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.

Providencia: Sentencia - 2ª Instancia - 5 de junio de 2018

Radicación Nro. : 66001-31-03-005-2013-00213-01

Demandante: ÁNGELA MARÍA GRAJALES GARCÍA Y OTROS

Demandado: SALUDCOOP EPS y otro

Proceso:                 Responsabilidad Civil Extracontractual - Médica

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: RESPONSABILIDAD MÉDICA / ELEMENTOS / CARGA DE LA PRUEBA /** También ha de advertirse que corresponde al demandante demostrar todos los elementos axiológicos de la responsabilidad médica, ellos son: el daño, la culpabilidad (dolo o culpa) y la causalidad o nexo causal; y trátese de la modalidad contractual o extracontractual, el régimen siempre será de culpa probada, como recientemente lo hace notar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil sentencia SC8219-2016).

9. Así las cosas, descendiendo al caso concreto, frente al daño no hay duda; en efecto, luego de que los galenos de la IPS CLÍNICA PEREIRA DE SALUDCOOP indujeran el aborto, fue expulsado por la madre gestante el feto y con ello se puso fin a la vida del nascituro, del que se dijo padecer anencefalia, empero, en términos del Laboratorio de Patología Especializado de Alta Tecnología del Centro de Diagnóstico en Citopatología, diagnostica: FETO DE SEXO MASCULINO CON DESARROLLO ADECUADO DE LOS ÓRGANOS

**ERROR INEXCUSABLE / EXAMEN QUE INDUJO A ERROR FUE PRACTICADO POR LA MISMA IPS DEMANDADA /** Ahora, en gracia de discusión, pudiera decirse que la responsabilidad médica no deviene de un error del cuerpo médico que ordenó la interrupción del embarazo, sino del laboratorio de radiología que practicó la ecografía, sin embargo ello no exonera a las demandadas EPS e IPS, toda vez que ese diagnóstico de anencefalia, proviene de la misma IPS que practicó la ecografía. Y es un laboratorio de patología especializado, que hace parte de su red de prestadores de salud, el que dictamina posteriormente que el feto estaba en condiciones normales. De manera que, en criterio de esta agencia judicial el error médico se encuentra debidamente acreditado, por lo cual correspondía a la parte demandada desvirtuarlo…

En cuanto a los errores, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia*. “Estos pueden ser excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, se hallan los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado, y por tanto injustificados, motivo por el cual resultan abiertamente inexcusables y consecuencialmente, reparables “in natura” o por “equivalente”, pero integralmente.* (Sentencia SC7110 de 2017). En este caso concreto, considera esta Sala, se trata de un error inexcusable. Aquí la prueba de esta especie de error médico es evidente, insiste este tribunal.

**DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN /** De otro lado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con respecto al daño a la vida de relación, ha señalado que se erige como una categoría propia y distinta tanto del daño patrimonial y del perjuicio moral, que se *“se configura cuando el damnificado experimenta una minoración sicofísica que le impide o dificulta la aptitud para gozar de los bienes de la vida que tenía antes del hecho lesivo, y como consecuencia de éste.”* La sola privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades cotidianas como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, etc., comporta un daño a la vida de relación que debe ser resarcido. Así se puede apreciar en la sentencia de la Sala de Casación Civil del 9 de diciembre de 2013, radiación No. 88001-31-03-001-2002-00099-01. MP. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

**Proceso: RESPONSABILIDAD CIVIL (MÉDICA)**

**Expediente: 66001-31-03-005-2013-00213-01**

**Demandantes: ÁNGELA MARÍA GRAJALES GARCÍA Y OTROS**

**Apoderada: LUZ ENITH MARÍN GARCÍA**

**Demandados: 1. SALUDCOOP EPS**

**2. IPS CLÍNICA SALUDCOOP PEREIRA**

**Apoderado: OSCAR DAVID CONTRERAS PERDOMO**

**AUDIENCIA DE FALLO 5 DE JUNIO DE 2018**

**SENTENCIA**

Como preámbulo a la decisión que se tomará, es preciso hacer las siguientes:

**CONSIDERACIONES**

1. Inicialmente ha de decirse que están reunidos los presupuestos procesales y no hay motivo de nulidad que imponga invalidar lo actuado, por lo que, escuchados los argumentos de la apelación y puesto en consideración el proyecto de fallo a la Magistrada que conmigo conforma esta Sala, la decisión que se profiere es del siguiente tenor:

2. Las partes están legitimadas en la causa. Este aspecto constituye uno de los elementos de la pretensión, que al decir de la doctrina y la jurisprudencia es la facultad o titularidad legal que tiene una determinada persona para demandar exactamente de otra el derecho o la cosa controvertida, por ser justamente quien debe responderle. El examen de este aspecto es oficioso, como así lo sostiene la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC1182-2016, criterio pacífico acogido por esta Sala de Decisión.

