

Ref. DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL rad. No. 19573-31-03-001-**2016-00020-01** de José del Carmen Mosquera Campaz y otros Vs. Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A. SOS y otros.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
SALA CIVIL - FAMILIA

Magistrado ponente: JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

Popayán, diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

(Discutido y aprobado en Sala de decisión de fecha 19 de febrero de 2021, según acta No. 005)

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el **10 de abril de 2019** por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE PUERTO TEJADA, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES de la DEMANDA y HECHOS RELEVANTES. Mediante demanda radicada el 11 de marzo de 2016 (fl. 118 c. ppal. uno), JOSÉ DEL CARMEN MOSQUERA CAMPAZ y MARTHA CASTILLO MARTÍNEZ, actuando en nombre propio y en representación de los menores JUAN CAMILO, SARA VALENTINA y DIANA MARCELA MOSQUERA CASTILLO; ANGI PAOLA PEREA CASTILLO y EDINSON MOSQUERA CASTILLO, en calidad de padres, hermanos carnales, y medios hermanos, respectivamente, del menor fallecido VÍCTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO, solicitan declarar al SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. S.O.S. E.P.S., FUNDACIÓN PROPAL – CENTRO MÉDICO I.P.S., Dra. PAOLA CRISTINA HUERTAS CASARAN, CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CAUCA (COMFACAUCA) - propietaria de la I.P.S. CLÍNICA COMFACAUCA PUERTO TEJADA, y la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI, civilmente y extracontractualmente responsables por el fallecimiento del referido menor el 4 de mayo de 2013, en virtud de la “*falla en la prestación del servicio médico*”. En consecuencia, piden condenar a los demandados a pagar las siguientes sumas de dinero, sin perjuicio de la condena en costas:

A favor de	Perjuicios morales	Perjuicios materiales	Daño a la vida de relación
		Daño Emergente	
JOSÉ DEL CARMEN MOSQUERA CAMPAZ (padre)	100 SMLMV		100 SMLMV
MARTHA CASTILLO MARTÍNEZ (madre)	100 SMLMV		100 SMLMV
JUAN CAMILO MOSQUERA CASTILLO (hermano)	50 SMLMV		50 SMLMV
SARA VALENTINA MOSQUERA CASTILLO (hermana)	50 SMLMV		50 SMLMV
DIANA MARCELA MOSQUERA CASTILLO (hermana)	50 SMLMV		50 SMLMV
ANGI PAOLA PEREA CASTILLO	50 SMLMV		50 SMLMV

(hermana)			
EDINSON MOSQUERA CASTILLO(hermano)	50 SMLMV		50 SMLMV
SIN INDICAR A FAVOR DE CUÁL DE LOS DEMANDANTES		\$1.764.600	

Como sustento de las pretensiones, se relata en la demanda, que el menor VÍCTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO nació el 10 de enero de 2013 en la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI de la ciudad de Cali, presentando al nacer dificultad respiratoria "EPOC", razón por la que permaneció en dicha institución por más de 02 meses, "hasta que lograron estabilizarlo en su condición de salud".

Que el 7 de marzo de 2013 se le da de alta al niño VÍCTOR MANUEL, y por su condición de salud les entregan a los padres dos (2) pipetas de oxígeno, además de remisión para terapia respiratoria y les hacen "una serie de recomendaciones o instrucciones de cómo manejar dichas pipas de oxígeno", sin embargo, no le fue ordenada "enfermera, terapeuta respiratorio y en sí personal médico especializado para que se le realizaran los controles en casa". Entre las recomendaciones que les hicieron a los padres del menor se encontraban: a) controles médicos en la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI todos los días lunes; b) que cuando estuviera agitado o pálido con dificultad para respirar, fuera llevado de inmediato a la Institución de Salud; y c) que cuando saliera de casa, fuera en compañía de 2 personas, "una para manipular la pipa de oxígeno y la otra encargarse del menor", instrucciones éstas que fueron cumplidas por los progenitores "religiosamente". Que el 26 de marzo de 2013, en uno de los controles, al niño le fue diagnosticado "Otitis Media, no Especificada", razón por la que estuvo hospitalizado en la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI "casi por una semana".

El 3 de mayo de 2013, el menor "continúa con sus problemas de salud pero más agudos, pues le empieza una tos muy aguda y mucha gripa", por lo que con su madre acude por consulta externa a la I.P.S. FUNDACIÓN PROPAL del Municipio de Puerto Tejada, donde la Doctora PAOLA CRISTINA HUERTAS CASANOVA, manifiesta que el "niño se encuentra bien que no es necesario que se remita por urgencias a la Clínica Valle del Lili" y le ordena terapia respiratoria, la que se realiza el mismo día en esa Institución, y posteriormente se traslada a su residencia. Que en horas de la tarde de ese mismo día, el señor JOSÉ DEL CARMEN MOSQUERA CAMPAZ se percata que su hijo "está muy pálido y el cuerpo y las manos muy frías", pero teniendo en cuenta que ya había sido atendido, médicamente decide esperar "un tiempo más para que le hiciera efecto el tratamiento", no obstante, ante la "muy mala noche" que pasó el

infante, el 4 de mayo una "vecina" lo llevó a la I.P.S. COMFACAUCA del municipio de Puerto Tejada, mientras la señora CASTILLO MARTÍNEZ progenitora del niño encontraba a alguien que cuidara a sus otros hijos.

Que al llegar al Centro Hospitalario, la madre del menor "*observa que el personal médico buscaba afanosamente una cánula pediátrica y no la había en la clínica*", razón por la que ella facilitó la que tenía en el ajuar del bebé y de inmediato procedieron a colocársela. La señora CASTILLO MARTÍNEZ al ver las condiciones de su hijo, le manifiesta al médico de turno ALLENSON CASTILLO GUEVARA que el niño no está respirando y el galeno luego de revisarlo le indica que "*a veces respira y a veces no*". Que después de unos 20 minutos de dicha atestación, la progenitora "*llama gritando al médico nuevamente por que el niño estiró tanto los brazos como los pies fuertemente y el estómago se le infló y se le puso duro, al igual que en la cara se le brotaron las venas*", el doctor acude al llamado y de inmediato el menor es llevado a la sala de reanimación donde se realizaron maniobras de RCP, a las que no respondió satisfactoriamente, por lo que se ordena trasladarlo de urgencias a la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI, sin embargo la ambulancia no se encontraba en la IPS, y tuvieron que esperar 50 minutos aproximadamente.

Relatan, que la ambulancia fue abordada por la madre del menor y 2 empleados del centro hospitalario, "*pero no viajó con ellos un médico*", durante el trayecto le seguían realizando maniobras de RCP de forma manual dado que la ambulancia no era "*medica lisada (sic), era básica y no tenía oxígeno ni equipos especializados, no le funcionaba la sirena de emergencia etc.*", y al arribar a la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI, el médico de turno de urgencias señala que "*se devuelvan con el niño porque llegó sin signos vitales*".

Que el proceder de las entidades involucradas compromete su responsabilidad en el fatal deceso del niño VÍCTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO, por cuanto "*debieron actuar diligentemente el personal médico encargado de la atención médica y adoptar los protocolos médicos necesarios para el cuidado y debido tratamiento del menor*".

2. CONTESTACIÓN de la DEMANDA y EXCEPCIONES DE MÉRITO.

2.1. La CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CAUCA - COMFACAUCA¹ (fls. 157 a 163 c. ppal. uno), por medio de apoderado, resiste las pretensiones de la demanda, señalando que contrario a lo allí expresado, de la historia clínica se constata que el menor sólo acudió en 2 ocasiones a la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI

¹ Notificada personalmente a través de apoderado – fl. 138 c. ppal. uno

y no todos los lunes; que no es cierto que en la I.P.S. COMFACAUCA no se tuviera una "cánula", pues cuando el menor fue atendido por urgencias, entró en periodo de "apnea por lo cual se pasa a reanimación con intubación fallida, colocándose sonda nasogástrica, cánula, y se ordena su traslado inmediato a un nivel de mayor complejidad". Por otra parte, niega el hecho de que "se haya tenido que esperar" la ambulancia, pues el protocolo "se armó" de inmediato acompañado de proceso de reanimación, conductor, médica y enfermera, y conforme a la documental, tampoco es cierto que el menor fue devuelto de la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI, pues lo consignado da cuenta de que el paciente ingresa, "se hace el triage, es valorado por paro cardiorespiratorio, y se determina la muerte del mismo".

Como excepciones de mérito formula las denominadas:

a) "Inexistencia de responsabilidad de COMFACAUCA. Inexistencia del nexo de causalidad", en tanto no se determinan los elementos de responsabilidad imputables a COMFACAUCA para que sea condenada, y no existe nexo causal conforme a las reglas aceptadas de la responsabilidad.

b) "La muerte del menor VICTOR MOSQUERA (QEPD) no es responsabilidad de COMFACAUCA", toda vez que no hay ninguna prueba que demuestre que la atención de salud NIVEL I en materia hospitalaria brindada por COMFACAUCA no haya sido normal y debidamente prestada, al contrario, la entidad "actúo clínica y profesionalmente bien en la atención del menor, quien bajo las condiciones de salud, y problemas en torno a la misma, comportan la causa real y eficiente de la muerte del mismo".

c) "Falta de legitimación por activa", por cuanto "los demandantes deben demostrar legal y plenamente el vínculo y relación a lugar para poder alegar, lo cual conforme a los anexos de la demanda, no está probado o es insuficiente".

En escrito separado llamó en garantía a la aseguradora ALLIANZ SEGUROS S.A. con fundamento en la póliza de responsabilidad civil No. 021217857 (fls. 1 a 2 c. dos llamamiento)²

2.2. La FUNDACIÓN PROPAL ³ (fls. 182 a 193 c. ppal. uno), por medio de apoderado, se opone a las pretensiones de la demanda con fundamento en las excepciones de mérito tituladas:

² Admitido por auto del 16 de julio de 2018 – fls. 32 a 32 c. dos llamamiento en garantía

³ Notificada personalmente a través de apoderado – fl. 177 c. ppal. uno

a) *"Ausencia de relación de causalidad"*, dado que la causa efectiva de la muerte del niño *"no tiene relación con la atención médica brindada"*, sino por una complicación *"congénita del menor, producto de un embarazo sin controles prenatales, donde el menor se afectó por hipertensión arterial de su madre"*, de ahí que, de la historia clínica se puede inferir que *"se trató de un evento inevitable, debido a la complejidad propia de la enfermedad que padecía el menor desde el día de su nacimiento"*. Agrega, que la Dra. PAOLA CRISTINA HUERTAS *"actuó conforme criterios de discrecionalidad científica y en tal virtud optó de forma objetiva por las recomendaciones y tratamientos idóneos para la atención del menor según las reglas y protocolos médicos"*.

b) *"La Dra. PAOLA CRISTINA HUERTAS y el personal médico adscrito al Centro Médico IPS Fundación Propal actuaron en forma diligente y cuidadosa-actuación conforme a derecho"*, pues en el equipo médico que atendió al menor no hubo negligencia, impericia, ni imprudencia y no se presentó ningún elemento determinante de la culpa, máxime cuando la obligación de los médicos es de medio y no de resultado. Dice, que de los documentos que obran en el expediente, se puede observar que la Dra. HUERTAS y el personal médico de la FUNDACIÓN PROPAL *"dieron cumplimiento a todos los protocolos médicos"* y no hay prueba *"que ponga en duda el actuar diligente y cuidadoso"* de esa Institución.

c) *"Exoneración por cumplimiento de la obligación de medio por parte de la Dra. PAOLA CRISTINA HUERTAS CASARAN- Inexistencia de mal diagnóstico"*, en tanto la Institución y la galena cumplieron con los deberes profesionales que exige la ciencia médica, pues la Dra. HUERTAS recibe un paciente con tos frecuente y por tanto formula terapia respiratoria consistente en *"micronebulizaciones"*, advirtiéndole a la madre del niño *"que debía acudir al centro médico de manera inmediata en caso de presentarse algún síntoma de alarma del menor"*, de ahí que al revisar la historia clínica *"no reposa en el proceso un mal diagnóstico por parte de la Dra. HUERTAS"*.

d) *"No existe obligación de indemnizar en cabeza del Centro Médico Fundación Propal, por inexistencia de responsabilidad civil"*, debido a que de los medios probatorios aportados con la demanda se demuestra que la FUNDACIÓN PROPAL no es responsable del *"daño antijurídico predicado por los demandantes"*.

e) *"Hecho exclusivo de un tercero"*, habida cuenta que la FUNDACIÓN PROPAL no es responsable del daño sufrido por los actores, y de encontrar falla médica, *"sólo podrá endilgarse a una persona natural o jurídica diferente"*. Igualmente

debe estudiarse la conducta de los padres del menor, *"toda vez que de la historia clínica que reposa en el expediente se desprende de manera clara una demora injustificada en el traslado del menor a un centro médico para recibir atención prioritaria"*.

f) *"Inexistencia de prueba y excesiva valoración de los perjuicios"*, bajo el supuesto que de encontrar responsabilidad a cargo de los demandados, el daño sólo debe repararse en *"su justa medida y de conformidad con las pautas jurisprudenciales aplicables en nuestro país"*, pues el perjuicio moral *"sólo debe ser motivo de reparación y no de enriquecimiento"*. En relación con el daño a la vida de relación considera que debe negarse, en tanto *"no es otra cosa distinta a las afectaciones que inciden en forma negativa sobre la vida exterior de la persona que padece el daño (el lesionado)"*; misma conclusión respecto del daño emergente, toda vez que no existe prueba que respalde tal petición.

En escrito separado efectuó llamamiento en garantía a la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A. con fundamento en la pólizas de responsabilidad civil No. 45-03-101003326 (fls. 1 a 3 c. tres llamamiento)⁴.

2.3. La FUNDACIÓN VALLE DE LILI⁵ (fls. 322 a 366 c. ppal. dos), por medio de apoderada, se opone a las pretensiones de la demanda, expresando, que el menor VICTOR MANUEL MOSQUERA al nacer presentó *"síndrome de dificultad respiratoria del prematuro"* – *"SDR DEL PREMATURO"*, y no en un EPOC como se indica en la demanda, dado que por salvar la vida de su progenitora, quien ingresó con hipertensión arterial y *"24.2"* semanas de gestación, sin haberse realizado los controles prenatales, exámenes de laboratorio ni ecografías, y un último parto de hace 11 meses, fue necesario llevarla a cesárea y *"desembarazarla"*, y ante el cuadro de SDR del infante, se hospitaliza en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatal desde el 01 de enero de 2013 hasta el 7 de marzo de 2013, fecha en que se logra estabilizar su condición respiratoria, no obstante tener la recomendación de oxígeno por cánula, entre otras indicaciones, como controles en su tiempo por las diferentes disciplinas, medicamentos, oxígenos permanente, y signos de alarma, como consta en la historia clínica.

