El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Providencia : Sentencia – 2ª instancia – 25 de mayo de 2017

Revoca y accede a las pretensiones

Tipo de proceso : Ordinario – Responsabilidad médica

Demandante (s) : Carlos Fredy Castro Sánchez y otros

Demandado (s) : Clínica Los Rosales SA y otra

Procedencia : Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 2012-00308-01 (Interna 8723 LLRR)

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 272 de 25-05-2017

**TEMAS : EXTRACONTRACTUAL - CULPABILIDAD – DIAGNÓSTICO.** De entrada, los argumentos que preceden, en cuanto a que se incurrió en culpa y hay causalidad, sustentan que, en efecto, no están llamadas a prosperar las relacionadas con la diligencia, discrecionalidad en la atención y al nexo causal. En idéntica línea, tampoco tienen cabida las excepciones en cuanto a la inexistencia de la obligación por inexistencia del siniestro y clase de póliza, propuestas por Seguros del Estado SA. Las relativas a fuerza mayor o caso fortuito, tampoco prosperan, de una parte porque la fundamentación que se hace es genérica, de ninguna manera ajustada al caso, pero si en gracia de discusión se entraran a revisar, fácil se advierte la ausencia de los elementos estructurales predicados por la doctrina de la CSJ (Impresivilidad, irresistibilidad y ajenidad). De otra parte, las formuladas por Salud Total EPS SAen cuanto a que la responsabilidad solo recae en la IPS Clínica Los Rosales SA, se desechan porque: (i) Atendió directamente a la paciente; y, (ii) Acorde con lo expuesto en el acápite de legitimación (Tanto en primera instancia como en esta sede), como demandada está llamada a prestar a los usuarios, a través de sus agentes (Inclusive las IPS), los servicios que requieran y su infracción compromete su responsabilidad por los daños causados, en virtud a la solidaridad existente, afirmación que como se apuntó, tiene soporte legal y jurisprudencial de la CSJ.

Pereira, R., veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

## El asunto por decidir

El recurso de alzada interpuesto, por la parte demandante, contra la sentencia del día 27-01-2014, dentro del proceso reseñado, una vez formuladas las apreciaciones jurídicas que a continuación siguen.

## La síntesis de la demanda

* 1. Los supuestos fácticos relevantes
     1. La menor Katherine Castro Restrepo (15 años) se encontraba afiliada, como beneficiaria, a la Salud Total SA EPS.
     2. En el mes de agosto de 2007 consultó a la EPS por cuadro clínico de dolor de cabeza, mareos, y malestar general, señales que se le dijo eran por la falta de gafas, por lo que el 29-08-2007 fue valorada por optómetra que le diagnosticó astigmatismo de -0,25 en ambos ojos.
     3. Como la sintomatología persistía, a pesar del uso de las gafas, volvió al médico y en esa oportunidad se le anunció que era a causa de estrés e incluso el 03-09-2007 fue incapacitada. Luego el 23-09-2007, dado que continuaba el dolor de cabeza y ese día había tenido vómito, fue llevada nuevamente a urgencias.
     4. Posteriormente, el padre de la menor al ver que su hija continuaba enferma, decidió llevarla a la Clínica Los Rosales SA y allí se le dijo que los síntomas que padecía no eran urgentes y le ordenaron una inyección, que tampoco le ayudó a mejorar, por lo que insistieron que fuera atendida y ello hizo que la dejaran en observación esa noche.
     5. Después fue hospitalizada en el Instituto Preintegración de Salud Mental Ltda., donde continuaba con idénticos signos y luego de unos días de internada, le ordenaron unos exámenes, entre ellos, un TAC que permitió se le diagnosticara una meduloblastomia o tumor de crecimiento rápido.
     6. El 05-10-2007 ese instituto remitió a la menor a la Clínica Risaralda, pero luego fue recibida en urgencias de la Clínica Los Rosales SA y después trasladada a habitación, donde pasó la noche. Al día siguiente fue encontrada sin signos vitales por su padre, quien de inmediato notificó al equipo médico que trató de reanimarla sin conseguirlo.
  2. Las pretensiones
     1. Que se declare responsables solidariamente a las demandadas por la “*falla”* *(Sic)* en el servicio prestado a la menor Katherine Castro Restrepo.
     2. Que se condene a las demandadas a pagar: (i) Como perjuicios materiales (Daño emergente y lucro cesante) la suma de 300 smlmv para cada uno de los demandantes, Carlos Fredy Castro Sánchez (Padre), Luz Mary Restrepo Franco (Madre fallecida) cuyos derechos reclama como cónyuge sobreviviente el señor Castro S.; y para Carlos, Leidy, Diana Consuelo y Richard Castro Restrepo (Hermanos); (ii) Como perjuicios morales (Objetivos y subjetivos) (Sic), para cada uno de los demandantes, el equivalente a 300 smlmv; (iii) Que las condenas dinerarias decretadas sean indexadas y en caso de mora se reconozca intereses comerciales desde la ejecutoria del fallo; y, (iv) Que se condene a las demandadas al pago ultra y extra petita que resulte probado en el proceso.
     3. Que se condene en costas a las demandadas (Sic).

## La síntesis de la crónica procesal

La demanda fue asignada al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, que la admitió el 09-06-2009, ordenó notificarla, correr traslado, entre otros ordenamientos (Folio 77, cuaderno principal, tomo I). La Clínica Los Rosales SA fue notificada el 10-07-2009 (Folio 86, cuaderno principal, tomo I) que contestó, excepcionó y llamó en garantía a Seguros del Estado SA (Folios 88 a 135, cuaderno principal, tomo I). Salud Total SA EPS, por su parte, quedó notificada por aviso el 30-07-2009 (Folio 136, ibídem) también se opuso con excepciones y llamó en garantía a la codemandada Clínica Los Rosales SA (Folios 137 a 228, ibídem).

La Clínica, como llamada, fue notificada a través del mandatario judicial, y replicó (Folios 235 a 240, ibídem), la compañía aseguradora fue enterada el 03-12-2009 (Folio 335, ib.) también contestó y excepcionó (Folios 243 a 262, ib.). En audiencia realizada el 05-04-2010 se decretaron las pruebas (Folios 276 a 281, cuaderno principal, tomo II), mientras se practicaban, con auto del 24-07-2012 el Juzgado Segundo Laboral del Circuito – Segundo adjunto, declaró su incompetencia en razón a la Ley 1564 y remitió a los Juzgados Civiles del Circuito (Folio 571, cuaderno principal, tomo II).

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad, avocó conocimiento el 24-08-2012 y ordenó practicar algunas pruebas que estaban pendientes (Folios 3 a 9, cuaderno principal, tomo III). El 12-06-2013, al estar agotado el debate probatorio, corrió traslado para alegaciones finales (Folio 25, cuaderno principal, tomo III). Luego el 27-01-2014 emitió sentencia desestimatoria (Folios 86 a 118, cuaderno principal, tomo III) apelada por la parte demandante. El recurso se concedió el día 13-02-2014 ante este Tribunal (Folio 123, ibídem).