Aquí la legitimación por activa la tienen ÁNGELA MARÍA GRAJALES GARCÍA y ANDRÉS ORLANDO MONTOYA OROZCO, la primera en su condición de futura madre de la criatura que estaba gestando y el segundo por su condición de compañero permanente de aquella, calidad que no fue cuestionada por la parte demandada, quienes se consideran perjudicados al habérseles privado de la posibilidad de ser padres.

Por pasiva SALUDCOOP S.A. EPS y CLÍNICA SALUDCOOP PEREIRA IPS, a quienes se les imputa la conducta dañina y por consiguiente la responsabilidad solidaria (art. 2341 C.C.).

3. Considera útil esta Magistratura, para contextualizar el caso concreto, señalar lo siguiente: Una vez tiene conocimiento la señora ÁNGELA MARÍA GRAJALES GARCÍA de su estado de embarazo, el 20 de octubre de 2011 acude, en su calidad de cotizante, a consulta ante la EPS demandada. Ese mismo día el médico que la atendió le ordenó ECOGRAFÍA GINECOLOGICA, OBSTETRICA O PELVICA P y P. El 27 de octubre siguiente regresa a consulta para lectura de la ecografía. Allí se sugiere revaloración en una semana “DADO POSIBLE MALFORMACION CEFALICA” (…) “TOMAN NUEVA ECOGRAFÍA SONDE INFORMAN MALFORMACION DEFALICA – AMEMCEFALIA POR LO CUAL RECOMIENDAN CONSULTAR PARA DEFINIR TERMINACION DEL EMBARAZO”. La paciente fue atendida por el médico general EIBER ANDRÉS LÓPEZ GIRALDO.

A la señora ÁNGELA MARÍA, el mismo 27 de octubre, se le practica una nueva ecografía en la misma clínica Saludcoop de Pereira, entre las 14:17:48 y 14:39:45 (fl. 88 B cuaderno principal), cuya conclusión es la siguiente: “EMBRION CON DEFECTO GRAVE DEL TUBO NEURAL. SE OBSERVA AUSENCIA DE LOS HUESOS DEL CRANEO CON ALTERACION DE LA MASA ENCEFALICA EL EMBRION PRESENTA ACTIVIDAD CARDIOVASCULAR DE 173 LATIDOS POR MINUTO, CON LONGITUDCRANEOCAUDAL DE 3.3. CMS… CONCLUSION: 2. EMBRION CON DEFECTO GRAVE DEL TUBO NEURAL, ACRANEA. ENCEFALOCELE” Ecografía realizada por la médica radióloga Luz Elena Palomino de la IPS Saludcoop. (Reposa a folio 252 cuaderno principal Tomo II).

El 29 de octubre, después de haber sido inducido el aborto dos días antes, con el medicamento misoprostol, por parte de los galenos que trataron a la paciente, ella expulsa el producto de la gestación y posteriormente se le practica un legrado. La bolsa embrionaria se envió a patología. Información que es extraída de la copia de la historia clínica que reposa a folios 66-85 del cuaderno principal Tomo I y 9-20 del cuaderno número tres.

El 18 de noviembre de 2011, el Laboratorio de Patología Especializado de Alta Tecnología del Centro de Diagnóstico en Citopatología, después de hacer una descripción macroscópica y microscópica, diagnostica: “FETO DE SEXO MASCULINO, NO MACERADO DE APROXIMADAMENTE 10 SEMANAS DE GESTACIÓN POR MORFOLOGÍA Y BIOMETRÍA (LONGITUD PLANTAR DE 0.5 CM) DESARROLLO ADECUADO DE LOS ÓRGANOS.” (folio 5 cuaderno número 4 y folio 87 del cuaderno número 1)

Ante el conocimiento de dicho resultado, la paciente, su compañero permanente y parientes cercanos demandaron a la EPS e IPS, por los perjuicios causados, en consideración a que los galenos actuaron precipitadamente y de manera irresponsable al producir el aborto, sin tener los soportes diagnósticos requeridos, como perinatólogo, ultrasonografía 3D y 4D y medición alfafetoproteína en suero materno.