Que no es cierto que los padres hayan llevado al menor a controles médicos todos los días lunes como se asegura en la demanda, sino que tan solo acudieron a la institución el 26 de marzo de 2013, indicando que hace dos días presentaba

⁴ Admitido por auto del 17 de julio de 2018 – fls. 29 a 30 c. tres llamamiento en garantía

⁵ Notificada personalmente a través de apoderada – fl. 180 c. ppal. uno

llanto continuo, que no se calmaba, y secreción verdosa en oído derecho, anotándose como motivo de consulta “se le reventó un oído OYP: PUERTO TEJADA INFORMACIÓN MADRE (MALA INFORMANTE) – HC NEONATAL”, siendo diagnosticado con otitis media.

Que al paciente se le dio salida el 7 de abril de 2013, estable, con evolución clínica satisfactoria, y en aceptables condiciones generales, suministrando a la madre las recomendaciones y signos de alarma, por lo que aquella ante cualquier circunstancia de anomalía debía llevarlo a la institución, cosa que no hizo.

Que no le consta la atención médica recibida por el menor en la IPS FUNDACIÓN PROPAL y en la IPS COMFACAUCA, y por lo tanto no se tuvo conocimiento ni emitió ninguna directriz al respecto.

Que el 4 de mayo de 2013 el infante ingresa a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI en situación crítica, con paro respiratorio, traído por médica y auxiliares de enfermería de Puerto Tejada, desplegando la institución toda su actividad médica y paramédica para tratar de salvar la vida del menor, sin lograrlo.

Formula como excepciones de mérito las tituladas:

a) *“Ausencia de culpa o “no culpa” a cargo de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI por prestación oportuna y eficiente de los servicios médicos que le fueron requeridos, sin que estos contribuyeran al estado patológico del menor VICTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO”.*

b) *“Inexistencia de hecho y por ende de nexo causal”, en tanto no aparece demostrada acción u omisión de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI que haya generado el daño invocado por los demandantes.*

c) *“Carencia del nexo de causalidad entre la conducta a cargo de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI”, quien por el contrario dispuso toda su infraestructura y personal médico especializado para la atención oportuna y eficaz para las condiciones de salud del menor VICTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO.*

d) *“Cumplimiento estricto de las obligaciones contractuales”, por las mismas razones en que se fundamenta la excepción anterior.*

e) *“Cobro de lo no debido”, dado que las pretensiones de la demanda son infundadas, improcedentes, injustificadas y excesivas.*

f) *"Enriquecimiento sin causa"*, por cuanto los perjuicios reclamados no están probados, y aluden a un detrimento no padecido por causa de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI.

En la misma oportunidad, y con fundamento en las pólizas de responsabilidad civil No. 21772824 y 21944857, efectuó el llamamiento en garantía a ALLIANZ SEGUROS S.A. (fls. 1 a 5 c. cuatro llamamiento)⁶.

2.4. El Curador ad litem designado para representar a la Dra. PAOLA CRISTINA HUERTAS CASARAN ⁷ (fls. 398 a 399 c. ppal. dos), no se opone a las pretensiones del libelo, por cuanto estima que *"existen serias circunstancias de modo, tiempo y lugar que le dan el derecho a los aquí demandantes"*.

2.5. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A. ⁸ (fls. 410 a 464 c. ppal. tres), por medio de apoderada, resiste las pretensiones del escrito introductor, advirtiendo que no es cierto que el menor haya nacido con EPOC, pues dicha enfermedad *"es una patología propia de los adultos mayores causada por enfisema, el cual es la acumulación patológica de aire en los pulmones"*.

Aclara que el menor nació de 28 semanas, cuando lo normal es de 37 a 42, razón por la que el bebe nació con una displasia pulmonar *"lo que quiere decir que no se alcanzó a madurar su sistema respiratorio, lo cual le produjo un síndrome de dificultad respiratoria y adicionalmente su corazón tenía importantes anomalías como comunicación entre el auricular y entre los ventrículos, también un ductus arterioso"*. Agrega, que la prematurez del infante lo hizo más propenso a infecciones, por lo que durante su hospitalización tuvo una sepsis y una meningitis, además de un retraso de sus funciones y convulsiones.

Finalmente señala, que de la historia clínica se observa que cuando el menor arriba a la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI, *"los médicos hacen todo lo posible por reanimar al bebe, teniendo en cuenta que el mismo llega sin signos vitales."*

Propone como excepciones de mérito las que denominó:

a) *"Inexistencia de responsabilidad civil y de obligación indemnizatoria a cargo de la entidad promotora de salud SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – SOS EPS S.A."*, dado que la EPS cumplió con todas sus obligaciones contractuales para con el menor MOSQUERA CASTILLO, pues autorizó todos los servicios médicos que

⁶ Admitido por auto del 19 de julio de 2018 – fls. 37 a 38 c. cuatro llamamiento en garantía

⁷ Notificado personalmente – fl. 392 c. ppal. dos (designado mediante auto de fecha 21 de marzo de 2018 – fl. 386)

⁸ Notificada por aviso – fl. 395 c. ppal. tres

requirió, además de que los demandantes no demostraron los elementos de la responsabilidad médica, toda vez que no hay prueba que indique *“que el actuar de los demandados fue una causa determinante y eficiente para el perfeccionamiento de perjuicio que exige se le repare”*.

b) *“Cabal cumplimiento de las obligaciones de SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – SOS EPS, en razón a la Ley 100 de 1993 y el contrato de prestación de servicios con el menor VICTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO”*, dado que el niño se encontraba afiliado en calidad de beneficiario del SGSSS, existiendo vínculo contractual de aquel con la EPS, y por ello, cumplió a cabalidad con la prestación del servicio de salud que requirió el menor en las Instituciones contratadas FUNDACIÓN PROPAL y la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI, autorizando todos los servicios y atenciones necesarias, por lo tanto no *“puede predicarse responsabilidad”* en su contra.

c) *“Inexistencia de nexo causal entre el perjuicio alegado por la parte actora y el comportamiento contractual de SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – SOS EPS”*, en tanto los servicios médicos brindados al menor se prestaron por *“profesionales idóneos, de manera oportuna, diligente y perita y conforme a los protocolos de la lex artis”*, y la parte demandante no demuestra la existencia *“del vínculo característico que se requiere para predicar la existencia de la responsabilidad”*.

d) *“Inexistencia de solidaridad entre IPS FUNDACIÓN PROPAL, FUNDACIÓN VALLE DEL LILI y la Entidad Promotora de Salud SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – SOS EPS S.A.”*, puesto que sí en gracia de discusión se aceptaran las conductas que se describen en la demanda, las mismas son ajenas a las obligaciones de la EPS, pues EPS e IPS cumplen funciones distintas dentro del SGSSS, en tanto la primera se circunscribe a que el menor recibiera la atención médica que requería y autorizar la cobertura económica de todos los servicios de salud, obligaciones que fueron debidamente satisfechas, y la segunda, cuentan con *“plena autonomía administrativa, técnica y financiera para la prestación de los servicios de salud”*, por lo que no existe solidaridad entre las actuaciones de SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD y las Instituciones demandadas.

e) *“Inexistencia de obligación por ausencia de culpa”*, dado que el equipo médico actuó con diligencia y cuidado, siendo la actividad médica de medio y no de resultado, máxime cuando las manifestaciones de los actores no cuentan con respaldo probatorio ni jurídico.

f) *"Inexistencia de relación de causa a efecto entre los actos de carácter institucional, los actos de los profesionales de la salud y el resultado insatisfactorio"*, por cuanto el equipo médico que atendió al paciente lo hizo dentro de los parámetros científicos indicados, sin que se pueda considerar que obraron de forma *"imperita, negligente o imprudente, o violando las reglas de cuidado"*, por el contrario, de la historia clínica se evidencia un actuar adecuado y diligente.

g) *"Las obligaciones de los profesionales de la salud se reputan de medio y no de resultado"*, en el entendido de que el ejercicio de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática, y por ello, pese a los esfuerzos del personal médico y el empleo de los recursos técnicos, es posible que *"no se logre establecer la causa del mal o sus alcances, o restablecer la salud del paciente"*, por tanto, para que se estructure la responsabilidad médica es necesario que esté demostrada la culpa, y en este caso, los profesionales de la salud cumplieron cabalmente con sus obligaciones de manera oportuna, perita y ajustada a los protocolos.

h) *"Inexistencia de obligación de responder por ausencia de culpa"*, teniendo en cuenta que la responsabilidad médica se determina por culpa probada, correspondiendo a la parte que la alega acreditar la negligencia, situación que no se presenta en este caso.

i) *"La atención médica brindada se cumplió conforme a la lex artis y la discrecionalidad científica"*, porque de los documentos aportados se observa que la atención se brindó conforme a los protocolos establecidos y con el lleno de los requisitos y estándares de calidad.

j) *"Caso fortuito"*, en razón a que la ciencia médica no es exacta y comporta ciertos riesgos que son inherentes a su práctica, además de que dichos riesgos obedecen a las condiciones físicas de cada paciente, y si la atención médica cumple con los protocolos, no es atribuible al acto médico, dado que se torna como una situación súbita, imprevista e irresistible.

k) *"Enriquecimiento sin causa"*, teniendo en cuenta que las peticiones demandadas *"constituyen la búsqueda de indemnización de un detrimento no padecido"*, pues los perjuicios reclamados no están probados.

En escrito separado llamó en garantía a FUNDACIÓN PROPAL I.P.S. S.A. (fls. 1 a 4 c. cinco llamamiento)⁹, a la aseguradora AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. con fundamento en la póliza de responsabilidad civil No. 8001025995 (fls. 1 a 3 c. seis llamamiento)¹⁰, y a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI (fls. 1 a 4 c. siete llamamiento)¹¹.

3. CONTESTACIÓN DE LAS LLAMADAS EN GARANTÍA.

3.1. ALLIANZ SEGUROS S.A. ¹² (fls. 480 a 503 c. principal tres), por intermedio de apoderado, se opone a las pretensiones de la demanda, señalando que de acuerdo con la historia clínica de la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI, el menor nació el día 10 de enero de 2013, cuando la madre contaba con 29 semanas de gestación, con enfermedad arterial crónica (HTA) más preeclampsia severa, sin controles prenatales, múltipara (Gravidez 9 Partos 6 Abortos 2), síndrome anémico en el embarazo, nefropatía aguda, alto riesgo de edema pulmonar, riesgo de eclampsia, riesgo de óbito fetal y/o estado fetal no tranquilizador, riesgos de fenómenos tromboembólicos y hemorrágicos, baja saturación de oxígeno, pobre control de cifras tensionales cardiovascular, presentando desaturación, requirió oxígeno y ante el inicio de edema agudo de pulmón se determinó como conducta la finalización del embarazo por cesárea, obteniéndose como producto del embarazo feto transverso dorso inferior de muy difícil extracción a través de la placenta debido a la necesidad de realizar cesárea corporal por severas varices en la zona del segmento de muy corto diámetro que no permitía la extracción. Los diagnósticos del menor al ingreso al servicio de neonatología: feto y recién nacido afectado por trastornos hipertensivos de madre, prematuridad, asfixia neonatal, síndrome de dificultad respiratoria del recién nacido, y displasia broncopulmonar originada en el período perinatal, por lo cual se adelanta plan de manejo con surfactante pulmonar y ventilación mecánica.

Señala, que no es cierto que el menor haya padecido EPOC como se indica en la demanda, pues esa es una patología de adulto, en realidad lo que presentaba el recién nacido era un SDR (Síndrome de Dificultad Respiratoria) del prematuro con displasia broncopulmonar secundaria, que fue corroborada con una radiografía de tórax donde se encuentra enfermedad de membrana hialina, posteriormente se adicionan diagnósticos a los ya establecidos: CIV y Ductus arterioso persistente. Con lo que se puede fácilmente evidenciar que *“la salud y la vida del menor se encontraba comprometida desde su vida fetal, sin que para nada haya tenido*

⁹ Admitido por auto del 11 de septiembre de 2018- fl. 30 c. cinco llamamiento en garantía.

¹⁰ Admitido por auto del 17 de julio de 2018 – fl. 14 c. seis llamamiento en garantía.

¹¹ Admitido por auto del 11 de septiembre de 2018 – fl. 20 c. siete llamamiento en garantía

¹² Notificada personalmente por apoderado – fl. 40 c. dos llamamiento en garantía.

incidencia el manejo médico brindado por las diferentes instituciones de salud demandadas".

Que el 7 de abril de 2013, cuando se dio el alta al menor por presentar aceptables condiciones generales, afebril, tolerando vía oral, con diuresis y deposiciones bien, se instruyó a los padres para el manejo del oxígeno, las consultas a las terapias, los controles médicos y se les informó sobre los signos de alarma para que consultaran inmediatamente a la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI sin necesidad de cita previa, por lo que resulta equivocada la conducta de los padres *"que a pesar de haber recibido toda la instrucción de consultar inmediatamente a la FVL ante la presencia de los signos de alarma, el día 3 de mayo de 2013 éstos de manera autónoma decidieron esperar durante más de 24 horas y acudieron a otra institución de salud con menor nivel de complejidad"*.

Aduce que de lo consignado en la historia clínica de la FVL, *"la madre del menor no es buena informante y tampoco es adherente a las indicaciones médicas, ni cumplía con estrictos controles médicos, desatendiendo recomendaciones médicas"*.

Igualmente de lo consignado en la historia clínica de la FUNDACIÓN PROPAL, se observa que el menor fue atendido oportunamente, se le ordenó micronebulizaciones y acudir de inmediato en caso de urgencia.

Expresa que en el hecho 12 existe una confesión del comportamiento negligente por parte de los padres del menor, por cuanto al ver que el menor se hallaba en delicado estado de salud, *"debieron acudir inmediatamente a la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI y no dar espera a que se agravara para asistir con el menor gravemente deteriorado a una institución de salud de menor nivel de complejidad"*.