En esta superioridad, con proveído del 03-03-2014 se admitió la alzada (Folio 4, este cuaderno), para después dar el traslado de rigor (Folio 6, este cuaderno), y pasó para fallo el 04-04-2014 (Folio 47, este cuaderno). El suscrito Magistrado recibió el despacho el día 16-05-2014. Con decisión del día 29-06-2016 se prorrogó el plazo para fallar (Artículo 121, CGP; Folio 50, ibídem) y con proveído del 30-03-2017 se corrió un traslado (Folio 52, ib.).

1. El resumen de la sentencia de primer grado

Aceptó algunas de las excepciones formuladas, desestimó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte actora. Precisó que la responsabilidad médica proviene de la atención que recibió la paciente, luego de emitir su consentimiento y del que se derivó una convención para la prestación del servicio médico asistencial, sin embargo, indicó que la acción *(Sic)*, en este caso, era extracontractual por ser los familiares quienes la impetraban.

Puntualizó que en este tipo de responsabilidad, debe el demandante demostrar la culpa de parte del equipo médico que derivó en una inadecuada atención, pero que aquí lo que parece haber ocurrido es que por la información errada que dio la paciente, se dio un diagnóstico equivocado que generó que el tratamiento no resultara efectivo, de allí que sea inexistente la causalidad y tampoco haya culpa de las demandadas, a lo que se suma lo agresivo del meduloblastoma que da pocas probabilidades a quien lo padece.

De otra parte, desestimó lo afirmado por la parte actora en cuanto a que la menor falleció antes de que así fuese declarado, pues según muestra la historia clínica, al momento de encontrarla su padre, la menor estaba en un coma profundo del que no pudo salir a pesar de los esfuerzos hechos una vez se activó el código azul. También descartó el dictamen pericial ya que lo consideró superficial (Folios 86 a 118, cuaderno principal, tomo III).

1. La síntesis de la apelación

El apoderado de la parte demandante considera que sería otro el sentido de la decisión si se hubiere prestado mayor atención a las pruebas aportadas, como son la historia clínica y los dictámenes periciales realizados tanto por el Instituto de Medicina Legal, como por el doctor Hans Carmona Villada.

Refiere que la negligencia, se presenta porque a pesar de las varias consultas que hizo la menor, con similar sintomatología, que mostraba un evidente aumento en la intensidad de la cefalea, no se le hicieron exámenes especializados y se limitaron a la auscultación, a una revisión neurológica primaria y a la información brindada por la menor.

Afirma que también hubo demora en el servicio, porque por ejemplo el TAC le fue ordenado el 26-09-2007 y solo le fue realizado 8 días después y que también hubo una inadecuada atención, en el Clínica Los Rosales SA, luego de recibirla con el diagnóstico del meduloblastoma, pues los cuidados se limitaron a esperar la resonancia que le sería practicada el día que falleció.

En suma, advierte que la culpabilidad, se da porque: (i) El servicio se separó de los protocolos médicos; (ii) La valoración hecha a la menor, ignoró el riesgo que los síntomas mostraban; (iii) La atención fue inoportuna; (iv) El diagnóstico fue incipiente, pues dejaron de hacerse los exámenes diagnósticos apropiados y tampoco fue valorada por especialista; (v) La menor sufrió una caída intrahospitalaria que pudo agravar las condiciones de la menor (Folios 7 a 33, este cuaderno).

## la fundamentación jurídica para decidir

* 1. La competencia en segundo grado. Esta Corporación judicial tiene facultad legal para resolver la controversia sometida a su consideración en razón al factor funcional, al ser superiora jerárquica del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, R., donde se tramitó la primera instancia.
  2. Los presupuestos procesales. Están debidamente cumplidos, hay competencia, capacidad para ser parte y procesal, así como la demanda en forma, por manera que es viable resolver de fondo. El Despacho de primer grado era competente por el factor territorial (Artículo 23-8º del CPC) y objetivo (Artículo 16-1º, CPC). En todo caso, las partes no discutieron este aspecto al concurrir al proceso (Artículo 144, CPC).
  3. El trámite adecuado y el derecho de postulación. Este litigio se gestionó según el rito procedimental prescrito para el proceso ordinario, de acuerdo con los artículos 396 y subsiguientes del CPC. Las partes estuvieron representadas por apoderados judiciales, a quienes asiste el derecho de postulación (Artículo 63, CPC).
  4. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe revocar la sentencia desestimatoria proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta municipalidad, según el razonamiento de la apelación de la parte demandante?
  5. Los presupuestos sustanciales

Sobre la responsabilidad en este caso, como el proceso inició en la especialidad laboral, la demanda no especificó el tipo de pretensión, sin embargo, el juzgador de primera instancia, en razonamiento que se comparte, optó por la extracontractual.

Definida así la pretensión, sobreviene determinar la legitimación en la causa en los extremos de la relación procesal, cuyo examen es oficioso[[1]](#footnote-1)-[[2]](#footnote-2)-[[3]](#footnote-3), independiente de la posición que asuman las partes frente a este aspecto.

La legitimación en la causa está satisfecha en ambos extremos de la relación procesal. En efecto, por activa la parte actora es la que aduce haber padecido un perjuicio en sus intereses legítimos[[4]](#footnote-4)-[[5]](#footnote-5), según el artículo 2342 del CC; está integrada por Carlos Fredy Castro Sánchez (Padre) quien reclama para sí y por Luz Mary Restrepo Franco (Madre) quien a la fecha de la demanda ya había muerto; también por Carlos, Leidy, Diana Consuelo y Richard Castro Restrepo (Hermanos), todos ellos como “*víctimas indirectas o de rebote*”, en razón a esas calidades, la pretensión ejercida es personal y no hereditaria[[6]](#footnote-6)-[[7]](#footnote-7).

Obran para acreditar tales condiciones los respectivos registros civiles de nacimiento y defunción (Folios 75, 67, 69, 70, 71, 73 y 74 del cuaderno principal, tomo I). Así la legitimación en la causa por activa está satisfecha, todos los demandantes se reputan damnificados.

En lo atinente a la legitimación por pasiva, se tiene que Salud Total SA EPS y la Clínica Los Rosales SA, son llamadas a responder de manera solidaria por los perjuicios invocados, pues a ellas, la parte demandante, les imputa la conducta dañina (Artículos 2341 y 2344, CC).

Esta aseveración tiene su fundamento normativo en el sistema de seguridad social en salud (Ley 100), dado que las Entidades Promotoras de Salud (En adelante EPS) son responsables de *“(…) la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía.(…)”* y entre sus funciones están *“(…) organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (…)*” (Artículo 177) y “*Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados”* (Artículo 178-6°) por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (En adelante IPS). Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la CSJ[[8]](#footnote-8), reiterada en reciente sentencia (2016)[[9]](#footnote-9).

De allí que, por disposición legal, ambas entidades están llamadas a prestar a los usuarios, a través de sus agentes, los servicios que requieran con arreglo a tales principios y cuando su infracción causa un perjuicio a los afiliados, podrá ser objeto de reclamación.