4. La sentencia acogió parcialmente los pedimentos de los demandantes, pues reconoció solo a la pareja de futuros padres perjuicios morales y a la vida de relación.

5. Los reparos al fallo por parte de los demandados tienen que ver con que hay ausencia de una prueba especializada que daría una claridad concreta frente a la configuración o no de los elementos propios de la responsabilidad médica, en especial el nexo de causalidad.

Los reparos de los demandantes ÁNGELA MARÍA GRAJALES GARCÍA y ANDRÉS ORLANDO MONTOYA OROZCO giran en torno a la cuantía de los perjuicios morales y a la vida de relación que fijó la quo en 40 y 20 smlmv, considerando los apelantes debieron ser 200 y 100 smlmv para cada uno de ellos.

6. Conforme al anterior contexto, considera esta Sala de Decisión que lo que se debe resolver aquí es, si con las pruebas obrantes en el proceso se encuentran plenamente demostrados o no los elementos de la responsabilidad médica. De ser la respuesta afirmativa, ha de evaluarse la cuantía de los perjuicios morales y a la vida de relación, para determinar si se ajustan a los parámetros fijados por la jurisprudencia nacional.

7. En aras de resolver el recurso, ha de mencionarse por esta colegiatura que, recientemente en la sentencia SC-9193 de 2017, la Corte Suprema de Justicia, recordó: *“En nuestro Estado Social de Derecho la seguridad social en salud es un servicio público orientado por el principio constitucional del respeto a la dignidad humana, por cuya virtud la vida de las personas y su integridad física y moral se conciben como los bienes jurídicos de mayor valor dentro del ordenamiento positivo, lo que se traduce en la obligación de brindar una atención en salud de calidad, así como en una menor tolerancia frente a los riesgos que por mandato legal el paciente traslada a las EPS. Este replanteamiento del servicio sanitario ha introducido un cambio de visión que concibe la salud como un derecho inalienable de las personas y no como un acto de beneficencia del Estado hacia el ciudadano.”*

*“La cultura de calidad total del servicio de salud y seguridad del paciente tiene repercusiones directas en el derecho de la responsabilidad civil, pues en el entorno del sistema obligatorio de calidad de la atención en salud las demoras en la prestación del servicio; el uso de tecnología obsoleta; la ausencia de tratamientos y medicamentos de utilidad comprobada por la medicina evidencial; la despreocupación por la satisfacción del cliente y la falta de atención de sus necesidades asistenciales; la falta de disciplina en el acatamiento de reglamentos tales como guías, normas técnicas y reglas de diligenciamiento de la historia clínica; la insuficiencia de continuidad e integralidad del servicio; la complacencia frente a malas prácticas y su ocultamiento; y en fin, la carencia de un pensamiento orientado al proceso y desarrollo de estrategias que aseguren un mejoramiento continuo e interminable del servicio de salud que involucre a todas las personas de los distintos niveles de la jerarquía, son circunstancias constitutivas de responsabilidad organizacional por deficiente prestación del servicio cuando lesionan con culpa la integridad personal del paciente; lo que afecta la sostenibilidad económica del sistema por mayores costos de tratamientos de eventos adversos y pagos de indemnizaciones por daños ocasionados a los usuarios.”*

Ahora, en cuanto a la responsabilidad de las EPS e IPS, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 17 de noviembre de 2011, Exp. 11001-3103-018-1999-00533-01, siendo M.P. William Namén Vargas, dijo lo siguiente:

*“… las Entidades Promotoras de Salud (EPS), son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios integrantes del POS, orientado a obtener el mejor estado de salud de los afiliados, para lo cual, entre otras obligaciones, han de establecer procedimientos garantizadores de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (art. 2º, Decreto 1485 de 1994).*

*Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.*

*(…)*

*Ahora, cuando se ocasiona el daño por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, todos son solidariamente responsables frente a la víctima (art. 2344, Código Civil; cas. civ. sentencias de 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430; 18 de mayo "de 2005, SC-084-2005], exp. 14415).”*

8. También ha de advertirse que corresponde al demandante demostrar todos los elementos axiológicos de la responsabilidad médica, ellos son: el daño, la culpabilidad (dolo o culpa) y la causalidad o nexo causal; y trátese de la modalidad contractual o extracontractual, el régimen siempre será de culpa probada, como recientemente lo hace notar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil sentencia SC8219-2016).