Como excepciones de mérito formula las siguientes:

a) *"Ausencia de culpa"*, teniendo en cuenta que el proceder del equipo médico fue conforme a la diligencia y cuidado recomendado, aclarándose que la actividad médica es de medio y no de resultado, amén de que no está demostrado un actuar culposo del equipo médico de la FVL ni de la FUNDACIÓN PROPAL en la atención del menor, quienes por el contrario observaron los mandatos éticos de la medicina, siguiendo los reglamentos, protocolos y guías institucionales sobre la materia.

b) *"Inexistencia de relación de causa a efecto entre los actos de carácter institucional y los actos del equipo médico y el resultado que pueda haber afectado al paciente"*, pues siendo la ciencia médica inexacta, existen casos en los que ante un mismo paciente con determinados síntomas varios galenos pueden ofrecer diagnósticos distintos, ya sea por la resistencia del enfermo, la respuesta del organismo, el estado de la enfermedad etc., empero, tal situación no ocurre en este caso pues los medios utilizados para la recuperación del menor estuvieron debidamente empleados, lo que impide considerar que la institución y el equipo médico obrara de forma imperita, negligente o impudente, por el contrario, de la historia clínica se observa que la conducta asumida por el personal de salud fue adecuada y diligente, *"a la expectativa de comportamiento al impulsar conducta terapéutica"*.

c) *"Inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la ley"*, dado que el resultado que evidenció el menor, constituyó para el equipo médico un *"fenómeno de irresistibilidad dentro del campo de la práctica médica"*, pese a haber adoptado las medidas conducentes tendientes a disminuir cualquier riesgo sobreviniente.

d) *"Conducta conforme a derecho de la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI y COMFACAUCA y la del equipo médico que atendió al neonato en cada institución de salud"*, como quiera que el personal que atendió al menor era un grupo idóneo y calificado que acató de manera fiel, estricta, precisa y exacta los principios y fundamentos de la ciencia médica, realizó un diagnóstico acertado y observó juiciosamente las normas previstas para la atención al bebe, obedeciendo rigurosamente los protocolos y guías institucionales y registrando sus actuaciones en la correspondiente historia clínica, por lo que no existe un hecho de los relatados en la demanda que pueda comprometer la responsabilidad de COMFACAUCA y de la FVL.

e) *"Inexistencia de daño antijurídico"*, la muerte del paciente *"tuvo una causa natural que fue una cardiopatía congénita compleja, cuyo manejo en casa requería un especial cuidado y esmero de los padres que ante el menor signo de alarma debían inmediatamente solicitar asistencia médica calificada dada la gravedad de la patología que padecía el menor"*, es decir, que el deceso no obedeció a una conducta imputable a las instituciones de salud, sino a la naturaleza ignota, dura e implacable.

f) *"Inexistencia de relación causal entre la conducta de la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI, COMFACAUCA y la muerte del neonato"*, pues no existe prueba que demuestre dicho nexo de causalidad, dado que el fallecimiento del niño

obedeció a causas naturales y no a una conducta culpable de las prestadoras de salud.

g) *"Inexistencia de responsabilidad civil y, por lo tanto, de la obligación de indemnizar"*, dado que al ser la culpa endilgada inexistente, se puede concluir que faltan todos los elementos de la responsabilidad civil, y por ende no hay obligación resarcitoria para los demandados.

h) *"Ausencia de pérdida de oportunidad"*, por cuanto la muerte del recién nacido no fue producto de una falla médica atribuible a las instituciones que brindaron la atención en salud, pues la misma fue adecuada, diligente, oportuna y según los protocolos correspondientes.

i) *"Caso fortuito"*, dado que la ciencia médica tiene sus limitaciones, por lo que siempre existe un alea en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades, que escapa al cálculo riguroso o a las previsiones más prudentes del personal de salud, y que por tanto, la deficiencia en la recuperación de un paciente no es responsabilidad del galeno tratante, pues concurren circunstancias imprevisibles o inevitables que caracterizan todos los casos en particular.

j) *"En ausencia de daño antijurídico, en consonancia con ello carece de fundamento las peticiones económicas, las declaraciones y condenas"*, en la medida que no se demostró culpa alguna o falla médica en la prestación de servicios de salud al menor, sumado al hecho que las pretensiones no se ajustan a los parámetros jurisprudenciales en torno al daño moral y el daño a la vida de relación, los cuales por demás tampoco están demostrados, y mucho menos este último que es propio y único del directamente afectado y no de quienes manifiestan ser damnificados.

k) *"Carga de la prueba a cargo del actor"*, bajo el entendido que los lineamientos jurisprudenciales permiten reconocer que la medicina no es una actividad riesgosa y por tanto, la demostración de la culpa o falla médica recae exclusiva en quien demanda la responsabilidad.

Frente al llamamiento en garantía efectuado por CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CAUCA – COMFACAUCA y FUNDACIÓN VALLE DE LILI, formula como excepciones de mérito las denominadas:

a) *"Inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de responsabilidad civil extracontractual del asegurado"*, puesto que no existen pruebas de donde se desprenda esa obligación.

b) *"Límite del amparo asegurado bajo la póliza No. 021217857-0" – "Límite del amparo asegurado bajo la póliza No. 21772824"*, por cuanto el asegurador solo está obligado a responder hasta la concurrencia de la suma asegurada en cada caso.

c) *"Obligación del asegurado de soportar una cuota en la pérdida por concepto de deducible o franquicia"*, toda vez que el asegurado debe asumir el valor del deducible estipulado entre las partes de conformidad con el amparo afectado.

d) *"Riesgos excluidos"*, según las limitaciones a la responsabilidad del asegurador, pactada en el contrato del seguro.

3.2. AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.¹³, por intermedio de apoderada (fls. 25 a 42 c. llamamiento en garantía seis) se opone a las pretensiones de la demanda, con fundamento en similares planteamientos a los expuestos por SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. SOS EPS y con apoyo en las excepciones de fondo tituladas:

a) *"Inexistencia de responsabilidad y/o de obligación de indemnizar a cargo de la entidad promotora de salud SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. SOS EPS"*, toda vez que los hechos aducidos en la demanda no permiten inferir relación alguna de causalidad entre la actuación de la EPS y el *"supuesto perjuicio"*, en tanto no hay prueba de violación de la *lex artis* y de contera no existe culpa atribuible a dicha entidad, pues de la historia clínica se confirma *"la forma diligente, perita y oportuna atención brindada al paciente y descartan cualquier duda que puedan suscitar la tergiversación de los hechos que esgrime la parte actora"*. Agrega, que la EPS no prestó directamente los servicios de salud al menor afectado, pues la única responsabilidad de aquella es la autorización de los servicios médicos que requiriera, los cuales fueron autorizados *"sin dilaciones, ni riesgos para el paciente"*.

b) *"Inexistencia de relación de causalidad entre los actos de la entidad promotora de salud SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. SOS EPS – SOS S.A. y los supuestos perjuicios alegados por la parte actora"*, dado que los actores no demostraron los supuestos necesarios para predicar la existencia de responsabilidad civil y mucho menos consiguen concretar la existencia de un vínculo *"que ate el actuar"* de la EPS con los supuestos perjuicios alegados.

¹³ Notificada personalmente – fl. 24 c. seis llamamiento en garantía.

c) *"Aplicación estricta de los cánones de las lex artis"*, atendiendo a que al menor se le brindó la atención médica de acuerdo a lo establecido en los protocolos médicos, lo que se confirma con la historia clínica aportada y la abundante literatura sobre estos casos.

c) *"La obligación de los médicos es de medios y no de resultados"*, teniendo de presente que el equipo médico se obliga a *"poner en obra su actividad, su talento, a suministrar cuidados, en busca de un resultado sin duda, pero sin garantizar su efectividad"*, de ahí que, la no obtención del resultado no permite presumir culpa del galeno, pues es necesario probar la culpa.

d) *"El régimen de responsabilidad civil médica se rige por la culpa probada de acuerdo al artículo 167 del C.G.P. – Inexistencia de obligación de responder por ausencia de culpa"*, en tanto que la responsabilidad de las entidades que prestan servicios médicos requiere que se pruebe la culpa, porque la misma no se puede presumir, y dentro de los hechos de la demanda y los documentos aportados, no se evidencia *"un actuar negligente por los profesionales que atendieron al menor... ni falla en el servicio médico brindado por parte de la institución de salud"*.

e) *"Exoneración por cumplimiento de la obligación de medio brindada por los profesionales de la salud"*, porque el menor recibió toda la atención médica requerida, con el lleno de los requisitos y estándares de calidad.

f) *"Caso fortuito"*, en razón a que la ciencia médica no es exacta y comporta ciertos riesgos que son inherentes a su práctica, además de que dichos riesgos obedecen a las condiciones físicas de cada paciente y si la atención médica cumple con los protocolos, no es atribuible al acto médico, dado que se torna como una situación súbita, imprevista e irresistible.

g) *"Carencia de prueba del supuesto perjuicio"*, teniendo en cuenta que no existen medios de prueba sobre la responsabilidad endilgada a los demandados, y mucho menos de la producción, naturaleza y cuantía de los mismos, los que no son susceptibles de presunción alguna, sin olvidar que los deprecados superan ampliamente los límites jurisprudenciales para la reparación de este tipo de daños.

h) *"Enriquecimiento sin causa"*, ya que las peticiones demandadas *"constituyen la búsqueda de indemnización de un detrimento no padecido"*, pues los perjuicios reclamados no están probados.

De otra parte, se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía realizado por la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD, proponiendo como excepciones:

a) *"Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro"*, habida cuenta que el reclamo efectuado a la EPS se hizo desde el 18 de diciembre de 2015, fecha en la que se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial, por lo que *"al momento de radicarse el llamamiento en garantía a mi representada, y para la fecha en la cual se le notificó del mismo, ya habían transcurrido más de los dos años, conforme lo preceptúa el artículo 1081 en concordancia con el artículo 1131 del Código de Comercio"*, configurándose así el fenómeno de la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro.

b) *"No se cumplen los presupuestos para que opere la póliza de acuerdo a la modalidad de cobertura"*, en tanto que la póliza que sirvió de base al llamamiento es la denominada "CLAIMS MADE" que sólo opera si se cumplen de manera simultánea los siguientes requisitos: *"i) Que el hecho ocurra dentro de la vigencia de la Póliza, o dentro del período de retroactividad pactada. ii) Que sea reclamado dentro de la vigencia de la Póliza"*, y en este caso, no se satisface ninguno de los dos presupuestos dado que *"el reclamo a la convocante no se formuló dentro de la vigencia de la póliza, o sea dentro del período comprendido entre 20 de febrero de 2013 hasta el 20 de febrero de 2014"*.

c) *"No se realizó el riesgo asegurado en el certificado No. 10 de la póliza de seguro de responsabilidad civil para Clínica y Hospitales y/o Centros Médicos No. 8001025995, es decir, no ocurrió siniestro, conforme lo establecido en sus condiciones particulares"*, en razón a que las condiciones de salud del paciente, *"no han tenido origen en la conducta profesional y médica adelantada por el asegurado"*, pues el actuar fue adecuado, correcto y aceptado por la ciencia médica, y al no estructurarse la responsabilidad en cabeza del asegurado, no se realizó el riesgo asegurado.

d) *"Límites máximos de responsabilidad del asegurador y condiciones de la póliza que enmarcan las obligaciones de las partes"*, dado que en el improbable caso de prosperar las pretensiones de la demanda, debe atenderse a los límites, amparos, exclusiones, sumas aseguradas y deducibles de la póliza, que constituyen ley para las partes y deben ser observados conforme a las normas que regulan los contratos en general, sin olvidar que la póliza contratada opera *"en exceso de las pólizas otorgadas a las IPS"*, lo que deberá tenerse en cuenta al momento de proferir el fallo respectivo.

e) *"Las exclusiones de amparo expresamente previstas en el certificado No. 10 de la póliza de seguro de responsabilidad civil para Clínicas y Hospitales y/o Centros Médicos No. 8001025995"*, toda vez que las condiciones tanto particulares como generales delimitan la extensión del riesgo asumido por la aseguradora, y permitirán su exclusión de pagar indemnización alguna.

f) *"El contrato es ley para las partes"*, la eventual indemnización está supeditada al contenido de cada póliza, es decir, a sus diversas condiciones, ámbito de amparo, alcances y límites asegurados.

g) *"Enriquecimiento sin causa"*, en el sentido de indicar que una remota condena en su contra, *"generaría un rubro a favor de la que llama en garantía que no tiene justificación legal o contractual alguna, lo que se traduciría en un enriquecimiento sin causa, figura prohibida en nuestra legislación"*.

3.3. La FUNDACIÓN VALLE DEL LILI (fls. 35 a 47 2 c. llamamiento en garantía siete), por intermedio de apoderada se opone a las pretensiones del llamamiento realizado por SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. SOS EPS, proponiendo como excepciones las siguientes:

a) *"Cumplimiento estricto de las obligaciones contractuales"*, teniendo en cuenta que la Fundación dispuso toda su infraestructura institucional como prestadora de servicios de salud, la atención en forma oportuna y eficaz para las condiciones del menor MOSQUERA CASTILLO.

b) *"Ausencia de culpa o no culpa a cargo de la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI por prestación oportuna y eficiente de los servicios médicos que le fueron requeridos, sin que estos contribuyeran al estado patológico del menor VÍCTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO"*, en razón a que la entidad prestó de manera diligente, oportuna e idónea los servicios médicos requeridos por el paciente desde su nacimiento, el que se realizó por cesárea *"ante un cuadro hipertensivo severo patología esta que colocaba en peligro la vida de la madre y del menor, no obstante afectó la salud del menor proporcionando Síndrome Dificultad Respiratoria del Prematuro"*; posteriormente el día 26 de marzo de 2013 ingresó nuevamente a la institución *"sin haber cumplido la madre y su familia con las recomendaciones de los controles para observar las patologías con que había nacido este menor"* y finalmente ingresa el 04 de mayo de 2013 remitido desde Hospital de Puerto Tejada (sic) *"en paro cardiorespiratorio y sin signos vitales"*.

c) *"Excepción de inexistencia de hecho y por ende de nexo causal"*, por cuanto no aparece demostrada la acción y omisión por parte del actuar de la

FUNDACIÓN VALLE DE LILI que haya conducido al daño del menor, además de que como IPS cumplió con todas las obligaciones a su cargo en forma idónea y diligente.

d) *"Carencia de nexo causalidad entre la conducta a cargo de la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI"*, en tanto se brindó atención médica especializada, hospitalización, pediatría, fonoaudiología, medicina física y rehabilitación, oftalmología pediátrica, nutrición y dieta, hematología, laboratorios, ayudas diagnósticas y tratamiento médico, de los que no puede endilgarse nexo entre dichas atenciones y la muerte del menor, pues *"todo el sostenimiento de la imputación se encuentra en apreciaciones subjetivas por la parte demandante"*.

e) *"Cobro de lo no debido"*, por cuanto la parte demandante y el llamante exponen pretensiones infundadas, improcedentes e injustificadas, pues solicitan el pago de una suma de dinero que no debe la Fundación, en razón a la diligencia y cuidado de su actuar frente a la atención prestada al menor.

f) *"Enriquecimiento sin causa"*, dado que los perjuicios reclamados no están probados en relación con la FUNDACIÓN VALLE DE LILI, por cuanto no se produjeron al interior de la misma, y si en gracia de discusión se llegasen a aceptar, la estimación del monto efectuado por el apoderado de los actores *"muestra una desmedida e injustificada ambición, para igualmente obtener un lucro injustificado"*.

