuanto al compromiso de las E.P.S en asuntos de responsabilidad médica se ha explicado:

*“(...) lo que realmente interesa para efectos de endilgar responsabilidad directa al ente colectivo es que **el perjuicio se origine en los procesos y mecanismos organizacionales constitutivos de la culpa in operando**, es decir que la lesión a un bien jurídico ajeno se produzca como resultado del despliegue de los procesos empresariales y que éstos sean jurídicamente reprochables por infringir los deberes objetivos de cuidado; lo cual no sólo se da en seguimiento de las políticas, objetivos, misiones o visiones organizacionales, o en acatamiento de las instrucciones impartidas por los superiores”⁴². (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Valga aclarar que aun cuando la E.P.S. demandada autorizó y no retardó o negó los tratamientos, procedimientos y atención brindados al recién nacido, se encuentra emparentada de manera directa a través de contrato de prestación de servicios con la Clínica Fátima, lo que, para los efectos de la presente providencia, la vincula en la responsabilidad alegada y la legítima por pasiva.

De igual manera, ha señalado la Corte:

Desde luego que esta unidad de tratamiento tiene asidero no sólo en la estructura fáctica de la relación obligacional establecida entre las partes del proceso, sino en los efectos que a partir de ella se derivan, porque con independencia del vínculo existente entre la clínica y el médico, lo cierto es que la atención al paciente (acreedor) por dicho profesional, fue dispuesta por la primera, se repite, con el consentimiento del último. De modo que la culpa del señalado agente es la culpa de la sociedad, en los términos del art. 1738 del C. Civil, que en atención al vínculo existente con el agente, estatuye como parte integrante del hecho o culpa del deudor, el hecho o culpa del agente, porque al fin de cuentas, como quedó dicho, se trata de la responsabilidad derivada del incumplimiento de una misma prestación, que por lo demás lesiona el mismo interés y produce el mismo daño, lo cual como seguidamente se analizará, incide en el campo de la solidaridad⁴³. (Subrayado fuera del texto original).

Por ello, la conclusión se deriva no solamente del análisis realizado, sino de la relación entre las demandadas pues, aunque la E.P.S. no sea quien

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de septiembre de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Ref. SC13925-2016.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de septiembre de 2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Ref. Exp. 6430.

brinde de manera directa los servicios médico asistenciales, responden por los daños causados a los pacientes por las I.P.S. cuando el servicio se preste de manera deficiente, tardía, inoportuna o equivocada, en vista de que deben asegurar y garantizar su idoneidad. Así las cosas, queda desestimada la excepción objeto de análisis.

A su vez, la E.P.S. propuso la excepción denominada **“pacto contractual entre COOMEVA Entidad Promotora de Salud S.A. y la Clínica Nuestra Señora de Fátima S.A. en el que expresamente se exonera la responsabilidad a la entidad que represento”**.

Al respecto, de entrada indica la Sala mayoritaria que esta excepción no se encuentra llamada a prosperar toda vez que lo expuesto por la demandada es disímil de los criterios de la responsabilidad solidaria, ello en atención a que pese a existir una cláusula que exime de responsabilidad a la E.P.S por el actuar de la I.P.S., esta resulta ilegal, pues la misma es contraria los preceptos del Código Civil ya que ésta responsabilidad atiende a una presunción legal derivada del vínculo contractual que, *per se*, genera obligaciones.

De acuerdo a la Corte Suprema de Justicia⁴⁴, se tiene que:

*Respecto de este tema, es decir, el de la solidaridad, al contrario de lo que piensa el recurrente, la Corporación entiende que **ésta nace de la propia ley, que es una de sus fuentes**, (art. 1568 del C. Civil), concretamente de la aplicación del principio general consagrado por el art. 2344 del C. Civil, eficaz para todo tipo de responsabilidad, porque lo que hizo el Tribunal no fue otra cosa que a partir de la demostración de la propia culpa del médico, deducir una responsabilidad directa, concurrente con la culpa contractual, no controvertida en este cargo, de la otra codemandada (...) como explica Adriano de Cupis al ocuparse de situaciones como la que ahora se estudia, para poder sostener la tesis de la solidaridad, **“Es decisivo... que tales comportamientos concurren en la lesión del mismo interés y en la producción del mismo daño”**. Precisamente, agrega, “la diversidad de título, es decir, del fundamento de la responsabilidad, no excluye su solidaridad, porque deriva de comportamientos concurrentes a la producción del mismo daño” [El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. pág. 301]. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de septiembre de 2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Ref. Exp. No. 6430

