JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

PROCESO: VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA
DEMANDANTES: MARIA LEIDY ORTIZ PAZ Y OTROS

DEMANDADO: COSMITET LTDA-CLINICA REY DAVID
LLAMADO EN GARANTÍA: LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS

RADICACIÓN: 76001310300120l9-00289-00.

Santiago de Cali, veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA ESCRITA N° 013

Procede el Despacho a proferir sentencia escrita de primera instancia dentro del proceso de la referencia, anunciado el sentido del fallo en audiencia oral y con fundamento en lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 373 del Código General del Proceso.

I

I.- ANTECEDENTES.

1. Los demandantes: LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ, menor representada por MARIA LEIDY ORTIZ PAZ y HUGO FERNANDO JARAMILLO OTALVARO, los citados progenitores igualmente en nombre propio; LUZ MARINA OTALVARO VALENCIA;MAURILIO ORTIZ MUÑOZ; LILIAN ORTIZ PAZ; IDETH ORTIZ PAZ; LUCELI ORTIZ PAZ; NARCISA ORTIZ PAZ; MAURILIO ORTIZ PAZ; NATALY ORTIZ PAZ; WILMER ORTIZ PAZ; ROSALBA OTALVARO VALENCIA y OTONIEL HERRERA OTALVARO, demandan para que previo el trámite de un proceso Verbal de Mayor Cuantía, en sentencia definitiva se hagan las siguientes o semejantes declaraciones:

1.1. Declarar civil contractual y extracontractualmente a la demandada COSMITET LTDA-CORPORACIÓN DE SERVICIOS MEDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA, responsable por los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a los demandantes con ocasión de la negligencia médica presentada en la atención del parto de la menor LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ, el día 12 de mayo de 2010.

1.2. Condenar a la demandada a pagar los perjuicios materiales por concepto de daño emergente consolidado y futuro a los demandantes MARIA LEIDY ORTIZ PAZ y HUGO FERNANDO JARAMILLO OTALVARO en sumas equivalentes a $12.973.400 y $16.464.000 respectivamente; lucro cesante consolidado a MARIA LEIDY ORTIZ PAZ por la suma de $188.566.868.74; lucro cesante futuro para LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ, por la suma de $111.863.098.82; por perjuicios inmateriales, daño moral, en cuantía de $82.811.600, para la menor y sus

padres; $41.405.800 para cada uno de sus abuelos; $28.984.060 para cada uno de sus tíos; $20.702.900 para su tía abuela y primo; daño a la vida de relación de LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ, en suma de $82.811.600; y, daño a la salud para la referida menor en cantidad de $82.811.600.

1.3. Reconocer a las sumas antes solicitadas corrección monetaria hasta la fecha de su pago por el accionado. Y

1.4. Condenar en costas procesales al demandado.

2. Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes HECHOS esenciales:

2.1. Luego de efectuar un extenso relato de las atenciones dispensadas en la CLÍNICA REY DAVID-COSMITET LTDA, a la madre gestante MARIA LEIDY ORTIZ PAZ, como en el trabajo de parto de su hija LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ, y la atención hospitalaria de esta última, endilga la ocurrencia de conductas que representan una negligencia médica, por las afectaciones en la salud de la recién nacida, representadas en el sufrimiento fetal secundario a broncoaspiración de líquido amniótico meconiado, asfixia perinatal y encefalopatía hipóxico-isquémica, las cuales son ocasionadas por la demora en realización del examen de monitoria fetal que conduce igualmente a efectuar de manera tardía la cesárea que finaliza el parto de la aludida menor de edad; a la par esa deficiente atención en salud, ocasiona en la menor el padecer graves consecuencias de carácter permanente y vitalicia como lo son el retardo psicomotor leve a moderado con compromiso del comportamiento por agresividad, problemas de aprendizaje e inestabilidad al caminar, secuelas que tienen además como diagnóstico que lo originan los referentes a encefalopatía hipóxico-isquémica e hipoxia perinatal.

II.- ACTUACION PROCESAL.

1. La demanda es admitida mediante auto de fecha 22 de enero de 2020, en el que se ordenó correr traslado de la demanda al demandado por el término de veinte (20) días para que la contestara, y siguiéndose el trámite de un proceso verbal (art. 368 y ss CGP).

2. La notificación de aquel auto admisorio a la parte demandada al demandado ocurrió por conducta concluyente, reconocida en auto del 26 de octubre de 2020; y, en lo tocante al llamado en garantía hecho por el demandado a la aseguradora LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS, ocurre de manera personal por mensaje de datos, en los términos del art. 8º del decreto 806 de 2020, el día 2º de diciembre de 2020 (archivo 17, folios 20-21), sujetos procesales que en tiempo contestaron la demanda aceptando unos hechos y oponiéndose a otros, sumado a alegar las siguientes excepciones de mérito:

Excepciones propuestas por el demandado COSMITET LTDA:

-Inexistencia de daño antijuridico de carácter indemnizatorio.
-Inexistencia de nexo causal en la producción del hecho dañoso.
-Inexistencia de culpa en la atención integral brindada por la clínica a la madre.
-Exoneración por cumplimiento de la obligación de medio brindada por el equipo de salud de la entidad.
-Exoneración por estar probado que el equipo de salud empleó la debida diligencia y cuidado.
-Carga de la prueba a cargo del actor.
-Cobro de lo no debido.

-Tasación excesiva de las pretensiones de la demanda.

Excepciones propuestas por el llamado en garantía LA PREVISORA SA:

1. Frente a la demanda:

-Inexistencia de nexo causal entre la atención médica prestada en COSMITET LTDA y las complicaciones del parto y secuelas posteriores de la niña LUISA FERNANDA JARAMILLO.
-Caso fortuito.
-Ausencia de culpa por parte del cuerpo médico de COSMITET LTDA.
-Exoneración de la entidad COSMITET por cumplimiento de la obligación de diligencia y cuidado con la paciente.
-Excesivo cobro de perjuicios e improcedencia de su reconocimiento.

2. Frente al llamamiento en garantía efectuado por el demandado:

-Falta de cobertura de la póliza No. 1058034 categoría clínicas y hospitales, vigencia 26/02/2018 a 26/02/2019, porque las secuelas de la menor no son imputables a COSMITET LTDA.
-Falta de cobertura de la póliza No. 1058034 categoría clínicas y hospitales, vigencia 26/02/2018 a 26/02/2019, por cuanto la modalidad de contratación fue claims made y el asegurado no aportó la póliza de responsabilidad civil de esa categoría, vigente a la fecha de los hechos.
-Prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro y de la acción ordinaria civil.
-Límite del valor asegurado y deducible a cargo del asegurado de la póliza No. 1058034.
-Sublímite del valor asegurado para el amparo de daños extrapatrimoniales

3. Surtido el traslado secretarial conjunto al demandante, acerca de las excepciones de mérito alegadas por la pasiva y llamado en garantía, en los términos señalados en los arts. 110 y 370 del CGP, el despacho procedió a fijar fecha y hora para llevar a cabo las audiencias orales de que tratan los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso, convocada mediante auto del 1º de julio de 2021, de manera única y virtual, diligencia que se lleva a cabo en los días 21 y 22 de julio de 2022, en donde se culmina la misma con las etapas procesales de alegatos y anuncio del sentido del fallo, con breve exposición de sus fundamentos, y se procede ahora a emitir esta decisión escrita, en donde se condensará y explicará con la mayor claridad posible lo allí anunciado.

CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Del examen de los denominados por la doctrina y Jurisprudencia como presupuestos procesales, se deduce que los mismos se encuentran presentes en el proceso, por cuanto se verifica el requisito de capacidad para ser parte, alusiva a natural en los demandantes, y jurídica de derecho privado en las organizaciones demandadas, incluida la llamada en garantía; la capacidad procesal, porque han concurrido de manera directa al proceso las personas naturales, por lo que se presumen capaces, y las organizaciones accionadas por conducto de sus respectivos representantes legales asistidos a su vez todos los sujetos vinculados

al proceso mediante apoderado; este despacho judicial es competente para conocer de este tipo de litigios; y, por último, la demanda cumple los requisitos formales exigidos en el CGP.

Adicionalmente, no se observa irregularidad o causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que debe proferirse decisión de fondo en el asunto.

2. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Se comenzará el estudio con lo relacionado con la legitimación en la causa, dado que, en todo proceso judicial, de entrada, e incluso de manera oficiosa, es menester auscultar el requisito de la legitimación en la causa, por activa y pasiva, pues ha sido considerado como el presupuesto material indispensable para obtener una sentencia de fondo favorable a las pretensiones de la demanda o en su defecto, para la absolución del demandado. Con base en lo anterior, aquel requisito, consiste, fundamentalmente, y en el caso del demandante, en que sea el titular del derecho que reclama, y resulta legitimado por pasiva o demandado, la persona llamada a responder, por ser, según la ley, el titular de la obligación correlativa (SC2642-2015).

En el caso que nos ocupa, corresponde a un juicio de responsabilidad civil médica, instaurado por la víctima directa LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ, menor de edad que actúo por intermedio de sus representantes legales, sus progenitores MARÍA LEIDY ORTIZ PAZ y HUGO FERNANDO JARAMIILO OTALVARO, los cuales a su vez reclaman el resarcimiento de perjuicios causados a los mismos, al igual que lo hacen allegados de aquella lesionada, en las calidades de abuelos paternos: LUZ MARINA OTALVARO VALENCIA y MAURILIO ORTIZ MUÑOZ; los tíos por línea materna: LILIAN ORTIZ PAZ; IDETH ORTIZ PAZ; LUCELI ORTIZ PAZ; NARCISA ORTIZ PAZ; MAURILIO ORTIZ PAZ; NATALY ORTIZ PAZ y WILMER ORTIZ PAZ; y, finalmente, la señora ROSALBA OTALVARO VALENCIA (hermana de la abuela paterna), y el señor OTONIEL HERRERA OTALVARO (primo en segundo grado por línea paterna). Los referidos parentescos son acreditados con las pruebas de estado civil-registros civiles de nacimiento aportados con la demanda (archivo 00, folios 322 a 358).

En cuanto a la pasiva, los referidos actores en su conjunto reclaman un componente indemnizatorio relacionado con daños originados en una atención de salud que catalogan de deficiente a la madre gestante MARIA LEIDY ORTIZ PAZ y a su hija LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ, en la atención del trabajo de parto, dispensada aquella por la entidad prestadora de servicios de salud COSMITET LIMITADA-CORPORACIÓN DE SERVICIOS MEDICOS INTERNANCIONALES THEM Y CIA LTDA-CLÍNICA REY DAVID, quien acepta al contestar la demanda la prestación de aquel servicio de salud (hecho segundo y ss.), a la par que su representante legal en el interrogatorio de parte absuelto en la audiencia oral practicada el 21 de julio de 2022, señaló que dicha atención proviene de la celebración de un contrato de prestación de servicio de salud por evento, celebrado entre aquella entidad y la DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR (EJERCITO NACIONAL).

De igual modo, aquella organización demandada llama en garantía a la aseguradora LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS, en virtud del contrato de seguro-póliza de responsabilidad civil clínicas y hospitales No. 1058034-certificado No. 0 (archivo 00, folios 42-46), la cual se vincula al proceso bajo esa figura jurídica.

Por consiguiente, a partir de aquellas relaciones jurídicas, los actores promueven una acción de responsabilidad civil contra la institución prestadora de servicio de

salud, bajo el régimen de seguridad social en salud (Ley 100 de 1993, art. 156 y ss.).

3. PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

3.1. Planteamiento.

En virtud de que se trata de un reclamo indemnizatorio relacionado con un tratamiento médico, que involucra a la institución prestadora del servicio de salud a la víctima afiliada, bajo el régimen de seguridad social en salud (IPS, se requería entonces que los demandantes acreditaran (carga probatoria), además del daño antijuridico denunciado, la culpa de aquella entidad por tratarse de una responsabilidad civil médica, sumado a la inexistencia en el caso de pacto expreso en contrario; además, se imponía analizar si los profesionales de la salud que atendieron a la madre gestante, de manera previa y durante el parto, actuaron conforme a la diligencia exigible a éstos, bajo la denominada "*lex artis ad hoc*", para evitar los daños acreditados en la salud padecidos por la recién nacida.

La respuesta, se anticipa, alude a la acreditación del elemento esencial de la culpa médica (falta de diligencia y cuidado de la organización demandada y de sus agentes), asociado además a la relación de causalidad, que comporta entonces la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda; en cuanto a la definición del componente indemnizatorio reclamado en ella se hará de la manera que se explicará a continuación y a quien corresponde asumirlo, dado que existe un llamamiento en garantía.

3.2. Marco conceptual.

En primer lugar, debe mencionarse que en materia de responsabilidad civil médica, la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado la postura alusiva a exigir, la comprobación de la culpa del galeno o de la institución de salud, bajo el estándar de la diligencia exigible a los profesionales de salud, denominada "lex artis ad hoc", y como presupuesto ineludible para la conformación de aquella responsabilidad, amén que por excepción, se ha establecido la ausencia de exigir al actor la imputación de ese comportamiento, cuando expresamente así se ha pactado entre las partes en un contrato; de igual manera, en la mencionada línea jurisprudencial, se menciona que, en la definición de esa clase de responsabilidad, generalmente, la comprobación del daño ocasionado al paciente no resulta difícil de establecerlo, puesto que el debate procesal gira fundamentalmente a la demostración de los otros 2 elementos esenciales que la configuran, alusivos al actuar culposo del galeno o la institución demandada (lex artis ad hoc) y su vinculación de causalidad con el menoscabo señalado en la demanda.