3.4. La FUNDACIÓN PROPAL (fls. 39 a 47 2 c. llamamiento en garantía cinco), por intermedio de apoderado asume su responsabilidad de acuerdo al contrato de prestación de servicios asistenciales suscrito con SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. SOS EPS, no obstante, formula excepciones las que denomina:

a) *"Delimitación temporal: contrato vigente para la fecha de los hechos"*, el único contrato vigente con la EPS bajo la modalidad de capitación fue el No. 0982 desde el 21 de marzo de 2011 hasta el 21 de marzo de 2012 y conforme a la cláusula novena se prorrogó automáticamente por un (01) año más, donde deben tenerse en cuenta todos los límites, obligaciones y exclusiones consagradas en dicho contrato.

b) *"Inexistencia de solidaridad entre el Centro Médico IPS FUNDACIÓN PROPAL y la Entidad Promotora de Salud SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD –SOS- EPS S.A."*, en el entendido de que de llegarse a probar que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS, debe responder patrimonialmente

por el mismo, exonerando de responsabilidad a la IPS porque *"nada tuvo que ver con el resultado dañoso que se produjo"*.

c) *"El Centro Médico IPS FUNDACIÓN PROPAL sólo responderá por las obligaciones asumidas en el marco del contrato de prestación de servicios No. 0982 del 21 de marzo de 2011 hasta el 21 de marzo de 2012"*, bajo el supuesto de que sólo el contrato suscrito entre la EPS e IPS no es suficiente para que prosperen las pretensiones del llamamiento, pues se debe acreditar el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la última, situación que no se presenta en este asunto, además de que la Institución no responderá por acciones u omisiones que contractualmente *"no estaban en cabeza de éste"*.

d) *"Límite a la responsabilidad del Centro Médico IPS FUNDACIÓN PROPAL, en virtud de las exclusiones expresamente previstas en la cláusula cuarta del contrato de prestación celebrado con el SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD –SOS-EPS S.A."*, en una eventual condena deben tenerse de presente los límites de responsabilidad contratados y en especial las exclusiones pactadas en la cláusula cuarta.

e) *"Improcedencia de condena en virtud del llamamiento en garantía, al no existir obligación de indemnizar en cabeza del Centro Médico IPS FUNDACIÓN PROPAL"*, por falta de prueba que determine la responsabilidad de la IPS en el presente proceso.

3.5. SEGUROS DEL ESTADO S.A. ¹⁴, por intermedio de apoderada (fls. 47 a 104 c. llamamiento en garantía tres) se opone a las pretensiones de la demanda, formulando las siguientes excepciones:

a) *"Inexistencia de la relación de causalidad"*, argumentando que de la historia médica aportada se observa que desde su ingreso a las IPS el menor VÍCTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO, fue tratado conforme a los protocolos, se le brindaron todos los cuidados necesarios para su condición, y recibió toda la atención de acuerdo a sus síntomas y la disponibilidad del servicio, razón por la que la causa del deceso no es imputable a un mal comportamiento de las instituciones o de los profesionales que lo atendieron, *"sino a circunstancias que escapan al ser humano como tal"*, dado que la responsabilidad médica es de medio y no de resultado y no está demostrada irregularidad alguna en la atención prestada al paciente.

¹⁴ Notificado personalmente a través de apoderada – fl. 38 c. ppal. Tres)

b) *"Diligencia y cuidado"*, en tanto no se evidencia un actuar retardado, omisivo o negligente en el proceder del Centro Médico FUNDACIÓN PROPAL frente a la atención brindada al menor MOSQUERA CASTILLO.

c) *"Ilegitimidad en la causa por pasiva"*, bajo el entendido de que no existe prueba de una acción culposa o falla en la prestación del servicio de salud por parte del Centro Médico FUNDACIÓN PROPAL.

d) *"Aplicación de los protocolos"*, pues al menor MOSQUERA CASTILLO le practicaron los procedimientos adecuados conforme a los protocolos, y suministrando un tratamiento adecuado como se aprecia en la historia clínica.

e) *"Exoneración por cumplimiento de la obligación de medio"*, dado que el cuerpo médico de cada una de las instituciones de salud que atendieron al paciente, cumplió con todos los deberes profesionales de la ciencia médica, sin que el fracaso del tratamiento o ausencia del éxito se traduzca en incumplimiento de sus obligaciones, por cuanto se trata de obligaciones de medio y no de resultado.

f) *"Ausencia de responsabilidad del demandado Centro Médico FUNDACIÓN PROPAL por caso fortuito"*, habida cuenta que la situación del menor VICTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO *"era riesgosa para cada momento en las instituciones médicas, por lo que de cumplirse alguno de esos riesgos para nada tienen que ver con el cumplimiento de las obligaciones médicas de medio desarrolladas a través de la atención hospitalaria y clínica"*.

g) *"Falta de prueba contundente para imputar la responsabilidad por falla del servicio al demandado Centro Médico FUNDACIÓN PROPAL"*, señalando que los demandantes no demuestran los supuestos fácticos de la demanda, al contrario se evidencia de la historia clínica que no existe un actuar culposo, negligente, de impericia o de error en el diagnóstico, por parte de los demandados.

h) *"Ausencia de responsabilidad conforme a los preceptos legales"*, bajo el entendido de que el proceder de las entidades de salud que atendieron al menor VICTOR MANUEL, se ajustó a los parámetros médicos y legales establecidos para el caso particular, y por tanto el resultado fatal no puede ser atribuido a aquellas.

i) *"Exoneración por cumplimiento de la obligación de medio"*, teniendo de presente que el Centro Médico Fundación PROPAL, y su personal de salud puso a disposición del paciente todos los recursos necesarios para atenderlo, siendo su

conducta ajustada a los protocolos médicos, observando un proceder acorde con los principios universales que en materia médica existen.

De otra parte, se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía realizado por el CENTRO MÉDICO FUNDACIÓN PROPAL, en la medida que excedan las vigencias, límites y coberturas acordadas en la póliza, e igualmente propuso como excepciones:

a) "*Ausencia de la realización del riesgo asegurado*", si bien la póliza contratada tiene vigencia desde el 01 de noviembre de 2012 hasta el 01 de noviembre de 2013, las circunstancias por las que se efectúa el llamamiento "*son ajenas al riesgo asegurado*" y no logran ser configuradas como siniestro para los riesgos que SEGUROS DEL ESTADO S.A. asumió como cobertura de aseguramiento, dado que no está demostrada la negligencia o error médico por parte de la FUNDACIÓN PROPAL en la atención al menor MOSQUERA CASTILLO.

b) "*Aplicación de deducible pactado para todos los amparos contratados*", teniendo en cuenta que con esta misma póliza se ha llamado en otros eventos a la compañía, y por tanto, el valor asegurado deberá atender a la disponibilidad presupuestal de la póliza, además de que se pactó un deducible del 15% sobre el valor de la pérdida.

c) "*Aplicación del valor asegurado*", en el sentido de que SEGUROS DEL ESTADO S.A., sólo atenderá los siniestros que afecten la póliza, siempre y cuando exista suma disponible asegurada de acuerdo al contrato de seguro.

d) "*Condiciones, amparos, límites y exclusiones de la póliza*", la responsabilidad de la compañía sólo se limita a la suma asegurada y a las condiciones acordadas por las partes en el contrato de seguro.

e) "*Cuantía máxima de la indemnización*", dentro de los límites indicados la indemnización no excederá en ningún caso del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro.

f) "*Inexistencia de la obligación de indemnizar intereses o sanciones moratorias*", de acuerdo a la jurisprudencia actual, la Compañía de Seguros llamada en garantía no está obligada a indemnizar sumas de dinero por intereses moratorios o indexaciones dado que ellas no fueron objeto de cobertura al momento de suscribir el contrato de seguros.

g) *"Violación al principio indemnizatorio"*, en tanto que no está demostrada responsabilidad médica alguna por parte del Centro Médico FUNDACIÓN PROPAL, *"lo que en consecuencia haría nugatorio cualquier tipo de compensación en términos pecuniarios como los pedidos por los demandantes"*.

h) *"Carencia de solidaridad entre SEGUROS DEL ESTADO S.A. y el CENTRO MÉDICO FUNDACIÓN PROPAL"*, no existe solidaridad entre dichas entidades, dado que ello no se indicó de manera expresa en el contrato de seguro.

i) *"Las exclusiones del amparo"*, deben tenerse en cuenta las condiciones particulares que se encuentran inmersas en la póliza, donde se indican algunas exclusiones del amparo las que deben ser consideradas en la sentencia. Los perjuicios morales están excluidos de la cobertura de la póliza.

j) *"Límites máximos de la eventual responsabilidad o de la eventual obligación indemnizatoria o de reembolso que se atribuye a mi representada y condiciones del seguro"*, en el evento de prosperar las pretensiones, la póliza contratada contiene las condiciones de responsabilidad del asegurador, sus límites, amparos, exclusiones, deducibles y sumas aseguradas, los que determinarán la posible responsabilidad de SEGUROS DEL ESTADO S.A.

4. LA SENTENCIA APELADA. En ella se resolvió: i) Declarar probada la excepción de *"Ausencia de relación de causalidad"* así como la de *"Inexistencia de nexo de causalidad"*, propuestas por las demandadas CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CAUCA, FUNDACIÓN VALLE DE LILI, FUNDACIÓN PROPAL y SOS EPS; ii) en consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda; y iii) condenar en costas a la parte demandante.

Lo anterior, tras considerar la funcionaria de primer grado, que los hechos en los que se fundamenta la demanda difieren ostensiblemente de lo que se acreditó en el proceso, en tanto no hay prueba que demuestre que al niño se le formularon controles cada ocho días en la FUNDACIÓN VALLE DE LILI, tampoco existe constancia de que el pequeño fuese llevado a algún tipo de control por parte de su progenitora, quien según anotación de la historia clínica, tan solo lo llevó a dicho centro médico cuando ya presentaba cuadro clínico de 4 días de congestión nasal, sin informar con claridad la forma en que le estaba suministrando la fórmula materna o los medicamentos que le fueron prescritos, situación ésta que se corroboró con los interrogatorios de parte, en los que ninguno de los progenitores pudo explicar con detalle la manera en que se encargaban del cuidado del niño, por lo que no se logró establecer con certeza

"si efectivamente en casa se le proporcionaba al niño el tratamiento ordenado por los profesionales de la salud o si se seguía las instrucciones médicas".

Que la prueba recabada también da cuenta que la madre no llevó al niño a la IPS COMFACAUCA para la asistencia médica que requirió, sino que fue trasladado por una vecina; que se le prescribió oxígeno precisamente por el cuadro de dificultad respiratoria que lo aquejó, y cuando se le ordenó la salida de la FUNDACIÓN DE VALLE DE LILI, se entregó a la madre el manejo del mismo, con las instrucciones que debía seguir en caso de evidenciar signos de alarma.

Señala la Juez, que no existe prueba que demuestre que las indicaciones de la médica tratante hayan sido acatadas por las personas que tenían a su cargo el cuidado del niño, y aunque en los hechos de la demanda se aduce que la progenitora gestionó lo necesario para la realización de lo ordenado ante la EPS, dicha afirmación carece de sustento probatorio.

Agrega, que la médica demandada registró expresamente que se emitieron las recomendaciones y los signos de alarma que se debían tener en cuenta, y no existe fundamento para concluir que el diagnóstico emitido por la profesional de la salud haya sido errado, pues obedeció a las condiciones clínicas que presentaba el niño para ese momento, sumado al hecho que no existe constancia en la historia clínica de la realización de los procedimientos ordenados al bebé, omisión que cobra mayor relevancia en la medida que en las secciones subsiguientes de la terapia respiratoria, se había podido advertir alguna desmejora o signo de alarma que sugiriera la existencia de complicaciones en su estado de salud y lograr de esa manera una intervención adecuada.

Que tampoco se acreditó que la demandada EPS CLÍNICA COMFACAUCA no hubiera brindado la atención que requería el bebé, pues la historia clínica informa los servicios allí recibidos, la revisión de sus diferentes sistemas, el examen físico, diagnóstico y posterior traslado a la FUNDACIÓN DE VALLE DE LILI ejecutando a cabalidad todas las directrices del médico tratante, por lo que las afirmaciones de la demanda no tienen respaldo probatorio, sustentándose únicamente en el dicho de los propios demandantes.

Argumenta, que con los elementos de juicio se logró establecer que las condiciones del niño nunca fueron las mejores, que no llegó a un estado idóneo de las mismas, y por el contrario, su salud siempre fue débil, quedando claramente marcada con la forma en que se desarrolló su gestación (prematurez). Además, concluye, que la familia no ejerció el deber de vigilancia que le correspondía respecto del estado de salud del menor, no acreditaron

llevarlo a las citas de control de alto riesgo, como tampoco la aplicación del anti cuerpo que la especialista tratante ordenó suministrar de manera mensual, y aunque en la audiencia inicial la madre del niño refirió que no lo llevó a los controles porque no contaba con los recursos económicos, esa sola circunstancia no permite desplazar la carga probatoria que le competía a la parte actora para sacar adelante sus pretensiones, ni tampoco ilustra sobre la responsabilidad civil extracontractual que se invoca en la demanda.

Que no se acreditó la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad reclamada, ya que se evidencia que la muerte del menor se presentó como consecuencia de las diferentes patologías con las que nació, y las difíciles condiciones de salud que padeció a consecuencias de las mismas, y no por una indebida o ineficiente atención médica por parte de las entidades demandadas, razón por la cual se declara probada la excepción que en ese sentido formuló el extremo pasivo, y en consecuencia se niegan las pretensiones de la demanda.

Por último señala, que los alegatos de conclusión no son la etapa procesal para modificar o reformar la demanda, so pena de atentar contra el principio de lealtad procesal y el derecho de contradicción y defensa.

5. LA APELACIÓN. La interpone el apoderada de la parte demandante, expresando sus reparos concretos de la siguiente manera (fls. 565 a 572 c. ppal. tres):

- La operadora judicial no le dio valor probatorio al interrogatorio de parte rendido por los actores JOSE DEL CARMEN MOSQUERA y MARTHA CASTILLO MARTÍNEZ, cuando fue a partir de su dicho que se estructuraron los hechos de la demanda, omitiendo además apreciar que los demandantes asumieron una serie de tareas que fueron asignadas por el personal médico especialista, además de otras circunstancias por ellos narradas.