* 1. La resolución del problema jurídico planteado

Concretados por el marco argumental formulado en la alzada, en acatamiento del artículo 357 del CPC, se examinará el asunto litigioso, con desarrollo de los precisos puntos cuestionados.

* + 1. La responsabilidad civil médica

Es aquella que puede generarse con ocasión de la aplicación de la ciencia de la medicina, dados los efectos que tiene en la vida, la integridad física o emocional y la salud de las personas. El profesor Santos B.[[10]](#footnote-10) la define como: *“(…) una responsabilidad profesional que estructura un comportamiento antijurídico como consecuencia del incumplimiento de deberes jurídicos a cargo de los médicos, relacionados con la práctica o ejercicio de su actividad (…)”*.

Quien asume la profesión galénica, en su práctica se debe a las respectivas normas (Leyes 14 de 1962, 23 de 1981 y su decreto reglamentario No.3380 de 1981, Ley 1164, entre otras) y directrices específicas según los cánones científicos y técnicos de su ejercicio, acorde con las formas usuales para cada tiempo y lugar, el conocimiento y el desarrollo propio de la ciencia. El médico está sujeto a las reglas de la profesión en cualquiera de las fases de aplicación, es decir, en la prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control.

Dadas esas características, la responsabilidad médica se configura, por lo general, en la esfera de la denominada subjetiva en el régimen de probada[[11]](#footnote-11), aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como *actividad peligrosa*[[12]](#footnote-12); sin embargo, a esta fecha es sólido que su fundamento es la culpa probada[[13]](#footnote-13), según el precedente constante de la CSJ[[14]](#footnote-14) y la doctrina mayoritaria[[15]](#footnote-15), sin miramientos a que sea la modalidad contractual o extracontractual. De allí, que corresponde al demandante demostrar todos los elementos axiológicos de la responsabilidad médica: el daño, la culpabilidad (Culpa o dolo) y la causalidad o nexo causal [[16]](#footnote-16), salvo que sean obligaciones de resultado.

Por lo general, las EPS o IPS deben responder en forma directa por el comportamiento dañino, derivado de la conducta de sus agentes ante la prestación de los servicios de salud, que comprende las prestaciones asistenciales impuestas legamente, de donde surgen entre otros los deberes: (i) Referidos al acto médico; (ii) Relativos a los actos de asistencia sanitaria de carácter auxiliar (Llamados paramédicos); y (iii) Respecto a los de hospitalización. Así lo entiende la jurisprudencia de la CSJ[[17]](#footnote-17).

Frente a los deberes relativos al acto médico, enseña el precedente de la CSJ[[18]](#footnote-18)-[[19]](#footnote-19), pacíficamente, que[[20]](#footnote-20):

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

* + 1. La carga probatoria

En la responsabilidad sanitaria la regla general es que las obligaciones debidas por los médicos en su ejercicio, son de medio[[21]](#footnote-21)-[[22]](#footnote-22) y de manera excepcional de resultado, entre otras las cirugías estéticas reconstructivas[[23]](#footnote-23)-[[24]](#footnote-24), el diligenciamiento de la historia clínica y la obtención del consentimiento[[25]](#footnote-25), la elaboración de prótesis, el secreto profesional[[26]](#footnote-26). Lo anterior presta utilidad para determinar el régimen probatorio aplicable, pues en tratándose de obligaciones de medio opera la tesis de la culpa probada, mientras que para las llamadas de resultado impera la presunción de culpa. De antaño la jurisprudencia de la CSJ[[27]](#footnote-27), ha sostenido que las obligaciones de medio tienen implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante[[28]](#footnote-28).

En refuerzo de lo dicho, debe advertirse que la Ley 1164, en su artículo 26, dispone en los apartes pertinentes: *“Acto propio de los profesionales de la salud****.*** [*Modificado por el art. 104, Ley 1438 de 2011*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41355#104)*. Entendido como el conjunto de acciones orientadas a la atención integral del usuario, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas dentro del perfil que le otorga el respectivo título, el acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medios, basada en la competencia profesional.”.* Sublínea puesta a propósito por esta Sala.

Cuando el título de imputación es el de la culpa probada, no cabe duda que la carga probatoria gravita en cabeza del demandante, así señaló el órgano de cierre de la especialidad[[29]](#footnote-29):

… Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras). La sublínea es extratextual.

A pesar de lo apuntado, la misma Corporación desde 2001[[30]](#footnote-30), empezó a acoger la tesis del CE de los años 1990[[31]](#footnote-31) y 1992[[32]](#footnote-32), incluso la misma CC[[33]](#footnote-33), reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “*carga dinámica de la prueba*”[[34]](#footnote-34) (hoy con reconocimiento normativo expreso en el artículo 167 del CGP, que valga enfatizar resulta inaplicable al caso, por regir para el proceso el CPC) y “*dependiendo de las circunstancias del asunto*”, el juzgador atribuirá el deber de acreditación sobre determinado hecho, teniendo[[35]](#footnote-35): *“(…) en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix).”.* Nótese cómo el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, sobre acciones populares, ya había consagrado la doctrina anotada.

En el área de la responsabilidad médica, la posición se conserva en estos días[[36]](#footnote-36), para la vigencia del CPC, desde luego. En todo caso se resalta, que para la resolución de este litigio en particular, no se aplicó la referida teoría.

* 1. El caso concreto objeto de análisis

La sentencia atacada por esta vía, será revocada con estribo en las argumentaciones jurídicas que a continuación se explicitan.

* + 1. La prueba de elementos de la responsabilidad

La queja del recurrente está centrada en que, la atención brindada a la menor fallecida, fue insuficiente, pues a pesar de haber consultado en varias oportunidades por la persistencia de la sintomatología, en forma alguna se hicieron otros exámenes que hubiesen permitido descubrir la enfermedad que padecía, lo cual muestra un mal diagnóstico y por ende, un inadecuado tratamiento. También lamentó la mora en el servicio para la realización del TAC y el inadecuado manejo de la paciente una vez diagnosticada la meduloblastoma.

El primer análisis, debe centrarse a la verificación del daño y el condigno perjuicio para las víctimas, pues sin este elemento cardinal, está llamado al fracaso el señalado estudio. Es innegable, y está fuera de discusión por las partes, la muerte de la menor Katherine Castro Restrepo, debidamente acreditada con el registro civil de defunción (Folio 75, cuaderno principal, tomo I). Y como atrás se dijera al examinar los presupuestos materiales, el perjuicio ha sido planteado en cabeza de cada uno de los demandantes, y su intensidad queda relegada hasta tanto se establezca si existió responsabilidad, para entonces, realizar la tasación del caso.

Subsigue verificar la conducta culposa endilgada por el hecho médico y su relación causal con la muerte de la citada menor. Al efecto, la cuestión medular en el asunto se circunscribe a los presupuestos de culpabilidad y causalidad, para luego descartada alguna exonerante, declarar si hubo o no responsabilidad jurídica.