En sentencia fechada el 25 de agosto de 2021, con ponencia del Magistrado LUIS ALONSO RICO PUERTA, identificada con el número SC3604-2021 (reiterada en sentencia posterior SC4425-2021), aquella Corporación señaló:

> *"(…) conviene insistir en que el fundamento de la responsabilidad civil del médico es la culpa, conforme la regla general que impera en el sistema jurídico de derecho privado colombiano. Por consiguiente, salvo supuestos excepcionales –como la existencia de pacto expreso en contrario[1]–, la procedencia de un reclamo judicial indemnizatorio relacionado con un*

[1] Sobre el particular, enseña el precedente de la Corte: «*Suficientemente es conocido, en el campo contractual,* [que] *la responsabilidad médica descansa en el principio general de culpa probada, salvo cuando en virtud de "estipulaciones especiales de las partes" (artículo 1604, in fine, Código Civil), se asumen, por ejemplo, obligaciones de resultado*» (CSJ SC7110-2017, 24 may.).

tratamiento o intervención médica no puede establecerse a partir de la simple obtención de un resultado indeseado –v.gr. el agravamiento o la falta de curación del paciente–, sino de la comprobación de que tal contingencia vino precedida causalmente de un actuar contrario al estándar de diligencia exigible a los profesionales de la salud.

Ese estándar, cabe precisarlo, no puede asimilarse completamente a ninguno de los que consagra el precepto 63 del Código Civil para los distintos tipos de culpa (como el parámetro del «buen padre de familia»), ni tampoco al criterio genérico de «persona razonable», pues debe tener en cuenta las especiales características de la labor del personal médico. Lo anterior explica la necesidad de acudir a una pauta diferenciada, denominada lex artis ad hoc, esto es,

«(...) ***el estándar de conducta exigible al profesional medio del sector****, que actúa de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el ámbito médico y dentro del sector de especialidad al que pertenece el profesional sanitario en cuestión. En la jurisprudencia alemana se habla del nivel de diligencia "de un profesional de la medicina respetable y concienzudo, con la experiencia media en el correspondiente campo de especialidad", o dicho de otro modo, de la conducta "que se esperaría de un colega en la misma situación". Del mismo modo, los tribunales ingleses exigen un nivel de diligencia superior al del "hombre normal y razonable", que tome en consideración la experiencia, habilidades, técnicas y conocimientos que se esperan del profesional medio del sector»*[2]*.*

Lo anotado equivale a decir que la imputación subjetiva de los galenos debe construirse comparando su proceder con el que habría desplegado un colega de su especialidad, con un nivel promedio de diligencia, conocimientos, habilidades, experiencia, etc., en caso de haberse enfrentado (hipotéticamente) al cuadro clínico del paciente afectado. Esto explica la referencia a una lex artis ***ad hoc****, que no es otra cosa que evaluar la adecuación de las actividades del personal de salud de cara a la problemática específica de cada persona sometida a tratamiento, observando variables como su edad, comorbilidades, diagnóstico, entre otras que puedan identificarse para cada evento concreto.*

En los juicios de responsabilidad médica, entonces, se torna necesario determinar la conducta (abstracta) que habría adoptado el consabido profesional medio de la especialidad, enfrentado al cuadro del paciente, y atendiendo las normas de la ciencia médica, para luego compararlo con el proceder del galeno enjuiciado, parangón que ha de permitir establecer si este último actuó, o no, de acuerdo con el estándar de conducta que le era exigible[3]*. Si lo primero, no podrá concretarse la responsabilidad civil; si lo segundo, será necesario entroncar su "culpa", en el sentido explicado, con el resultado dañoso alegado en la demanda".*

Así mismo, resulta pertinente precisar, que la referida jurisprudencia, en materia de responsabilidad civil de las entidades promotoras de servicios de salud (EPS), es decir, bajo el régimen de seguridad social en salud (Ley 100 de 1993), de manera aislada o solidaria con sus agentes y otros entes que participan en la prestación del servicio de salud (IPS), ha indicado, como lo hace en la sentencia SC-13925-2016,

---

[2] SOLE-FELIÚ, Jordi. *Lex artis y estándar de diligencia en la culpa médica.* En: GARCÍA, María y MORESO, Josep (Dir.). *Conceptos multidimensionales del derecho*. Ed. Reus, Madrid. 2020, p. 671.

[3] En cualquier caso, no pueden obviarse algunos criterios de flexibilización de la prueba de la culpa, como las presunciones judiciales que surgen de la aplicación de la doctrina de la culpa virtual, o *res ipsa loquitur*, operante en supuestos como el oblito quirúrgico (*Cfr.* CSJ SC7110-2017, 24 may.).

la circunstancia alusiva a que la definición de su responsabilidad civil, solo ocurre luego de probado su culpa, a la par que puede desvirtuarse, si acontece alguno de los eximentes de causa extraña permitidos por el ordenamiento jurídico, o la verificación de una debida diligencia y cuidado de la organización o de sus agentes en la atención del afiliado; en efecto, allí se dijo que:

"La culpa de las entidades del sistema de salud y de sus agentes, en suma, se examina en forma individual y en conjunto a la luz de los parámetros objetivos que existen para regular la conducta de los agentes particulares y su interacción con los demás elementos del sistema. El juicio de reproche respecto de cada uno de ellos quedará rebatido siempre que se demuestre su debida diligencia y cuidado en la atención prestada al usuario. La responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en razón y con ocasión de la deficiente prestación del servicio –se reitera– se desvirtúa de la misma manera para las EPS, las IPS o cada uno de sus agentes, esto es mediante la demostración de una causa extraña como el caso fortuito, el hecho de un tercero que el demandado no tenía la obligación de evitar y la culpa exclusiva de la víctima; o la debida diligencia y cuidado de la organización o de sus elementos humanos al no infringir sus deberes objetivos de prudencia".

En ese orden de ideas, con fundamento en las aludidas reglas jurisprudenciales, el despacho decidirá este asunto.

3.3. Resolución del caso.

Entrando en materia, debe partirse el estudio del análisis del sustento fáctico expresado en la demanda, acerca de la responsabilidad jurídica endilgada al demandado, cuya interpretación resulte acorde con los postulados establecidos en los arts. 42-5 y 281 del CGP, y como presupuesto para decidir el fondo del asunto.

De acuerdo con lo consignado en el extenso libelo introductor, puede afirmarse que se alega en esencia una falla del servicio de salud prestado al binomio MARÍA LEIDY ORTIZ PAZ (madre gestante) y LUISA FERNANDA JARAMIILO ORTIZ (hija obtenida del parto), bajo la indicación de una conducta de negligencia e inobservancia de la lex artis, atribuible en general a todos los médicos que la atendieron en la CLÍNICA REY DAVID de propiedad de COSMITET LTDA, ocasionado ello en que las afectaciones de salud a la recién nacida, concernientes a un sufrimiento fetal secundario a bronco aspiración de líquido amniótico meconiado, asfixia perinatal y encefalopatía hipóxico-isquémica, los cuales le han ocasionado el padecer un retardo sicomotor o retraso mental leve con problemas de aprendizaje y de compromiso del comportamiento, y que obedecen a la demora en la atención del parto, puesto que se trataba de una cesárea de urgencia, adicionándose que la remisión de la madre gestante del HOSPITAL MILITAR DE CALI a la CLINICA REY DAVID-COSMITET LTDA, se hizo con el fin de que se le practicara un monitoreo fetal de urgencia y aquel se realiza de manera tardía (hechos 7.1; 7.2; 15; 22; 23; 27; y, 28 de la demanda).

Precisado lo anterior, se procede ahora a analizar los elementos estructurales de la responsabilidad civil de carácter médica, relativos al daño antijuridico, la imputación de conducta-culpa y la relación de causalidad.

1. Elemento daño.

Aquel elemento es entendido en términos generales por la doctrina y jurisprudencia, como el menoscabo o daño que, a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado, y atribuible a una acción u omisión humana, sufre una persona en su integridad física o en su patrimonio, es decir, la lesión a un interés protegido por el

ordenamiento legal, que ante su ocurrencia comporta que se hable de un perjuicio reparable a través de la indemnización.

1.1. Revisada la historia clínica de la institución DIRECCIÓN DE SANIDAD-EJERCITO NACIONAL-FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA, aportada por los demandantes (archivo 00, folios 954-957), la cual contiene la atención en salud dispensada a la paciente MARÍA LEYDI ORTIZ PAZ, en el interregno de tiempo comprendido entre los días 11 y 12 de mayo de 2010, debido a que ingresa a la entidad refiriendo contracciones y con inicio de trabajo de parto, con la anotación correspondiente al día 12 de mayo, hora:10:00, referente a que sale la paciente con destino a la CLÍNICA REY DAVID para "toma de monitoría", y la anotación de que se encontraba con "inicio de trabajo de parto".

1.2. Revisada la historia clínica de la institución CLINICA COMITET LTDA, aportada con la demanda (archivo 00, folios 1180-1216), se verifica que la recién nacida LUISA FERNANDA ingresa a partir de su nacimiento 12 de mayo de 2010, a la unidad de cuidados intensivos por su estado crítico, asociado a una asfixia perinatal, cuya atención ocurre hasta el 28 de mayo de esa misma calenda, donde se le da de alta de la institución.

1.3. Con la demanda se aporta un dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional, efectuado el 27 de septiembre de 2019 a LUISA FERNANDO JARAMIILLO ORTIZ, por parte de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA, en el cual, a partir del diagnóstico de retraso mental leve, deterioro del comportamiento de grado no especificado y deficiencia por trastornos generalizados del desarrollo, con fecha de estructuración 12 de mayo de 2010, "Fecha que corresponde al nacimiento donde establecieron secuelas", se define un total de PCL equivalente al 70% y con constancia de su firmeza (archivo 00, folios 603-611).

1.4. Con la demanda se adjuntan 2 informes de terapia ocupacional realizados a LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ, fechados los días 4 de abril y 8 de octubre de 2018 respectivamente, firmado por la profesional en la materia ANA MARÍA HOLGÚIN MORENO-TERAPEUTA OCUPACIONAL, en los cuales se diagnostica: "apnea de sueño y un retraso mental leve", que la afectado su desarrollo ocupacional esperado para su edad cronológica en todas las esferas de su personalidad, dado que en su proceso de aprendizaje no reconoce letras, números, formas y colores, no hay proceso de lectura y escritura, y problemas de motricidad, como de dificultades conducta como ser "escapista" y no atender normas ni limites (archivo 00, folios 620-621 y 626-630).

1.5. La referida profesional, adicionalmente, ANA MARÍA HOLGÚIN, rinde testimonio en audiencia oral, en el que respecto al estado actual de la niña LUISA FERNANDA, señaló que cursa el segundo grado de primaria, y aunque ha mejorado su socialización e interacción con sus pares, puesto que existe un mayor control de sus emociones pues ya no es agresiva con ellos, no realiza actividades normales esperadas para su edad actual, pues no lee ni escribe, no realiza operaciones aritméticas básicas, y con pronóstico futuro de buscar su mayor independencia posible, aunque precisa que si bien puede atender sus

necesidades primarias como alimentarse y asearse, necesita de un acompañamiento permanente para salir a la calle y tampoco podría ser económicamente independiente, ya que no estaría en capacidad de estudiar Bachillerato y un nivel de estudio más avanzado, amén que en su concepto frente a ese aspecto de subsistencia propia solo podría llegado el caso cumplir labores de un oficio repetitivo simple.

1.6. Con la demanda se aporta un informe de fonoaudiología fechado el 4 de abril de 2018, elaborado por HECTOR RUIZ-FONOAUDIOLOGO, en el que a partir del diagnóstico de "apnea de sueño y un retraso mental leve", señala como resultado de la evolución que la niña LUISA FERNANDA JARAMILLO, presenta un trastorno en el desarrollo de las habilidades de escritura, dificultad para su desempeño en comprensión de lectura y dificultad en el desempeño en el dispositivo básico de aprendizaje-memoria (archivo 00, folios 622-624).

1.7. Igualmente con la demanda se allegan consultas de control y tratamiento médico dispensado a la paciente LUISA FERNANDA JARAMILLO, por médicos especialistas en NEUROCIRUGÍA, NEUROLOGÍA-PEDIATRICA, NEUROPSICOLOGÍA y PISIQUIATRIA en los cuales de manera concordante se establece como diagnostico la presencia de un retardo psicomotor secundario a sufrimiento fetal en el momento del parto (hipoxia perinatal) y/o retraso mental leve a moderado, un deterioro del comportamiento de grado no especificado y/o trastorno de conducta (archivo 00, folios 639-693).

En ese orden de ideas, a partir de la existencia de aquella prueba documental, no tachada ni desconocida por la parte contraria, al igual que la testimonial en comento, se comprueba con suficiencia el elemento daño sufrido por la víctima en mención, alusivo se itera a afectaciones en su salud física y mental, asociadas a secuelas de hipoxia perinatal sufrido en el trabajo de parto, y no por otra causa distinta; en lo tocante a verificar si aquel daño resulta antijuridico se pasa al estudio de los restantes condicionamientos exigidos para estructurar la responsabilidad civil médica.

2. Elementos culpa y relación de causalidad.

Se comienza ahora el análisis probatorio para lo referente a la determinación de los otros condicionamientos de la responsabilidad civil, alusivos se reitera a la culpa y relación de causalidad, en los siguientes términos:

2.1. Actuar culposo de los agentes de la organización demandada.

Debe insistirse acerca de que el fundamento de la responsabilidad civil del médico es la culpa, la cual se establece conforme a los lineamientos generales que se ha establecido en el régimen jurídico colombiano para este tipo de responsabilidad, pero con la connotación alusiva a que el reclamo indemnizatorio basado en un tratamiento médico defectuoso, exige la "comprobación de que tal contingencia vino precedida causalmente de un actuar contrario al estándar de diligencia exigible a los profesionales de la salud", cuya pauta diferenciada para el efecto, se itera, es la denominada "lex artis ad hoc", la cual consiste, fundamentalmente, en que la imputación subjetiva de conducta se hace comparando el proceder del galeno enjuiciado con el que habría desplegado un colega de su especialidad, con un nivel promedio de diligencia, conocimientos, habilidades, experiencia y demás, en caso de haberse enfrentado, hipotéticamente, al cuadro clínico del paciente afectado, y atendiendo las normas de la ciencia médica, cuyo comparación permite establecer

entonces si dicha actuación del médico estuvo o no de acuerdo con el estándar de conducta que le era exigible; en el caso de un alejamiento existirá la culpa por permitir asociarlo al resultado dañoso alegado en la demanda (SC4425-2021 y SC292-2021).