- La *a quo* le otorgó un valor “desmedido” al hecho de que la paciente no asumió el deber de realizarse los controles prenatales, señalando que esa omisión condujo a no identificar la preeclampsia que conllevó al nacimiento prematuro del menor.

Dice, que si bien no se realizaron los controles prenatales, en todo caso el bebé nació y estuvo vivo por más de dos meses a pesar de su grave estado de salud, situación que ratificó una de las médicas tratantes citada como testigo, quien señaló que el menor mejoraba en peso y talla, y “que en razón a circunstancias que en su debida oportunidad manifesté, serían las causas del deceso por falta

de oportunidad o pérdida del chance de vivir en razón a no ser enviado de manera oportuna al Centro de Alta Complejidad (Clínica Valle de Lili) a cargo del personal médico que atendió al menor en la FUNDACIÓN PROPAL, ni en las instalaciones de la Clínica de COMFACAUCA con sede en Puerto Tejada", ello en cumplimiento de las recomendaciones que se le dieran a los progenitores del niño.

- La Juez para negar las pretensiones consideró que en los alegatos de conclusión se reformó el contenido inicial de la demanda, y con ello se vulneró la lealtad procesal, sin tener en cuenta que al presentarse dificultad para probar el nexo de causalidad para imputar la responsabilidad extracontractual de las entidades demandadas en la muerte del menor VICTOR MANUEL MOSQUERA, se manifestó que sí se probó un daño autónomo como lo es la "pérdida de oportunidad", a raíz de que la médico de la FUNDACIÓN PROPAL "no asumió de inmediato remitirlo al conocer la historia clínica del menor y las manifestaciones que le reportó la madre del menor, igual el retraso y falta de ambulancia oportuna en las instalaciones de la Clínica Comfacauca", ello conforme lo expresaron los demandantes en su interrogatorio de parte.

Que al contestar las excepciones de mérito formuladas por los demandados, se planteó la tesis de la pérdida de la oportunidad o pérdida del chance de vivir, y por consiguiente no era una novedad al expresarlo en los alegatos de conclusión.

- La falladora desconoció la "culpa organizacional" demostrada en el proceso, la cual hoy en día es factor de atribución de responsabilidad civil extracontractual en personas jurídicas de derecho privado, toda vez que es evidente que se presentaron actuaciones irregulares (hechos y omisiones) que generan culpa de la FUNDACIÓN PROPAL y COMFAMILIAR DEL CAUCA en relación con la prestación del servicio médico asistencial al menor VICTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO.

6. ACTUACIÓN RELEVANTE DE SEGUNDA INSTANCIA. Con posterioridad a la admisión de la alzada, se puede destacar la siguiente:

6.1. Mediante proveído datado el 9 de marzo de 2020 (fl. 6 c. del Tribunal) se dispuso la prórroga del término para proferir sentencia de segunda instancia.

6.2. Por auto del 3 de julio de 2020 (fl. 9 c. del Tribunal), se corrió traslado para la sustentación escrita de la apelación, y la manifestación que a la misma tuvieran los no apelantes, término en el que ambos extremos contendientes y los llamados en garantía presentaron sus alegaciones.

7. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN. El apoderado de la parte demandante reitera los motivos de inconformidad plasmados en su escrito de reparos de concretos, agregando, que la juez le otorgó toda credibilidad a la prueba documental y testimonios técnicos, desconociendo la importancia del interrogatorio de parte, en el que los demandantes narraron con detalle las recomendaciones que debían asumir al momento en que se presentara una desmejora en la salud del infante VICTOR MANUEL MOSQUERA, y que al momento en que acudieron a la Clínica COMFACAUCA y la FUNDACIÓN PROPAL, en esas entidades no atendieron las recomendaciones dadas por un centro de atención de mayor complejidad como lo es la Clínica VALLE DE LILI, presentándose el desenlace fatal.

8. ALEGATOS DE LOS NO APELANTES. Las entidades demandadas y las llamadas en garantía se oponen a la alzada y solicitan confirmar el fallo impugnado, argumentando lo siguiente:

8.1. El apoderado de la FUNDACIÓN PROPAL aduce, que la causa efectiva del daño no tiene relación alguna con la atención médica brindada al menor, pues se trató de una complicación por la condición patológica congénita del mismo; que no se acreditó el nexo de causalidad ni la culpa por parte del personal de la salud que tuvo a su cargo la atención del niño, quienes por el contrario cumplieron con todos los protocolos que la situación requería; que la Juez de primer grado sí valoró los interrogatorios de parte rendidos por los demandantes, lo que le permitió concluir que la conducta de los progenitores contribuyó al fatal desenlace, sumado al hecho que las demás pruebas obrantes en el expediente dan cuenta que los demandados no participaron en la producción del daño, y por ende, no les asiste obligación de indemnizar.

8.2. La apoderada de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI refiere, que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil "*nadie puede crear su propia prueba*", y bajo ese entendido, lo expresado en el interrogatorio de parte necesariamente debe estar soportado en otros medios de prueba; que la no realización de los controles prenatales por parte de la progenitora del infante, fue un factor determinante que impidió tratar a tiempo la preeclampsia y evitar la enfermedad pulmonar con la que nació el menor VICTOR MANUEL MOSQUERA; y que la decisión apelada cumple con el principio de congruencia, en tanto no fue alegada desde la demanda la "*pérdida de la oportunidad*" y la "*culpa organizacional*".

8.3. La apoderada de ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. SOS – EPS SOS S.A. manifiesta, que el mero dicho de los actores no es prueba suficiente para derivar de ella la responsabilidad médica invocada; que la Juez dictó sentencia con fundamento en un amplio análisis de todas las pruebas recaudadas que ilustran sobre la atención médica, el tratamiento suministrado al menor, y las consecuencias de la falta de controles prenatales, descartando que el niño hubiese sido llevado a controles cada lunes a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI como lo aseguraron los padres; y que la “falta de oportunidad” o la “pérdida de chance” a que hace mención el apelante, no se incluyó en los hechos ni en las pretensiones de la demanda.

8.4. El apoderado de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. señala, que contrario a lo expuesto en la alzada, la operadora judicial indagó activamente a los demandantes sobre la atención en salud proporcionada por las entidades demandadas y las circunstancias en que se desarrolló el embarazo de la actora, valorando en su fallo tales manifestaciones en conjunto con las restantes probanzas, lo que la llevó a concluir que los progenitores no actuaron con la debida diligencia frente a la asistencia del menor; que por tratarse de una cuestión de naturaleza médica, mal haría la Juez en no otorgar un valor probatorio prevalente a las interpretaciones científicas que realizaron los expertos en la materia, máxime cuando los inconformes no allegaron al expediente ningún medio de prueba que desvirtuara el dicho de los testigos técnicos o lo consignado en la historia clínica, incumpliendo con la carga probatoria que les asiste de acreditar la ocurrencia de los hechos por ellos narrados; que tampoco está demostrada la “falta de oportunidad” y la “culpa organizacional” que invocan los impugnantes, en tanto las pruebas evidencian que las demandadas actuaron con la debida diligencia, que en contraste con las afirmaciones de los actores, el origen de las enfermedades y en general la condición de salud y posterior fallecimiento del menor, obedecieron a la insuficiente atención que la madre tuvo sobre los cuidados y controles durante su embarazo y después del parto, el nacimiento prematuro del infante, y la ausencia de cuidado de las personas a cargo del menor frente a sus citas médicas y suministro de medicamentos; que las consignas de la historia clínica demuestran que la atención brindada al usuario se ajustó a los protocolos que rigen las actuaciones de las EPS, y en todo caso, EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. SOS no tuvo participación directa en la atención en salud al menor, por lo que los perjuicios que alega el extremo activo no le resultan imputables. Finalmente aduce, que de llegar a revocarse la sentencia apelada, se tengan en cuenta los planteamientos realizados por esa entidad en la contestación de la demanda y del llamamiento

en garantía, relacionados con la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, y el incumplimiento de los presupuestos para que opere la póliza de acuerdo a la modalidad de cobertura.

8.5. El apoderado de ALLIANZ SEGUROS S.A. arguye, que los demandantes pretenden pasar por alto el contenido de la historia clínica y las declaraciones de los testigos técnicos ADRIANA BALLESTEROS y SANDRA LORENA MORENO ARIAS, y estructurar los elementos de la responsabilidad médica a partir exclusivamente de las declaraciones de parte, desconociendo el deber que le asiste al Juez de valorar todas las pruebas como prevé el artículo 176 del C.G.P., y quieren obviar la grave falta de la progenitora del menor de no acudir a los controles prenatales, que según lo explicaron las deponentes en mención, son necesarios para evaluar la condición del que está por nacer, más aun ante la presencia de la patología de preeclampsia severa.

8.6. La apoderada de SEGUROS DEL ESTADO S.A. expone, que la falladora de primer nivel le otorgó carga probatoria suficiente a los interrogatorios de parte, así como a las demás pruebas recabadas, y se logró determinar que la falta de controles prenatales por parte de la madre, tuvo gran incidencia en el grave estado de salud con el que ingresó el menor a la EPS.

CONSIDERACIONES

1. Tal como lo señaló en el fallo impugnado la señora JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO DE PUERTO TEJADA, los presupuestos procesales están satisfechos en éste asunto, luego no hace falta pronunciamiento particularizado al respecto distinto al de mencionar, que tampoco se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta éste momento ni las partes presentaron alegato en tal sentido.

2. Es además a ésta Colegiatura a la que le corresponde conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia proferida por la a quo bajo la órbita de la competencia fijada en razón del factor funcional consagrado en el art. 31-1 en concordancia con el 35 del CGP, siendo del caso pronunciarse en principio **“solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”** (inciso primero del Art. 328 ibídem), para revocar o reformar la decisión si a ello hubiera lugar.

2.1. Por consiguiente, los esbozos teóricos y referentes jurisprudenciales sobre la institución de la **responsabilidad civil médica** que citó la juzgadora de primer grado a lo largo de su fallo, pueden entenderse en su mayoría replicados en ésta decisión al no ser ellos blanco del ataque de los impugnantes.

2.2. Basta simplemente precisar que el **marco jurídico** sobre la responsabilidad civil médica lo dan, en lo que resultan aplicables los artículos 63, 1604, 1613 a 1616, 2341 y ss. del Código Civil, Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica), el Decreto 3380 de 1981 y la Ley 100 de 1993 y sus concordantes¹⁵.

2.3. De entrada se advierte, que la exigencia de responsabilidad civil a las instituciones que prestan servicios de salud, se encuentra admitida desde antaño por los estrados judiciales, sin que ello implique que ésta Sala y la judicatura en general, arroje la sofisticada premisa, de que siempre que un paciente tiene quebrantos o complicaciones de salud subsiguientes al ingreso a un establecimiento hospitalario y/o a un procedimiento o tratamiento médico u análogo, automáticamente se estructuran en contra de la institución y/o de los profesionales que lo atendieron, los presupuestos de la responsabilidad civil, toda vez que en este tipo de responsabilidad, como en cualquiera otra, **deben concurrir TODOS** los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión.

2.4. Dicho de otro modo, la responsabilidad civil, contractual o extracontractual tiene aplicabilidad en el campo médico, ya sea individual o institucional, de manera semejante a cómo puede examinarse en otros campos, siendo en todo caso como **regla general, un régimen de responsabilidad por CULPA PROBADA** ¹⁶.

2.5. Sobre la **responsabilidad médica institucional** tiene dicho la jurisprudencia, que aquella se origina cuando "se incurre en culpa profesional o institucional del caso (...). Luego, para que esta culpa sea idónea en su responsabilidad es necesario que sea imputable al profesional o institución médica correspondiente y que además sea la causa eficiente de los perjuicios que se ocasionen al paciente, esto es, igualmente indispensable que exista relación de causalidad

¹⁵ Este tipo de responsabilidad se ha definido jurisprudencialmente como: "*una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, **demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil**, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, in solidum si fueren varios los autores...*" (CSJ SC12947-2016, 15 sep. 2016, rad. No. 11001 31 03 018 2001 00339 01 MP. MARGARITA CABELLO BLANCO)

¹⁶ Acorde con la tradicional jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, esta clase de responsabilidad puede presentarse de dos formas: "*la «contractual» se estructurará, cuando previamente existe una relación jurídica entre las partes, es decir, subyace una convención válida, cuyo incumplimiento es fuente de perjuicios para alguno de los extremos de tal enlace. La «extracontractual», por su parte, se origina al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre quienes se han enlazado por causa del daño*". CSJ SC15996-2016, 29 nov. 2016, rad. No. 11001-31-03-018-2005-00488-01 MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA

entre la primera y los últimos"¹⁷ lo que es predicable cuando se demanda a las denominadas EPS y/o IPS (Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadora de Salud).

Explica también la Corte, que en el marco de la **responsabilidad organizacional**, *"para atribuir la autoría a los miembros particulares, basta con seleccionar las operaciones que el juez considera significativas o relevantes para endilgar el resultado a uno o varios miembros de la organización, esto es, aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario e imputarlo a aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo... La culpa de la persona jurídica se establece en el marco de una unidad de acción selectivamente relevante donde deben tomarse en consideración los flujos de la comunicación entre los miembros del sistema además de las acciones y omisiones organizativas"*¹⁸.

3. Tras estas precisiones iniciales, los problemas jurídicos que se plantean para resolver el recurso de apelación, se contraen a establecer: i) si la juez de primer grado incurrió en una indebida valoración probatoria, que la llevó a desestimar equivocadamente las pretensiones resarcitorias; evento en el cual, se determinará ii) si es procedente revocar la decisión apelada y en su lugar acceder a la indemnización por los conceptos y montos solicitados en el libelo.

4. La Tesis de la Corporación es, que contrario a lo expresado por el censor, la a quo efectuó una adecuada valoración probatoria, concluyendo acertadamente que al no hallarse demostrados los presupuestos de la responsabilidad médica demandada, no es procedente acceder a lo pretendido, y por consiguiente, la sentencia apelada será confirmada. A la anterior conclusión se arriba con apoyo en el siguiente análisis jurídico y probatorio:

4.1. Los ya mencionados demandantes reclaman a su favor la declaratoria de responsabilidad médica, en calidad de padres, hermanos carnales, y medios hermanos del menor fallecido VÍCTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO, parentesco que fue excluido del debate procesal en la etapa de fijación del litigio, y que se acreditó con los respectivos registros civiles de nacimiento (fls. 67 a 74 c. ppal. uno).