Además, acudiendo al derecho comparado, la Corporación agregó:

*En idéntico sentido también se verifican varias sentencias del Tribunal Supremo español (17 de octubre de 1996, 1º de marzo de 1996, entre otras), exponiendo que “...si bien el artículo 1137 del Código Civil dice que la solidaridad procede cuando la obligación expresamente la establezca, la jurisprudencia actual reiterada y muy numerosa, no exige con rigor e imperatividad el pacto expreso de solidaridad, habiéndose de esta manera dado una interpretación correctora al precepto citado, para alcanzar y estimar la concurrencia de solidaridad tácita pasiva, admitiéndose su existencia **cuando del contexto de las obligaciones contraídas se infiera su concurrencia**, conforme a lo que declara en su inicio el artículo civil 1138, por quedar patente la comunidad jurídica con los objetivos que los recurrentes pretendieron al celebrar el contrato”. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

En ese orden de ideas, téngase en cuenta que, en cualquier tipo de relación entre un afiliado y su E.P.S., si existe un error médico que resulta en un daño causado por la I.P.S., automáticamente surge una responsabilidad solidaria entre estas dos. Dicha responsabilidad se establece porque los médicos y hospitales actúan como agentes de las E.P.S. y son responsables del cumplimiento de la obligación principal y tienen el deber de velar por la idoneidad del servicio.

Aunado a lo anterior, señaló la Corte que “*basta con escudriñar la presencia de los elementos para imputar la responsabilidad civil reclamada, como son «la existencia de un contrato, el acaecimiento de un daño y su consecuente perjuicio material y moral, la relación o vínculo entre el daño y la actividad médica; y por último la imputabilidad a título de dolo o culpa»⁴⁵*”, compendios que ya fueron estudiados a lo largo de la presente providencia.

De otra parte, en cuanto al llamamiento en garantía, se tiene que tanto LA PREVISORA S.A., invocada por la Clínica Fátima, como LIBERTY SEGUROS S.A., convocada por COOMEVA E.P.S., coincidieron en la excepción relativa al deducible de la póliza, denominándolas, respectivamente, como “límite de responsabilidad, teniendo en cuenta para ello el deducible pactado y disponibilidad del valor asegurado” y “límite de valor asegurado y aplicación del deducible”.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de agosto de 2020. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. Radicación N° 76001-31-03-003-2008-00091-01 Ref. SC2769-2020

Sobre el tema, debe señalarse que, al existir un convenio entre las partes, el asegurador no puede seleccionar un monto deducible al azar, sino que debe ajustarse a los parámetros que rigen las pólizas en general o los términos específicos pactados en el contrato, motivando así a que, como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones, las aseguradoras respondan única y exclusivamente por el monto asegurado que, para el caso en concreto, proviene de las condiciones pactadas.

Así, en cuanto al llamamiento en garantía efectuado por COOMEVA EPS S.A. respecto a la póliza No. 206725 de la compañía aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A., encontramos que ciertamente para la ocurrencia del hecho, esto es el 25 de enero de 2009, conforme a la prueba documental arrojada por la sociedad mencionada, se encontraba vigente el indicado contrato para el amparo por daños causados a terceros por responsabilidad civil extracontractual en un monto de \$1.000.000.000, por acto profesional incorrecto en el ejercicio de la operación de la EPS⁴⁶.

Por lo tanto, y como se indicó con precedencia, al encontrarse demostrada la responsabilidad del asegurado, es decir, al haberse configurado la condición por la cual la aseguradora se comprometió a respaldar el daño al que fuese condenado el asegurado COOMEVA EPS S.A., las excepciones de mérito respecto a dicha póliza no resultan prósperas, máxime cuando el valor asegurado asciende a la suma de \$1.000.000.000, a excepción del valor del deducible que para el caso es de un mínimo de \$10.000.000. valor que deberá ser asumido por la asegurada a favor de la aseguradora⁴⁷.

El mismo análisis se realiza respecto de la llamada en garantía LA PREVISORA S.A. en cuanto se relaciona a la póliza No. 1005469, puesto que también se encontraba vigente para la fecha de ocurrencia del daño, cumpliéndose también las demás condiciones necesarias para afectar el mencionado contrato por la responsabilidad civil extracontractual que se le ha endilgado, hasta por un valor de \$100.000.000 reduciéndose el valor del deducible que para este caso es de un salario mínimo legal mensual vigente.