1. Se comienza el estudio con la anotación de la historia clínica de COSMITET LTDA, correspondiente a la atención médica del 12 de mayo de 2010, dispensada a la madre gestante MARÍA LEIDY ORTIZ PAZ, objeto de cuestionamiento en la demanda, la que según aquel relato clínico, en lo legible, ya que se elaboró a mano alzada, se lee que se inicia a las 12:30 (hora de ingreso), con examen de diagnóstico relativo a embarazo actual de 39.4 semanas, la cual consulta por cuadro de 1 día de evolución de DTCU; igualmente, se anota a las 14:30 que se realiza "control de actividad uterina regular"; a las 17:45 las anotaciones relativas a "monitoria fetal no reactiva, poca variabilidad pero sin desaceleraciones" y de "meconiado espeso", por lo que se "pasa a turno para cesárea de urgencia, de la cual existe registro de efectuarse a las 18:10, y nuevamente a las 18:20, anotación de "meconiado espeso"-cesárea; aquellos registros son efectuados por la doctora SANDRA ZAMORA-GINECOLOGÍA OBSTETRICA (archivo 00, folios 1152-1156).

Conforme se denuncia en la demanda, para los reclamantes, existió una demora injustificada en realizar la toma del examen de monitoria fetal, lo que a la par conllevo a realizar el procedimiento de cesárea de manera tardía puesto que, para ese momento, ya existía un sufrimiento fetal con consecuencias nefastas para la salud neurológica del feto.

Ahora, si se mira a simple vista la cronología de esas atenciones médicas, no se encuentra una atención en salud con demora injustificada, pues de manera razonable aparece que los tiempos de respuesta son cortos a partir del ingreso de la paciente a la CLÍNICA REY DAVID; sin embargo, la circunstancia referida a que la realización de la mencionada monitoria electrónica, razón además de la remisión hecha por SANIDAD MILITAR a aquel establecimiento hospitalario (archivo 00, folios 954-957), constituye indudablemente en la causa objetiva del cambio de conducta galénica, por cuanto, y unido a la presencia del líquido amniótico meconiado, se cambia el plan de un trabajo de parto normal a una cesárea de urgencia, por lo que debe sopesarse entonces si respecto a ese acto médico en particular, existe un comportamiento negligente de la referida profesional de la salud o de otro agente de la institución demandada, en no haberlo efectuado previamente al momento en que se hizo y/o existe reporte en la historia clínica sobre la cuestión (17:45 pm horas).

Sobre el punto, a pesar de que la parte demandada alega en su defensa, el cumplimiento de los protocolos respectivos en aquella atención, es menester que el despacho consulte las guías existentes sobre la cuestión, dado que existe una norma técnica de atención del parto, establecido de antaño por el Ministerio de Salud, precisamente, como mecanismo para disminuir las secuelas de complicaciones en los partos y las tasas de morbilidad maternas y perinatales; de igual modo, la literatura médica es pertinente consultarla junto con las pruebas recaudadas en el proceso, conforme lo ha autorizado en esos términos la jurisprudencia civil; ejemplo de lo anterior, es lo consignado en la sentencia SC-9193 de 2017, en donde la SCC de la CSJ, en un caso con rasgos similares a este, pues alude a una responsabilidad médica por daños a la salud de un recién nacido en el proceso de parto, en donde manifestó:

"De igual modo, la Norma Técnica para la Atención del Parto dispone los protocolos a seguir con el fin de «disminuir las tasas de morbimortalidad maternas y perinatales»; «disminuir la frecuencia de encefalopatía hipóxica perinatal y sus secuelas»; y «reducir y controlar complicaciones del proceso de parto», es decir que los procedimientos y exámenes descritos por la lex artis encaminados a detectar

factores de riesgo tienen como objetivo final la prevención de daños a la salud de la madre y su producto.

En el mismo sentido apunta la literatura médica especializada:

«Revisando la literatura, vemos que la cesárea es el procedimiento de elección en casos en que se diagnostica sufrimiento fetal por monitoreo electrónico».[4]

«En este último grupo, conocido como Embarazo de Alto Riesgo Fetal, se concentra la mayor parte de los sufrimientos fetales. Estos embarazos pueden detectarse desde etapas precoces de la gestación, mediante una encuesta en la que se asigna un puntaje a diversas condiciones patológicas maternas, antecedentes gineco-obstétricos y condiciones nutritivas y socio-económicas de la gestante. Los casos de alto riesgo seleccionados mediante este sistema, de fácil aplicación, requieren un control especial durante el embarazo y parto y preparación de las condiciones adecuadas para la atención de estos recién nacidos. (…) Cuando se determina que las condiciones de desarrollo y de sobrevida fetales se hacen críticas, debe indicarse la interrupción terapéutica del embarazo antes de su terminación normal. En estos casos es importante determinar en la forma más adecuada posible, el grado de madurez fetal y medir calculadamente el riesgo que está sufriendo el feto en su vida intrauterina, comparándolo con los riesgos potenciales que pueden derivarse de la prematurez o inmadurez del recién nacido. (…) Diversas consideraciones se pueden plantear respecto a la responsabilidad que cabe al obstetra ante el sufrimiento fetal. De éste pueden derivar muertes perinatales o alteraciones neurológicas, sicomotoras o intelectuales que afectan al recién nacido durante toda su vida posterior. Debemos estar conscientes que no basta obtener niños vivos, sino que es además necesario que ellos estén en condiciones de desarrollarse normalmente».[5]

*Con relación al síndrome de aspiración meconial, Norka Cabrera Beltrán, Marcos Alcántaro Montoya y Hamilton Lama Taía, concluyen: «Esta patología, **¡prevenible!**, muchas veces pasa desapercibida en nuestros hospitales, sin tomar las medidas precautelarias adecuadas para cada caso según la gravedad que presenten estos recién nacidos. Vemos que esta patología tiene un alto índice de complicaciones y de morbilidad cuando no se actúa oportunamente».*[6]

«La importancia de los factores de riesgo radica en que son identificables u observables antes de la ocurrencia del daño que predicen, por tanto, se pueden intervenir con el fin de intentar disminuir la frecuencia de aparición de ese daño. Los factores de riesgo son múltiples: biológicos, sociales, culturales, económicos e institucionales, entre otros».[7]

«En la medicina perinatal, las ayudas diagnósticas son indispensables para conocer la salud fetal y para tomar decisiones clínicas. El conteo de los movimientos fetales, el monitoreo electrónico fetal, la prueba sin estrés, la prueba con contracciones, la ecografía, el perfil biofísico, el Doppler fetal, la amniocentesis y/o la cordocentesis, y las pruebas de madurez pulmonar en el líquido amniótico son los diferentes métodos por los cuales podemos evaluar el estado de salud del feto. (…) La incorporación del monitoreo electrónico

[4] Miren González y otros. Relación entre evaluación clínica del sufrimiento fetal agudo, tipo de parto y estado del recién nacido. Lima: Hospital Nacional Edgardo Rebagliati, p. 58.

[5] José Espinoza. Sufrimiento fetal. Revista chilena de pediatría Vol.44 Nº6, 1973. p. 523 y ss.

[6] Síndrome de aspiración meconial. Revista "Medicina". Vol. 11. Nº 2, Guayaquil, 2005.

[7] John Jairo Zuleta Tobón y Joaquín Guillermo Gómez Dávila. Obstetricia y ginecología, 6ª ed. Bogotá: 2001. p. 130.

fetal a los protocolos de vigilancia fetal en los embarazos de alto riesgo se asocian con una reducción en la muerte fetal».[8]

«Los fetos sometidos a situaciones de hipoxia crónica posiblemente no tengan la fortaleza para resistir el parto y un expulsivo normales, sin presentar signos graves de sufrimiento. Con cada contracción uterina, disminuye o cesa en realidad el flujo de sangre al espacio intervelloso, lo cual puede ocasionar hipoxia o anoxia del feto. Además, el estrés mecánico por comprensión de la cabeza o el cordón del feto pueden agravar ese sufrimiento. La tocodinamometría externa, permite el registro continuo de la frecuencia y la duración de las contracciones. Este método no incluye unidades de medición y de este modo no refleja la intensidad ni el tono de las contracciones. Sin embargo por la forma y la altura de la onda contráctil, puede orientarse la conducción del trabajo de parto. (…) El manejo inteligente del parto depende del conocimiento que se tenga de su mecanismo, de saber diferenciar lo normal de lo anormal, para reconocer las limitaciones de su progreso. La mayoría de los autores está de acuerdo en aceptar que la mejor manera para seguir el proceso dinámico del trabajo de parto, es graficando el tiempo de la dilatación cervical y su relación con el descenso de la presentación. Sólo así, se puede determinar con seguridad el progreso del trabajo de parto. El diagnóstico de las anormalidades es impreciso y erróneo hasta en la mitad de los casos, cuando no se utiliza el registro gráfico».[9]

> ***El conocimiento científico afianzado en la materia así como las normas técnicas del Ministerio de Salud coinciden en que sí era posible detectar factores de riesgo indicativos de sufrimiento fetal, con el fin de prevenir secuelas neurológicas por asfixia del neonato en el trabajo de parto".*** (Lo resaltado es por fuera del texto).

Así mismo, posteriormente en el mismo fallo, con respaldo en literatura médica se expone:

> «*El sufrimiento fetal ha sido asociado con asfixia fetal severa, complicaciones médicas, obstétricas o del trabajo de parto. Es importante, por consiguiente, su diagnóstico precoz, para así evitar que sea del tipo descompensado, el cual es de peor pronóstico. Obviamente, debe realizarse un adecuado control del embarazo, con especial atención a aquellas gestantes que, por antecedentes, se incluye en el grupo de alto riesgo, cuyas posibilidades de presentar complicaciones durante la gestación y trabajo de parto son mayores. (…) Revisada la literatura, vemos que la cesárea es el procedimiento de elección en casos en que se diagnostica sufrimiento fetal por monitoreo electrónico. (…) La patología más frecuente en los grupos de sufrimiento fetal, fue la hipoxia y, en segundo lugar, el síndrome de dificultad respiratoria. (…) Finalmente, deseamos señalar, ante los hallazgos del presente estudio, que resulta imperativo contar con medios de control más precisos, tanto en el anteparto como en el intraparto, para disminuir la incidencia de sufrimiento fetal».[10]*
>
> *«Cuando se determina que las condiciones de desarrollo y de sobrevida fetales se hacen críticas, debe indicarse la interrupción terapéutica del embarazo antes de su término normal. En estos casos, es especialmente importante determinar en la forma más adecuada posible el grado de madurez fetal y medir calculadamente el riesgo que está sufriendo el feto en su vida intrauterina, comparándolo con los riesgos potenciales que pueden derivarse de la prematurez o inmadurez del recién nacido. (…) Esquemáticamente, las acciones obstétricas pueden resumirse de la siguiente manera: 1. Detección*

---

[8] José Enrique Sanín Blair y Ana María Cuartas Calle. Obstetricia y ginecología, 6ª ed. Bogotá: 2001. p. 135.
[9] Juan Fernando Bojanini. Obstetricia y ginecología, 6ª ed. Bogotá: 2001. p. 305 y s.s.
[10] Miren González y otros. Relación entre evaluación clínica del sufrimiento fetal agudo, tipo de parto y estado del recién nacido.

precoz de embarazos de alto riesgo fetal. Como se ha expresado, esto es posible de lograr en un alto número de casos desde etapas precoces de gestación o incluso antes que ella comience. Este grupo concentra la mayor parte de sufrimientos fetales, tanto agudos como crónicos. 2. Vigilancia intensiva a través de un control obstétrico apropiado y usando las metódicas de estudio que se han señalado, en todos los casos de alto riesgo potencial para el feto. 3. Interrupción del embarazo. En aquellos fetos en que se pesquisa que están sobreviviendo en condiciones críticas dentro del útero materno, habiendo alcanzado un grado de madurez satisfactoria, debe plantearse la interrupción oportuna del embarazo antes de su término espontáneo, ya sea por vía vaginal o por operación cesárea».[11]

«Los fetos sometidos a situaciones de hipoxia crónica posiblemente no tengan la fortaleza para resistir el parto y un expulsivo normales, sin presentar signos graves de sufrimiento. (…) Si después de un período de observación de 2 a 3 horas no tiene lugar el progreso del trabajo de parto o si antes de ese tiempo aparecen signos de sufrimiento fetal o de hipertonía uterina, debe suspenderse la prueba del trabajo de parto y recurrirse a la cesárea segmentaria».[12]

Conforme lo anterior, es decir, las guías establecidas junto con el conocimiento científico existente sobre la materia, puede afirmarse que aunque existen variados factores de riesgo que pueden incidir en la seguridad del trabajo de parto y las secuelas para el neonato, éstos se pueden prevenir, y para el efecto, cobra especial importancia, las ayudas diagnósticas como el monitoreo fetal para conocer la salud fetal y tomar decisiones clínicas oportunas, cuestión que para este caso, conforme lo relata la historia clínica, resulta vital para el análisis de las causas del desafortunado desenlace presentado en la recién nacida, por cuanto, puede concluirse, a partir además de la aplicación de las reglas de la experiencia, que si se hubiere realizado aquella monitoria fetal previamente al instante en que se hizo, se hubiere advertido la anomalía que se estaba presentado en la salud del feto, o lo que es lo mismo, el riesgo indicativo de sufrimiento fetal que mostró esa ayuda diagnóstica y de esa manera haberse evitado las secuelas neurológicas en el neonato por la asfixia que presentó en el trabajo de parto.