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia sustitutiva de julio 12 de 1994, M.P. Pedro Lafont Pianetta, en G.J. CCXXXI N° 2470, pág. 306.

¹⁸ CSJ STC3722-2019, 26 mar. 2019, rad. No. 11001-02-03-000-2019-00800-00 MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

4.2. Para la fecha de ocurrencia de los hechos, según se desprende de la copia de la historia clínica y las certificaciones visibles a folios 25 a 30 del cuaderno principal uno, el infante fallecido se encontraba afiliado en calidad de beneficiario a SOS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD, y como los aquí demandantes corresponden a terceros ajenos a ese ligamen existente entre el afiliado o usuario y las entidades prestadoras del servicio de salud, la pretensión resarcitoria se sitúa en el campo de la **responsabilidad médica extracontractual**¹⁹.

4.3. Con relación al **daño** cuya reparación se reclama dentro de esta *litis*, el mismo se materializa con el deceso del menor VÍCTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO, acaecido el 04 de mayo de 2013 como consta en la copia del respectivo registro civil de defunción (fl. 45 c. ppal. uno).

4.4. Ahora, en lo que concierne a la "**culpa**" o "**negligencia médica**" imputada al extremo pasivo, y que constituye un elemento indispensable de la responsabilidad reclamada para que pueda estructurarse la obligación de indemnizar, para esta Colegiatura **no existe certeza alguna al respecto**, principalmente, por la ausencia de una prueba científica o testimonio experto, que permita establecer con **contundencia** que la conducta desplegada por el personal médico y asistencial de las entidades demandadas, consignada en las respectivas epicrisis e historias clínicas, fue contraria a la *lex artis* bien por acción u omisión, o si se desatendió algún protocolo existente para casos semejantes al del menor VÍCTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO.

En este punto, es importante resaltar, que de acuerdo con la jurisprudencia patria, **al ser el Juez ajeno al conocimiento médico:**

*"(...) un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar (...) sobre las reglas (...) que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga (...)"*²⁰.

Las historias clínicas y las fórmulas médicas, por lo tanto, en línea de principio, por sí, se insiste, no serían bastantes para dejar sentado con certeza los elementos de la responsabilidad de que se trata, porque sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpretara, andaría el juez a tientas en orden a determinar, según se explicó en el mismo antecedente inmediatamente citado, "(...) si lo que se estaba haciendo en la clínica era o no un tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte (...)"²¹ (Resaltado fuera del texto).

¹⁹ CSJ SC15996-2016, 29 nov. 2016, rad. No. 11001-31-03-018-2005-00488-01 MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA

²⁰ CSJ. Civil. Sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878 – Cita incluida en el texto original.

²¹ CSJ SC003-2018, 12 ene. 2018, rad. No. 11001-31-03-032-2012-00445-01, MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

De manera que, no habiéndose aportado o solicitado por los interesados una prueba de carácter científico o al menos un testimonio técnico que respalde sus aseveraciones sobre la supuesta falla en el servicio o negligencia médica que se endilga a los demandados, **con la sola lectura de la historia clínica y los interrogatorios de parte de los demandantes, no es posible determinar la responsabilidad médica demandada.**

4.5. En efecto, del historial médico aportado como prueba (fls. 8 a 17, 33 a 37, 39 a 44, 46 a 50, 53 a 59 c. ppal. uno y fls. 200 a 202 c. ppal. 2) se extrae la cronología de la atención en salud recibida por el lactante, que en lo relevante se sintetiza así:

- El 10 de enero de 2013 nace el menor VICTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO en la FUNDACIÓN VALLE DE LILI con diagnóstico de ingreso: "**Recién nacido pre término de 28 semanas peso adecuado para edad gestacional**", "**síndrome de dificultad respiratoria SDR de prematuro, hijo afectado por hipertensión arterial materna**". Se deja nota por la pediatra ADRIANA BALLESTEROS MD: "**Nace a las 12:05, extracción difícil nace deprimido. Requiere VPP y masaje cardiaco por un minuto, se decide intubación endotraqueal, se pasa a UCIN para colocación de surfactante e inicio de ventilación mecánica por sobre esfuerzo respiratorio. Se coloca catéter venoso umbilical, fue imposible colocar arterial umbilical**".

- El 7 de marzo de 2013 el pediatra IVAN ENRIQUE PADILLA MEJIA autoriza la salida del niño, y en resumen, en lo relevante, anota lo siguiente: "**Recién nacido pre término de 28 semanas, producto de madre multípara, sin controles prenatales, llevado a cesárea de urgencias por preeclampsia materna... nace deprimido, requiere reanimación con VPP y masaje cardiaco durante un minuto, ventilación mecánica...diagnóstico de displasia broncopulmonar, se logra disminuir FIO2 pero continúa con requerimiento oxígeno a flujo libre/cánula nasal especialmente con la succión...sepsis tardía y meningitis por enterococcus faecalis al 9 día de vida... actualmente con requerimiento de oxígeno flujo libre y cánula nasal 0.5 lt/min, buena succión, la madre entrenada para manejo de oxígeno en casa, ya recibió entrenamiento para cuidados del bebé. Paciente estable sin deterioro clínico ni cardiovascular. Se da salida con recomendaciones y signos de alarma**". Entre las recomendaciones se consignan: "**Oxígeno por cánula a 0.5 litros por minuto, consulta con alto riesgo pediátrico en 7 días, control con oftalmología en 7 días, control con neumología en 1 mes, control con neurología pediátrica en 1 mes, terapias integradas del neurodesarrollo 3 veces por semana**", así mismo **se establece como limitaciones para la vida diaria: "Oxígeno permanente"**, signos de alarma: "**Si presenta dificultad respiratoria, vomita todo lo que come, o vomita abundante y persistente, no se alimenta bien,**

se torna cianótico, consultar por urgencias inmediatamente", y se prescriben varios medicamentos.

- El 26 de marzo de 2013 ingresa el bebé a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI con diagnóstico de "otitis media no especificada", anotando la pediatra MARIA CLARA VILLAQUIRÁN lo siguiente: "Madre refiere cuadro clínico de 4 días, presenta congestión nasal, sin manejo en casa, no fiebre, tos seca escasa, hace dos días presenta llanto continuo que no calmaba, no consultó, desde el día de ayer presenta secreción verdosa por oído derecho, madre mala informante, no hay claridad si está recibiendo medicamentos en casa". El niño es hospitalizado con suministro de antibióticos.

- El 07 de abril de 2013 el pediatra JOSE FERNANDO DELGADO RODRÍGUEZ autoriza la salida del menor, luego de encontrarlo "en aceptables condiciones generales, afebril, tolera vía oral, diuresis y deposiciones bien... signos vitales estables, hidratado... paciente estable, evolución clínica satisfactoria". Se ordena el suministro de medicamentos, "**control ambulatorio por pediatría algo riesgo**", y "control por infectología – ORL", se hacen recomendaciones a la progenitora con relación a los medicamentos, y se le indican signos de alarma: "fiebre, tos, dificultad respiratoria y secreción por oídos".

- El 3 de mayo de 2013 el menor ingresó a la FUNDACIÓN PROPAL en el municipio de Puerto Tejada, con motivo de consulta "muchos tos", siendo diagnosticado con "rinofaringitis aguda (resfriado común)", para lo cual le fue prescrito por la médico PAOLA CRISTINA HUERTAS CASANOVA, entre otros tratamientos y medicamentos, "micronebulizaciones 3 por día por 3 días", se le da salida, indicando como recomendaciones "signos de alarma cuando volver" (sic).

- El 4 de mayo de 2013 a la 1:30 pm., según nota de enfermería, el niño ingresó a la IPS CLÍNICA COMFACAUCA de Puerto Tejada, "somnoliento, pálido, con cianosis, haciendo periodos de apnea, fontanela deprimida", siendo atendido por el médico general ALLENSON CASTILLO, "el cual da las órdenes que se ejecutan, se le canaliza vena periférica... se le coloca máscara a 5L, el doctor inicia proceso de remisión por el estado del paciente". A la 1:45 pm "el dr. ALLESON decide trasladar al lactante como urgencia vital al VALLE DE LILI, pero en el momento en que se está trasladando para la ambulancia presenta paro cardiorespiratorio, se le realizan maniobras de resucitación avanzadas por 5 minutos, se le pasa SNG, se le aspiran secreciones, pero no responde, se traslada en la ambulancia de la institución en código, realizando maniobras de

resucitación en compañía de la Dra. GOMEZ, la terapeuta y la jefe hacia el VALLE DE LILI".

- El mismo día a las 2:52 pm (triage visible a fl. 17 c. ppal. uno), el paciente ingresa en camilla a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI, "traído por médica y auxiliares de enfermería desde Puerto Tejada en paro respiratorio... haciendo masaje cardiaco y con oxígeno administrado por cánula orofaríngea... paciente totalmente hipotónico, sin reflejo corneal, con pupilas midriáticas no reactivas a la luz, sin patrón respiratorio, ni frecuencia cardiaca, no signos vitales, se intuba, se da masaje cardiaco, se aplica adrenalina EV pero no responde... no está clara la causa de muerte", según notas del Dr. CESAR AUGUSTO CRUZ ROA – Urgencias pediatría.

Y sobre la causa del fallecimiento del infante, el informe de necropsia de fecha 06 de mayo de 2013 elaborado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Seccional Valle del Cauca (fls. 19 a 22 c. ppal. uno) – aportado por los demandantes, arrojó como conclusión: "Cardiopatía y compromiso multiorgánico de origen viral. MANERA DE MUERTE: Natural", señalando: "El estudio histopatológico, confirma los hallazgos macroscópicos de compromiso pulmonar, evidenciándose bronquitis, bronquiolitis, traqueítis, neumonitis, neumonía descamativa, y también compromiso meníngeo compatibles con etiología viral, causantes finalmente de su muerte".

4.6. Nótese, que los actores no especifican en la demanda cuál fue el protocolo que los facultativos inobservaron durante la atención del niño VÍCTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO, sino que se limitan a cuestionar el proceder del equipo médico, argumentando el "deber" de aquellos de proceder de uno u otro modo, sin demostrar o sustentar mínimamente la razón de sus afirmaciones, al punto, que el mismo abogado de la parte demandante en sus reparos concretos reconoció, que ante la "dificultad" de probar el nexo causal descrito en el libelo, optó por invocar desde el escrito de contestación de las excepciones de mérito, la "pérdida de oportunidad" como fundamento de la responsabilidad demandada, especie de daño que como se verá más adelante tampoco está demostrada.

4.7. Por si fuera poco, en el recurso de apelación el togado sugiere que la sola declaración de los padres del infante fallecido permite tener por demostrada la responsabilidad médica que los mismos demandan, olvidando, que ante la falta de otros medios suasorios que respalden las manifestaciones de la parte demandante en aquello que le beneficia, otorgarle valor probatorio al interrogatorio de parte por ella rendido, "sería tanto como permitirle fabricar su

propia prueba en favorecimiento de sus intereses, postura que riñe con los principios del régimen probatorio imperante”²².

En ese sentido, explica la Corte:

“En múltiples ocasiones la Sala ha explicado que son disímiles la declaración de parte y la confesión, por lo tanto el juzgador no puede confundirlas. Así, en SC9072-2014, rad. 2007-00601-01, se reiteró,

*(...) no puede confundirse la confesión con la declaración de parte, habida cuenta que “la confesión es un medio de prueba por el cual la parte capacitada para ello relata en forma expresa, consciente y libre hechos personales o que conoce, y que a ella le son perjudiciales, o por lo menos resultan favorables a la contraparte. La última es la versión, rendida a petición de la contraparte o por mandato judicial oficioso, por medio del cual se intenta provocar la confesión judicial... En consecuencia, **la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario o, lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba”** (sentencias de 13 de septiembre de 1994, 27 de julio de 1999 y 31 de octubre de 2002, entre otras) - SCC de 25 de marzo de 2009, rad. 2002-00079-01”²³ (Resaltado fuera del texto).*

Y es que en todo caso, del examen cuidadoso de los interrogatorios de parte de los demandantes JOSÉ DEL CARMEN MOSQUERA CAMPAZ y MARTHA CASTILLO MARTÍNEZ, progenitores del menor fallecido, se observa una serie de inexactitudes y ambigüedades, que para nada contribuyen a esclarecer en qué consistió la culpa médica imputada, pues se observa que el primero no tiene conocimiento de los controles prenatales de la madre ni del diagnóstico del recién nacido, no suministra información sobre los medicamentos o tratamientos que le fueron prescritos a su hijo, no estuvo presente en todas las consultas o citas médicas del niño por encontrarse trabajando, y manifiesta que lo atinente a los cuidados y atención en salud del bebé, así como las ecografías prenatales y demás información al respecto solo puede dar fe la señora CASTILLO MARTÍNEZ; y ésta última, quien se dice estuvo a cargo todo el tiempo del cuidado de su hijo, gestionando personalmente los servicios médicos, vacila en la mayoría de sus respuestas, y es reiterativa en señalar que no recuerda los diagnósticos del lactante, los medicamentos y tratamientos que le fueron prescritos, como tampoco las instrucciones dadas por los galenos tratantes, ni los cuidados proporcionados en el hogar.

4.7.1. En ese sentido, el señor MOSQUERA CAMPAZ relató: *“el embarazo de mi esposa pues fue muy complicado, entonces ella pues cuando vuelve del control*

²² **SC837-2019, 19 mar.** 2019, rad. No. 11001 31 03 013 **2007 00618** 02 MP. Octavio Augusto Tejeiro D.

²³ *Ibíd*em pie de pág. 17 ut supra.

de la FUNDACIÓN PROPAL, entonces pues le encontraron a ella que tenía preeclampsia severa entonces inmediatamente la pasaron por urgencias a VALLE DEL LILI, allí ella tuvo su procedimiento, le hicieron la cesárea, le sacaron el niño, el niño tuvo su tiempo que fue el que le faltaba para nacer debido a eso nos entregan al niño con dos pipas de oxígeno... el niño tenía 7 meses".

En relación con la salida del menor de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI adujo: "a nosotros nos entregan al niño con dos pipas de oxígeno, nos dan unas recomendaciones a nosotros como deberíamos de usarlas, nosotros cada vez que le íbamos a alimentar al niño le poníamos el oxígeno entonces en un tiempo se sintió mal... Nosotros lo llevábamos los lunes a control a la CLÍNICA VALLE DE LILI, todos los lunes los llevábamos a control con el pediatra, entonces pues él se siente mal por el día viernes, entonces mi esposa lo lleva a la FUNDACIÓN PROPAL y ahí fue donde la doctora PAOLA le manda unas terapias respiratorias, y mi esposa se las hace y lleva al niño para la casa y por el día sábado se agrava el niño que fue que fallece el niño... de los medicamentos no tengo presente en éste momento que medicamentos, cuando mi esposa pase le pregunta porque no recuerdo si mandaron medicamentos o no, lo que sí sé es que las dos pipas de oxígeno si nos las dieron pero medicamento no sé".