Necesario resaltar que las categorías conceptuales de culpabilidad y causalidad, en la dogmática de la responsabilidad, contractual o extracontractual, civil o estatal, guardan diferencias sustanciales, son autónomas, aunque se relacionan. La culpabilidad como fundamento, se refiere a la valoración subjetiva de una conducta[[37]](#footnote-37)-[[38]](#footnote-38), mientras que la causalidad es la constatación objetiva de una relación natural de causa-efecto, no admite presunciones y siempre debe probarse[[39]](#footnote-39), por su parte la culpabilidad si las tiene y desde luego relevan de su acreditación (Artículos 2353 y 2356, CC, entre otros).

La decisión cuestionada afirmó que la parte interesada, no logró probar la responsabilidad que endilga, que si bien pudo existir un indebido diagnóstico fue por la información errada que suministró la paciente y la condición médica que presentaba, lo que dio lugar a que no fuese efectivo el tratamiento que se le hizo, pero en modo alguno constituyó culpa de las demandadas. Descartó el dictamen pericial recaudado con especialista en neurocirugía. Así mismo, adujo que el tumor descubierto es agresivo, con escasas posibilidades para reportar mejoría y poco común en menores, circunstancias que también contribuyeron a que estimara inexistente la culpa de los médicos.

Así las cosas, es necesario memorar que el diagnóstico (Artículos 10º y 12º, L 23 de 1981) es la fase encaminada a determinar el cuadro clínico del paciente, en concreto para precisar la patología que padece, así lo define el profesor Jaramillo J., en su obra[[40]](#footnote-40); se considera uno de los actos médicos más relevantes en la práctica de la medicina porque a partir de él, se diseña el tratamiento a seguir[[41]](#footnote-41), para tal propósito el médico realizará el examen físico, con la práctica de ayudas diagnósticas e incluso con procedimientos exploratorios.

Puede acaecer sin embargo, que en ese proceso, se evidencie un diagnóstico diferencial, pues la sintomatología que sufre el paciente puede encuadrar en dos o más esquemas científicos que el profesional debe tener en mente como hipótesis, de allí la importancia de tomar en cuenta la información que brinda el estado de la persona en tratamiento, durante un tiempo adecuado, que permita observar el progreso de las condiciones de salud del paciente, de manera que pueda ajustar los juicios de diagnóstico a dicha evolución[[42]](#footnote-42).

Planteado lo anterior, indispensable es señalar, que el tema de prueba[[43]](#footnote-43) frente al “*error de diagnóstico*” gira en torno a si el médico agotó todos los medios de que disponía y aconsejaba la *lex artis ad hoc* al realizarlo, así como si se hallaba fundado en la totalidad de los estudios y exámenes especializados requeridos en el caso (Paraclínicos o especializados).

De la forma preindicada, podrá ponderarse si la propedéutica fue o no la adecuada, y en este último caso el yerro ha de ser calificado como “*inexcusable*”, para imputar jurídicamente responsabilidad civil, es decir, siempre que sea culposo, por eso entiende la CSJ[[44]](#footnote-44), que: “*Por el contrario, aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad.”.*

Para iniciar el análisis concreto, la condigna valoración se concentrará en el material documental, específicamente la historia clínica y en las peritaciones rendidas.

La historia clínica, de Salud Total EPS, registra: *“(…) Consulta del miércoles 29 de agosto de 2007 (…) MC: ME DUELE LA CABEZA (...) EA: HACE 2 SEMANAS PRESENTA DOLOR DE CABAEZA CONSTANTE MAS EN REGION OCCIPITAL MAS EN LA TARDE ASOCIADO A MAREOS, REFIERE A NOTADO DISMINUCION DE AGUDEZA VISUAL (Sic) (…)”* luego de practicado el examen físico, las observaciones generales fueron: *“(…) EVITAR TOMAR CAFÉ, DIETA ADECUADA SIN SALSAS PICANTES, CON HORARIO. MEDIOS FISICOS EN CUELLO. VALORACION POR OPTOMETRIA (Sic) (…)”* y los diagnósticos confirmados fueron: (i) Cefalea debida a tensión; (ii) Otros trastornos de la refracción; y (iii) Dispepsia. Al finalizar la consulta se le ordenaron medicamentos (Folios 375 a 376, cuaderno principal, tomo II).

Luego, se registró en la misma entidad, el día 03-09-2007: *“(…) Motivo de consulta: (…) CEFALEA (…) Enfermedad actual: (…) PACIENTE CON CUADRO DE MAS DE DOS SEMANAS DE EVOLUCION DE CEFALEA CONSTANTE, ACOMPAÑADA DE NAUSEAS Y EPIGASTRALGIA, VALORADA HACE 5 DIAS EN UAB, (SE DIAGNOSTICO CEFALEA TENSIONAL Y ALTERACION DE REFRACCION, (…) EL PADRE REFIERE QUE PERSISTE CON IGUAL SINTOMATOLOGIA (Sic) (…)”* después de realizarle el examen físico, la observación general fue: *“(…) GLUCOMETRIA NORMAL (Sic) (…)”,* el diagnóstico confirmado fue: “Cefalea debida (Sic) a tensión”. Le practicaron el examen de glucometría y le inyectaron dipirona. Al finalizar la consulta nuevamente le ordenaron medicamentos (Folios 378 a 379, ibídem).

Posteriormente, es atendida en la Clínica Los Rosales SA, cuya historia reseña: *“(…) FECHA 23/09/2007 21:59:11 (…) TRIAGE (Motivo de consulta) CEFALEA MAYOR DE 12 HORAS SIN ALTERACION NEUROLOGICA. OSERVACIONES: PACIENTE REFIERE 1 MES DE CEFALEA, MULTIPLES CONSULTAS, MANEJADA CON ANALGESIA EN CASA, REFIERE ENEMESIS HOY SIN ADECIUADO (…) MANEJO DE ESTUDIO DE CEFALEA EL CUAL DEBE SER REALIZADO POR CONSULTA EXTERNA (Sic) (…)”.* Seguidamente se relaciona que la cefalea y el vómito se incrementaron, observaciones registradas en: (i) 23/09/2007 23:54:26; y, (ii) 24/09/2007 00:08:21. En el momento de este último registro le realizaron el examen físico y le diagnostican: (i) Estado migranoso *(Sic)*; y (ii) Trastorno disociativo. Le ordenan medicamentos. Las anotaciones subsiguientes, refieren que continúa la cefalea intensa, es remitida a psiquiatría (Folio 355, ib.) y durante el tiempo de atención, le practican exámenes de laboratorio (Folios 351 a 357, ib.).

De esa prueba documental, advierte esta Magistratura que en efecto, a pesar de la persistencia e incremento del síntoma de cefalea, ningún examen diagnóstico especializado le fue practicado a la menor.