Acerca de este último punto, se reitera, existe prueba documental y declarativa suficiente de las secuelas de daño neurológico padecidas por la niña LUISA FERNANDA, dado que presenta un retardo psicomotor leve a moderado, problemas de aprendizaje, trastornos del lenguaje y conducta asociada a agresividad, todos ellos asociados en su origen a una insuficiencia de oxígeno, en el proceso del parto, motivo por el que aparece como la única causa acreditada en el proceso, y no descartada además con prueba en contrario, aquellos efectos adversos en su salud neurológica, amén que de igual manera, no se verificó que en ello influyera razones fisiológicas de aquella afectada, puesto que incluso con la demanda, se arribó la prueba documental no desconocida ni tachada, concerniente a un estudio citogenético efectuado a ésta el 26 de junio de 2018, por la genetista CAROLINA ISAZA, la cual conceptuó sobre su resultado “normal para una persona de sexo femenino”, aunado a que preciso que “Este cariotipo no mostró anomalías numéricas o estructurales y es normal para una persona de sexo femenino al nivel de resolución de este examen, 806 bandas” (archivo 00, folios 641-642).

Adicionalmente, debe señalarse que, en la audiencia oral practicada en el proceso, se recauda la declaración del médico JORGE ALBERTO RESTREPO MARTÍNEZ, ginecólogo-obstetra y con subespecialidad en alto riesgo obstétrico, es decir, un galeno de la misma especialidad de la profesional de la medicina SANDRA

[11] José Espinoza. Sufrimiento fetal. Revista chilena de pediatría. Vol. 44, Nº 6
[12] Obstetricia y ginecología. Universidad de Antioquia, 6ª ed. 2001.

ZAMORA que practicó la atención cuestionada de la madre gestante el día 12 de mayo de 2010, y respecto del que, a pesar, de que no se verifica en los registros de la historia clínica de COSMITET LTDA, incorporada al proceso, el haber intervenido en la atención de la madre gestante o de su producto, como aquel lo afirma haberlo hecho con relación a la recién nacida LUISA FERNANDA JARAMIILLO, por lo que existe la duda de que se trate efectivamente de un testigo técnico, conforme además lo alega la activa en su reparo expuesto en la recaudación de aquel testimonio y en los alegatos de conclusión expuestos en la vista pública; en todo caso, para el despacho, la mencionada declaración, merece su valoración probatoria y adicionalmente como un concepto de experto, debido a que si se revisa con detenimiento su contenido, aquel profesional de la salud expone un claro criterio científico sobre un área del saber relacionado con los hechos materia del proceso, respecto del cual mencionó tener una preparación académica y experiencia importante; en especial, cobra importancia la manifestación que hace respecto a la ocurrencia de la aludida anotación del resultado de la monitoria fetal realizada el 12/10/2010 a las 17:45, frente a la que la médica tratante ZAMORA anota el resultado de "poca variabilidad", lo cual, significa, según lo precisó aquel experto, una clara "sospecha de hipoxia", que demandaba el practicar una cesárea de urgencia, dado que permitía inferir que se trataba de un feto no satisfactorio, lo que unido a su tesis de que lo presentado en la madre gestante corresponde a una "insuficiencia placentaria", debido a la presencia de liquidado amniótico meconiado, daban cuenta ambos datos de una clara "pérdida de oxígeno" para el feto; de ahí que, así se valore como un simple testigo (no técnico, por las razones ya expuestas), por tratarse de un experto que ha expuesto su criterio basado en un conocimiento científico que resulta asimismo creíble, porque encuentra respaldo en la literatura médica especializada, como se expuso también atrás, permite ser valorado de igual talante como un concepto de experto, medio de prueba que aunque no se encuentre regulado en el estatuto adjetivo, permite ser aplicado a un proceso de responsabilidad médica.

Encuentra respaldo lo expuesto, en la ya citada sentencia SC-9193 de 2017, en donde se dijo sobre la definición del concepto del experto, su diferencia con el testigo técnico y el dictamen pericial, lo siguiente:

> *"Es preciso aclarar, en primer lugar, que los expertos que acuden al proceso a exponer su criterio científico o técnico sobre aspectos generales de un área del saber no son testigos, contrario a lo que erróneamente creyó el Tribunal.*
>
> *En nuestro proceso civil, un testigo es un tercero ajeno a la controversia, quien declara sobre algo que ha percibido directamente por cualquiera de sus órganos de los sentidos. El testigo da fe sobre las circunstancias de tiempo, modo, lugar, persona, objeto o causa que le constan porque las presenció; de ahí que cumple la función trascendental e irremplazable de llevar al proceso información sobre la ocurrencia de los hechos que interesan al litigio.*
>
> *El testigo técnico en nuestro ordenamiento procesal es aquella persona que, además de haber presenciado los hechos, posee especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre ellos (art. 227 C.P.C., inc. 3º; y art. 220 inc. 3º C.G.P.), cuyos conceptos y juicios de valor limitados al área de su saber aportan al proceso información calificada y valiosa sobre la ocurrencia de los hechos concretos que se debaten.*
>
> *Los conceptos de los expertos y especialistas no pueden equipararse a los testimonios técnicos, pues cumplen una función probatoria completamente distinta a la de éstos, en la medida que no declaran sobre los hechos que percibieron o sobre las situaciones fácticas particulares respecto de las que no hubo consenso en la fijación del litigio, sino que exponen su criterio general y abstracto acerca de temas científicos, técnicos o artísticos que interesan al*

proceso; aclaran el marco de sentido experiencial en el que se inscriben los hechos particulares; y elaboran hipótesis o juicios de valor dentro de los límites de su saber teórico o práctico. Dado que el objeto de este medio de prueba no es describir las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos sobre los que versa la controversia, no tiene ningún sentido tomar juramento a los expertos sobre la verdad de su dicho, pues –se reitera– éstos no declaran sobre la ocurrencia de los hechos en que se fundan las pretensiones sino que rinden criterios o juicios de valor.

Tampoco es posible asimilarlos al dictamen pericial, porque aunque tienen una finalidad parecida, se alejan sustancialmente de la función que cumple este otro medio de prueba, y no se rigen por sus rigurosas y restrictivas normas sobre aducción, decreto, práctica y contradicción.

Los conceptos o criterios de los expertos y especialistas son medios de prueba no regulados expresamente en el estatuto adjetivo, pero perfectamente admisibles y relevantes en virtud del principio de libertad probatoria que rige en nuestro ordenamiento procesal (art. 175 C.P.C.; y art. 165 C.G.P.), en la medida que son útiles para llevar al juez conocimiento objetivo y verificable sobre las circunstancias generales que permiten apreciar los hechos; no se oponen a la naturaleza del proceso; no están prohibidos por la Constitución o la ley; y el hecho alegado no requiere demostración por un medio de prueba legalmente idóneo o especialmente conducente.

Al igual que los demás medios de prueba, los conceptos de los expertos o especialistas deben ser apreciados singularmente y en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo que requiere tener en cuenta el método de valoración descrito líneas arriba, pues de lo contrario el sentenciador no habrá estimado razonadamente el acervo probatorio sino que estaría resolviendo la controversia según su íntima convicción, opinión o creencia, tal como hizo el Tribunal en este caso.

Es preciso aclarar, en primer lugar, que los expertos que acuden al proceso a exponer su criterio científico o técnico sobre aspectos generales de un área del saber no son testigos, contrario a lo que erróneamente creyó el Tribunal.

En nuestro proceso civil, un testigo es un tercero ajeno a la controversia, quien declara sobre algo que ha percibido directamente por cualquiera de sus órganos de los sentidos. El testigo da fe sobre las circunstancias de tiempo, modo, lugar, persona, objeto o causa que le constan porque las presenció; de ahí que cumple la función trascendental e irremplazable de llevar al proceso información sobre la ocurrencia de los hechos que interesan al litigio.

El testigo técnico en nuestro ordenamiento procesal es aquella persona que, además de haber presenciado los hechos, posee especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre ellos (art. 227 C.P.C., inc. 3º; y art. 220 inc. 3º C.G.P.), cuyos conceptos y juicios de valor limitados al área de su saber aportan al proceso información calificada y valiosa sobre la ocurrencia de los hechos concretos que se debaten.

Los conceptos de los expertos y especialistas no pueden equipararse a los testimonios técnicos, pues cumplen una función probatoria completamente distinta a la de éstos, en la medida que no declaran sobre los hechos que percibieron o sobre las situaciones fácticas particulares respecto de las que no hubo consenso en la fijación del litigio, sino que exponen su criterio general y abstracto acerca de temas científicos, técnicos o artísticos que interesan al proceso; aclaran el marco de sentido experiencial en el que se inscriben los hechos particulares; y elaboran hipótesis o juicios de valor dentro de los límites

de su saber teórico o práctico. Dado que el objeto de este medio de prueba no es describir las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos sobre los que versa la controversia, no tiene ningún sentido tomar juramento a los expertos sobre la verdad de su dicho, pues –se reitera– éstos no declaran sobre la ocurrencia de los hechos en que se fundan las pretensiones sino que rinden criterios o juicios de valor.

Tampoco es posible asimilarlos al dictamen pericial, porque aunque tienen una finalidad parecida, se alejan sustancialmente de la función que cumple este otro medio de prueba, y no se rigen por sus rigurosas y restrictivas normas sobre aducción, decreto, práctica y contradicción.

Los conceptos o criterios de los expertos y especialistas son medios de prueba no regulados expresamente en el estatuto adjetivo, pero perfectamente admisibles y relevantes en virtud del principio de libertad probatoria que rige en nuestro ordenamiento procesal (art. 175 C.P.C.; y art. 165 C.G.P.), en la medida que son útiles para llevar al juez conocimiento objetivo y verificable sobre las circunstancias generales que permiten apreciar los hechos; no se oponen a la naturaleza del proceso; no están prohibidos por la Constitución o la ley; y el hecho alegado no requiere demostración por un medio de prueba legalmente idóneo o especialmente conducente.

Al igual que los demás medios de prueba, los conceptos de los expertos o especialistas deben ser apreciados singularmente y en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo que requiere tener en cuenta el método de valoración descrito líneas arriba, pues de lo contrario el sentenciador no habrá estimado razonadamente el acervo probatorio sino que estaría resolviendo la controversia según su íntima convicción, opinión o creencia, tal como hizo el Tribunal en este caso".

Por consiguiente, los medios probatorios recaudados en el proceso, de manera aislada y en conjunto, bajo los criterios de la sana crítica, unido al conocimiento científico brindado por la literatura médica, el concepto de un experto, y la confrontación con las guías o el protocolo establecido para el efecto, llevan al convencimiento del despacho, acerca de que en este caso, la actividad del personal de salud de la entidad accionada COSMITET LTDA, no se adecuó a la lex artis ad hoc, dado que su conducta adoptada en la atención del 10 de mayo de 2010, se alejó injustificadamente de las normas de la ciencia médica frente al cuadro que presentó la paciente, porque no actuó de acuerdo con el estándar de conducta que le era exigible, y representado en el hecho de que no se realizó el examen de diagnóstico de monitoria fetal con la oportunidad debida, una vez la paciente ingreso a las instalaciones de aquella clínica, amén que para esa especifica finalidad y estando en trabajo de parto latente, como lo indicó el médico de la entidad remitente SANIDAD MILITAR en la respectiva historia clínica de esa entidad, es remitida a ese establecimiento hospitalario (CLINICA REY DAVID), sumado a que precisamente, cuando es practicado el mismo (17:45/2010/05/12), arrojo un resultado contentivo de un signo de alarma asociado a una actividad uterina irregular, que demandó la variación del manejo de parto espontaneo a una cesárea, la que a pesar de que hizo en un tiempo corto (19:20 /2010/05/12; archivo 00, folio1152-1156), la presencia de la insuficiencia de oxígeno en el feto ocasionó serios daños neurológicos en aquel.

Por ende, esa circunstancia arroja la probabilidad razonable concerniente a que aquella ayuda diagnóstica (monitoria fetal), no se hizo en la oportunidad que demandaba la situación de la paciente, puesto que si hubiere practicado antes, aquel resultado demandaba efectuar la cesárea de inmediato, y en ese sentido, también permite presumir razonablemente que si se hubiere hecho en su oportunidad, pudo evitar el sufrimiento fetal que finalmente padeció la niña LUISA

FERNANDA JARAMILLO.

Debe precisarse, igualmente, que la circunstancia expuesta por la representante legal de la demandada COSMITET LTDA, en el interrogatorio expuesto en la audiencia oral, al igual que lo expuesto por la testigo MAGDA NAZIRA SALOMÓN LÓPEZ médico pediatra que atendió a la recién nacida en la unidad UCI, al día siguiente de aquel hecho, y asimismo el otro testigo referido JORGE RESTREPO, en el sentido de que también se realizó un monitoreo fetal en las horas de la mañana del día 10 de mayo de 2010 a la madre gestante, es decir, adicional y previo al mencionado que es efectuado en las horas de la tarde (17:45pm), el cual arrojó un resultado normal, para el despacho, esa situación, amerita el siguiente análisis, puesto que en principio se hablaría de dos exámenes de monitoria fetal practicados a la paciente:

Al testigo último en mención, se le puso de presente el informe de monitorio fetal que obra a folio 1458 del archivo 00, por contener la fecha en comento (12/05/210), y se le comparó su resultado con la anotación de la monitoria fetal que se relaciona en la historia clínica, hora 17:45, respecto de lo cual, señala éste último declarante y experto que conceptuó en el proceso, que se trata de dos resultados diversos, amén que el dato clave que los diferencia, es el registro de “poca variabilidad” que contiene el registrado en aquella HC, y no lo tiene el señalado en el folio comentado; además aquel experto, señala que la galeno que registró la información en dicho relato clínico (SANDRA ZAMORA), consignó un dato errado al señalar la expresión “no reactiva”, dado que esa terminología no se usa en la praxis médica y más aún cuando los demás datos consignados muestran la existencia de contracciones, tratándose según su parecer a un error de redacción de aquella médica.