⁴⁶ Pág. 277 – Archivo electrónico “03. AnexosYActuacionesJuzgadoLaboral.pdf”. Contenido en 01. Cuaderno Principal 1.

⁴⁷ Pág. 63 a 64 – *Ibidem*.

De igual manera, LA PREVISORA S.A. propuso las “**exclusiones relativas a la responsabilidad civil general derivada del incumplimiento total, parcial o por mora de la obligación principal de convenios y contratos: responsabilidad civil contractual**”.

Acontece entonces indicar sobre este punto que, de la revisión de los anexos allegados con la contestación a la demanda y al llamamiento, es posible evidenciar que aun cuando la póliza señala esta excepción como una exclusión, lo expuesto por el apoderado judicial de la aseguradora no encuentra relación o fundamento que lo sustente, pues se alude a la contratación con la E.P.S. como causal de sustracción de las obligaciones, sin embargo, no se halla documento o adición alguna que así lo plasme, razón por la cual la excepción no puede prosperar.

Finalmente, LIBERTY SEGUROS S.A. alegó la “**inexistencia del siniestro**” e “**inexistencia de cobertura respecto de los perjuicios extrapatrimoniales**”.

Sobre la primera excepción no se hará mayor énfasis puesto que en párrafos precedentes se ha hablado sobre el daño y su nexo de causalidad, motivo por el cual se asevera que el siniestro si existió.

No obstante, conviene referirse sobre la segunda de las excepciones pues, frente a la indemnización de perjuicios se precisa que, conforme a las pretensiones de la demanda, estos se reclamaron en la modalidad de perjuicios por daño moral subjetivo y daño a la vida de relación, siendo estos extrapatrimoniales; de ello se estudia que el contrato pactado entre la E.P.S. y la aseguradora excluye taxativamente en su numeral segundo (2º) literal “e”, el pago de perjuicios por el concepto de daño moral, más no se extiende al segundo de los enunciados, siendo entonces coherente indicar que esta excepción prospera únicamente respecto de su exclusión, más no del daño a la vida de relación, pues este no se encuentra convenido o acreditado.

Así las cosas y una vez estudiadas las excepciones, conviene señalar que, para el caso, la parte demandante se encuentra integrada por los padres

del neonato, siendo ellos MAURO ANDRÉS LOPEZ y ANGIE ALEXANDRA REVELO PASTRANA, grados de parentesco que en el plenario se encuentran acreditados a través del registro civil de nacimiento del niño⁴⁸.

Ahora, conforme a las pretensiones expuestas, en primer lugar, los actores reclaman una indemnización por concepto de daño moral subjetivo, idéntica para cada uno de ellos por el valor equivalente a la suma más alta establecida por los criterios aplicables a la materia.

Para poder acceder a la pretensión incoada, en primer lugar, es necesario entender que el daño moral está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo⁴⁹. En este sentido, no es posible establecer parámetros generales que puedan aplicarse mecánicamente para evaluar este tipo de daño, ya que cada caso individual presenta aspectos únicos que el juez debe considerar al realizar la evaluación; sin embargo, la Corte ha señalado que resulta jurídicamente posible tazar esta pretensión, de acuerdo a los topes jurisprudencialmente establecidos:

“así fuese tomando la suma que como guía por entonces tenía la Corte establecida desde 2012 y que, frente a la indecible atrocidad de los eventos narrados y probados en este proceso ameritan –para este caso particular- una suma mayor a la que entonces tenía dispuesta (\$60,000,000.00) y que hoy reajusta a setenta y dos millones de pesos (\$72,000,000.00) para el daño moral propio sufrido por los demandantes a raíz del fallecimiento de padres, hijos, esposos y compañeros permanentes, la mitad de ese valor para hermanos, abuelos y nietos y la cuarta parte para el resto de parientes, conservando de esa forma el criterio establecido por la sala de decisión civil del Tribunal en cuanto a que, las circunstancias modales que hubieron de sufrir los reclamantes fueron, en términos generales, las mismas y el parámetro de una tasación similar, en consecuencia, se impone”⁵⁰. (Subrayado fuera del texto original).