Ahora, conforme a la ciencia médica, el dictamen rendido por el perito (Neurocirujano Funcional y Estereotáxica), conceptuó que el manejo dado a la paciente fue inadecuado, pues la cefalea estaba acompañada por otros signos de alarma (Respuesta 1 y 3, folios 523 y 525, ib.), que ello implicaba la realización de una tomografía axial computarizada (TAC) e incluso, de acuerdo a los resultados, una punción lumbar, ya que ayudarían a clasificar el tipo de cefalea (Respuestas 2 y 3, folios 523 y 525, respectivamente).

También refirió que, si bien los síntomas de los primeros días (29-08 y 03-09-2007) no parecían alarmantes, como mínimo el último día en mención, y como el dolor iba *“en-crescendo”* debió acudirse a una neuroimagen y a valoración por neurología y neurocirugía en forma prioritaria (Respuestas 3 y 4, folio 524, ib.). Así mismo, indicó que la paciente evolucionó a un síndrome de hipertensión intercraneana y ese debió ser el diagnóstico (Respuesta 1, cuestionario 2, folio 524, ib.). Igualmente, resaltó que: *“(…) el diagnóstico de enfermedad psiquiátrica es siempre por descarte, y solo se realiza cuando estas totalmente seguro o ha descartado de que no hay organicidad (…)”* (Folio 525, ib.).

En estos asuntos especializados, prima la ciencia y la técnica, según la premisa expuesta en líneas anteriores, por ello se ofrece como idóneo, aunque no único, el dictamen de especialista en la respectiva materia, entonces razonablemente puede inferirse que le asiste la razón al impugnante, pues si bien hubo un diagnóstico inicial, luego ante la persistencia del síntoma de cefalea asociado a otros signos de alama, debió, conforme los protocolos, acudirse a otras ayudas diagnósticas para determinar los cambios en el tratamiento que fueren necesarios.

Desde luego que el corolario apuntado, se aprecia convincente en cuanto la peritación aportada se tiene como eficaz, amén de pertinente y útil, se aviene a los postulados del artículo 241 del CPC, en cuanto está dotado de firmeza, precisión y calidad en sus fundamentos, que aunque no abundó en referencias de literatura especializada, provienen de un profesional idóneo – especializado en neurocirugía.

Añádase que cobró firmeza, porque aunque medió aclaración, complementación y objeción por error grave, que obligó a decretar una nueva experticia, esta no se practicó, aun a pesar de los requerimientos a las partes interesadas y la prórroga del periodo probatorio, que hizo el juzgado de primera instancia (Autos de 28-11-2012, 14-03-2013, 19-04-2013 y 03-04-2013; folios 7 a 9, 16 a 19 y 24, cuaderno principal, tomo III).

De otra parte, ante la contundencia de los conceptos postulados por el peritaje, pierden fuerza las versiones testificales técnicas de los médicos, José Fernando Gómez González (Folios 425 a 427, cuaderno principal, tomo II), Pablo Fernando Vela de Los Ríos (Folios 428 a 432, ibídem) y Néstor Duque Ríos (Folios 444 a 445, ib.), que valga decir tienen interés en que no se declare la responsabilidad por ser quienes atendieron a la menor, y que justificaron el diagnóstico y tratamiento, en el comportamiento depresivo de la menor y en que carecía de signos neurológicos, ello a pesar de ser personas que percibieron los hechos que son tema de prueba, ya que lo cierto es que se apartaron de las pautas ya referidas, consistentes en revisar el diagnóstico luego de que el procedimiento aplicado en forma alguna cambiara las condiciones de la paciente.

En síntesis, se advierte que se incurrió en culpa porque la valoración inicial fue incipiente, tampoco se revisó la efectividad del tratamiento, además no se hicieron otros exámenes que permitieran replantear el diagnóstico que claramente puede afirmarse fue errado; todo lo cual causó la muerte, puesto que aunque es un tumor maligno que podría tornarse letal, como lo señaló el profesional designado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Folio 411, ib.), también el experto reseñado líneas atrás citado, dijo que de acuerdo con el momento en que se diagnostique y del tipo de tumor, puede ser o no curable (Respuesta 6, folio 525, ib.) y en los últimos tiempos, a partir de esas mismas circunstancias, ha disminuido la tasa de mortalidad (Folios 542 a 544, ib.). Nótese que esa afirmación fue presentada con el correspondiente respaldo bibliográfico (Folio 544, ib.)

Ahora bien, lo anterior sirve también para concluir que hay nexo causal, pues se evidencia relación entre el inadecuado diagnóstico con el pronto fallecimiento de Katherine y ello se acreditó a través de las pautas que ha delineado la jurisprudencia constante de la CSJ[[45]](#footnote-45), que ha sostenido que no solo se trata de esas reglas, ya que debe partirse de la información que suministren quienes practiquen la ciencia de que se trate, para el caso la medicina, esa Corporación en reciente decisión (2016)[[46]](#footnote-46) así lo reiteró:

… cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican- y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. Subrayado extratextual.

Claro queda, a partir de ese pasaje jurisprudencial, que en materias médicas, es insuficiente el sentido común o reglas de la experiencia, pues tratándose de asuntos científicos, el juez habrá de acudir no solo a la peritación, sino también a los documentos o testimonios técnicos, para esclarecer la cuestión sometida a su escrutinio, sin embargo[[47]](#footnote-47): “*El dictamen médico de expertos médicos es indudablemente el medio probatorio que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras. (…)”.* Como en efecto resultó probado en este caso.

Por lo tanto, se consideran demostrados todos los elementos de la responsabilidad civil médica que se endilga a las demandadas Salud Total SA EPS y la Clínica Los Rosales SA.

Es preciso acotar que frente a la queja del impugnante de mora para la práctica del TAC (Luego de ser ordenado), ninguna probanza se acopió a más del registro en la historia clínica y el resultado posterior del examen, tampoco sobre un inadecuado manejo en la Clínica Los Rosales SA, una vez se le había diagnosticado la meduloblastoma, dado que, incluso contrario a su afirmación, está la respuesta del experto en cuanto a que fue adecuado (Respuesta 5, folio 541, ib.).

Con lo que acaba de acotarse, fácil se advierte que resulta impróspera la objeción por error grave que se formulara contra el dictamen pericial rendido por el Neurocirujano Funcional y Estereotáxica, Hans Carmona Villada, y así será declarado.

* + 1. Las excepciones de mérito

A partir de lo expuesto, corresponde examinar los medios exceptivos presentados por esas entidades y la compañía aseguradora llamada en garantía.

De entrada, los argumentos que preceden, en cuanto a que se incurrió en culpa y hay causalidad, sustentan que, en efecto, no están llamadas a prosperar las relacionadas con la diligencia, discrecionalidad en la atención y al nexo causal. En idéntica línea, tampoco tienen cabida las excepciones en cuanto a la inexistencia de la obligación por inexistencia del siniestro y clase de póliza, propuestas por Seguros del Estado SA.