Al ser indagado por los diagnósticos del niño al momento del nacimiento, dijo "No, no recuerdo eso en este momento", y sobre la negativa de algún servicio médico a la madre o al niño, señaló: "No, pues únicamente lo que pasó con la doctora, pues que ella el día que pasamos el niño con la doctora PAOLA, no remitió al niño viendo el estado que el niño, todo lo que al niño le había pasado y pues ella dijo que no, no había visto la historia". En cuanto a los controles de la madre durante el embarazo manifestó: "me da pena decirlo pero no recuerdo muy bien, ella sí estuvo yendo a sus controles pero yo no... ella si le dice cuántas veces fue a control", y supone que a la misma sí se le practicaron ecografías pero no puede dar fe de cuántas.

4.7.2. A su turno, la señora MARTHA CASTILLO MARTÍNEZ no recuerda a qué edad quedó en embarazo del niño VICTOR MANUEL, dijo que en total ha tenido siete hijos, y sobre su embarazo del último bebé relató: "Yo me sentía bien ya después fue que descubrieron una hinchazón... Si me sentía hinchada entonces ahí yo pase al médico, todo la cara, los pies, entonces ahí inmediatamente recurrí ese día al médico... Tenía 6 meses y 15 días de embarazo... a la FUNDACIÓN PROPAL pasé al médico y como me vieron me hicieron de una vez una remisión directamente para el VALLE DEL LILI... porque tenía preeclampsia". Al ser interrogada sobre los controles prenatales previos a su atención médica en la

FUNDACIÓN PROPAL, señaló: "yo me sentía como acomplejada, con pena... yo prácticamente me quería como ocultar, y después cuando me vi así hinchada, ya me fui para el médico...yo mantenía prácticamente callada en mi embarazo", agregando, que antes de que le diagnosticaran la preeclampsia, no se practicó ninguna ecografía. Refirió que el bebé nació por cesárea y que la salud del mismo era "complicada", por cuanto tuvieron que mantenerlo en una incubadora. A los interrogantes sobre la información que le dieron los médicos sobre la situación del niño manifestó: "Pues ahí si no recuerdo, porque yo en ese tiempo, ahí si recuerdo muy poco... en ese momento yo mantenía enferma y cuando yo iba pues lo veía ahí, yo casi que no, no era que hablara mucho, yo me ponía a llorar de verlo ahí, yo me asustaba no preguntaba".

Sobre el tiempo de hospitalización del neonato dijo: "Como tres meses, no me acuerdo muy bien", y en relación con las recomendaciones a su salida de la institución hospitalaria señaló: "Me dieron dos pipas, ellos me dijeron que cuidados, yo lo cuidaba como se crían los bebés... Yo me recuerdo que si el niño se enfermaba que lo podía llevar primero... a mí prácticamente es que me olvidaba, yo no sé, ellos me dieron recomendaciones pero se me olvidó". Sobre la alimentación del niño expuso: "Yo lo alimentaba porque pecho no recibió, recibió las leches que se les dan a ellos", y respecto a los medicamentos, aseguró que tanto ella como su esposo se los suministraban al bebé, pero no recuerda qué fármacos eran, ni la cantidad y periodicidad de los mismos. Expresó que ella le suministraba el oxígeno prescrito al menor, explicando: "El oxígeno más que todo era para comer, yo se la ponía la pipa de oxígeno para salir o para los controles".

Al ser cuestionada sobre la tardanza en acudir a urgencias en la Clínica COMFACAUCA por una tos que presentaba el niño, relató: "fue como varios días, el niño se malaqueó fue el jueves con esa tos, varios días, el jueves él presentó una tos en la noche, al otro día yo madrugo a la FUNDACIÓN PROPAL, después al siguiente día se lleva al niño hacia la COMFACAUCA". Sobre la atención en la FUNDACIÓN PROPAL por la Dra. PAOLA HUERTAS explicó: "yo entré y a mí me preguntan que tiene el niño, yo le dije doctora el niño paso por una tos, y no es que lo haya atendido muy bien, ni revisado muy bien, en el momento no vi que revisó la historia, ella se puso fue hablar cosas de problema mío y ella prácticamente abrió fue la historia mía de lo que me había pasado a mí, no vio la historia de él, salió fue hablando de lo mío, pero del niño casi no, de ahí no lo revisó muy bien al niño, me dijo que para mandarlo para unas nebulizaciones y me dijo sobre lo que debía hacer lo de las nebulizaciones, compré lo que tenía que comprar, compré la cánula pediátrica, para hacerle las nebulizaciones a él,

de ahí esperé hasta que me llamaran y me tocara turno, hicieron la nebulización yo me fui para la casa con él, pues yo me fui tranquila, pues como yo pasé al médico yo me fui tranquila, yo llegue a la casa con el niño le dije JOSÉ mire el niño, de ahí le dije mijo será que voy con el niño para el VALLE DEL LILI, me dijo no pues si la doctora no lo remitió... ya ese día nos quedamos así el viernes... el viernes que lo llevé él tenía voz poquita, ya le hicieron la nebulización y no volvió a toser en ese momento, ya al otro día no tosió, quedó tranquilo, ya después al otro día no se le escuchaba nada, nada de voz, con las nebulizaciones se quedó sin voz... de ahí yo lo vi así mal, hubo un momento que me lo trajo la niña... la niña mía me lo pasa me lo trae, él está en la cama entonces ella me lo trae, me senté yo en el asiento y yo veo que ella me lo trae, y yo lo cojo y lo veo a él como todo dormido, como somnoliento, entonces ahí mismo forme ese estrés, esa lloradera y esos nervios, de ahí la vecina se asomó y me dijo qué pasa, y le dije mire cómo está el niño le dije yo, entonces ella me dijo me voy para el hospital y le dije yo no, que como a mí el hospital no me gusta casi entonces yo le dije mejor vaya a la clínica COMFACAUCA, que yo le dije tenía como más fe, entonces ella se fue para la clínica COMFACAUCA".

Al preguntarle la juez la razón por la que el niño fue llevado a COMFACAUCA por la vecina, comentó: "Porque en esos momentos yo estaba en la casa, entonces cuando me escucha una vecina que lloro, entonces viene la vecina y me dice que pasó, yo le digo ay mire el niño como se puso, entonces estábamos yo y los niños, no había nadie más donde nosotros vivíamos, entonces yo le dije, la vecina me dijo si quiere yo me adelanto con el niño, entonces yo le dije hágale porque yo en esos momentos mientras yo llamo a mi familia que vengan a quedarse aquí con los otros niños, yo cogí a lo último, a los niños los dejé encerrados, cerré la puerta y salí, yo no esperé a nadie y salí, yo como estaba desesperada porque la vecina me prestó los primeros auxilios colaborándome a mí, entonces ella me dijo yo me voy usted quédese esperando a que llegue su familiar para que se queden con los otros niños, entonces yo cogí me arreglé y no, no llegaron, entonces en ese momento los dejé encerrados, llamé y dije que los había dejado allá encerrados y me fui para la clínica COMFACAUCA. Llegué a la Clínica COMFACAUCA y estaba la vecina ahí parada, al niño lo vi acostado en la camilla", y al ser cuestionada sobre el nombre de la plurimencionada vecina dijo: "el nombre de ella se me ha olvidado". Manifestó que acudió por urgencias a la FUNDACIÓN PROPAL y a la CLÍNICA COMFACAUCA, y no a la FUNDACIÓN DE LILI, por tratarse de las instituciones más cercanas para prestarle primeros auxilios y por su condición económica. Por último, indicó que no sabe cuál fue la causa del

deceso de su hijo, y que no le fue negado ningún servicio médico en las instituciones que lo atendieron.

4.8. Como se puede apreciar, las referidas declaraciones de parte son imprecisas, vagas, y poco informadas sobre los pormenores del estado de salud del infante y la atención médica por él recibida, pues además de desconocer o no recordar las patologías que le fueron diagnosticadas al niño, **tampoco dan cuenta de la clase de medicamentos que presuntamente le suministraban, y no aportan ningún medio de prueba que respalde la supuesta asistencia a los controles periódicos a los que debía obligatoriamente acudir el paciente, ni el cumplimiento de las instrucciones dadas por los médicos tratantes.**

De ahí, que lejos de evidenciar la negligencia de las entidades demandadas, lo que en realidad se percibe de dichas atestaciones es la aparente inobservancia de las recomendaciones y órdenes médicas por parte de las personas encargadas de cuidar al bebé al interior del hogar.

4.9. Por otro lado, la parte demandada citó como testigos a las Doctoras ADRIANA BALLESTEROS CASTRO y SANDRA LORENA MORENO ARIAS, médicas pediatras y neonatólogas, quienes participaron directamente en la atención del menor VICTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO, y apoyadas en la historia clínica, sus conocimientos y experiencia profesional, dan cuenta de las actuaciones por ellas realizadas en el marco de su especialidad, justificando médicamente su proceder.

4.9.1. Es así que la Dra. BALLESTEROS CASTRO con relación a la falta de controles prenatales de la progenitora del niño explicó, *“El hecho de no tener control prenatal puede generar la posibilidad de no poder hacer una anticipación ante esta enfermedad –refiriéndose a la preeclampsia-, actualmente hay algunos fármacos que pueden demostrar algo de evidencia para disminuir la presentación de preeclampsia, desconozco los antecedentes de preeclampsia que ella hubiera tenido en los anteriores partos, pero de todas maneras ahí hay algo bien significativo, y es el hecho que ella hubiera tenido dos abortos previos que no se sabía muy bien por qué, y la no realización de control prenatal pues pone en riesgo tanto la vida de la mamá como la del bebé usualmente, obviamente la preeclampsia es una cosa pues ya devastadora, y generalmente la mamá debió tener algún síntoma para consultar, no dentro del control sino algo que me imagino la llevó al servicio de urgencias y qué hizo que la remitieron a la institución”*. Respecto a la anotación de la historia clínica **referente a que el bebé “nació deprimido” dijo: “cuando estamos hablando de depresión estamos**

hablando que no es un bebé activo que puede estar con un tono disminuido y puede estar inicialmente con ausencia de respiración... el hijo de madre preecláptica tienen un mayor riesgo de tener depresión al momento del nacimiento".

Aclaró que el neonato no padeció Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica – EPOC, la cual es una patología propia de pacientes adultos, sino un Síndrome de Dificultad Respiratoria - SDR por su prematurez, y displasia pulmonar sobre la cual señaló: "teniendo en cuenta el Bebé nace a las 28 semanas que es una época en el cual esta aun desarrollándose todo lo que tiene que ver con la vida aérea y los alvéolos del pulmón, son bebés que tienen una altísima predisposición a tener lo que ahora se llama enfermedad pulmonar crónica y displasia pulmonar es un nombre de patología, si yo le tomara una biopsia eso es lo que encontraría, **la enfermedad Pulmonar crónica es muy frecuente que se presente en recién nacidos prematuros**, y tiene que ver mucho con el manejo que se hace posterior al nacimiento que involucra tener que ayudarlos con algún tipo de ventilación bien sea invasiva o no invasiva, que va a generar inflamación en ese pulmoncito que está pendiente en desarrollarse y que desencadena una enfermedad pulmonar crónica".

En lo que concierne a la "sepsis tardía y meningitis por enterococcus faecalis" diagnosticada al menor, adujo: "Los bebés que son prematuros están sujetos a tener que tener mucha invasividad, invasión dentro de ellas está por ejemplo un tubo endotraqueal si requieren ventilación mecánica, catéteres umbilicales o catéteres centrales para poder colocarles nutrición parenteral, mientras su intestino y estómago son aptos para recibir nutrición por vía enteral, y tienen por su condición de prematurez, inmunidad muy deficiente y fácilmente pueden tener procesos infecciosos activos... el bebé presentó al noveno día por esta bacteria y requirió tratamiento por cerca a los 14 días para poderse mejorar su situación de infección". Narró que al momento de la salida del niño luego de su nacimiento, "él se estaba alimentado por succión, tenía creo que un peso de 2.245 (gr.), si mal no estoy de peso, y estábamos con una edad de 35 semanas seis séptimos, o sea cercana a las 36 semanas sin problema ninguno... y antes de su egreso se hace un entrenamiento tanto en medicamentos como con el manejo de oxígeno, tanto la bala de oxígeno también de transporte para que puedan venir a sus controles y adicionalmente la institución desde hace más o menos unos 15 años tiene un taller de reanimación cardiopulmonar que se le da a todos los papás que tienen bebés dentro de la unidad, para que sepan cómo manejar algunas situaciones en caso de emergencia".

Se le puso de presente a la deponente el historial médico que da cuenta de las atenciones recibidas por el niño en la FUNDACIÓN PROPAL, preguntándole la Juez si el manejo que se le dio al padecimiento que presentó el paciente en esa oportunidad fue adecuado, a lo cual respondió: "digamos que lo que se le está dando en ese momento es el manejo que se da usualmente a un niño que tiene una infección respiratoria alta sin mayor compromiso, digamos que en ese momento presumo yo que la persona no encontró ninguna otra cosa como para dejarlo hospitalizado, ni que ameritara estudios... y si en ese momento solamente estaba con sintomatología respiratoria alta, pues entonces eso es una conducta adecuada".

Y en relación al hallazgo de "bronquiolitis" que se menciona en el informe de necropsia, comentó: "Cuando se hace un reporte de bronquiolitis o endobronquitis en la patología, usualmente nos está refiriendo de que hay una situación, algún germen que produjo una inflamación importante a nivel de las vías respiratorias, específicamente de los bronquios y bronquiolos, que pueden limitar tanto la entrada como la salida de aire de un bebé, que le puede generar dificultad respiratoria importante y si no se hacen rápidamente los correctivos o lo que se tenga que hacer en ese momento, él bebe puede entrar en una falla respiratoria, podría tener obviamente una falla en sus órganos por tener problemas en su corazoncito... la bronquiolitis o endobronquitis en un lactante precisamente por su anatomía, las vías respiratorias es una cosa que hay que manejar rápidamente".