De igual modo, la circunstancia de que el informe de monitoreo fetal en mención, que aunque tenga como fecha 12 de mayo de 2010, la hora (10:40), no corresponde con la anotación aludida de la historia clínica ni con la hora de ingreso de la paciente a la CLINICA REY DAVID, que allí se indica ocurrió a las 12:30 del día, hecho que es corroborado además por la madre gestante MARÍA LEIDY ORTIZ, quien en su declaración precisó que llegó a la CLÍNICA REY DAVID a las 12:20 de la tarde e ingresó a las 12:30 a la sala de partos de dicha institución, dichas evidencias por tanto no permiten al despacho concluir que se trate de dos informes diferentes de esa clase de ayuda diagnostica y que se practicaron a la paciente en esa misma fecha, como lo señalan aquellos declarantes, aunado a que las dudas sobre la real fecha de ocurrencia de ese informe de monitoria, y el error que existe en la lectura que hace el médico tratante del resultado que aparece señalado en la historia clínica, y sin otro respaldo en dicha HC o medio probatorio arribado al proceso, acerca de que efectivamente se trata de dos exámenes de ese tipo efectuados a la madre gestante en esa fecha (12/05/210), determinan que se tenga como hecho establecido en el proceso, que existe una sola monitoria fetal hecha a la paciente en esa fecha y con anotación de resultado a las 17:45 horas, con las consecuencias que ello tiene para las resultas del caso.

Adicionalmente, debe manifestarse que los errores, omisiones, incomprensiones y demás que contenga una historia clínica, al contravenir lo dispuesto en la resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud, la jurisprudencia civil ha señalado que esas falencias, junto con el análisis de las pruebas respectivas, se pueden apreciar como un indicio grave de la negligencia profesional enrostrada en la demanda (SC4425-2021); de ahí que, para el caso concreto, se apreciará la falta de claridad de la información sobre la monitoria fetal practicada a la madre gestante, incluida en la historia clínica de la entidad demandada como un indició grave de la existencia de la culpa galénica alegada en la demanda.

Por consiguiente, a partir de los elementos de juicio antes analizados, se acredita el elemento culpa en la definición de la responsabilidad civil deprecada en la demanda.

2.2. Relación de causalidad.

La relación de causalidad o nexo causal se ha entendido como la imputación de un resultado a la conducta humana, atribuida ésta a un actuar culpable o doloso, o en su defecto al riesgo generado en el desarrollo de una determina actividad.

Dicho ejercicio, alude esencialmente a un juicio de razonabilidad en donde el juez aplica fundamentalmente las máximas de la experiencia, conforme lo ha señalado la jurisprudencia civil, ejemplo de ello es la sentencia del 9 de diciembre de 2013, con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez, en donde se dijo que:

"La causalidad es un concepto que permite reconocer, de entre una pluralidad de acontecimientos, aquél o aquéllos que hacen posible la producción de un resultado.

(…)

Ahora bien, para establecer ese nexo de causalidad es preciso acudir a las máximas de la experiencia, a los juicios de probabilidad y al buen sentido de la razonabilidad, pues solo éstos permiten aislar, a partir de una serie de regularidades previas, el hecho con relevancia jurídica que pueda ser considerado como la causa del daño generador de responsabilidad civil".

Precisado lo anterior, en el caso planteado, a partir de los elementos de juicio valorados y el conocimiento científico que sirve de soporte, se verificó que el daño antijuridico establecido por las secuelas neurológicas padecidas por la niña LUISA FERNANDA JARAMILLO, en el procedimiento de la atención de su parto, es atribuible exclusivamente al actuar culposo de los agentes de la entidad de salud accionada, puesto que se probó que ocurrió una falta de detección temprana de la situación de sufrimiento fetal que padeció el feto en aquel proceso.

En consecuencia, se estructuran al caso los elementos configuradores de la responsabilidad civil médica deprecada en la demanda, concernientes al daño antijuridico, la imputación de culpa galénica y la relación de causalidad entre aquel daño y el acto médico cuestionado.

Lo anterior, determina asimismo que no resultan probadas las excepciones de mérito alegadas por la pasiva, y denominadas: Inexistencia de daño antijuridico de carácter indemnizatorio; inexistencia de nexo causal en la producción del hecho dañoso; inexistencia de culpa en la atención integral brindada por la entidad demandada; exoneración de cumplimiento de la obligación de medio brindada por el equipo de salud de la clínica demandada; exoneración por estar probado que el equipo profesional de salud de la clínica empleó la debida diligencia y cuidado; carga de la prueba a cargo del actor; y, cobro de lo no debido.

4. DEFINICIÓN DEL MONTO INDEMNIZATORIO

Debe partirse para el efecto, que, en la demanda, se pide el reconocimiento por los actores de una indemnización por los siguientes perjuicios: patrimoniales: daño emergente consolidado y futuro; lucro cesante consolidado y futuro; perjuicios extra-patrimoniales: daño moral, a la vida de relación y a la salud.

De igual manera, con fundamento en lo dispuesto en el art. 2341 del C.C., la cual consagra la obligación de reparar todos los daños que ocasiona la conducta del demandado, que es declarado civilmente responsable por la comisión de un delito o culpa, los cuales además comprende los patrimoniales y extrapatrimoniales, amén que conforme lo señala el art. 16 de la Ley 446 de 1998, dentro de cualquier proceso de reparación de perjuicios, operan los principios de reparación integral y equidad, como la observancia de los criterios técnicos actuariales.

En cuanto a la interpretación de aquellas disposiciones, la jurisprudencia civil como lo hace en la sentencia SC9193-2017, señala lo siguiente:

> *"Lo anterior significa que el juez tiene la obligación de ordenar la indemnización plena y ecuánime de los perjuicios que sufre la víctima y le son jurídicamente atribuibles al demandado, de suerte que el damnificado retorne a una posición lo más parecida posible a aquélla en la que habría estado de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso. De ahí que la reparación integral y equitativa signifique tanto la obligación legal de resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes del lesionado, como la restricción de no sobrepasarlos, pues la indemnización no es en ningún caso fuente de enriquecimiento".*

Con base en los anteriores criterios, el despacho procederá a continuación a definir el componente indemnizatorio a cargo de la parte demandada.

4.1. DAÑO EMERGENTE-CONSOLIDADO.

Aquel, se ha entendido como toda pérdida o gasto en que se incurra como consecuencia del daño sufrido por la víctima, que puede ser causado o futuro, dado que la jurisprudencia civil de vieja data lo precisa como "*la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad...*" (sentencia CSC del 7 de mayo de 1968)

En el caso planteado, lo reclaman para sí los demandantes MARÍA LEIDY ORTIZ PAZ y HUGO FERNANDO JARAMILLO OTALVARO, progenitores de la víctima LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ, sustentado aquel en los gastos extras que tuvieron que asumir por concepto de atención especializada en programas terapéuticos en fonoaudiología, salud ocupacional y otros gastos en salud, que a la fecha de corte del 1º de octubre de 2019, ascienden esos gastos en la suma total de $12.973. 400.oo.

Respecto a la acreditación de esas erogaciones, con la demanda, se aporta una serie de documentos contentivos de recibos de caja por concepto de tratamiento de terapia ocupacional y fonoaudiología, fechados 02/01/2018 (2); 02/04/2018; 02/01/2019 (2); 02/04/2017; y, 02/07/2019; igualmente un recibo de orden de servicio expedido por INSTITUTO DE MEDICINA MÉDICA DRA. CAROLINA ISAZA LTDA por valor de $560.000., con fecha 22/05/2018; factura de honorarios de la DRA. NATALIA GONZÁLEZ DELGADO-MÉDICA PISIQUIATRA de fecha 18/09/2018 por valor de $120.000.; y, copia de factura de FARMACIA MULTIDROGAS, sin fecha legible por valor de $29.400.oo. Aquellos documentos obran en archivo 00, folios 731-735, y efectuada la sumatoria de los mencionados valores, arroja un total de $12.949.400.oo.

La comprobación a través de la mencionada prueba documental, no objeto de contradicción alguna por la parte contraria, y a falta de prueba en contrario, permiten establecer la existencia de aquel daño patrimonial en particular, dado que reflejan claramente la pérdida patrimonial sufrida por las personas que sufragaron con sus propios recursos aquellos gastos en salud de la niña LUISA FERNANDA JARAMILLO, correspondiente además a sus progenitores, calidad acreditada con el registro civil de nacimiento de la citada descendiente (archivo 00, folio 322), amén que además de la existencia de aquellos documentos contables, se encuentran igualmente incorporados al proceso, los informes médicos realizados por los profesionales que los expidieron, alusivos a los profesionales contratados para el efecto de las especialidades referentes a terapia ocupacional, fonoaudiología, genética y valoración de psiquiatría infantil (archivo 00, folios 620-622, 622-625, 626-630641-642 y 663-664.

En ese orden de ideas, la citada suma dineraria ($12.949.400), refleja la real pérdida sufrida por los reclamantes, y será entonces el monto único por reintegrarles por concepto de daño emergente, aplicando además lo dispuesto en el inciso 3º del art. 281 del CGP, según el cual "*Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último",* puesto que el monto a reconocer excede ligeramente lo pedido por ese concepto $12.973.400*.*

Ahora, como aquel pago corresponde al reconocimiento de una indemnización, por lo que debe ser integro, la doctrina establecida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha previsto que, para ese fin, debe encontrarse actualizado monetariamente, debido al fenómeno inflacionario que afecta a la economía colombiana, como lo indica en sentencia de 13 de mayo de 2010, M.P EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, en la que sobre el tema de la indexación expuso:

> *"Mientras tanto, la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro, conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias, que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998".*

De igual forma, sobre la fórmula matemática aplicable a la indexación o corrección monetaria, la citada Corporación en sentencia de 27 de agosto de 2015 M.P ARIEL SALAZAR RAMIREZ señaló:

> *"Para actualizar el valor de la parte de precio que los demandados deben reintegrar a la actora, es necesario acudir a la fórmula matemática más aceptada para este tipo de operación, conforme a la cual «la suma actualizada (Sa) es igual a la suma histórica (Sh) multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes hasta el que se va a realizar la actualización (índice final) dividido por el índice de precios al consumidor del mes del que se parte (índice inicial)» (CJS SC, 16 Sep. 2011, Rad. 2005-00058-01).*
>
> *Los índices empleados son los certificados por el DANE para los períodos correspondientes[13], los cuales constituyen un hecho notorio que no requieren de prueba al tenor de lo dispuesto en los artículos 177 (inciso 2º) y 191 del estatuto procesal".*

Descendiendo al caso concreto, en aras de proceder a indexar el aludido valor ($12.949.400.oo.), teniendo en cuenta para ello el valor del IPC al momento de emitirse la presente providencia (fecha de anuncio del fallo: 23/07/2022), o el IPC más cercano a esta fecha, a partir del último valor del IPC consolidado por parte del DANE (junio de 2022), y el valor de la IPC a la fecha en que se hizo la estimación de la pérdida reclamada (fecha de corte: 1/10/2019), ambos consolidados certificados por el DANE, la indexación quedará de la siguiente forma:

VR= VH X (IPC actual/ IPC inicial)

Donde:

VR= valor a restituir.

VH= valor histórico.

---

[13] Índices consultados en la Serie de Empalme 2000-2015 publicada por el DANE.

IPC actual (junio de 2022: 119.31).

IPC inicial (octubre de 2019: 103.43).

Entonces:

VR= $12.949.400. (119.31/103.43)

VR= $12.949. 000.oo. (1,15353379096)

VR= $14.937.570.4726.

Valor indexado que deberá ser devuelto por la parte demandada a favor de los referidos actores MARÍA L. ORTIZ P. y HUGO F. JARAMILLO O.

Total, daño emergente: $= $14.937.570.4726

4.2. DAÑO EMERGENTE FUTURO

Los demandantes mencionados, igualmente, reclaman aquel perjuicio patrimonial, basado aquel en los gastos extras que deberán asumir como padres de la menor lesionada, a partir del 1º de octubre de 2019 y hasta el año 2021, cuya proyección se hace por las terapias semanales y por mes por las especialidades de fonoaudiología y en salud ocupacional, y otros gastos de salud de aquella víctima, teniendo en cuenta además el hecho de que los reclamantes y la menor deberán desplazarse junto con los abuelos a esta comarca; aquel cálculo lo tasan en la suma de $16.464.000.

Respecto a esa "proyección futura de gastos", debe mencionarse, de una parte, que con la demanda se arribó un documento no tachado ni desconocido por la contraparte, referido a dos presupuestos de programas de fonoaudiología y de terapia ocupacional de la paciente LUISA FERNANDA JARAMILLO, firmados por los profesionales HECTOR RICARDO ORTIZ (fonoaudiólogo) y ANA MARÍA HOLGUÍN (terapeuta ocupacional), y correspondiente ambos al interregno comprendido entre el mes de octubre de 2019 a diciembre de 2021, con los valores de cada especialidad: $4.272.000, para fonoaudiología, y de $10.800.000, para terapia ocupacional, cuya sumatoria arroja la cantidad total de $15.072.000.oo. (archivo 00, folios 736-737).

Además, por tratarse del cálculo de un perjuicio futuro, no necesariamente deben ser "ciertos", por cuanto pueden establecerse mediante criterios de probabilidad a partir de las reglas de la experiencia y los cálculos notariales; en efecto, en la ya citada sentencia SC9193-2017, la CSC de la CSJ, señaló:

> *"Una vez establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil, el juez debe cuantificar el monto concreto de cada tipo de daño que haya quedado probado, los cuales no tienen que ser 'ciertos' cuando se refieren al futuro, pues según los axiomas de la lógica, es una verdad irrefutable que las cuestiones que atañen al porvenir son siempre contingentes y escapan al ámbito de la certeza o la necesidad, lo cual es tan obvio que no merece ser discutido; por lo que los perjuicios futuros se establecen mediante criterios de probabilidad a partir de las reglas de la experiencia y los cálculos actuariales; lo que impide considerarlos como meras especulaciones o conjeturas.*
>
> *La reparación integral de los perjuicios exige, de igual modo, que en cada caso el juez tome en consideración las circunstancias específicas en que tuvo lugar el hecho dañoso;…".*

Por consiguiente, y máxime en este caso, donde la proyección de aquel daño futuro tiene respaldo en un presupuesto elaborado por profesionales que se ha evidenciado también el hecho concerniente a que han atendido a la paciente lesionada LUISA FERNANDA JARAMILLO, en dichas disciplinas del conocimiento de manera particular, conforme ya se ha establecido en el proceso con elementos de juicio suficientes (documentos aportados con la demanda, ya explicados), aplicando por tanto los referidos criterios autorizados para el efecto, el despacho ordenará el pago de aquella suma determinada que resulta comprobada y no la pedida, igualmente, aplicando la indexación y la misma fórmula utilizada para la tasación del daño emergente consolidado; en cuanto a la fecha de corte corresponderá a la incluida en la liquidación anterior (1/10/2019) y terminará con la de anuncio de esta sentencia (23/07/2022).