Por ello, si bien es cierto en términos generales esta tipología del daño no debe ser probado, cuando se trata de daño moral, la Sala de Casación Civil

⁴⁸ Pág. 1 – Archivo electrónico “03. AnexosYActuacionesJuzgadoLaboral.pdf”. Contenido en 01. Cuaderno Principal 1.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 04 de agosto de 2021. de 2021, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Radicación N° 23001-31-03-003-2014-00116-01, Ref. SC3255

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018). M.P. Margarita Cabello Blanco. Ref. SC5686-2018. Radicación N° 05736 31 89 001 2004 00042 01.

ha venido utilizando lo que se llama “la presunción de carácter judicial” para otorgar la indemnización a la víctima y/o a los familiares más próximos de la víctima y así, será el juez quien bajo el principio del *arbitrio juris*, evalúe el monto del resarcimiento.

Así, en consonancia con el *sub examine*, frente a los familiares de la víctima la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

“(...) la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar este derecho a aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima, se hallan en situación que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo...”, de donde se sigue que originándose el ameritado derecho en las relaciones de familia, el demandante del resarcimiento por daños morales quedará legitimado en causa demostrando, con prueba idónea desde luego, la real existencia de tales relaciones⁵¹. (Subrayado fuera del texto original).

En ese orden de ideas, si bien se trata de un daño que se presume, resulta necesario conocer de la intensidad del mismo. En palabras de la Corte:

La existencia e intensidad del daño puede ser demostrada con otros medios probatorios pues en esto no hay una prueba tasada, ni en teoría el daño moral se circunscribe a las relaciones de familia, en donde apenas se presume. De forma que medios de convicción idóneos o conducentes - que no necesarios - como el dictamen pericial pueden ser útiles para conocer el estado psicológico de la persona afectada, bien con repercusiones meramente internas o ya en la vida de relación, y pueden llegar a ofrecer elementos de juicio importantes a efecto de establecer la gravedad del perjuicio. Pero, como lo ha reiterado esta corporación, son por lo general las circunstancias fácticas que rodearon el hecho dañoso, las que ofrecen una aproximación de las dificultades y dolores padecidos por la víctima y por quien reclama en nombre de esta o en el suyo el daño moral.

Por los criterios expuestos, del examen del expediente se puede avizorar que, en efecto, la pérdida del niño ocasionó una afectación moral en los demandantes, lo que ocasiona efectivamente el resarcimiento del daño, pues de conformidad con las valoraciones psicológicas y lo expuesto en el *sub judice*, los padres padecen una tristeza constante que se refleja en llanto, desilusión, sentimientos de aflicción, entre otros.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de noviembre de 1992 Exp. 3382. MP. Carlos Esteban Jaramillo Scholss.

Ahora bien, para poder efectuar el cálculo necesario para conceder la pretensión en disputa, debe tenerse en cuenta que para el año dos mil dieciocho (2018), que es la fecha de la cual data el precedente que fija los montos de este tipo de daño, setenta y dos millones de pesos (\$72,000,000.00) equivalía a 92.1609 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De ello deviene señalar que se hace necesario actualizar el monto equivalente a la indemnización requerida, pues la Corte ha reiterado que la actualización de las sumas de dinero se justifica por el fenómeno de la inflación y la correlativa pérdida de poder adquisitivo de la moneda presente en nuestra economía⁵². Además, esto atiende a los principios de equidad, igualdad y buena fe, los cuales permiten actualizar las sumas a la fecha en las que se discuten⁵³.

Por lo anterior y, a criterio de la Sala mayoritaria, la condena por perjuicios morales se hará conforme a los respectivos montos actualizados, a favor de MAURO ANDRÉS LOPEZ y ANGIE ALEXANDRA REVELO PASTRANA en calidad de **padres** de la víctima de los hechos, por la suma de setenta millones de pesos (\$70.000.000.00), equivalentes a 53.8462 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de daño moral subjetivo, para cada uno de ellos.

Por otra parte, y en lo concerniente al daño en la vida de relación, la Corte Suprema de Justicia, ha indicado lo siguiente:

“Se trata de un menoscabo que se evidencia en los sufrimientos por la relación externa de la persona, debido a disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad, que por eso queda limitado a tener una vida en condiciones más exigentes que los demás, como enfrentar barreras que antes no tenía, conforme a lo cual actividades muy simples se tornan complejas o difíciles. Por eso

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 09 de junio de 2021, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. Ref. Exp. 11001-31-03-028-2010-00633-02

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 08 de junio de 1999, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Ref. Exp. 5127

mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar”⁵⁴. (Subrayado fuera del texto original).