4.9.2. A su turno, la Dra. SANDRA LORENA MORENO ARIAS comparte en esencia las apreciaciones de su colega, y explica lo siguiente: "Un bebé deprimido quiere decir que no respira espontáneamente, o sea cuando el bebé nace tiene que pasar de vivir dentro de la mamá, donde la mamá le provee el oxígeno, le provee la sangre, cuando el bebé nace sea un bebé de 28 semanas o sea un niño a término, pues tiene que adaptarse a cortar el cordón umbilical y él solito respirar, tener circulación, el corazón debe funcionar, entonces cuando dicen deprimido es cuando el niño no respira por él solo sino que toca ayudarlo a respirar... la displasia broncopulmonar, por decirlo de alguna manera es como una cicatriz que tiene en el pulmón, cuando el bebé está en el proceso de desarrollo durante la gestación tiene los procesos para el desarrollo de todos los órganos, entonces el proceso de desarrollo del pulmón termina cuando el embarazo se vuelva a término, incluso después de que un bebé nace su desarrollo pulmonar continúa a los 5 años de edad, entonces si yo tengo un niño que nace a las 28 semanas es parar de manera abrupta ese proceso de desarrollo del pulmón y

específicamente por eso la displasia broncopulmonar, y este proceso parado hace que el pulmón no se desarrolle como debe ser, la secuela de ese evento es lo que nosotros conocemos como displasia pulmonar... hace que un paciente tenga mucha más susceptibilidad de tener complicaciones respiratorias". Frente a la pregunta de la Juez si esas condiciones de salud con las que nació el niño tienen relación directa con el antecedente de preeclampsia de la mamá, contestó: "Sí, sí tiene relación... porque consideramos en este caso particular que la causa de la prematuridad es la preeclampsia y la prematuridad es la patología principal que tiene el paciente y de ahí se derivan muchas complicaciones, dentro de esas complicaciones la displasia broncopulmonar".

En cuanto a la aseveración de los demandantes de la necesidad de haberse ordenado a favor del niño hospitalización prolongada, enfermería, terapia respiratoria, y personal médico especializado para que le realizara los controles en casa, enfatizó: "En este caso estamos hablando de un niño con necesidades especiales para el egreso, era la necesidad de oxígeno domiciliario, el oxígeno domiciliario lo puede manejar la madre, de hecho, dentro del proceso que nosotros hacemos con los pacientes que nacen prematuros, se hace todo durante la hospitalización del paciente, se va manejando la parte de la educación a la familia... todo lo que tiene que ver con el cuidado básico del bebé, como la alimentación, como el cambio de pañal, como el baño, todas las cosas que normalmente se le hacen a un bebé. Cuando son niños con necesidades especiales, se entrena específicamente a la familia, o sea, me refiero madre como cuidador primario pero, si no está la mamá por alguna razón, el cuidador que vaya a estar a cargo de ese paciente y siempre se verifica quién o quiénes van a estar a cargo al cuidado del paciente ya en la casa. Entonces el grupo de terapia respiratoria o el grupo médico antes de dar egreso a un paciente, siempre se garantiza que la mamá está entrenada o el cuidador primario esté entrenado en el manejo de los dispositivos que el paciente necesita, en este caso en particular el oxígeno. Entonces se le explica a la mamá cómo se pone el oxígeno, tiene un flujómetro, un flujómetro es el que dice que velocidad va a tener ese flujo de oxígeno que va a tener ese paciente, entonces cuántos litros si se le puede disminuir o aumentar de acuerdo a la necesidad del paciente, y adicionalmente a la familia se le entrega las órdenes y todo lo pertinente para que haga una consulta de control con especialista, específicamente con neonatólogo, vuelve a ver a los pacientes preferentemente la primera semana del egreso para aclarar si hay una duda o mirar si hay una complicación. En este paciente en particular el cuidador primario recibió entrenamiento necesario para poder tener el niño en la casa. Adicionalmente se le entrega tanto por escrito y se

les dice verbalmente cuáles son los signos de alarma para reconsultar en caso de que haya alguna complicación ¿Qué signos de alarma en este paciente en particular? que no tuviera dificultad respiratoria, que se pusiera cianótico, que se pusiera pálido, todas son cosas que se ven, se manifiestan cuando un paciente empieza a tener una complicación, que tenga fiebre, que vomite todo lo que coma o que no quiera recibir la comida, entonces todas estas informaciones se dan tanto escritas como verbal, dentro de un proceso que nosotros llamamos egreso seguro, entonces egreso seguro es como cumplir una lista de chequeo, ya mamá sabe hacer esto, va a hacer esto, tenemos oxígeno, tenemos lo que el bebe necesita, entonces en ese momento es donde se decide si el paciente se puede ir a la casa".

Por último, con relación a la valoración que le realizó al niño en consulta ambulatoria el 25 de abril de 2013, manifestó: *"En la historia clínica que yo hago, refiero que el niño en la casa usó el oxígeno durante 15 días, cuando ya llegó a mi consulta que había sido casi un mes después, ya no tenía oxígeno, se veía en buenas condiciones, lo que escribo en el examen físico es que el niño no tenía dificultad respiratoria, incluso estaba ganando peso, en el análisis que hago en la historia clínica es un niño que había ganado peso, que había ganado talla en ese momento de la consulta se veía en buenas condiciones".*

4.10. La antedicha prueba testimonial, aunque escasa, si resulta ilustrativa de las diversas complicaciones en el estado de salud de VICTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO, principalmente a consecuencia de su prematurez, las dificultades que enfrentó durante su corto tiempo de vida, y las recomendaciones que los especialistas brindaron a la familia para el cuidado en casa del menor, las cuales, como se indicó en líneas precedentes, no hay prueba de haberse acatado por los progenitores.

5. Ante ese escenario, y no existiendo elementos de juicio en el plenario que conduzcan a conclusión distinta, la Corporación considera, que el equipo médico encargado de la atención de VICTOR MANUEL MOSQUERA CASTILLO, realizó todas las actuaciones que estuvieron a su alcance para prestar un servicio oportuno y adecuado atendiendo a la urgencia de cada evento, proporcionando el tratamiento pertinente para las patologías que presentaba el paciente, cumpliendo con la obligación de medio que les asistía, y que el deceso del bebé no obedeció a una negligencia del equipo de profesionales de las entidades demandadas, pues se insiste, no hay prueba contundente que así lo demuestre.

Lo anterior, anotando que no existe ninguna razón para dudar de la credibilidad de las especialistas deponentes *–quienes por cierto, son profesionales con vasta experiencia en cada una de sus áreas–*, pues además de que no fueron tachadas por sospecha en la oportunidad procesal correspondiente, la sola dependencia o vínculo laboral con las entidades demandadas, e incluso su participación en la atención médica que concita al litigio, no conlleva *per sé* a presumir que van a faltar a la verdad o tergiversar lo sucedido, por el contrario, se advierte que las declarantes ofrecieron la correspondiente explicación científica y práctica, de una manera comprensible, coherente, informada y detallada a cada uno de los interrogantes a ellas planteados, sin que la parte interesada aportara medio de convicción alguno que infirme su declaración, o desvirtúe su experiencia profesional para emitir ese tipo de conceptos.

6. Cabe también mencionar, que las restantes probanzas solicitadas por la parte demandante, como lo son, los testimonios de ÁNGELA JULIETH LUCUMI (vecina de los demandantes quién prestó su ayuda a la demandante llevando al niño a la IPS CLINICA COMFACAUCA), y MARGOTH LASSO TENORIO (amiga de la demandante), en nada ilustran sobre la cuestión médica que nos ocupa, dado que no percibieron directamente los hechos que aquí se discuten, aunado, que tampoco se cuenta en el legajo con un dictamen pericial, toda vez que el solicitado en su momento por la FUNDACIÓN PROPAL con el propósito de *“dilucidar hechos científicos relevantes en este proceso”*, fue desistido en la audiencia inicial, actuación aceptada por la *a quo* y que no le mereció inconformidad alguna a la parte actora, quien menos aún consideró necesario insistir en el decreto oficioso de esa experticia.

7. Del anterior recuento probatorio, **se reitera la conclusión ya anunciada en relación con la falta de prueba científica o testimonio experto que conduzcan a establecer la negligencia médica que alegan los demandantes, e igualmente se descarta el argumento del apelante acerca de la “pérdida de oportunidad”**, a raíz del presunto retraso en la remisión del paciente a un nivel de mayor complejidad, y la ausencia de ambulancia *“medica lisada”* (sic) para su traslado, toda vez que no existen elementos de prueba que respalden tales afirmaciones. Por el contrario, del historial clínico se evidencia la atención oportuna y prioritaria que se le brindó al menor, y que su traslado desde la IPS CLÍNICA COMFACAUCA a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI el día 4 de mayo de 2013, se efectuó con la premura del caso, en ambulancia, y asistido por médico, terapeuta y enfermera.

A lo anterior se suma, que de los hechos y pretensiones del escrito introductor del proceso, no es posible interpretar que el daño que dicen haber sufrido los

demandantes, se concretara en la pérdida de la oportunidad o chance de vivir del menor, dado que nada se menciona en el libelo en tal sentido, y como lo reconoce el apoderado de los actores, esa reclamación tan solo se efectuó al descorrer el traslado de las excepciones de mérito, por lo que de llegar a efectuarse ese tipo de reconocimiento se transgrediría sin duda el principio de congruencia (art. 281 del C.G.P.).

Además, aun aceptándose en gracia de discusión que los pedimentos de los actores incluyeron el resarcimiento de perjuicios por “*pérdida de oportunidad*”, tampoco se hallan demostrados y perfeccionados los **presupuestos axiológicos**²⁴ desarrollados por la jurisprudencia para desentrañar la existencia de esa “**especie independiente de daño**”, principalmente, que el “chance” u “oportunidad” del niño de seguir con vida fuera “**seria, verídica, real y actual**”, toda vez que no se allegó concepto médico alguno que así lo indicara, sin que resulte procedente para el operador judicial, realizar inferencias sobre cuestiones que requieren conocimientos especializados ajenos a su competencia, ni mucho menos, ordenar una indemnización por “**una probabilidad abstracta y vaga**”²⁵, como aquí sucede.

Precisamente sobre ese particular, el Consejo de Estado sostuvo:

“En síntesis, cuando se pretende la indemnización de los daños derivados de la omisión o tardanza de las entidades obligadas a prestar los servicios médicos, debe quedar acreditado no el resultado final de la lesión o enfermedad que originó la solicitud de atención, sino la existencia de la probabilidad que tenía el paciente de recuperar su salud o preservar su vida y que esa expectativa se perdió en forma definitiva como consecuencia de la actuación imputable a la entidad. El grado de probabilidad que tenía

²⁴ En sentencia SC7824-2016 del 15 jun. 2016, retomando pronunciamientos anteriores de esa misma Corporación, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema señaló: “Sus presupuestos axiológicos, para que pueda considerarse como daño indemnizable según la elaboración jurisprudencial de esta Corporación refieren a: (i) **Certeza respecto de la existencia de una legítima oportunidad, y aunque la misma envuelva un componente aleatorio, la “chance” diluida debe ser seria, verídica, real y actual;** (ii) Imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en inconveniente; y (iii) **La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; no es cualquier expectativa o posibilidad la que configura el daño, porque si se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles, no puede aceptarse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de las cosas, su frustración inevitablemente conllevaría en la afectación negativa del patrimonio u otros intereses lícitos. Dicho de otro modo, el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba**” (Rad. No. 11001 31 03 029 2006 00272 01 MP. MARGARITA CABELLO BLANCO)

²⁵ CSJ SC10261-2014, 04 ago. 2014, rad. No. 11001 31 03 003 1998 07770 01 MP. MARGARITA CABELLO BLANCO

el paciente de lograr el beneficio será, entre otros factores, el que determine la indemnización"²⁶ (Resaltado fuera del texto).

8. Misma suerte se predica del planteamiento de la censura atinente a la supuesta existencia de **"culpa organizacional"** de las entidades demandadas, como fuente de responsabilidad civil, en tanto **no se encuentra demostrada una acción operativa en la que se haya obrado con franca negligencia**, v.gr. la dilación en la prestación del servicio de salud a favor del infante, yerros atribuibles a los galenos o al personal asistencial de las instituciones prestadoras, o errores de coordinación administrativa, al contrario, los progenitores del paciente reconocieron en el interrogatorio de parte que tanto las EPS como las IPS involucradas en la atención médica, en ningún momento negaron la autorización de los servicios e insumos ordenados por los galenos tratantes, y según las explicaciones de los testigos técnicos, el proceder de los profesionales de la salud de la FUNDACIÓN PROPAL, entre ellas el de la Dra. PAOLA CRISTINA HUERTAS CASANOVA, fue el adecuado.

9. Así las cosas, no habiendo atendido la parte actora la carga probatoria que le correspondía en este asunto, en aras de acreditar la presunta falla en el servicio o conducta médica contraria a la *lex artis* que se invoca en el libelo, presupuesto *sine qua non* para que se configure la responsabilidad médica, y como quiera que la sola lectura de la historia clínica y las declaraciones de la propia parte no bastan para que el operador judicial arribe a conclusiones sobre las consecuencias para la salud y la vida de un paciente derivadas de la acción u omisión en la prestación de un servicio de salud, se responde negativamente al primer problema jurídico planteado, en el sentido de señalar, que **la funcionaria de primer grado no incurrió en una indebida valoración probatoria**, por el contrario soportó su decisión en un análisis razonable de los medios suarios puestos a su conocimiento, concluyendo acertadamente denegar las pretensiones de la demanda, pues con independencia de sus consideraciones referentes a los efectos o consecuencias de la falta de controles prenatales de la progenitora del fallecido y la inexistencia de la relación de causalidad, lo cierto es, que **en este caso no se demostró la culpa médica alegada, omisión ésta que resulta suficiente para desestimar la prosperidad de la acción**, debiéndose confirmar la sentencia impugnada.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, sentencia del 05 de marzo de 2015, rad. No. 08001-23-31-000-2000-03119-01 (34921) CP. RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO.

Al tenor del numeral 1° del artículo 365 del C.G.P., ante el fracaso de la alzada, se condenará en costas de esta instancia a la parte demandante aquí apelante.

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

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de abril de 2019 por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE PUERTO TEJADA, dentro del asunto de la referencia.

Segundo: Condenar a la parte demandante aquí apelante a pagar las costas de esta instancia en favor de la parte demandada y las llamadas en garantía. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente al 1 % del total de las pretensiones negadas (Acuerdo No. 1887 de 2003 modificado por Acuerdo 2222 del mismo año), la que será incluida en la liquidación correspondiente conforme lo normado en el artículo 366 del C.G.P.

Tercero: Una vez ejecutoriado el presente proveído, DEVUÉLVASE el expediente al despacho de origen, previas las desanotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado ponente



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado

AB.