Entonces, reemplazando formulas tenemos:

VR= VH X (IPC actual/ IPC inicial)

Donde:

VR= valor a restituir.

VH= valor histórico.

IPC actual (junio de 2022: 119.31).

IPC inicial (octubre de 2019: 103.43).

Entonces:

VR= $15.072.000 (119.31/103.43)

VR= $12.949. 000.oo. (1,15353379096)

VR= $17.386.061.2973.

Valor indexado que deberá ser devuelto por la parte demandada a favor de los referidos actores MARÍA L. ORTIZ P. y HUGO F. JARAMILLO O.

Total, daño emergente futuro: $=17.386.061.2973.

Total, daño emergente (consolidado y futuro): $32.323.631.7699

4.3. LUCRO CESANTE

El lucro cesante se ha entendido en términos generales por la doctrina y jurisprudencia, como la ganancia o utilidad cierta de la que es privada la víctima, amparada además en lo dispuesto en el art. 1614 del CC, en donde lo define como la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

En el caso planteado, se reclama un lucro cesante consolidado y futuro; el primero, a favor de la madre de la menor de edad, señora LEIDY ORTIZ, debido a la dedicación permanente a su hija LUISA FERNANDA, desde su nacimiento y hasta la actualidad, debido a su discapacidad, por lo que no pudo volver a trabajar, calculado desde la estructuración del daño (12/05/210) y hasta el momento de la liquidación (1/10/2019), con base además en el salario último que devengaba

aquella progenitora antes del hecho lesivo ($1.290.000); en cuanto al futuro, se pide a favor de la víctima directa LUISA FERNANDA JARAMILLO, basado en lo que hubiere recibido desde la fecha en que fuere apta laboralmente y generar sus ingresos (mayoría de edad: 12/05/2028) y hasta finalizar el periodo indemnizable (vida probable).

Precisado lo anterior, el despacho se referirá a aquellos perjuicios de la siguiente manera:

1. Con relación al lucro cesante consolidado, el daño antijuridico comprobado en el proceso, recae exclusivamente en la víctima LUISA FERNANDA JARAMILLO, menor de edad a la fecha (12 años; registro civil de nacimiento, archivo 00, folio 322), ocasionado aquel se itera en el trabajo de parto y ocasionado por un actuar culposo, alejado de la lex artis ad hoc exigible al caso e imputable a un agente (personal médico) de la entidad accionada CLINICA REY-COSMITET LTDA; de ahí que, la pérdida rogada no puede tener como destinataria a persona distinta de aquella lesionada, aunado a que la ganancia calculada por la reclamante del daño no es la que se privó dicha víctima sino su progenitora, por lo que no se cumple con aquel presupuesto esencial para su tasación (ganancia dejada de percibir por la víctima).

Así mismo, la jurisprudencia civil respecto al lucro cesante lo define en términos generales como la ganancia esperada que se ve privada la victima al acontecer el hecho dañoso, con la condición de que, con referencia a su existencia y extensión, debe obrar prueba suficiente en el proceso. En apoyo de lo anterior se trae a colación la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que, en sentencia de 18 de noviembre de 2019, M.P LUIS ALONSO RICO PUERTA, sobre el tópico expuso:

> *"El artículo 1614 del Código Civil define el lucro cesante como «la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento».*
>
> *Esta tipología de daño patrimonial corresponde a la ganancia esperada, de la que se ve privada la víctima como consecuencia del hecho dañoso padecido; desde luego, a condición de que no sea sólo hipotética, sino cierta y determinada o determinable, y se integra por «todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirían luego, con el mismo fundamento de hecho», según lo explicó esta Corporación en CSJ SC, 28 jun. 2000, rad. 5348, reiterada en CSJ SC16690-2016, 17 nov.*

En el mismo sentido, y sobre la afectación de una actividad productiva de la víctima directa del hecho dañoso, como requisito esencial para imponer el perjuicio por lucro cesante, la jurisprudencia civil ha señalado, como lo hace en la sentencia SC4803 de 2019, que:

> *"En aras de estimar económicamente el aludido menoscabo, el actual entendimiento jurisprudencial del principio de reparación integral en punto a la indemnización por lucro cesante ordena que, una vez demostrada la afectación negativa del ejercicio de una actividad productiva, debe procederse al restablecimiento patrimonial del agraviado, para lo cual basta la prueba de su aptitud laboral y, para fines de cuantificación, la remuneración percibida, sin perjuicio de que esta sea suplida por el salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> *(…)*

En ese orden de ideas, se negará aquella reparación integral del lucro cesante consolidado, en los términos pedidos por la reclamante-madre gestante (arts. 42-5

y 281 CGP), por cuanto se reitera no se ha verificado en el asunto la afectación de una actividad productiva de la víctima directa del hecho dañoso (menor de edad).

2. Con referencia al lucro cesante futuro, aquel se reclama a favor solamente de la niña LUISA FERNANDA JARAMILLO, calculado sobre la base de lo que dejará de percibir la misma al entrar a la edad productiva (mayoría de edad), y que no podrá ser por su estado actual de discapacidad, teniendo en cuenta para el efecto la esperanza de vida dado que esa afectación es permanente.

Teniendo de presente que la referida, efectivamente, es la destinataria de un grave daño sufrido en su salud psicofísica, acreditado en el proceso con prueba científica ya analizada anteriormente, la cual da cuenta de que actualmente presenta un retraso mental leve a moderado, que afecta su desarrollo ocupacional esperado para su edad cronológica, en todas sus esferas de la personalidad, según concepto de terapia ocupacional (archivo 00, folios 620-622), confirmado aquel por la declaración de su autora, la terapeuta ANA MARÍA HOLGUÍN, y quien enfatiza en la audiencia oral que en la actualidad la niña ha avanzado en ciertos aspectos, pero en su concepto, sus afectaciones neurológicas permanentes le impedirían estudiar un bachillerato, lo que descarta, aplicando las reglas de la experiencia, la posibilidad de ingresar posteriormente a estudios universitarios, técnicos o tecnológicos, sumado a que tendría serias limitaciones para laborar, puesto que únicamente podría hacerlo en un momento dado y en un oficio que requiera realizar actos repetitivos simples, por lo que en criterio de la referida profesional no tendría independencia económica, y requería además de una supervisión y acompañamiento permanente en sus actividades cotidianas; de ahí que, comporta claramente la presencia de un respaldo suficiente para imponer aquel rubro al demandado, y como contraprestación se insiste, a la “privación de los beneficios económicos que el menor habría recibido en su edad adulta como contraprestación de una actividad económica lícita de no ser por el grave daño que sufrió” (SC9193-2017).

Así mismo, debe indicarse, el despacho para ese fin se apoya en lo dispuesto en la citada sentencia, por considerar, se repite, que se trata de un caso por rasgos parecidos al que nos ocupa, pues apunta a una lesión psicofísica sufrida por un menor en el trabajo de parto que lo incapacita para valerse por sí mismo, lo cual se itera aquí acontece, en donde adicionalmente a los elementos de juicio ya anotados, existe una calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional, definida para aquella víctima en un porcentaje del 70% (archivo 00, folios 603-611).

Por la importancia de aquel pronunciamiento, se trascribe inextenso la parte correspondiente a la condena al pago del lucro cesante futuro para el menor de edad afectado, apartándose incluso para ese evento, de la línea jurisprudencial seguida por la Corte Suprema de Justicia hasta ese momento sobre la cuestión:

> “*En lo que respecta al lucro cesante futuro por la privación de los beneficios económicos que el menor habría recibido en su edad adulta como contraprestación de una actividad económica lícita de no ser por el grave daño que sufrió, no tiene razón la parte demandada cuando afirma que tal rubro es infundado; pues lo único cierto según el estado psicofísico actual del menor es que es absolutamente incapaz de valerse por sí mismo; y que con un alto grado de probabilidad científica no tendrá en un futuro el mismo desarrollo y desenvolvimiento de una persona que goza de buena salud, por lo que no podrá recibir una educación básica formal ni podrá desempeñarse en el mercado laboral, debiendo depender siempre de sus padres o, a falta de éstos, de personas caritativas; toda vez que las lesiones que sufrió al momento de su nacimiento son irreparables y lo mantendrán sumido en estado de cuadriplejía y absoluta incapacidad por el resto de su vida.*
>
> *No es posible, por tanto, seguir asumiendo el criterio que esta Sala acogió en el*

pasado acerca de la improcedencia de conceder la indemnización por lucro cesante futuro a menores de edad por el simple hecho de no estar devengando un salario en la fecha de ocurrencia del hecho dañoso; pues –se reitera– la indemnización integral, equitativa y efectiva de los daños no busca poner a la víctima en la situación exacta en que 'se hallaba' antes del daño, sino en la posición en que 'habría estado' de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso antijurídico.

Aunque a simple vista parezca una sutil e inocua distinción, lo cierto es que la precisión gramatical no es de ninguna manera irrelevante, pues el modo condicional compuesto (perfecto o antepospretérito) no se refiere a un pasado necesario ni a un futuro completamente incierto, sino a un correlato del futuro a partir de una acción que se dio en el pasado o, lo que es lo mismo, a una acción futura en relación con un pasado que se considera punto de partida de la acción. Es decir que el juicio presente tiene en cuenta la acción pasada para realizar un juicio hipotético sobre la situación futura más probable.

La sentencia del año 1943, en la que esta Sala se apoyó en ocasiones pretéritas para negar este rubro a los menores damnificados sostuvo que «toda hipótesis en el particular pertenece al mundo del futuro en que el porvenir de las personas está envuelto por la densa niebla del misterio». (G.J. t. LVII, pp. 234-242)

Es posible que en la primera mitad del siglo anterior el futuro de las personas estuviera "envuelto por la densa niebla del misterio", pero según la experiencia de hoy en día no hay nada de misterioso en anticipar con un alto grado de probabilidad que una persona a la que se le han cercenado por completo todas las posibilidades de valerse por sí misma no podrá desenvolverse en el mercado laboral cuando alcance su edad adulta, no podrá desempeñar ninguna actividad económica y no tendrá ninguna posibilidad de obtener por sí misma los ingresos necesarios para su congrua subsistencia.

El único misterio que quedará latente en este caso si no se concede la reparación de este perjuicio consistirá en saber cómo va a hacer la víctima directa del daño para solventar su subsistencia si llega a su adultez; pues no existe ninguna razón para que los padres, familiares o terceras personas deban asumir una obligación dineraria que no están jurídicamente llamados a soportar, como sí lo está la entidad generadora de las lesiones graves que sufrió el menor. Y aún en caso de que los padres sufraguen los gastos que causó la conducta antijurídica de la demandada, no es posible dejar el futuro del menor librado a la azarosa circunstancia de que los progenitores continúen con vida muchos años más y le sobrevivan.

Las anteriores razones, junto con la obligación que tiene el Estado y la sociedad de proteger el interés superior del menor según la Constitución Política y los instrumentos internacionales que consagran los derechos de los niños, hacen necesaria la concesión de la indemnización que se viene comentando.

Una vez demostrado este detrimento patrimonial, sólo resta calcular su cuantía con el fin de proferir la condena en concreto, para lo cual se tomará como base el salario mínimo mensual legal vigente, pues ante la imposibilidad material de establecer otro parámetro, ha de adoptarse el estipendio que reconoce la ley para solventar los gastos básicos de una persona en nuestro medio.

Esta suma habrá de pagarse desde cuando el damnificado directo cumpla los 18 años, toda vez que la edad de 25 años que usualmente toma en cuenta esta Corte para tasar dicho rubro sólo es aplicable en los casos en que se considera que la víctima habría cursado estudios superiores; lo cual no es probable en las circunstancias en que se encuentra actualmente el menor.

Dicho monto se pagará desde el 21 de junio de 2025 en rentas periódicas mensuales durante toda la vida de la víctima, para cuya garantía la entidad demandada constituirá un patrimonio autónomo, cuenta fiduciaria o póliza que se encargará de pagar la renta periódica en la cuenta bancaria que señalen los padres de Juan Sebastián Sanabria Zambrano".

De igual talante, y aplicando las reglas de la experiencia y el sentido común, resulta predecible que la menor LUISA FERNANDA, sino hubiere ocurrido aquel hecho lesivo al momento del parto, tendría una vida normal por lo que al alcanzar la mayoría de edad, podría ingresar al mercado laboral para subsistir por sus propios medios y sin la ayuda alimentaria de sus padres, situación futura razonable que se vio truncada por la conducta galénica de la parte demandada, por lo que debe resarcir ese perjuicio ocasionado, amén que respecto a los aludidos progenitores, ante esa situación, resulta presumible advertir que deberán continuar con la ayuda material hacia su hija durante toda su existencia, por no ser capaz ésta de solventar sus gastos de subsistencia.

En consecuencia, probado el detrimento patrimonial correspondiente al lucro cesante futuro a favor de la niña LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ, la parte demandada deberá cancelar, a partir del 28 de mayo de 2028, la cantidad equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente, en renta mensual y durante toda la vida de aquella víctima, para cuya garantía COSMITET LTDA deberá constituir un patrimonio autónomo, cuenta fiduciaria o póliza que se encargará de pagar dicha renta periódica en la cuenta bancaria que señalen sus padres MARÍA LEIDY ORTIZ PAZ y HUGO FERNANDO JARAMILLO OTALVARO.