9. Así las cosas, descendiendo al caso concreto, frente al daño no hay duda; en efecto, luego de que los galenos de la IPS CLÍNICA PEREIRA DE SALUDCOOP indujeran el aborto, fue expulsado por la madre gestante el feto y con ello se puso fin a la vida del nascituro, del que se dijo padecer anencefalia, empero, en términos del Laboratorio de Patología Especializado de Alta Tecnología del Centro de Diagnóstico en Citopatología, diagnostica: FETO DE SEXO MASCULINO CON DESARROLLO ADECUADO DE LOS ÓRGANOS.

10. En lo concerniente al juicio de reproche culpabilístico que se atribuye a los médicos de la Clínica Pereira de Saludcoop, respecto de que no debió practicarse el aborto terapéutico a la señora ÁNGELA MARÍA GRAJALES GARCÍA, ya que existen otros estudios o exámenes a realizar para confirmar y/o descartar el diagnóstico de anencefalia, ha de decirse lo siguiente:

A folio 252 del cuaderno principal Tomo II obra fotocopia de un ECOGRAFIA OBSTETRICA de fecha 27 de octubre de 2011, practicada a la señora ÁNGELA MARÍA, la cual fue aportada por el representante legal de SALUDCOOP, al absolver el interrogatorio. La a quo ordenó tener dicho documento como prueba y dio traslado a las partes para efectos de los reparos a que a bien tuvieren, sin que se formulara alguno.

Allí se puede observar la siguiente anotación: “EMBRION CON DEFECTO GRAVE DEL TUBO NEURAL. SE OBSERVA AUSENCIA DE LOS HUESOS DEL CRANEO CON ALTERACION DE LA MASA ENCEFALICA EL EMBRION PRESENTA ACTIVIDAD CARDIOVASCULAR DE 173 LATIDOS POR MINUTO, CON LONGITUDCRANEOCAUDAL DE 3.3. CMS… CONCLUSION: 2. EMBRION CON DEFECTO GRAVE DEL TUBO NEURAL, ACRANEA. ENCEFALOCELE”.

Aparece claro en la historia clínica, se tomó la determinación de interrumpir el embarazo por parte del equipo médico de la especialidad en ginecología de la Clínica Pereira de Saludcoop. A folio 75 del cuaderno principal tomo I, se anota como justificación de tal decisión: “PACIENTE DE 33 AÑOS PROCEDENTE DE GINECO CON EMBARAZO DE 11,2 SEMANAS MALFORMACION CONGENITA FETAL INCOMPATIBLE CON LA VIDA. TTO CON MISOPROSTOL.”

11. En este escaño del análisis es necesario determinar si la conducta del galeno o los galenos de la mencionada clínica fue apresurada e irresponsable como lo asegura la parte actora, porque no era suficiente la ecografía para tomar tan trascendente determinación de interrumpir la vida del nascituro.

Tal aseveración correspondía probarla a los demandantes, en aplicación del principio de la carga de la prueba, y lo ideal hubiese sido mediante prueba pericial, sin embargo no lo consideraron así. Empero, estima esta Sala que prueba del error en la decisión de interrupción del proceso de gestación sí obra en el expediente, como adujo la a quo al sustentar su fallo. Se trata del informe del Laboratorio de Patología Especializado de Alta Tecnología del Centro de Diagnóstico en Citopatología, el cual reporta que una vez realizado el estudio del producto de la gestación encuentra: “FETO DE SEXO MASCULINO CON DESARROLLO ADECUADO DE LOS ÓRGANOS”. En algunos de sus apartes se menciona: “Topografía: sin malformaciones”, “Cavidad craneana congestiva”, “En el examen interior; encéfalo morfología normal”. (fls. 87 del cuaderno principal y 5 del cuaderno número 4).

12. Aquí, cabe destacar: la misma Clínica Salducoop de Pereira realiza el 27 de octubre de 2011 una ecografía a la señora ÁNGELA MARÍA, y la médica radióloga que la practica concluye “EMBRION CON DEFECTO GRAVE DEL TUBO NEURAL. SE OBSERVA AUSENCIA DE LOS HUESOS DEL CRANEO CON ALTERACION DE LA MASA ENCEFALICA… CONCLUSION: 2. EMBRION CON DEFECTO GRAVE DEL TUBO NEURAL, ACRANEA. ENCEFALOCELE.”