Las relativas a fuerza mayor o caso fortuito, tampoco prosperan, de una parte porque la fundamentación que se hace es genérica, de ninguna manera ajustada al caso, pero si en gracia de discusión se entraran a revisar, fácil se advierte la ausencia de los elementos estructurales predicados por la doctrina de la CSJ (Impresivilidad, irresistibilidad y ajenidad)[[48]](#footnote-48).

De otra parte, las formuladas por Salud Total EPS SAen cuanto a que la responsabilidad solo recae en la IPS Clínica Los Rosales SA, se desechan porque: (i) Atendió directamente a la paciente; y, (ii) Acorde con lo expuesto en el acápite de legitimación (Tanto en primera instancia como en esta sede), como demandada está llamada a prestar a los usuarios, a través de sus agentes (Inclusive las IPS), los servicios que requieran y su infracción compromete su responsabilidad por los daños causados, en virtud a la solidaridad existente, afirmación que como se apuntó, tiene soporte legal y jurisprudencial de la CSJ.

Antes de continuar, es inevitable señalar que para esta Magistratura era improcedente el llamamiento en garantía hecho por Salud Total EPS SA a la Clínica Los Rosales SA, pues en virtud a la solidaridad legal entre estas (Ampliamente explicada en el aparte de presupuestos sustanciales), solo podría considerarse el uso de esa figura, en el caso de que la demandada hubiese sido únicamente una de ellas, cuestión que aquí no ocurrió, dicho de otra forma, era innecesario porque la IPS ya estaba notificada y había contestado.

La excepción de falta de legitimación por activa invocada por Salud Total EPS SA, también se descarta por lo dicho en los precitados presupuestos, toda vez que los actores están facultados para proponer la pretensión extracontractual.

Como quiera que el conocimiento del proceso lo asumió la jurisdicción civil, carece de vocación de prosperidad la referente a la falta de jurisdicción y competencia de la especialidad laboral.

Queda por revisar las relativas alcobro excesivo de perjuicios morales, al reconocimiento de lucro cesante y los límites de cobertura*,* propuestas por Salud Total EPS SA y la compañía aseguradora, pues están amarradas a que se hagan los respectivos reconocimientos.

* + 1. La tasación de los perjuicios
       1. Los materiales

(i) Daño emergente. Se incorporó en el concepto de los citados perjuicios, sin embargo ningún valor fue reclamado, tampoco se fundamentó la petición y menos se probó, por lo que habrá de negarse su reconocimiento, pues este menoscabo corresponde a *“un reintegro de gastos”[[49]](#footnote-49)* efectuados o por realizar que sean directamente relacionados con el daño.

Aquí útil resulta citar la jurisprudencia de la CSJ en reciente decisión (2016)[[50]](#footnote-50): *“(…) ‘[e]l daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento del pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad (…), como ha sido el criterio de esta Corporación (Se subraya. Sent. del 29 de septiembre de 1978)” (CSJ, SC del 28 de junio de 2000, Rad. n.° 5348)”.*

(ii) Lucro cesante. Abarca: (i) Las lesiones personales; (ii) La pérdida o disminución de la capacidad laboral; y/o (iii) La afección de bienes que producían un rendimiento económico[[51]](#footnote-51); de allí que se le considere como la imposibilidad de percibir una ganancia legítima o una utilidad económica, por la víctima o sus familiares, como consecuencia del suceso nocivo que si nunca se hubiese presentado, tampoco se habría provocado el daño.

Por regla general, debe ser debidamente justificado a efectos de aplicar una probabilidad que responda al curso normal de lo acaecido con antelación al evento dañino. Y es que la excepción a esa regla, está consagrada en el artículo 1617 del CC, en lo que refiere a la causación de intereses frente a deuda pecuniaria y a causa del retardo en su pago, circunstancia exaltada por la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre[[52]](#footnote-52), desde tiempo atrás.

Así mismo, en las generalidades ya referidas, por tratarse de un elemento que escapa a la presunción, debe acreditarse que se imposibilitó a la víctima de emplear el bien útil, a través del cual generaba los ingresos para satisfacer ciertas necesidades, se itera, deberá probarse el antecedente y la suspensión o cesación de ganancias.

Es de carácter meramente monetario y corresponde a la diferencia entre los ingresos que puede calcularse, recibirá la víctima a partir del daño sufrido y los que debía recibir, de no habérsele causado.

No obstante lo dicho hasta aquí, cuando se reclama con ocasión de la muerte de un menor, la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad, ha negado su reconocimiento por improcedente, y en efecto, hace poco (2016)[[53]](#footnote-53), así lo recordó*: “(…) De manera más próxima, esta Sala de la Corte, siguiendo esa misma línea de pensamiento, en el caso del fallecimiento de un menor de 9 años de edad, coligió la improcedencia del lucro cesante pedido por sus progenitores, sobre la base de que “la víctima no estaba recibiendo ningún ingreso económico al momento de su muerte” y que “su corta o exigua edad impedía (…), como lo entendió sin duda el Tribunal, abrigar la posibilidad de dar cabida siquiera, como tema a considerar, al fenómeno de la ‘pérdida de oportunidad’, pues en verdad, ante tal circunstancia, el perjuicio seria meramente hipotético o eventual, es decir ubicado en el campo de lo incierto” (CSJ, SC del 12 de septiembre de 1996, Rad. n.° 4792)*”.

En la misma sentencia también citó: *“(…) En lo que respecta a los materiales, observa la Corte que la muerte de la menor a la edad de 8 años, como aparece acreditado, no da lugar a la indemnización solicitada bajo el supuesto de la ayuda económica que en el futuro recibirían sus padres, porque se trata apenas de un perjuicio eventual, en el entendido de que ni siquiera había tenido comienzo el sostenimiento económico para proyectarlo como proba-bilidad futura, como tampoco es dable asentar de manera anticipada que ese apoyo material iba a darse, lo que equivale a decir que el perjuicio descrito en la demanda tiene la característica de ser meramente hipotético, obvio que amén de que no se puede prever la futura capacidad económica de la persona fallecida, tampoco se puede deducir que, aun de suponerse, los resultados de la misma tendrían la destinación específica de favorecer a la madre demandante (CSJ, SC del 7 de septiembre de 2001, Rad. n.° 6171; se subraya)”*.

En este caso, la muerte de la menor se dio cuando ella tenía 15 años de edad y además ninguna probanza se acopió que permita vislumbrar que hubiese llegado a percibir ingresos económicos y menos la cuantía de ellos. Debe recordarse, como se dijera líneas atrás, que este reconocimiento no admite presunción, es necesario tener la certeza del detrimento. Sobre este parecer también puede consultarse al autor Rojas Q.[[54]](#footnote-54).

* + - 1. Los morales

Sobre el daño moral desde la sentencia hito[[55]](#footnote-55) (1922, caso Villaveces) de la CSJ, se dijo corresponder al *pretium doloris* que podía ocasionarse a una persona por: *“(…) una ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra o malicia o negligencia en el agente*.”. En el precitado fallo de 2014, se aseveró: “(…) *está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, ‘que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo’ (sentencia de 13 de mayo de 2008), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos expresivos (…)”.* Esta noción se acoge a la de la doctrina universal contemporánea, por ejemplo, la española, según enseña el profesor Díez-Picazo[[56]](#footnote-56).