Complementariamente, debe afirmarse que, la anterior reparación se enmarca dentro del principio de reparación integral que gobierna igualmente la indemnización por lucro cesante, consagrado por el art. 16 de la ley 446 de 1998, por lo que ante la demostración de la afectación de la actividad productiva de la víctima, debe procederse al restablecimiento patrimonial de ésta y de manera más cercana posible al estado anterior, para lo cual el juez se encuentra facultado a tomar en consideración las circunstancias concretas del caso, y la forma adecuada en que se puede resarcir ese perjuicio; sobre la cuestión, en sentencia SC4803-2019, señala citando para el efecto otros fallos anteriores que:

"*Esto último desarrolla el aludido principio, reconocido normativamente en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, el cual ordena «que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior…, y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez 'tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio' (CSJ SC, 18 dic. 2012, Rad. 2004-00172-01)» (SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.° 2009-0014-01).*

Entonces, en esos términos procederá el despacho, resaltando además que si bien aquella condena se aparta parcialmente de los parámetros solicitados en la demanda, puesto que allí se rogó la tasación de un monto fijo y a un periodo de tiempo que resulta incluso inferior al que se dispondrá en la sentencia, pues lo pedido iba hasta la vida probable de la víctima, y aquí será por toda su existencia, a criterio del despacho, para el efecto, se está observando en todo caso las reglas de la congruencia de la sentencia, previstas en los incisos 2º y 3º del art. 281 del CGP, por cuanto no se está condenando por cantidad superior o por objeto distinto de lo pretendido en la demanda sobre lucro cesante futuro, o por causa diferente para invocarlo, ni tampoco excede lo probado por el demandante sobre la cuestión, a la par que, se repite, lo que se busca con aquella indemnización es aplicar la forma

más adecuada de resarcir ese perjuicio bajo el aludido principio de reparación integral, máxime que la víctima a resarcir es un menor de edad, cuya salvaguarda de sus intereses superiores impone a todo juzgador hacer uso de todas las facultades para hacerlos efectivos, y en especial, en situaciones de discapacidad de infantes y adolescentes, según lo dispone el art. 36 de la Ley 1098 de 2006-Código de la Infancia y la Adolescencia, el cual dispone:

"Para los efectos de esta ley, la discapacidad se entiende como una limitación física, cognitiva, mental, sensorial o cualquier otra, temporal o permanente de la persona para ejercer una o más actividades esenciales de la vida cotidiana.

Además de los derechos consagrados en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales, los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen derecho a gozar de una calidad de vida plena, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos, e integrarse a la sociedad. Así mismo:

1. Al respeto por la diferencia y a disfrutar de una vida digna en condiciones de igualdad con las demás personas, que les permitan desarrollar al máximo sus potencialidades y su participación activa en la comunidad.

2. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Todo niño, niña o adolescente que presente anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tendrá derecho a recibir atención, diagnóstico, tratamiento especializado, rehabilitación y cuidados especiales en salud, educación, orientación y apoyo a los miembros de la familia o a las personas responsables de su cuidado y atención. Igualmente tendrán derecho a la educación gratuita en las entidades especializadas para el efecto.

Corresponderá al Gobierno Nacional determinar las instituciones de salud y educación que atenderán estos derechos. Al igual que el ente nacional encargado del pago respectivo y del trámite del cobro pertinente.

3. A la habilitación y rehabilitación, para eliminar o disminuir las limitaciones en las actividades de la vida diaria.

4. A ser destinatarios de acciones y de oportunidades para reducir su vulnerabilidad y permitir la participación en igualdad de condiciones con las demás personas.

PARÁGRAFO 1o. *<Parágrafo derogado por el artículo 61 de la Ley 1996 de 2019>*

PARÁGRAFO 2o. *Los padres que asuman la atención integral de un hijo discapacitado recibirán una prestación social especial del Estado.*

PARÁGRAFO 3o. *<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Autorícese al Gobierno Nacional, a los departamentos y a los municipios para celebrar convenios con entidades públicas y privadas para garantizar la atención en salud y el acceso a la educación especial de los niños, niñas y adolescentes con anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad.*

El Estado garantizará el cumplimiento efectivo y permanente de los derechos de protección integral en educación, salud, rehabilitación y asistencia pública de los adolescentes con discapacidad cognitiva severa profunda, con posterioridad al cumplimiento de los dieciocho (18) años de edad.".

4.3. Daño moral.

La jurisprudencia civil ha encasillado el perjuicio moral, en términos generales, como *"el dolor físico y moral que experimentan las personas por desmedros producidos en su salud, o por lesión o ausencia de los seres queridos"* (SC2206-2017), por lo que se trata entonces de aspectos relacionados con sentimientos íntimos de la persona humana, o en su defecto que corresponden a la esfera interna de la persona, como el dolor, la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece, y en ese sentido su valoración lo deja al arbitrio razonable del juez, según las circunstancias del caso.

De igual modo, como todo perjuicio a reparar, debe resultar demostrado en su ocurrencia, por cuanto no basta que existe certeza sobre las circunstancias que rodearon el hecho lesivo, sino también de la existencia o exteriorización de esos intereses internos afectados y de su intensidad, para efectos de poder determinar su cuantía; en sentencia SC5686-2018, se menciona sobre la cuestión lo siguiente:

> *"Todo cuanto viene dicho se justifica en casos como los que pone de presente este cargo, en la medida en que para la reparación del daño moral es menester que se tenga certeza, no solo de las circunstancias que rodearon el hecho, sino de la existencia de los diversos intereses extra pecuniarios afectados y de su intensidad para de allí arribar a una cuantía de dinero que, a modo de satisfacción, se constituya en la reparación o indemnización, palabras todas hueras frente al inasible dolor que por este medio se intenta mitigar".*

No obstante, la misma jurisprudencia civil, ha admitido que para la demostración del daño moral, puede acudirse a la aplicación de la presunción simple, puesto que por la naturaleza de aquel perjuicio, al hacer parte de la esfera intima o mental de la persona afectada, en muchas ocasiones (i) no se ha exteriorizado claramente por quien lo padece o (ii) resulta imposible su tasación por medio de pruebas directas, por lo que en esos casos, se precisa, obliga al juez a estimarlos, por medio de la equidad y la razonabilidad, debido a la trascendencia que tiene esa clase de perjuicio para el derecho.

En efecto, sobre la cuestión, en la sentencia SC10297-2014, la SCC de la CSJ mencionó:

> *"Con relación a la demostración del daño moral, el medio probatorio que resulta más idóneo es la presunción simple, sin que ello signifique que ésta sea la única probanza admisible, pues en punto a las pruebas la legislación procesal entregó al fallador un sistema de libre apreciación razonable dentro del cual pueden ser valorados todos los medios legales de convicción que logren sacar a la luz la verdad de los hechos que constituyen la base de la controversia jurídica.*
>
> *(…)*
>
> *Con relación al pago de los perjuicios morales, conviene reiterar que como hacen parte de la esfera íntima o fuero mental del sujeto damnificado, no son susceptibles de tasación por medio de pruebas científicas, técnicas o directas, toda vez que su esencia originaria y puramente espiritual obliga al juez a estimarlos, pues es por medio de la equidad y el derecho, mas no del saber teórico o razón instrumental, que pueden llegar a ser apreciados.*
>
> *Bajo esos presupuestos, por cuanto sólo quien padece ese dolor subjetivo conoce la intensidad con que se produjo, tal sufrimiento no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más; no obstante, como tal daño no puede quedar sin resarcimiento por la trascendencia que tiene para el derecho, es el propio juez quien debe regularlos con sustento en su sano*

arbitrio, sustentado en criterios de equidad y razonabilidad".

Precisado lo anterior, en el caso que nos ocupa, la totalidad de los demandantes, incluida para la víctima directa, la menor LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ, se reclama su tasación, cuyo monto varía según la relación afectiva derivada del grado de parentesco con aquella lesionada.

Verificado con suficiencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia del hecho lesivo que involucra a la menor de edad aludida, con secuelas permanentes o irreparables en su salud psicofísica, unido a los sentimientos de dolor, aflicción, tristeza y demás expresadas por sus allegados, parentescos debidamente acreditados en el proceso, y en los interrogatorios de parte expuestos en la audiencia oral, se regulará entonces aquel perjuicio acudiendo al sano arbitrio, sustentado se itera en criterios de equidad y razonabilidad, por lo que se fijan las siguientes sumas de dinero, y bajo la observancia de las reglas de congruencia previstas en el art. 281-2-3 del CGP:

Para la niña afectada y sus progenitores se tasará en la suma de $60.000.000 para cada uno de ellos.

Para sus abuelos la cantidad de $30.000.000 para cada uno de éstos.

Para los tíos de la menor, la suma de $15.000.000 para cada uno de los mismos.

Respecto de los reclamantes ROSALBA OTALVARO VALENCIA (tía del padre de la menor) y OTONIEL HERRERA OTALVARO (primo en primer grado de aquel progenitor), según lo corroboran en sus declaraciones rendidas en audiencia oral, el despacho negará a éstos la fijación de perjuicios de esta naturaleza, debido (i) a que no se trata de parientes cercanos de la niña LUISA FERNANDA JARAMILLO, y (ii) no han tenido un contacto permanente de familiaridad con ella, dado que reconocieron que no comparten con la menor espacios directos o siquiera mediante contacto telefónico desde hace varios años atrás.

4.4. Daño a la vida de relación.

Aquel menoscabo, se ha entendido en términos generales, como el padecimiento de una afectación emocional externa como consecuencia del daño sufrido en el cuerpo o en su salud, que se ha irradiado a su vida social, que incluye también la imposibilidad de volver a trabajar o efectuar un oficio que le permita obtener ingresos para subsistir, función que es considerada vital para todo ser humano.

De igual talante, y en el caso de un daño a la integridad psicofísica, aquella compensación se hace por la pérdida del bien superior a la salud que le impedirá tener una vida de relación en condiciones normales a quien lo haya padecido (SC1893-2017).

En el caso planteado, se ha demostrado que la menor de edad LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ, presenta un retardo sicomotor leve a moderado, de carácter irreversible, con problemas de aprendizaje y agresividad, daño que es consecuencia del sufrimiento fetal secundario a broncoaspiración de líquido amniótico meconiado y la asfixia perinatal, y presentado ello en el trabajo de parto por falta de atención de la lex artis; aquel daño le ha impedido disfrutar las actividades normales de integración y educación formal de todo menor de edad que tenga buena salud, por lo que se tasará en la suma que se considera una justa retribución, equivalente a $70.000.000 (art. 281-2-3 CGP).

4.4. Daño a la salud.

En la demanda se reclama aquel perjuicio a favor de la menor LUISA FERNANDA JARAMIILLO, bajo el argumento de los daños derivados a la salud de ésta,

ocasionados por la negligencia médica presentada en el momento de su nacimiento, que comportan además el padecer unas secuelas permanentes, lo que afecta además su desenvolvimiento normal en sus actividades personales, familiares y sociales.

Sobre la cuestión, en primer lugar, debe señalarse que ese tipo de perjuicio solo lo reconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado, en procesos administrativos de responsabilidad contra entidades estatales, aunado a que la jurisprudencia civil no lo ha contemplado para procesos de responsabilidad civil, incluida la médica, el cual, se configura, según lo señala la jurisdicción contenciosa: "*cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional" (*Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero Bogotá 28de marzo de 2012); de ahí que, conforme aquella jurisprudencia el daño a la salud desplaza a las demás categorías de daño inmaterial como el que antes denominada daño a la vida de relación, respecto del cual en este asunto ya se reconoció un perjuicio de esa naturaleza a dicha víctima.

Sobre este último tipo de daño extrapatrimonial, en cuanto a la jurisprudencia de la SCC DE LA CSJ, lo ha definido como lo hace la sentencia del 9 de diciembre de 2013, con ponencia del magistrado ARIEL SALAZAR RAMIREZ, de la siguiente manera:

> ***"****El daño a la vida de relación se erige, por tanto, como una categoría propia y distinta tanto del daño patrimonial y del perjuicio moral. Este daño, que en nuestra jurisprudencia ha adquirido un cariz autóctono, ajustado a las particularidades de nuestra realidad social y normativa, "se configura cuando el damnificado experimenta una minoración sicofísica que le impide o dificulta la aptitud para gozar de los bienes de la vida que tenía antes del hecho lesivo, y como consecuencia de éste". (Ramón Daniel PIZARRO. Daño moral. Buenos Aires: Edit. Hammurabi, 1996. Pág. 73)*
>
> *La sola privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades cotidianas como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, etc., comporta un daño a la vida de relación que debe ser resarcido.*
>
> *Este perjuicio –se reitera– se concibe de manera autónoma y completamente diferenciada del patrimonial o del estrictamente moral. En tal sentido esta Corte ha aclarado: "es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño –patrimonial o extrapatrimonial– que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad…" (Sentencia de Casación Civil de 13 de mayo de 2008. Exp.: 1997-09327-01)"*

Por consiguiente, en el caso planteado, en donde la sustentación de aquel daño en esencia es la misma que se utilizó para el daño a la vida de relación, y que conforme los parámetros jurisprudenciales establecidos por la SCC de la CSJ, se configuraron al caso y se tasó una indemnización por ese rubro, determina que no se puede condenar a la accionada a su pago, pues incluso lo contrario, equivaldría a un doble pago por un mismo daño, prohibido por el ordenamiento jurídico colombiano, y en ese sentido se negará aquella regulación de perjuicio rogada en la demanda.

5. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Teniendo de presente, que el demandado COSMITET LTDA, al contestar la demanda, llama en garantía a la compañía LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS, con base en el vínculo contractual que se desprende del contrato de seguro de responsabilidad civil clínicas y hospitales, contenido en la póliza No. 1058034, certificado No. 0, con vigencia entre el 26/02/2018 al 26/02/2019, teniendo como asegurado el referido llamante, y con cobertura según menciona para la fecha del siniestro (01/05/2010), debe definirse si opera aquella institución jurídica consagrada en el art. 64 del CGP.

El referido asegurador, al contestar la demanda, alega como excepción la falta de cobertura de la referida póliza de seguro de responsabilidad civil, en atención a que convino en aquel contrato de seguro, la modalidad "claims made", por lo que dicha póliza no se encontraba vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos, correspondiente a la de atención del parto y nacimiento de la niña LUISA FERNANDA JARAMILLO, ocurrido el 12 de mayo de 2010.