Los médicos ginecólogos de la misma clínica, tratantes de la paciente, con fundamento en dicha conclusión proceden de inmediato, a una interrupción del proceso de gestación y le inducen el aborto a la señora ÁNGELA MARÍA, y luego una entidad que hace parte de la red de prestadores de servicios de salud de la IPS demandada, después de un estudio científico del feto expulsado concluye que tenía sus órganos normales. Este último informe vertido en un documento de fecha 18 de noviembre de 2011, fue presentado con la demanda, se ordenó tenerlo como prueba por el despacho judicial y no fue controvertido por las demandadas; además se trata del mismo que fuera solicitado por el juzgado y que obra a folio 5 del cuaderno número 4, del cual corrió traslado sin que fuera objeto de tacha o reproche alguno.

De manera que, se le interrumpió el proceso de gestación a un feto que presentaba sus órganos normales y con ello se les cercenó a sus progenitores la posibilidad de ser padres, causándoles un evidente perjuicio, por el que han de responder las entidades de salud demandadas.

13. Ahora, en gracia de discusión, pudiera decirse que la responsabilidad médica no deviene de un error del cuerpo médico que ordenó la interrupción del embarazo, sino del laboratorio de radiología que practicó la ecografía, sin embargo ello no exonera a las demandadas EPS e IPS, toda vez que ese diagnóstico de anencefalia, proviene de la misma IPS que practicó la ecografía. Y es un laboratorio de patología especializado, que hace parte de su red de prestadores de salud, el que dictamina posteriormente que el feto estaba en condiciones normales. De manera que, en criterio de esta agencia judicial el error médico se encuentra debidamente acreditado, por lo cual correspondía a la parte demandada desvirtuarlo, y lo ideal como se dijo es que fuese mediante una prueba pericial, que el apoderado común de las entidades demandadas sí la pidió y fue decretada por la a quo (fls 174 y 175 del cuaderno principal Tomo I y folio 260 del cuaderno principal Tomo II).

Dispuso el despacho judicial que fuera el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el que rindiera el dictamen, empero esta entidad informó que por acumulación de trabajo, dicha pericia podría tardarse unos 15 meses. Conocida esta situación por las partes, las entidades demandadas solicitaron que fuese a través de la Universidad CES de Medellín y así lo dispuso el juzgado, pero por cuestiones de pago de los honorarios no se pudo evacuar y, en consecuencia, la a quo tuvo por desistida la prueba pericial. (fls 276 a 283, 289, 290, 293, 297 y 300 del cuaderno principal Tomo II).

14. Ahora ante la ausencia de la prueba pericial, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que los testimonios de los médicos que tuvieron participación en los actos médicos son muy importantes. En la sentencia SC9193 de 2017 los denomina “testigos técnicos”, que en palabras del alto Tribunal, *“…en nuestro ordenamiento procesal es aquella persona que, además de haber presenciado los hechos, posee especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre ellos (art. 227 C.P.C., inc. 3º; y art. 220 inc. 3º C.G.P.), cuyos conceptos y juicios de valor limitados al área de su saber aportan al proceso información calificada y valiosa sobre la ocurrencia de los hechos concretos que se debaten.”*

Las entidades demandadas solicitaron citar a testificar a los médicos tratantes de la señora ÁNGELA MARÍA, doctores ELSA SKYNNER ZÚÑIGA, FABRICIO PATIÑO, SANDRA LÓPEZ y JORGE ANDRÉS FRANCO. El juzgado decretó la prueba y fueron citados para el 9 de octubre de 2014 los dos primeros y los otros para el 14 del mismo mes y año. Llegadas las fechas, no comparecieron. El apoderado de las demandadas informó que fue imposible ubicarlos, porque no se pudo saber su lugar de habitación o trabajo y desistió de la prueba, situación aceptada por la a quo.

Hubiese sido muy importante su versión, para que explicaran, por ejemplo: ¿Por qué tanta premura en la inducción del aborto?, ¿Corría peligro la vida de la madre gestante que obligara a inducirle el aborto de manera inmediata?, ¿No había alguna manera de confirmar el diagnóstico de anencefalia? Ninguna respuesta se tiene por parte de las demandadas.