El perjuicio moral, se itera, es de naturaleza extrapatrimonial, en reciente (2016) decisión la CSJ[[57]](#footnote-57) mencionó: *“(…) el perjuicio moral, respecto del cual esta Corte tiene dicho que hace parte de la esfera íntima o fuero psicológico del sujeto damnificado (…) Por cuanto el dolor experimentado y los afectos perdidos son irremplazables y no tienen precio que permita su resarcimiento, queda al prudente criterio del juez dar, al menos, una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento (…)”.* Luego prosiguió y concluyó: *“(…) Esta razonabilidad surge de la valoración de referentes objetivos para su cuantificación, tales como las características del daño y su gravedad e intensidad en la persona que lo padece; de ahí que el arbitrium iudicis no puede entenderse como mera liberalidad del juzgador (…)”.* Sublínea fuera de texto.

Así las cosas, teniendo en la cuenta que la muerte es un perjuicio grave y la intensidad es severa en tratándose de una hija respecto de sus padres (Carlos Fredy y Luz Mary), se presume (Presunción de hombre o indicio) a partir de los certificados de nacimiento y defunción (Folio 74 y 75, cuaderno principal, tomo I) que generó a estos y a sus hermanos Carlos, Leidy. Diana Consuelo y Richard Castro Restrepo (Registros civiles de nacimiento, folios 67, 69, 70 y 73, ib.) un dolor, angustia, aflicción y desasosiego en alto grado, pues ello es lo que muestra la experiencia en condiciones normales.

Esa presunción judicial se refuerza con los testimonios de Limbania Valencia Chavarriga, Mónica Henao y María Leticia Londoño Bedoya (Folios 414 a 422, cuaderno principal, tomo II) que dan cuenta, de la unión familiar y que Katherine por ser la menor de las mujeres era la consentida, también de los cambios en el comportamiento que generó en los miembros de la familia su muerte e incluso llegaron a afirmar que ese deceso incrementó los quebrantos de salud de la madre, que pronto también falleció.

Por lo tanto, se tasarán, a cargo de ambas entidades y de manera solidaria, los perjuicios morales sufridos por Carlos Fredy, Luz Mary, Carlos, Leidy. Diana Consuelo y Richard, en la suma de $60.000.000 para cada uno, dada la afectación que les causó el fallecimiento, estimación que valga decir, se hace conforme el arbitrio judicial y en congruencia con lo reclamado en la demanda (Artículo 305, CPC) y acorde con el monto establecido en recientes (2016) decisiones por la CSJ[[58]](#footnote-58). Sobre esos valores, en coherencia con la doctrina de esa Corporación[[59]](#footnote-59), solo (Se descarta la indexación) se impondrá a partir de la ejecutoria de la presente decisión, un interés legal civil moratorio equivalente al 6% anual, hasta cuando se concrete su pago.

En armonía con lo anterior, prospera parcialmente la excepción de *“cobro excesivo de perjuicios morales”,* propuesta por Salud Total EPS SA.

Y en cuanto a las excepciones relativas a los límites de cobertura que formulara Seguros del Estado SA, toda vez que el contrato de seguro entre esa compañía y La Clínica Los Rosales SA está fuera de discusión (Fue reconocido por la primera), hay que decir en apoyo a lo dicho por la CSJ[[60]](#footnote-60), que la primera está llamada a reembolsar las sumas que la última deba pagar, hasta el límite asegurado y con observancia de lo acreditado en cuanto a la afectación de la póliza (Folios 26 a 67, cuaderno principal, tomo III).

1. LAS DECISIONES FINALES

Las premisas jurídicas ya enunciadas sirven para acoger la apelación y revocar la sentencia impugnada, al tenor de las motivaciones expuestas, pues: (i) Se condenará a las demandadas solidariamente por los perjuicios morales causados a los demandantes; (ii) Se impondrá interés legal civil respecto de esa condena y acorde con lo dicho en la parte motiva; (iii) Se negaran las demás pretensiones de la demanda; (iv) Se despacharan desfavorablemente las excepciones formuladas por las demandadas y la llamada en garantía, salvo la relativa al *“cobro excesivo de perjuicios morales”*; (v) Se asignará a la compañía de seguros la responsabilidad de reembolsar las sumas de dinero que llegaré a pagar la Clínica Los Rosales SA, acorde con las previsiones ya reseñadas.

También(vi) Se declara impróspera la objeción al dictamen pericial rendido por el Neurocirujano Funcional y Estereotáxica; (vii) Se impondrá condena en costas a las demandadas, en las dos instancias, y a favor de la parte actora, por haber salido avante las pretensiones y el recurso (Artículo 365-1º, CGP). La liquidación se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, sin que haya lugar a fijar las agencias en derecho en esta instancia, por así disponerlo esa normativa, al referir que: *“(…) Las costas y agencias serán liquidadas en manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera instancia (…)”*. Válido mencionar que los criterios en extenso, sobre esa posición, se pueden consultar en decisión Unitaria[[61]](#footnote-61) del suscrito magistrado sustanciador.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. REVOCAR la sentencia proferida el 27-01-2014 del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, R., dentro del presente proceso ordinario.
2. DECLARAR, en su lugar que, Salud Total EPS SA y a La Clínica Los Rosales SA, son civil y solidariamente responsables por la muerte de la menor Katherine Castro Restrepo.
3. CONDENAR solidariamente a Salud Total EPS SA y a la Clínica Los Rosales SA, a pagar en forma solidaria a Carlos Fredy, Luz Mary, Carlos, Leidy, Diana Consuelo y Richard, la suma de $60.000.000 para cada uno, por concepto de perjuicios morales.
4. RECONOCER sobre esas condenas un interés legal civil del 6% anual, a partir de la ejecutoria de la presente providencia y hasta cuando se realice el pago.
5. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.
6. DECLARAR imprósperas las excepciones formuladas por las demandadas y la llamada en garantía, salvo la relativa al *“cobro excesivo de perjuicios morales”*.
7. DECLARAR impróspera la objeción al dictamen pericial rendido por el doctor Hans Carmona Villada.
8. DECLARAR que Seguros del Estado SA esta llamada a reembolsar las sumas que la Clínica Los Rosales SA deba pagar, hasta el límite asegurado y con observancia de lo acreditado en cuanto a la afectación de la póliza.
9. CONDENAR en costas en las dos instancias, a la parte pasiva, y a favor de la parte actora. Se liquidarán en primera instancia.
10. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen, en firme esta providencia.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