Revisado el contenido de la aludida póliza de seguro No. 1058034 y el certificado adjunto a la misma (No. 0), aportados con el escrito de llamamiento en garantía (carpeta llamamiento en garantía, archivo 02, folios 42-46), se verifica lo siguiente:

"OBJETO DEL SEGURO Amparar la responsabilidad civil propia de la clínica, hospital y/u otro tipo de establecimientos o instituciones médicas bajo las limitaciones y exclusiones descritas en el clausulado general, incluyendo predios, labores y operaciones, además de la responsabilidad civil en que incurra la entidad asegurada exclusivamente como consecuencia de cualquier "acto médico" derivado de la prestación de servicios profesionales de atención en la salud de las personas, de eventos ocurridos durante la vigencia de la póliza o el periodo de retroactividad contratado y reclamados por primera vez durante la vigencia de la póliza.

ACTIVIDAD: Prestación de Servicios de Salud MODALIDAD DE SEGURO: Póliza bajo la modalidad CLAIMS MADE CLAUSULADO: Clausulado Previsora RCP-006-5

RETROACTIVIDAD: Inicio de vigencia de la primera póliza expedida por Previsora Seguros sin que existan periodos de interrupción".

Por consiguiente, de la literalidad de aquel contrato de seguro, que responde entonces a las estipulaciones contractuales convenidas por las mismas partes, lo que instituye a la par una ley para las mismas porque proviene de su misma autonomía contractual (art. 1602 C.C. y art. 4º C. Co.), se establece la circunstancia referida a que aquel seguro de responsabilidad civil, en cuanto al amparo de responsabilidad civil, las partes consintieron en sujetarlo a la modalidad denominada "CLAIMS MADE", por lo que su aplicación ocurre solamente por las vigencias respectivas.

Al respecto, la Ley 389 de 1997, en su artículo 4º consagró lo siguiente:

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

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado

al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años".

De igual manera, acerca de la interpretación correcta de la modalidad denominada "claims made", la jurisprudencia de la SCC de la CSJ, ha indicado como lo hace en la sentencia SC1033-2017, lo siguiente:

> *"Entonces, la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 ejusdem es suficiente para la configuración del siniestro, empero, si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (claims made), también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza -de existir acuerdo contractual.*
>
> *Esta doble exigencia consagrada en la ley 389 de 1997 (siniestro y reclamación dentro del término específico), no admitida en el sistema tradicional de suceso dañoso imputable al asegurado, a que se refiere el precepto 1131 de la codificación mercantil, deberá agotarse en todos los casos para el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurador.*
>
> *En efecto, en el esquema basado en la ocurrencia, el débito surge de la configuración del hecho dañoso en vigencia del contrato de seguro, sin consideración a que la reclamación se surta luego de la expiración del respectivo pacto.*
>
> *Por su parte, las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso".*

Precisado lo anterior, y establecido como está que se convino la modalidad de reclamación" claims made", por lo que se exige no solo la configuración del siniestro dentro del plazo de cobertura pactado, sino igualmente la reclamación en el periodo especifico acordado, se debe establecer entonces si el reclamo judicial hecho por el asegurado al asegurador, mediante el llamado en garantía efectuado en el proceso, puesto que no operó en el caso un reclamo judicial o extrajudicial de la víctima al asegurador, pues no se ejercitó la acción directa contra aquel (art. 1133 C. Co.), ni se lo convocó a la audiencia de conciliación extrajudicial previa adelantada entre las partes el 28 de marzo de 2018, según constancia aportada al proceso (archivo 00, folios 376-400), se hizo aquel (llamamiento en garantía), en el término de vigencia pactado o en un plazo posterior convenido entre las partes.

Frente a ello, el auto que dispuso la admisión del llamamiento en garantía, fechado el 9 de noviembre de 2020, es notificado por mensaje de datos a la aseguradora el 2 de diciembre de esa misma calenda (art. 8º, decreto 806/2020; fecha de entrega de correo electrónico 30/11/2020; archivo 17, folios 20-21); de ahí que, si la vigencia pactada del seguro corresponde al periodo comprendido entre el 26/02/2018 al 26/02/2019, se verifica entonces que aquella reclamación judicial por llamamiento

en garantía, se hizo con posterioridad a ese periodo y no cubre tampoco el siniestro ocurrido se itera el 12 de mayo de 2010.

Complementariamente, debe señalarse que la representante legal de LA PREVISORA SA, al absolver el interrogatorio de parte en el proceso, reafirma la inexistencia de cobertura de la póliza No. 1058034, para aquel hecho lesivo, por la modalidad contratada de claims made, aunado a que precisa que no existe un certificado complementario a dicha póliza o convenio adicional que pueda responder por ese evento.

En consecuencia, deviene la circunstancia referida a que no aparece hecha esa reclamación dentro del lapso de cobertura de la póliza para el siniestro o amparo de responsabilidad civil médica, convenido bajo la modalidad de *claims made,* pues no se hizo en el periodo de vigencia acordado, lo que descarta la obligación de indemnizar al asegurador, a la par de tener por probada la excepción de ausencia de cobertura alegada por la aseguradora y denominada “falta de cobertura de la póliza No. 1058034 por cuanto la modalidad de contratación fue claims made y el asegurado no aportó la póliza de seguros de responsabilidad civil clínicas y hospitales vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos”.

De igual manera, lo anterior descarta la necesidad de pronunciarse respecto de los otros medios exceptivos planteados por el llamado en garantía, no solo frente a los hechos y pretensiones de la demanda, sino también con relación al llamamiento en garantía efectuado por el demandado, pues la probanza de la mencionada excepción alegada por aquel llamado, comporta el rechazo de la pretensión formulada bajo la institución del llamamiento en garantía que debe ser objeto de pronunciamiento esa relación jurídica en esta sentencia, a la par que su exoneración por sustracción de materia lo aleja de cualquier obligación de condena indemnizatoria a su cargo y respecto a lo pretendido por los actores (arts. 64 y 282-3 CGP).

CONCLUSIONES

1. Se establecieron en el proceso los elementos que estructuran la responsabilidad civil de carácter médico endilgada por los demandantes a la entidad demandada COSMITET LTDA, alusivos al daño antijurídico, la culpa galénica y la relación de causalidad entre el acto médico cuestionado y el daño ocasionado a la recién nacida en el trabajo de parto LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ.

2. La indemnización como reparación de perjuicios que debe cancelar la referida demandada a los actores, corresponde a la siguiente:

2.1. Para la menor de edad LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ:

-Lucro cesante consolidado:

Se dispondrá que la parte demandada deberá cancelar, a partir del 28 de mayo de 2028, la cantidad equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente, en renta mensual y durante toda la vida de aquella víctima, para cuya garantía COSMITET LTDA deberá constituir un patrimonio autónomo, cuenta fiduciaria o póliza que se encargará de pagar dicha renta periódica en la cuenta bancaria que señalen sus padres MARÍA LEIDY ORTIZ PAZ y HUGO FERNANDO JARAMILLO OTALVARO.

-Daño moral: $60.000.000.

-Daño a la vida de relación: $70.000.000.

2.2. Para los progenitores de la menor, señores MARÍA LEIDY ORTIZ PAZ y HUGO FERNANDO JARAMILLO OTALVARO:

-Daño emergente consolidado: $14.937.570.4726.

-Daño emergente futuro: $ 17.386.061.2973.

Total, daño emergente: $32.323.631.7699.

-Daño moral: $60.000.000 para cada uno de éstos.

2.3. Para los abuelos LUZ MARINA OTALVARO VALENCIA y MAURILIO ORTIZ MUÑOZ:

-Daño moral: $30.000.000 para cada uno de éstos.

2.4. Para los tíos LILIAN ORTIZ PAZ, IDETH ORTIZ PAZ, LUCELI ORTIZ PAZ, NARCISA ORTIZ PAZ, MAURILIO ORTIZ PAZ, NATALY ORTIZ PAZ y WILMER ORTIZ PAZ:

-Daño moral: $15.000.000 para cada uno de éstos.

2.5. Negar la condena al pago del daño a lucro cesante consolidado reclamado a favor de MARÍA LEIDY ORTIZ PAZ.

2.6. Negar la condena al pago del daño a la salud reclamado a favor de LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ.

2.7. Negar la condena al pago del daño moral a los demandantes ROSALBA OTALVARO VALENCIA y OTONIEL HERRERA OTALVARO.

2.8. Acerca de la petición de los demandantes, para que el monto de la indemnización sea objeto además de la aplicación de una corrección monetaria o indexación, el despacho ordenará que las anteriores condenas deben pagarse en su valor real, aplicando la misma fórmula antes utilizada para la actualización de valores del daño emergente, al momento del pago voluntario, una vez en firme esta sentencia, y si se llegare a acudir al proceso ejecutivo para el efecto de que trata el art. 306 del CGP, allí se aplicará los intereses de mora respectivos (SC11331-2015).

2.9. Se condenará en costas procesales al demandado, por resultar vencido en el proceso (art. 365-1 CGP).

DECISION

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI, en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. DECLARAR no probadas las excepciones de mérito alegadas por la pasiva, y denominadas: “Inexistencia de daño antijuridico de carácter indemnizatorio; inexistencia de nexo causal en la producción del hecho dañoso; inexistencia de culpa en la atención integral brindada por la entidad demandada; exoneración de cumplimiento de la obligación de medio brindada por el equipo de salud de la clínica demandada; exoneración por estar probado que el equipo profesional de salud de

la clínica empleó la debida diligencia y cuidado; carga de la prueba a cargo del actor; y, cobro de lo no debido", conforme lo considerado anteriormente.

2. DECLARAR probada la excepción alegada por la aseguradora LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS y denominada: "falta de cobertura de la póliza No. 1058034 por cuanto la modalidad de contratación fue claims made y el asegurado no aportó la póliza de seguros de responsabilidad civil clínicas y hospitales vigentes a la fecha de ocurrencia de los hechos", conforme lo considerado atrás.

3. Declarar que la organización demandada COSMITET LTDA -CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA-CLINICA REDY DAVID, es responsable de los PERJUICIOS sufridos por la menor de edad LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ, en la deficiente atención médica recibida el 10 de mayo de 2010, relacionada con el trabajo de parto de su progenitora MARÍA LEIDY ORTIZ PAZ.

4. CONDENAR como consecuencia de lo anterior, a COSMITET LTDA -CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA-CLINICA REDY DAVID, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

4.1. Para la menor de edad LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ:

-Lucro cesante consolidado:

Se dispondrá que la parte demandada deberá cancelar, a partir del 28 de mayo de 2028, la cantidad equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente, en renta mensual y durante toda la vida de aquella víctima, para cuya garantía COSMITET LTDA deberá constituir un patrimonio autónomo, cuenta fiduciaria o póliza que se encargará de pagar dicha renta periódica en la cuenta bancaria que señalen sus padres MARÍA LEIDY ORTIZ PAZ y HUGO FERNANDO JARAMILLO OTALVARO.

-Daño moral: $60.000.000.

-Daño a la vida de relación: $70.000.000.

4.2. Para los progenitores de la menor, señores MARÍA LEIDY ORTIZ PAZ y HUGO FERNANDO JARAMILLO OTALVARO:

-Daño emergente consolidado: $14.937.570.4726.

-Daño emergente futuro: $ 17.386.061.2973.

Total daño emergente: $32.323.631.7699.

-Daño moral: $60.000.000 para cada uno de éstos.

4.3. Para los abuelos LUZ MARINA OTALVARO VALENCIA y MAURILIO ORTIZ MUÑOZ:

-Daño moral: $30.000.000 para cada uno de éstos.

4.4. Para los tíos LILIAN ORTIZ PAZ, IDETH ORTIZ PAZ, LUCELI ORTIZ PAZ, NARCISA ORTIZ PAZ, MAURILIO ORTIZ PAZ, NATALY ORTIZ PAZ y WILMER ORTIZ PAZ:

-Daño moral: $15.000.000 para cada uno de éstos.

5. ORDENAR que los montos anteriores se cancelarán a partir de la ejecutoria de esta sentencia, aunado a que dichas condenas deben pagarse en su valor real, aplicando la misma fórmula utilizada para la actualización de valores del daño emergente, al momento del pago voluntario, y si se llegare a acudir al proceso ejecutivo para el efecto de que trata el art. 306 del CGP, allí se aplicará los intereses de mora respectivos (SC11331-2015).

6. EXONERAR a LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS de asumir la obligación indemnizatoria contenida en la póliza de seguro No. 1058034, por el riesgo de responsabilidad civil clínicas y hospitales, convenido en el contrato de seguro celebrado con COSMITET LTDA, en virtud del llamado en garantía efectuado por aquel asegurado y atendiendo a lo considerado anteriormente.

7. NEGAR la condena al pago de indemnización por daño a lucro cesante consolidado reclamado a favor de MARÍA LEIDY ORTIZ PAZ, conforme lo considerado anteriormente.

8. NEGAR la condena al pago de indemnización por daño a la salud reclamado a favor de LUISA FERNANDA JARAMILLO ORTIZ, conforme lo considerado anteriormente.

9. Negar la condena al pago indemnizatorio por daño moral a los demandantes ROSALBA OTALVARO VALENCIA y OTONIEL HERRERA OTALVARO, conforme lo considerado anteriormente.

10. CONDENAR a la parte demandada al pago de las costas procesales a favor del demandante. Se tasan las agencias en derecho, en la suma equivalente a 2 SMLMV (ACUERDO No. PSAA16-10554 de 2016).

11. NOTIFICAR esta sentencia por estado electrónico (art. 295 CGP y art. 9º Ley 2213/2022).

12. ARCHIVAR el expediente en su oportunidad.

NOTIFÍQUESE

El Juez,

ANDRÉS JOSÉ SOSSA RESTREPO

Juzgado 1 Civil del Circuito

Secretaria

Cali, **29 DE JULIO DEL 2022**

Notificado por anotación en el estado No**.** **127**
De esta misma fecha

Guillermo Valdez Fernández

Secretario