Del anterior pronunciamiento se desprende señalar que esta tipología del daño es un perjuicio de naturaleza extrapatrimonial ya que incide sobre los intereses económicamente inasibles y se refleja en la esfera externa del individuo, lo cual **hace diferenciarlo del daño moral**.

En la misma línea argumentativa se alude que el daño a la vida de relación puede tener origen en lesiones físicas, corporal, psíquicas o también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad, derechos fundamentales o intereses legítimos del individuo. Según cada caso, lo puede sufrir la víctima directa del daño o los terceros que igualmente resulten afectados.

Así las cosas, indicó el apelante en su pretensión que el daño a la vida de relación deberá ser valorado de conformidad con el daño moral, no obstante, desde ya corrige esta Sala mayoritaria que se trata de dos tipologías completamente distintas y que su valoración es autónoma.

La alta Corporación⁵⁵ aclaró que, el daño a la vida de relación está dotado de una entidad jurídica propia que no permitía confundirlo con otras clases de agravios con alcance y contenido disímil, ni verlo subsumido en ellos, para lo cual reiteró que el daño a la vida de relación y el moral tenían distinta naturaleza, pues el primero se veía reflejado sobre la esfera externa del individuo, como ya se esbozó, relacionado con las afectaciones que inciden en forma negativa en su vida exterior, específicamente, alrededor de su actividad social no patrimonial, mientras que el segundo

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de mayo de 2008, M.P. César Julio Valencia Copete. Ref. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 20 de enero de 2009, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Ref. Exp. 17001-3103-005-1993-00215-01

recaía sobre la parte afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc.

En claro lo anterior, si bien no existe una tarifa legal sobre el tema, a diferencia del daño moral, el daño a la vida de relación no se presume, sino que debe ser probado, motivo por el cual, del estudio del expediente se puede evidenciar que no existe prueba que acredite esa afectación a la esfera externa de los padres del bebé pues, como se aclaró, lo competente al daño moral hace referencia a los sentimientos que se ocasionaron por la pérdida del niño, siendo esto completamente distinto a lo que se estudia en este momento, es decir, el daño a la vida de relación, máxime cuando las valoraciones psicológicas realizadas relacionan la aflicción de los progenitores con la tristeza, la congoja, entre otros y, si bien el dolor puede ser intenso, no se probó que éste haya variado de manera notoria el comportamiento social de quienes en este caso lo alegan.

Finalmente, en virtud de que el recurso de apelación ha sido resuelto de manera favorable a la parte que lo interpuso, considera la Sala mayoritaria que es válido imponer condena en costas, por ello se condenará en expensas de ambas instancias a favor de los demandantes y a cargo de COOMEVA E.P.S. S.A., I.P.S. CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FATIMA S.A., y del doctor PEDRO MARCILLO HERNANDEZ, por cuanto, respecto de esta relación procesal, los demandados resultaron vencidos en el litigio.

Al momento de tasarlas, tener como agencias en derecho de primera instancia, la suma de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000.oo), y de segunda instancia el equivalente a DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.oo), según lo establecido en el Acuerdo No. 2222 de 2003.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en Sala de Decisión Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

PRIMERO. REVOCAR en su integridad el fallo proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto al interior del presente asunto y en su lugar se dispone:

1. **DECLARAR** la improcedencia de las excepciones previas propuestas por los demandados, denominadas de la siguiente manera:

- Por parte del médico PEDRO MARCILLO HERNÁNDEZ, las denominadas como “*inexistencia de responsabilidad a cargo del Dr. Pedro Marcillo Hernández*”, “*ausencia de nexo causal*” y, la *innominada*.
- Por la CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FATIMA S.A., las denominadas “*inexistencia de hechos dañinos o falta en el servicio*”, “*inexistencia de nexo causal entre las actuaciones adelantadas por la Clínica Fátima y el daño*”, “*hecho de un tercero*” y la *innominada*.
- Por COOMEVA E.P.S. S.A., las denominadas “*falta de jurisdicción y competencia*”, “*la demanda se dirige contra persona jurídica inexistente*”, “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*inexistencia de falla en el servicio y ausencia de relación de causalidad entre el hecho y el daño*”, “*pacto contractual entre COOMEVA Entidad Promotora de Salud S.A. y la Clínica Nuestra Señora de Fátima S.A. en el que expresamente se exonera la responsabilidad a la entidad que represento*”, “*la actuación de COOMEVA E.P.S. S.A. no es la causa eficiente del daño reclamado*”, “*ausencia de relación de causalidad entre los hechos narrados en la demanda y el daño*”, “*hecho de un tercero*” e “*inexistencia de falla en la prestación del servicio médico*”.
- Por LA PREVISORA S.A., llamada en garantía, respecto de la demanda, la excepción perentoria