15. De esta manera las cosas, el argumento del apoderado de la parte demandada, atinente a la ausencia de prueba especializada para dar claridad frente a la configuración o no de los elementos de la responsabilidad médica, en especial del nexo causal, si bien es cierto, ello ocurrió, fue por su propia desidia, Sin embargo, el concepto del tantas veces mencionado laboratorio de patología, al que por todo lo dicho el Tribunal da credibilidad, confirma el error, que impide exonerar de responsabilidad a las demandadas.

En cuanto a los errores, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia. *“Estos pueden ser excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, se hallan los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado, y por tanto injustificados, motivo por el cual resultan abiertamente inexcusables y consecuencialmente, reparables “in natura” o por “equivalente”, pero integralmente.* (Sentencia SC7110 de 2017)*.* En este caso concreto, considera esta Sala, se trata de un error inexcusable.

Aquí la prueba de esta especie de error médico es evidente, insiste este tribunal. Un laboratorio especializado de patología, que es al acude la misma IPS para determinar el estado del feto, es quien predica su estado normal, o en otras palabras, no informa de la anomalía que revelaba la ecografía de la misma clínica, esto es, la anencefalia, que hacía inviable su vida.

16. Correspondía, entonces, a las entidades demandadas demostrar que lo que dijo su laboratorio de patología era errado; que el feto sí padecía la anencefalia, empero tal prueba brilla por su ausencia. La prueba pericial no se pudo practicar por la misma desidia de las demandadas y ni siquiera procuró con insistencia traer los testimonios de sus galenos quienes pudieron haber dado luces al respecto, sin embargo la parte interesada desistió de ellos.

17. En este orden de ideas, se imponía acoger las pretensiones de la demanda en primera instancia, como en efecto acaeció.

Y es que aquí, también es pertinente traer un indicio en contra de las demandadas, consistentes en que la ecografía practicada a la paciente el 27 de octubre de 2011, fundamento del diagnóstico de anencefalia no hace parte de su historia clínica, como tampoco aparece registrado en la misma cuál fue el galeno que impartió la orden de la interrupción del embarazo en forma inmediata; ni el resultado de patología, que se viene a conocer porque la paciente circunstancialmente se da cuenta del mismo, al consultar su historia posteriormente, y ella es quien lo recupera en forma directa del mismo laboratorio. Es decir, se dejaron de registrar, en criterio de esta magistratura, hechos determinantes de responsabilidad.

18. Dicho lo anterior, corresponde, en seguida, determinar si los perjuicios morales y a la vida de relación fijados en favor de los citados demandantes, fueron fijados conforme a los parámetros de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal de la especialidad.

En este sentido, bien se sabe que el perjuicio moral es indeterminable y de naturaleza extrapatrimonial, lo que ha permitido al juez ejercitar el *arbitrium judicium* en su reparación y como ya se esbozó, más que ostentar un carácter resarcitorio, cumple una función paliativa, tratando con ella de obtener que la víctima reciba una compensación suficiente, acorde con la aflicción; por ello, la magnitud del daño causado y las secuelas que hubiese producido son factores que necesariamente han de incidir en su valoración. De otro lado, ha entendido la Corte Constitucional que es posible presumirlos para el caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso. Así las cosas, el parentesco, entonces, resulta ser un elemento que permite deducir y tener por demostrado el afecto derivado de las relaciones familiares, por lo que debe presumirse que el daño antijurídico causado a una persona, también genera dolor y aflicción a sus parientes cercanos, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales (hermanos)[[1]](#footnote-1), presunción de hombre, se insiste, que puede ser desvirtuada, cuando aparezca probado en proceso que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se han tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente, eventos de los que no existe prueba alguna en el plenario.

Y de otro lado, respecto de la cuantificación del daño moral, el discreto arbitrio del juez no puede abrir el camino para fijar excesivas condenas. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha venido señalando unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes, como en el caso de la sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, que reconoció por daño moral por la muerte de una persona, cuarenta millones de pesos, suma que fue reajustada en el año 2011 (sent. de 17 de noviembre de 2011, exp. 11001-3103-018-1999-00533-01) a cincuenta y tres millones de pesos, para lo cual tuvo en cuenta la gravedad del marco de circunstancias en que falleció una persona, lo que de suyo generó intensa aflicción a sus parientes y vinculados, así como por los estrechos vínculos familiares y los nexos afectivos con padres, hermanas e hijo, padecimientos interiores, congoja, angustia, impotencia y profundo dolor. Posteriormente subida a $55.000.000 para la esposa y $50.000.000 para el hijo (sent. de 9 de julio de 2012, exp. 11001-3103-006-2002-00101-01).