Con aclaración de voto

DGH / DGD / 2017

LA SENTENCIA ANTERIOR SE NOTIFICA

POR FIJACIÓN EN **ESTADO** DEL DÍA

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA

S E C R E T A R I O

1. CSJ, Civil. Sentencia del 23-04-2007, MP: Ruth M. Díaz R.; No.1999-00125-01. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, Civil. Providencia SC1175-2016, MP: Ariel Salazar Ramírez. [↑](#footnote-ref-2)
3. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 29-03-2017; MP: Duberney Grisales H., No.2012-00101-01. [↑](#footnote-ref-3)
4. HENAO, Juan C. El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, 2ª reimpresión, Bogotá DC, Universidad Externado de Colombia, 2007, p.95. [↑](#footnote-ref-4)
5. MAZEAUD, Henry y León, y TUNC, André. Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América - EJEA, 2011, p.385. [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, MP: William Namén V.; No.1999-00533-01. [↑](#footnote-ref-6)
7. TAMAYO J., Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo I, 2ª edición, Legis, Bogotá DC, 2007, p.126. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016, MP: Fernando Giraldo G. [↑](#footnote-ref-9)
10. SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.95. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, MP: José F. Ramírez G.; No.5507. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ, Civil. Sentencias de: (i) El 14-03-1942, GJ, tomo XIII, p.937; y, (ii) El 14-10-1959, MP: Hernando Morales M. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ, Civil. Providencia SC2506-2016, MP: Margarita Cabello B. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-14)
15. JARAMILLO J., Carlos I. Responsabilidad civil médica, relación médico paciente, 2ª edición, editorial Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, Bogotá DC, 2011, p.142. [↑](#footnote-ref-15)
16. CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ, Civil. Sentencia SC15746-2014, MP: Fernando Giraldo G. [↑](#footnote-ref-17)
18. CSJ, Civil. Sentencia del 13-09-2002, No.6199. [↑](#footnote-ref-18)
19. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-19)
20. CSJ, Civil. Sentencia SC15746-2014, ob. cit. [↑](#footnote-ref-20)
21. PARRA G., Mario F. Responsabilidad civil, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, p.285. [↑](#footnote-ref-21)
22. CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-22)
23. CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, MP: Arturo Solarte R., No.2005-00025-01. [↑](#footnote-ref-23)
24. YEPES R., Sergio. La responsabilidad civil médica, Biblioteca jurídica Diké, edición 9ª, 2016, Medellín, p.97. [↑](#footnote-ref-24)
25. CSJ, Civil. Sentencia SC2506-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-25)
26. YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.99. [↑](#footnote-ref-26)
27. CSJ, Civil. Sentencias: (i) Del 05-03-1940; MP: Liborio Escallón; (ii) Del 12-09-1985; MP: Horacio Montoya G.; y, (iii) Del 08-08-2011, MP: Pedro O. Munar C., No.2001-00778. [↑](#footnote-ref-27)
28. CSJ, Civil. Sentencia SC15746-2014, ob. cit. [↑](#footnote-ref-28)
29. CSJ, Civil. Sentencia del 08-08-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-29)
30. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-30)
31. CE, Sección Tercera. Sentencia del 24-10-1990, CP: Gustavo de Greiff R., No.5902. [↑](#footnote-ref-31)
32. CE, Sección Tercera. Sentencia del 30-07-1992, CP: Daniel Suárez H., No.6897. [↑](#footnote-ref-32)
33. T-006 de 1992. [↑](#footnote-ref-33)
34. CSJ, Civil. Providencia SC15746-2014, ob. cit. [↑](#footnote-ref-34)
35. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-35)
36. CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-36)
37. SANTOS B., Jorge. Ob. cit., p.423. [↑](#footnote-ref-37)
38. PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual, Revista de la Universidad Externado de Colombia, No.20, Colombia [En línea]. 2011 [Visitado el 2017-04-06]. Disponible en internet: www.revistas.uexternado.edu.co › Inicio › Núm. 20 (2011) › Patiño [↑](#footnote-ref-38)
39. CSJ, Civil. Sentencia del 23-06-2005, No.058-95. [↑](#footnote-ref-39)
40. JARAMILLO J., Carlos I. Ob. cit., p.73. [↑](#footnote-ref-40)
41. YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.124. [↑](#footnote-ref-41)
42. DUQUE O, Alberto L. Tema de la prueba en la responsabilidad médica, editorial Universidad CES y Diké, Medellín, A., 2014, p.159. [↑](#footnote-ref-42)
43. DUQUE O., Ob. cit., p.169. [↑](#footnote-ref-43)
44. CSJ, Civil. Sentencia del 26-11-2010, MP: Pedro O. Munar C., expediente No.1999-08667-01. [↑](#footnote-ref-44)
45. CSJ, Civil. (i) Sentencia del 26-09-2002, expediente No.6878; (ii) Sentencia del 15-01-2008, expediente No.11001-3103-037-2000-67300-01; y (iii) Sentencia del 09-12-2013, MP: Ariel Salazar R., expediente No.88001-31-03-001-2002-00099-01. [↑](#footnote-ref-45)
46. CSJ, Civil. Sentencia SC2506-2016; ob. cit. [↑](#footnote-ref-46)
47. CSJ, Civil. Sentencia del 08-05-1990, que sigue el razonamiento de los fallos de 24-09-1952, *G.J*. No. 2119, p. 237, y del 05-07-1957, *G.J*. No. 2184, p. 676, según explica el profesor SANTOS BALLESTEROS, *ob. cit*., p.112. [↑](#footnote-ref-47)
48. CSJ, Civil. Sentencia SC17723-2016; MP. Luis A. Rico P. [↑](#footnote-ref-48)
49. ISAZA P., María C. De la cuantificación del daño, 3ª edición, Temis, Bogotá, 2013, p.23. [↑](#footnote-ref-49)
50. CSJ, Civil. Sentencia SC16690-2016, MP: Álvaro F. García R. [↑](#footnote-ref-50)
51. CSJ, Civil. Sentencia del 20-11-2013, MP: Arturo Solarte R., No.2002-01011-01. [↑](#footnote-ref-51)
52. CSJ, Civil. Sentencia del 04-04-1968, MP: Fernando Hinestrosa. [↑](#footnote-ref-52)
53. CSJ, Civil. Sentencia SC16690-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-53)
54. ROJAS Q., Sergio. El daño a la persona y su reparación, Ibáñez, Bogotá DC, 2015, p.105. [↑](#footnote-ref-54)
55. CSJ, Civil. Sentencia del 21-07-1922, MP: Tancredo Nannetti, Gaceta Judicial, tomo XXIX, No.1515, p.220. [↑](#footnote-ref-55)
56. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial, tomo V, la responsabilidad extracontractual, reimpresión, Pamplona, España, Civitas – Thomson Reuters, 2014, p.316. [↑](#footnote-ref-56)
57. CSJ, Civil. Sentencia SC13925-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-57)
58. CSJ, Civil. Sentencias SC13925-2016 y SC16690-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-58)
59. CSJ, Civil. Sentencia SC15996-2016, MP: Luis A. Rico P. [↑](#footnote-ref-59)
60. Ídem. [↑](#footnote-ref-60)
61. TSP, Sala Civil – Familia. Providencia del 06-10-2016; MS: Duberney Grisales H., No.2015-00202-02. [↑](#footnote-ref-61)