2. **DECLARAR** a COOMEVA E.P.S. S.A., I.P.S. CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FATIMA S.A., y al doctor PEDRO MARCILLO HERNANDEZ *civil, solidaria y extracontractualmente responsables por el fallecimiento del niño JUAN SEBASTIAN LOPEZ REVELO*

3. En consecuencia, **CONDENAR** a COOMEVA E.P.S. S.A., I.P.S. CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FATIMA S.A., y al doctor PEDRO MARCILLO HERNANDEZ a pagar a favor de los integrantes de la parte demandante, las siguientes sumas de dinero por concepto de daño moral:

- Para MAURO ANDRÉS LOPEZ, en calidad de **padre** de la víctima de los hechos, la suma de setenta millones de pesos (\$70.000.000.00).
- ANGIE ALEXANDRA REVELO PASTRANA, en calidad de **madre** de la víctima de los hechos, la suma de setenta millones de pesos (\$70.000.000.00).

4. **SIN LUGAR** a conceder las demás pretensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

5. **DECLARAR** la improcedencia de las excepciones previas propuestas por las llamadas en garantía, denominadas de la siguiente manera:

- Por LIBERTY SEGUROS S.A., las denominadas “inexistencia del siniestro” y, “límite de valor asegurado y aplicación del deducible”.
- Por LA PREVISORA S.A., las denominadas “exclusiones relativas a la responsabilidad civil general derivada del incumplimiento total, parcial o por mora de la obligación principal de convenios y contratos: responsabilidad civil contractual”, “límite de responsabilidad, teniendo en cuenta para ello el deducible pactado y disponibilidad del valor asegurado” y, “la innominada”.

6. **DECLARAR** la prosperidad parcial de la excepción propuesta por LIBERTY SEGUROS S.A., denominada “inexistencia de cobertura respecto de los perjuicios extrapatrimoniales”, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

7. En consecuencia, **DECLARAR** la prosperidad del llamamiento de LA PREVISORA S.A., llamada por la Clínica Fátima; y de LIBERTY SEGUROS S.A., llamada por COOMEVA E.P.S.
8. **CONDENAR** a la llamada en garantía LA PREVISORA S.A., en favor de la llamante Clínica Fátima, para que concurra al pago de los montos establecidos conforme al numeral 3° de este fallo, hasta el valor establecido según la póliza No. 1005469, a excepción del valor del deducible que para el caso es el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente que deberá ser asumido por la asegurada a favor de la aseguradora.
9. **CONDENAR** a la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A., en favor de la llamante COOMEVA EPS, para que concurra al pago de los montos establecidos conforme al numeral 3° de este fallo, hasta el valor establecido según la póliza No. 206725, a excepción del valor del deducible que para el caso es de un mínimo de \$10.000.000. valor que deberá ser asumido por la asegurada a favor de la aseguradora.
10. **CONDENAR** en costas de primera instancia a favor de los demandantes y a cargo de COOMEVA E.P.S. S.A., I.P.S. CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FATIMA S.A., y del doctor PEDRO MARCILLO HERNANDEZ. Al momento de tasarlas, tener como agencias en derecho de primera instancia, la suma de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000.00).

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a favor de los demandantes y a cargo de COOMEVA E.P.S. S.A., I.P.S. CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FATIMA S.A., y del doctor PEDRO MARCILLO HERNANDEZ. Al momento de tasarlas, tener como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.00).

TERCERO. ORDENAR, una vez en firme la presente decisión, el envío del expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Gabriel Guillermo Ortiz Narvaez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pasto - Nariño

Aida Monica Rosero Garcia
Magistrada
Sala 002 Civil Familia
Tribunal Superior De Pasto - Nariño

Marcela Adriana Castillo Silva
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Pasto - Nariño
Firma Con Salvamento De Voto

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

Código de verificación: **e33fd0dc3f94ed3e8e573a80f5b1421250ee5f5b97838873bcbbefd6e6645ab2**

Documento generado en 20/03/2024 05:48:53 PM

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