En este caso, la señora jueza de primer grado, condenó a las entidades demandadas al pago de 40 salarios mínimos legales vigentes en favor de cada uno de los demandantes ÁNGELA MARÍA GRAJALES GARCÍA y ANDRÉS ORLANDO MONTOYA OROZCO (que equivale a la fecha a la suma de $34.472.700)[[2]](#footnote-2). Siendo que dicha condena se atempera a los referentes señalados por nuestro alto Tribunal en materia civil y que no hay motivos para pensar que las circunstancias en que ocurrió la privación de la vida del nascituro, fuesen de una inusitada gravedad, ha de confirmarse tal condena.

19. De otro lado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con respecto al daño a la vida de relación, ha señalado que se erige como una categoría propia y distinta tanto del daño patrimonial y del perjuicio moral, que se *“se configura cuando el damnificado experimenta una minoración sicofísica que le impide o dificulta la aptitud para gozar de los bienes de la vida que tenía antes del hecho lesivo, y como consecuencia de éste.”* La sola privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades cotidianas como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, etc., comporta un daño a la vida de relación que debe ser resarcido. Así se puede apreciar en la sentencia de la Sala de Casación Civil del 9 de diciembre de 2013, radiación No. 88001-31-03-001-2002-00099-01. MP. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

En el caso que se examina, la sentenciadora de primer grado, fijó el equivalente a 20 salarios mínimos legales vigentes, esto es, la suma de $15.624.840 a la fecha, empero no hay prueba de perturbación sicofísica. Aunque sin lugar a dudas, las secuelas de la lesión sufrida por la demandante al habérsele practicado un aborto, si bien pueden ser graves, ello no se ha demostrado; su estado de salud no es lamentable, no se ha probado que hubo perturbación de las funciones intelectuales, ni del sistema nervioso, ni ha sufrido pérdida de los sentidos, ni de la motricidad que impliquen ayuda para su alimentación, aseo personal y función evacuadora del organismo, por lo cual no hay una perturbación severa en su vida de relación, que imposibiliten la realización de actividades usuales y normales de una persona en su vida diaria y entorno social, tales como bañarse, vestirse, peinarse, caminar, leer, mirar televisión o ir al cine; no poder estar al lado de su compañero y sus hijos y estar con ellos en los momentos importantes o triviales de sus vidas, o disfrutar de reuniones en el entorno social al que pertenecía, o, incluso hacer deporte, tener relaciones sexuales, etc. La afectación evidente de la calidad de vida y bienestar de la lesionada, no ha sido en grado sumo, en criterio de esta Sala. Estos elementos han debido tenerse en cuenta para la cuantificación del perjuicio en la vida de relación, puesto que tal valoración debe estar siempre guiada por los principios de reparación integral y equidad.

En el presente asunto, no fue así, ni en el caso de la señora ÁNGELA MARÍA GRAJALES GARCÍA, menos aún en el del señor ANDRÉS ORLANDO MONTOYA OROZCO, por lo cual no debieron concederse. Sin embargo, como el recurso de apelación de la parte demandada se redujo a cuestionar los elementos de la responsabilidad deprecada, sin miramiento a que en caso de confirmarse dicha responsabilidad se cuestionara exceso en la cuantía o falta de acreditación, se ratificará también esta condena.

22. Corolario de lo anterior, ha de confirmarse el fallo de primer grado, sin que haya de condenarse en costas, por haber fracasado ambos recursos. (art. 365 num. 1 C.G.P.).

**VI. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentenciadictada el 18 de mayo de 2017 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, en el proceso promovido por ÁNGELA MARÍA GRAJALES GARCÍA y otros, contra EPS SALUDCOOP e IPS CLÍNICA PEREIRA SALUDCOOP.

**SEGUNDO:** **SIN CONDENA EN COSTAS** de esta instancia, por no haberse causado, (art. 365 num. 1 C.G.P.).

Esta decisión queda notificada en estrado.

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Corte Constitucional, sentencia T-934 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-1)
2. El Decreto 2269 de 2017 fijó el salario mínimo legal para el año 2018 en la suma de $781.242. [↑](#footnote-ref-2)